

Faculté de Droit de l'Université d'Oran

Mémoire de Magister

de Droit Bancaire et Financier International

Thème

**« Contrats Bancaires internationaux
et loi applicable »**

Présenté et soutenu par Monsieur Sidi Mohammed Aliouat

Encadré par

Madame Fatiha Taleb Docteur d'Etat en Droit Bancaire International,
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Oran.

Membres du Jury

Président	Chouam Bouchama	Professeur à la Faculté des Sciences Economiques, des Sciences de Gestion et des Sciences Commerciales de l'Université d'Oran.
Suffragants	Larbi Chaht Abdelkader	Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Oran.
	Ouamri Mohammed	Maître de Conférences à la Faculté de Droit de l'Université d'Oran.
	Taleb Fatiha	Professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Oran.

Année 2010

Au

Frère de lutte

Abdelaziz Bouteflika

Président de la République Algérienne Démocratique et Populaire,

Grâce à qui l'Algérie a retrouvé sa dignité.

A

Monsieur Bachir Yelles Doyen de la Faculté de Droit,

Mes chers parents, frères et sœurs .

Aux

Bien aimés Abderrahmane et Nahla.

A

*La mémoire de nos valeureux chouhadas
tombés au champ d'honneur pour que vive libre et indépendante l'Algérie
profonde ainsi qu'à celles du martyr Saddam Hussein
qui a été sensible à la souffrance du peuple Algérien
durant sa lutte de libération nationale,
de mon grand père Hadj Ali
et de ma tante Rachida.*

Remerciements

Nous exprimons notre profonde gratitude à notre encadreur : le Professeur Fatiha Taleb ancienne résistante des maquis intérieurs dont les conseils, les critiques et l'entière liberté qu'elle nous a laissée ont été précieux pour la réalisation combien difficile de notre consistant mémoire.

Nos vifs remerciements vont, également, à nos maîtres ainsi qu'à notre frère et camarade Abdellatif Zaoui qui nous a encouragé à effectuer sérieusement nos recherches afin de pouvoir soutenir dans les délais requis.

Résumé du Mémoire de Magister de Droit Bancaire et Financier International.

Notre thème d'étude intitulé : « contrats bancaires internationaux et loi applicable » se signale par deux traits essentiels :

- son actualité et sa haute spécialité,
- l'actualité du thème tient au développement du commerce de banque et à l'atteinte d'un certain seuil de développement économique : essor universel qui place les banques au carrefour des flux de produits, de services et de techniques juridiques sophistiquées et suscite des préoccupations permanentes de savoir de quelle loi relèvent les contrats bancaires présentant des liens avec plus d'un pays et quelles sont les méthodes concurrentes sous l'angle desquelles sont appréhendés ces contrats spécifiques.

Or, en elles-mêmes, ces deux questions relèvent d'une "haute spécialité" du droit international privé qui confronté comme en l'occurrence à la matière des contrats bancaires transfrontaliers combine "sa difficulté naturelle" à celle de la technique bancaire, ajoute le piment de ses arcanes aux difficultés du droit bancaire et conduit le juriste et le banquier aux portes des droits étrangers.

En effet, le régime des contrats en droit international privé apparaît actuellement comme écartelé entre deux tendances antagonistes.

D'une part le procédé général de la désignation d'une loi applicable au contrat est regardé comme inadéquat : il est des contrats qui ne se rattachent effectivement à aucun système juridique étatique déterminé, et ces systèmes ont d'ailleurs été conçus pour des relations internes, alors que le commerce international à ses exigences propres, beaucoup mieux connues par ceux qui y sont engagés et qui les expriment eux-mêmes par leurs accords librement négociés, sans référence à aucune loi.

D'autre part, et en un sens diamétralement opposé, l'accent est mis sur l'intervention croissante de l'Etat en matière de contrats, le dirigisme économique qui rétrécit inexorablement la liberté contractuelle : Comment refuser à une telle législation

l'applicabilité qu'elle réclame à titre impératif, nonobstant toute désignation par les parties de la loi gouvernant leurs contrats selon la méthode bien assise des conflits de lois ?

Partant alors du droit international privé applicable aux contrats bancaires liés à l'internationalisation croissante des activités des banques y compris les plus courantes et soulevant des conflits de lois, de la réglementation de plus en plus foisonnante du droit interne et du droit communautaire, le mémoire propose d'opérer alors une séparation nette entre la logique de la règle de conflit de lois et celle de la règle matérielle. De façon générale, le choix de la loi par les parties et le rattachement à la loi de la banque à défaut de choix sont les plus sûrs moyens de garantir la prévisibilité du droit et la protection des intérêts en cause. Cependant, la méthode indirecte doit céder le pas aux méthodes directes lorsque d'autres intérêts sont en cause. Il s'agit d'abord des interventions de l'Etat, dès lors que sa politique monétaire ou de soutien à la consommation est en cause. Ensuite, les banques étant les mieux placées pour évaluer leurs besoins, elles se dotent d'instruments juridiques spécifiques à leurs activités internationales. De fait, en analysant les spécificités juridiques des contrats bancaires et les objectifs précis et légitimes des différentes méthodes du droit international privé dont ils relèvent, il devient possible de mieux appréhender les difficultés soulevées par leur internationalité.

Sommaire

Introduction Générale	1
 <u>Chapitre Préliminaire</u> 	
Esprit et méthodes du droit international privé.	18
 <u>Première Partie</u> 	
Contrats bancaires internationaux et règles de conflit de lois.	34
 <u>Titre I</u> 	
Détermination et domaine de la loi applicable aux contrats bancaires internationaux selon les principes classiques du droit international privé.	36
 <u>Sous/Titre I</u> 	
Détermination de la loi applicable aux contrats bancaires internationaux.	36
<u>Chapitre I</u> – Les principes généraux de solutions de conflit de lois en matière bancaire	38
<u>Chapitre II</u> – Le rattachement des principaux contrats bancaires internationaux.	63
 <u>Sous/Titre II</u> 	
Domaine de la loi du contrat bancaire international.	75
<u>Chapitre I</u> – Formation du contrat bancaire international.	79
<u>Chapitre II</u> – Effets du contrat bancaire international.	115
 <u>Titre II</u> 	
L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats bancaires internationaux en général.	158
<u>Chapitre I</u> – L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire transfrontalier conclu avec un client d'un autre pays après la deuxième directive de coordination bancaire.	162
<u>Chapitre II</u> – L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats interbancaires.	174
<u>Chapitre III</u> – La coordination de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 avec d'autres règles de conflit.	186
<u>Chapitre IV</u> – L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire de prêt international réalisé avec le client (consommateur de crédit).	201

Deuxième Partie.

Contrats bancaires internationaux et méthodes concurrentes.	240
---	-----

Titre I

Contrats bancaires internationaux et lois de police.	241
--	-----

<u>Chapitre I</u> – Identification des lois de police susceptibles d'évincer la loi normalement applicable aux contrats bancaires internationaux.	244
--	-----

<u>Chapitre II</u> – Mise en œuvre des lois de police applicables aux contrats bancaires internationaux.	283
---	-----

Titre II

Contrats bancaires internationaux et règles matérielles propres (de droit international privé).	310
---	-----

<u>Chapitre I</u> – Le développement des règles matérielles dans les contrats bancaires internationaux.	311
--	-----

<u>Chapitre II</u> – Le fonctionnement des règles matérielles dans la réglementation des contrats bancaires internationaux.	339
--	-----

Conclusion Générale	368
----------------------------	-----

Annexe I – Règles uniformes pour les garanties contractuelles : Brochure n° 325 du 1 ^{er} Aout 1978 de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I).	371
--	-----

Annexe II – Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires : Brochure n° 400 du 1 ^{er} Janvier 1984 de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I).	378
---	-----

Annexe III – Règles uniformes relatives aux encaissements : Brochure n° 322 du 1 ^{er} Janvier 1979 de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I).	407
---	-----

Abréviations utilisées

- A.E.D.B.F. – Association pour le Droit Bancaire et Financier.
 - A.F.I. – Association Financière Internationale.
 - A.F.B. – Association Financière des Banques.
 - B.I.R.D. – Banque Internationale de la Reconstruction et de Développement.
 - C.A.F. – Code Algérien de la Famille.
 - C.C.A – Code Civil Algérien.
 - C.P.C.A. – Code de Procédure Civile Algérien.
 - C.E – Conseil d’Etat.
 - C.M.C. – Conseil de la Monnaie et du Crédit (dit Conseil par le Code Bancaire Algérien).
 - C.C.I – Chambre de Commerce Internationale.
 - Chron. – Chronique.
 - CiV. 1, 2, 3 – Arrêt d’une des trois Chambres Civiles de la Cour de Cassation.
 - C.J.C.E – Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes.
 - C.N.U.D.C.I – Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial international.
 - Com. – Arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.
 - Comm. – Communication.
 - Concl. – Conclusions.
 - Crim. – Arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.
 - D.B.I. – Droit Bancaire International.
 - D.C.I. – Droit Commercial International.
 - D.I.P. – Droit International Privé.
 - fasc – Fascicule.
 - F.M.I. – Fonds Monétaire International.
 - ILA – International Law Association.
 - Infra – Ci-dessous.
 - IR – Informations Rapides.
 - N.C.P.C.F. – Nouveau Code de Procédure Civile Français.
-

- obs. – Observations.
 - op. cit. – Ouvrage précité.
 - p. – Page.
 - Préc. – Précité.
 - Rép. – Répertoire.
 - R.U.U – Règles et Usances Uniformes.
 - s. – suivants.
 - S.F.I. – Société Financière Internationale.
 - Soc. – Arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation.
 - somm. – Sommaire.
 - spéc. – Spécialement.
 - supra – Ci-dessus.
 - T.C.F.D.I.P. – Travaux du Comité Français de Droit International Privé.
 - T. Com – Tribunal de Commerce.
 - T. Cor. – Tribunal Correctionnel.
 - P.U.F – Presses Universitaires de France.
 - P.U.A.M – Presses Universitaires d’Aix-Marseille.
 - R.C.A.D.I – Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye.
 - R.C.D.I.P – Recueil Critique de Droit International Privé.
 - R.D.A.I – Revue de Droit des Affaires Internationales.
 - Recueil – Recueil de la Jurisprudence de la Cour du Justice des Communautés Européennes.
 - R.E.D.C – Revue Européenne de Droit de la Consommation.
 - Rev. Arb. – Revue de l’Arbitrage.
 - R.I.D.C – Revue Internationale de Droit Comparé.
 - Riv. Dir. Int. Priv. Proc. – Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale.
 - RJ com. – Revue de Jurisprudence Commerciale.
 - R.T.D.C – Revue Trimestrielle de Droit Civil.
 - R.T.D. com. – Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
-

- R.T.D.E – Revue Trimestrielle de Droit Européen.
- S. – Sirey.
- T.G.I – Tribunal de Grande Instance.
- T.I- Tribunal d’Instance.
- U.E – Union Européenne.
- Unidroit – Institut International pour l’unification du droit privé.

Publications citées en Abrégé.

- Banque – Revue Banque.
 - B.R.D.A – Bulletin Rapide de Droit des Affaires.
 - Bull. – Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation.
 - Bull. Joly Bourse – Bulletin Joly Bourse et produits financiers.
 - Cah. Dr. Eur. – Cahiers de Droit Européen.
 - C.D.E – Cahiers de Droit de l’Entreprise.
 - Contrats, conc ., consom. – Contrats, Concurrence, Consommation.
 - D. – Recueil Dalloz.
 - D. Aff. – Dalloz Affaires.
 - Defrénois – Répertoire du Notariat Defrénois.
 - D.P. – Dalloz Périodique.
 - D.P.C.I – Droit et Pratique du Commerce International.
 - G.A.D.I.P – Grands Arrêts de la Jurisprudence de Droit International Privé.
 - Gaz. Pal. – Gazette du Palais.
 - Jcl. Banque et Crédit – Juris-Classeur Banque et Crédit.
 - Jcl. Civil – Juris-Classeur Civil.
 - Jcl. Europe – Juris-Classeur Europe.
 - Jcl. Droit International – Juris-Classeur de Droit International.
 - J.C.P – La Semaine Juridique, Edition Générale.
 - J.C.P.E – La Semaine Juridique, Edition Entreprises.
-

- J.C.P.N – La Semaine Juridique Notariale et Immobilière.
 - J.D.I – Journal du Droit International.
 - JIBL – Journal of International Banking law.
 - JOCE – Journal Officiel des Communautés Européennes.
 - Petites Affiches – Les petites affiches.
-

Introduction Générale.

« Chaque spécialiste, écrit Gény, doit philosopher à son heure.

Après avoir soumis les faits à son observation, il lui faudra en dégager les principes généraux, ceci est indispensable car ces principes une fois dégagés éclaireront les faits. Or, une pratique éclairée atteint plus sûrement et plus pleinement le but qu'une pratique aveugle » (1).

1 – L'activité internationale des banques est aussi ancienne que les banques elles-mêmes (2). Le change des monnaies émises par les différentes cités est, avant-même qu'elles n'entreprennent de prêter des fonds, la première fonction qui échoit aux banques dans la Grèce antique ou dans l'empire Romain. L'expansion outre frontières des établissements bancaires, n'est pas elle, non plus, une réalité nouvelle : au siècle dernier, les banques présentes dans plusieurs pays étaient, déjà, nombreuses.

2 – Avant d'être un point de passage obligé du règlement monétaire des échanges internationaux – par le biais de réglementation des changes dont elles jouent le rôle d'agents auxiliaires – Les banques en ont été un point de passage nécessaire (3).

3 – Leurs opérations internationales se sont développées à un rythme, exceptionnellement, rapide depuis le milieu des années 60 ; elles sont devenues, aujourd'hui, un élément majeur de l'activité bancaire globale dans un grand nombre de pays membres de l'OCDE. Leur progression spectaculaire s'est accompagnée de mutations profondes de leur structure. Alors que, jusque dans la première année 60, la grosse masse des opérations bancaires internationales étaient effectuées dans le pays où la banque avait son siège et consistaient, surtout, en opérations sur devises liées au commerce international, on a assisté ces dernières années à une progression spectaculaire des opérations sur euro-monnaies et concurremment, des activités menées par l'intermédiaire de filiales ou de succursales implantées sur des places financières étrangères (opérations bancaires multinationales).

(1) – in Science et technique en droit positif, Nouvelle Edition, 1958, Tome II, p. 5.

(2) – P. B. Ruffini, « L'internationalisation des banques et groupes financiers », Séminaire CEREM, Nanterre, Novembre 1979.

(3) – J. Pierre Mattout, « Droit bancaire international », 3^{ème} Edition, Revue Banque, 2004, p. 37.

C'est sur la gestion des établissements bancaires considérés individuellement et sur leur stratégie que l'internationalisation rapide des banques a eu les répercussions les plus importantes, mais, ses effets se sont fait sentir, également, de plus en plus, sur les caractéristiques structurelles de la profession bancaire, du point de vue de la concurrence, sur le rôle des autorités nationales investies du pouvoir de réglementation et de surveillance et sur l'efficacité des systèmes de contrôle de la monnaie et du crédit. En outre, étant donné l'interpénétration progressive des systèmes financiers dans le monde, les implications macro-économiques de l'activité bancaire internationale ont pris une dimension nouvelle avec l'ampleur sans précédent des équilibres des balances des paiements et avec la contribution irremplaçable des banques au processus de recyclage des capitaux et au financement des pays déficitaires.

4- Le développement de l'activité bancaire internationale et l'évolution de ses aspects structurels s'expliquent par un grand nombre de facteurs liés aux mutations de l'environnement international sur le plan économique et financier, à l'évolution de la demande de services financiers émanant, tant des emprunteurs, que des investisseurs et à la diffusion de technologies et des techniques nouvelles. L'incidence de ces facteurs généraux a été, très, différente suivant les pays où la banque exerce son activité et suivant les caractéristiques juridiques et structurelles des différentes catégories d'institutions bancaires.

En outre, la place que les opérations avec l'étranger tiennent dans l'activité globale des banques varie, considérablement, en fonction du degré de perfectionnement des marchés de capitaux, de la politique monétaire suivie par les pays, des dispositions, éventuellement, en vigueur en matière de contrôle des changes et du régime fiscal, ainsi qu'en fonction de la situation respective des banques étrangères et des banques nationales au regard de la concurrence.

Certains de ces facteurs, comme l'expansion des courants d'échanges commerciaux, l'internationalisation de l'activité des sociétés, le développement des opérations entre banques et sur les marchés des euro-monnaies, jouent depuis plus de deux décennies et expliquent, sur une large part, l'essor des opérations internationales dans les premières années 60 et leur progression ultérieure.

Pendant les années 70, de profondes mutations structurelles des paiements internationaux et des systèmes financiers, l'augmentation considérable des déséquilibres de balances des paiements et la séparation, de plus en plus, nette entre les places internationales où se collecte l'épargne, et celles où elle s'investit, se sont conjuguées pour donner un nouvel élan au processus qui conduit à faire des banques "le pivot" de "l'intermédiation financière internationale".

5 – A présent, le système bancaire international peut être considéré comme arrivé à maturité. Autrement dit, les instruments dont-il dispose et les secteurs qui entrent en jeu sont, assez, divers pour que les marchés sur lesquels se déploie son activité se comparent, favorablement, en étendue et en capacité de résistance, à la plupart des marchés nationaux de capitaux, comme en témoigne le fait que le marché bancaire international a montré une aptitude remarquable à l'innovation et à l'adaptation aux besoins changeants des emprunteurs et des investisseurs, ainsi qu'une facilité de réaction tout, aussi, remarquable, aux fluctuations de l'état du marché. Plus, généralement, l'activité bancaire internationale est, maintenant, devenue partie intégrante de la stratégie globale des banques. Cela implique que les décisions à long terme fixant la direction dans laquelle doit se faire l'expansion des banques se fondent, essentiellement, sur la rentabilité relative de tous les différents débouchés et sur les risques qui s'attachent à chacun d'eux, notamment, les perspectives de croissance sur le marché national, l'importance relative des dispositions réglementaires traitant, différemment, les opérations intérieures et les opérations effectuées à l'étranger et l'idée que se font les banques des risques particuliers liés à leurs activités internationales.

Le processus d'internationalisation de la banque s'est déroulé sur une très longue période de temps, de profondes modifications s'étant produites, tant, dans les techniques mises en œuvre que dans la nature et la portée économique des opérations elles-mêmes. Etant donné le haut degré de raffinement et de développement atteint dans la dernière décennie, il est nécessaire, semble-t-il, que tous les changements qui pourront intervenir sur les marchés internationaux pendant les toutes prochaines années, s'opèrent de manière progressive et ordonnée, si l'on veut que ces marchés continuent de fonctionner,

efficacement, et au profit de la “communauté internationale”.

6 – Si l’on se tourne vers les opérations s’inscrivant à l’actif du bilan, le trait, le plus frappant est l’expansion, extraordinairement, rapide des crédits consortiaux renouvelables (« roller over ») à moyen terme ; Ceux-ci étant devenus une composante très importante de l’activité internationale des banques au cours des années 70. Ces dernières années, les prêts internationaux à moyen terme accordés sur le marché des euro-crédits ont accusé une progression rapide (4).

7 – La tendance à la multinationalisation de l’activité bancaire qui s’exerce dans un “cadre contractuel” diffère d’un pays à l’autre par sa physionomie et par les motivations propres.

La “multinationalisation” bancaire a joué un rôle éminent dans le financement des pays en voie de développement.

Les banques ont fait preuve de dynamisme et de compétence dans les fonctions d’intermédiation :

- Elles ont pratiqué de la transformation monétaire en empruntant court et prêtant long,
- Elles ont fait de la transformation spatiale en assurant la collecte de fonds auprès des zones du monde à capacité de financement pour satisfaire les zones à besoin de financement,
- Elles se sont, relativement, substituées aux institutions officielles internationales (Banque Mondiale, Fonds Monétaire International) et aux banques centrales pour financer les déficits de balances des paiements et les programmes de développement.

8 – Problématique – Par ailleurs, la terminologie « opérations internationales de banque » ne doit pas induire en erreur : par cette expression, on ne vise pas les seules opérations de banque au sens de l’Article 66 (5) de l’Ordonnance Algérienne n° 2003-11 du

(4) – V. Fatiha Taleb, « L’internationalisation des activités bancaires », Oran, 2006, p. 3.

(5) – Selon lequel : « les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de la clientèle des moyens de paiement et la gestion de ceux-ci ».

26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit (J.O.R.A.D.P. n° 52 du 27/08/2003, p. 3) codifiée dans le Code Bancaire (2ème Edition, Houma Editions, Alger, 2007, p. 112), mais « l'ensemble des opérations bancaires ». Aussi est-il préférable de retenir l'expression « opérations bancaires internationales » (6).

9 – Le terme d'opération bancaire vise, principalement, les contrats bancaires (7).

A ce titre, il peut paraître flou. Mais il a le mérite de tenir compte de l'éventuelle complexité de la relation bancaire. L'opération bancaire peut être un contrat isolé liant deux parties seulement : c'est par exemple une banque nationale qui prête de l'argent à un emprunteur étranger. Cette situation est relativement simple. Mais très souvent l'opération internationale de banque sera plus complexe : elle fera intervenir plusieurs personnes liées par des contrats différents et à partir desquels d'autres contrats seront conclus. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un crédit fournisseur à l'exportation, une banque consent à un exportateur français un crédit de préfinancement qui lui permet de rassembler les marchandises à exporter ainsi qu'un crédit de mobilisation de sa créance née sur l'acheteur étranger, c'est-à-dire un découvert puis un escompte.

Ces crédits sont complétés par des accords faisant généralement intervenir des organismes agissant pour le compte de l'Etat (8).

10 – De ces exemples, ressort la caractéristique de ces opérations bancaires : elles sont internationales. "La difficulté est de définir cette terminologie". Deux sortes de définitions ont été proposées (9). La première retient une analyse économique : « sont internationales les opérations qui se traduisent par un mouvement de fonds par-dessus les frontières, ou qui sont liées à des opérations commerciales elles-mêmes internationales » (10).

(6) – Thierry Bonneau, « Droit Bancaire », 5^{ème} Edition, 2001, p. 65.

(7) – P. Mattout, opcit, n° 8, p. 8 ; Aussi, selon l'Article 2/13°) du Code de Commerce Algérien (Nouvelle Edition 2009-2010) : « sont réputées "acte de commerce" par leur objet : - Toute opération de banque, de change ... ».

(8) – V. P. Antoni, « Les techniques du crédit à l'exportation », in colloque « Les opérations internationales de banque », Revue de Droit Commercial, 1978, p. 40.

(9) – Pour un examen approfondi de la notion de contrat international, v. A. Kassis, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », LGDJ 1993, n° 11 et s., p. 15.

(10) – P. Fouchard, La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale de la France, in colloque, « La loi française et l'activité internationale des entreprises », Rev. Juris. Com. n° spécial, Février 1985, p. 68, spéc. P. 70-71.

Cette définition présente l'inconvénient de ne pas mettre en lumière avec suffisamment de netteté l'élément qui permet d'opposer les opérations internes aux opérations internationales et qui est source de difficultés, à savoir "l'élément d'extranéité". Aussi doit-on retenir la définition juridique de l'opération internationale (11) : "l'opération est internationale dès lors qu'existe un élément d'extranéité". Cet élément peut résulter de la nationalité des parties, de la conclusion du contrat dans un Etat tiers aux parties ou encore de l'exécution d'une ou plusieurs prestations des parties dans un pays étranger (12). Il n'est pas sans incidence sur les règles applicables aux contrats conclus par les établissements de crédit : "la question est de savoir quel est le droit applicable".

11 – Au plan international, les conflits de lois sont normalement réglés en faveur de la loi d'autonomie, c'est-à-dire en faveur d'un "système juridique étatique dans son ensemble" désigné par les parties au contrat et, à défaut, selon les méthodes dégagées par la jurisprudence (notamment Française dont s'est inspiré le législateur Algérien) pour le règlement des conflits de lois en matière de contrats. Il faut, toutefois, remarquer que certaines prescriptions légales ont le caractère de loi de police et relèvent de critères d'application territoriale particuliers, d'ailleurs imparfaitement définis.

12 – Les lois étatiques sont loin de constituer la seule source du droit régissant les opérations des banques. Les sources professionnelles (usages codifiés) ou (non : "lex mercatoria") (13), formules-types de contrats, conditions générales professionnelles...) jouent un rôle majeur en droit commercial. Le phénomène revêt une importance particulière dans le secteur bancaire. Les normes professionnelles ont permis la constitution d'un véritable droit uniforme international qui, aussi efficacement que l'unification réalisée par traités entre Etats (conventions de Genève de 1930 et 1931 portant lois uniformes en matière de lettre de change et de billet à ordre et en matière de chèque), réduit les occasions de conflits des lois). Le procédé est particulièrement efficace dans les "relations interbancaires", mais il joue aussi dans "les rapports entre les banques et leurs clients".

(11) – Sur la consécration de cette définition par la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, V. Fatiha Taleb, « Loi d'autonomie et contrats bancaires internationaux, en particulier, les crédits financiers », Thèse, Paris, 1990, p. 399 et s.

(12) – V. M. Giuliano et P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », JOCE n° C 282/1, du 31 Octobre 1980, p. 10.

(13) – V. A. Kassis, Théorie générale du commerce international, Paris, LGDJ, 1984, p. 204.

13 – La formation de ce droit uniforme professionnel s’opère selon deux voies différentes. Elle est, dans certains cas, spontanée, selon le schéma classique en matière d’usage. Ainsi, en est-il en ce qui concerne les opérations de crédit en euro-monnaies. La pratique a mis au point des formules de contrats pour définir le cadre des relations entre les établissements de crédit participant à un consortium bancaire et pour régler les rapports avec les emprunteurs. Les éléments essentiels de ces formules sont uniformes et peuvent être considérés comme exprimant un véritable usage (14).

14 – Plus remarquables, peut-être, sont les normes élaborées par un organisme professionnel. L’application la plus remarquable du procédé est constituée par les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la chambre de commerce internationale ; sont à citer aussi, émanant de la même institution, les règles relatives aux encaissements. Ces documents s’appuient dans une certaine mesure sur les usages et les pratiques, mais il est peu douteux qu’ils sont aussi créateurs de normes qui ne tirent pas seulement leur valeur de l’adhésion expresse ou tacite des contractants, mais aussi de l’autorité reconnue dans le monde de commerce à la chambre de commerce internationale (15).

Par conséquent, “la question de droit applicable n’a pas de réponse unique” et impose de distinguer les “règles substantielles” des “règles de conflit”.

15 – Règles substantielles. Par règles substantielles, on entend des règles qui régissent directement le fond du droit. Ces règles sont hétérogènes et se répartissent en trois catégories :

La première est composée de normes qui s’appliquent aussi bien aux opérations internes qu’aux opérations internationales. Il en est ainsi par exemple de la convention de Genève du 7 Juin 1930 sur la lettre de change et le billet à ordre et de celle du 19 Mars 1931 sur le chèque (16) (précitées). Les normes édictées par ces conventions ont été introduites en droit Français (reconduit en Algérie par la loi du 31/12/1962).

(14) – V. Blaise, Fouchard et Kahn, « Les euro-crédits », Paris, 1981, p. 458.

(15) – J. Stoufflet, « L’œuvre normative de la chambre de commerce internationale », in Mélanges Goldman, « Les relations économiques internationales », R.C.D.I.P., 1990, p. 800 et s.

(16) – M. Issad, « Droit international privé, Les règles de conflits », OPU, 1980, p. 64.

De cette première catégorie de normes se rapproche la deuxième : celles-ci font l'objet des traités. Mais à la différence de la précédente, ces traités ne concernent que les opérations internationales et constituent, même s'ils sont soumis à ratification du Président de la République concerné (17) des dispositions autonomes qui laissent subsister le particularisme des législations nationales concernant les opérations internes. Il en est ainsi, par exemple, de la convention d'Ottawa du 28 Mai 1996 sur le crédit bail international.

Celle-ci laisse subsister, par exemple, les dispositions d'un code bancaire national relatives au crédit-bail qui concernent les seules opérations internes.

Quant à la troisième catégorie, elle comprend des pratiques qui n'ont aucune force obligatoire, telles que les règles et usances relatives aux crédits documentaires.

16 – Règles de conflit de lois. A côté des règles substantielles existent des règles de conflit, c'est-à-dire des règles qui se bornent à déterminer la loi applicable sans énoncer de dispositions concernant le fond du droit. Faute de texte de portée générale, cette détermination a pendant longtemps obéi à des règles d'origine jurisprudentielle. Ce droit commun jurisprudentiel n'était écarté que dans les domaines où il existait des conventions internationales. C'est à ce droit commun que s'est substituée, sauf exception, la convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (couvrant les contrats bancaires), ratifiée par la France le 10 Novembre 1983 et entrée en vigueur le 1^{er} Avril 1991 (18).

(17) – Voir par exemple, l'Article 77 al. 11 de la loi Algérienne n° 08-19 du 15 Novembre 2008 portant révision constitutionnelle, JORADP, n° 63 du 16/11/2008, p. 8.

(18) – V. H. Gaudemet-Tallon, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Rev. Trim. Dr. Eur. 1991, 635 ; P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980 », Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1991, 287 ; J. Foyer, « Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable », Journ. Dr. Inter. 1991. 601 ; H. Lesguillon, « Loi applicable aux obligations contractuelles : entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 Juin 1980 », Rev. Dr. Aff. Int. N° 2-1991, p. 267 ; J. Pardon, La distribution des « produits » bancaires (crédit, dépôt) : la loi applicable, in « Les données juridiques du marché européen », Banque & Droit 1988, p. 33 ; B. Sousi-Roubi, « La convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires », D. 1993, Chr. LI, p. 183 ; F. Bonelli, « La convention de Rome du 19 Juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires », Rev. Dr. Aff. Int. 1985. 389 ; J.C. Pommier, « Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel », Economica 1992, série : Etudes et recherches, préf. Y. Loussouarn ; J. Biancarelli, « L'intérêt général et le droit applicable aux contrats financiers », Banque, n° 533, Décembre 1992. 1090 ; adde, le Colloque international AEDBF, 5-6 Décembre 1991, « La convention de Rome, un nouveau .../...

17 – Le Code Civil Algérien (19) consacre un certain nombre de règles de conflits dans les Articles 9 à 24 (20) qui recouvrent le statut personnel au sens large, les biens, les faits et les “actes juridiques”. Or, le contrat bancaire est un acte juridique (de commerce) dont découlent les obligations contractuelles, lesquelles obligations sont selon l’Article 18 figurant parmi les Articles ci-dessus visés, régies par la loi d’autonomie dès lors qu’elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat, à défaut, c’est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable.

A défaut, c’est la loi du lieu de conclusion du contrat qui sera applicable.

18 – Droit commun Jurisprudentiel. Les règles jurisprudentielles concernaient tous les contrats, y compris les contrats bancaires. Un principe était, en ce domaine, essentiel : la loi d’autonomie (21). Si les parties avaient précisé expressément la loi applicable, le contrat était soumis à la loi choisie. En revanche, en cas de silence, il fallait rechercher quelle avait été la volonté implicite des parties, cette recherche s’effectuant à partir d’un certain nombre d’indices parmi lesquels on peut citer le lieu d’exécution du contrat, les clauses attributives de compétence ou encore la signature d’un contrat-type en usage dans un pays déterminé.

L’application de ces règles conduisait généralement, en matière bancaire, à retenir la loi du pays d’origine de l’établissement de crédit, encore dénommée “loi de la banque”. Celle-ci était, néanmoins, écartée, lorsqu’il s’agissait d’une loi étrangère, si son application était contraire à l’ordre public Français.

19 – Jurisprudence arbitrale internationale. L’analyse de nombreuses sentences (22) révèle que les arbitres appliquent “la *lex mercatoria*” pour résoudre les litiges. C’est, justement, aux règles récentes dégagées par la jurisprudence arbitrale internationale qu’a eu égard le législateur Algérien réformer le droit de l’arbitrage par le Décret législatif

Suite (18) de la page 8 – droit international privé européen des contrats. Application aux opérations bancaires », Banque et droit, hors série, Juin 1993 ; P. Lagarde, « Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? » Mélanges, Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 571.

(19) – V. Nouvelle édition revue et corrigée 2009-2010.

(20) – M. Issad, *opcit*, p. 95.

(21) La cour de Cassation Française avait décidé, en effet, dans l’arrêt de principe du 05/12/1910, Sirey 1911-I-129, note Lyon Caen, que : « 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 ».

(22) – Notamment, la sentence CCI n° 3540 rendue en 1980, Clunet 1981, 915 ;

n° 93-09 du 25 Avril 1993 (modifiant et complétant l'Ordonnance n° 66-154 du 8 Juin 1966 portant code de procédure civile) (23), précédant "la loi n° 08-09 du 25 Février 2008" portant code de procédure civile et administrative.

Il a pris, aussi, en compte tant les solutions de la loi modèle CNUDCI que celles qui ont été adoptées par les nouvelles lois sur l'arbitrage de divers pays (notamment, la Suisse, les Pays-Bas et la Grande-Bretagne).

La solution retenue par le législateur Algérien à l'Article 1050 du code de procédure civile et administrative (Edition 2008-2010), au demeurant, simple, présente certaines originalités (24).

En effet, cet Article ouvre la possibilité aux arbitres d'appliquer "la lex mercatoria" en énonçant que : « Le tribunal arbitral tranche le litige en application des "règles de droit" que les parties ont choisies, ou à défaut, selon "les règles de droit et usages" qu'il estime appropriés ».

La première partie du texte renvoie au "principe de l'autonomie de la volonté" (consacré, également, par l'Article 18 du code civil Algérien précité). Les parties sont libres de déterminer le "droit applicable au fond".

Dans la deuxième partie, il est précisé qu'à défaut d'un tel choix, l'arbitre tranche le litige selon les règles de droit et les usages qu'il estime appropriés.

En utilisant le terme "règles de droit" et non pas "loi", le législateur Algérien a voulu permettre aux parties et aux arbitres de recourir à des "règles extralégales" et notamment, aux "principes généraux du droit", aux "recueils de toute nature", ainsi qu'aux usages du commerce international, codifiés ou non ("lex Mercatoria").

(23) – JORADP du 27 Avril 1993 ; p. 42 et s., Cf. D. Ben Abderrahmane, « La réforme du droit Algérien de l'arbitrage », in Gazette du palais, Dimanche 11 au Mardi 13 Avril 1999, p. 27 et s.

(24) – Fatiha Taleb, « Application de la "lex Mercatoria" dans l'arbitrage international », Colloque international sur l'arbitrage commercial international à l'aube du IIIème millénaire, 17 et 18 Mai 2003, Université d'Oran.

En outre, en prévoyant que l'arbitre tranche le litige selon les règles de droit et usages, l'Article 1050 du code de procédure civile et administrative met sur un pied d'égalité la règle de droit, notamment étatique et l'usage.

Ce dernier ne revêt donc pas un caractère complémentaire par rapport à la loi.

On notera, aussi, que ce rehaussement procédural de l'usage est en harmonie avec la place importante réservée à l'usage à l'Article 107 Alinéa 2 du code civil Algérien (25).

On relèvera que le choix par l'arbitre de la règle de droit ou de l'usage applicable n'est pas entièrement libre. Le recours à l'exigence d'appropriation du dit choix implique l'existence d'un lien organique objectif avec le contrat international litigieux (26).

20 – Droit communautaire (27). L'intervention des autorités communautaires dans le secteur bancaire se fonde sur les Articles 57-2 et 61-2 du Traité de Rome du 25 Mars 1957. Elle concerne en particulier le statut des établissements de crédit et se traduit principalement par l'édiction de directives dont les plus importantes ont été celles des 12 Décembre 1977 (28) et 15 Décembre 1989 (29).

Les dispositions de ces directives sont actuellement regroupées, avec d'autres, dans un texte unique (30) : la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 Mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (31). Cette directive est essentielle car elle édicte tant les conditions d'accès et d'exercice de l'activité des établissements de crédit que les règles relatives aux libertés d'établissement et de prestation de service, les principes et les instruments techniques de la politique prudentielle.

(25) – Fatiha Taleb, « Droit applicable au contrat international de commerce et règlement des différends par les méthodes de l'arbitrage dans le commerce international, Oran, 2004, p. 94.

(26) – Cf. Dahmane Ben Abderrahmane, *opcit*, p. 28.

(27) – V. B. Sousi-Roubi, « Droit bancaire européen », Dalloz 1995, p. 67.

(28) – Première directive n° 77/780/CEE du Conseil du 12 Décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE n° L 322 du 17 Décembre 1977.

(29) – Deuxième directive n° 89/646/CEE du Conseil du 15 Décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, JOCE n° L 389 du 30 Décembre 1989.

(30) – V. B. Sousi, La codification des directives relatives aux établissements de crédit, Mélanges Michel Vasseur, Banque éditeur 2000, p. 121 et s.

(31) – JOCE n° L 126/1 du 26 Mai 2000.

Elle ne concerne toutefois que partiellement les établissements de monnaie électronique dont le statut est prévu par la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 Septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (32).

Les directives du Conseil ne sont pas en principe directement applicables en droit interne et énoncent seulement des objectifs que les Etats membres (33) de la Communauté européenne, encore appelée Union européenne, doivent poursuivre en édictant les dispositions législatives, réglementaires ou administratives nécessaires à leur réalisation. Un texte national est donc nécessaire pour introduire la directive en droit interne. Au contraire, les règlements du Conseil ont un effet direct, en ce sens qu'ils sont directement applicables dans les Etats membres sans qu'un texte national soit nécessaire. En revanche, les recommandations de la Commission n'ont aucune valeur normative.

Les textes communautaires sont élaborés par la Commission avec le concours du Comité consultatif bancaire et du Groupe de contact (34). Le premier, institué en 1977 (35), s'est vu reconnaître une fonction de réglementation qui a été renforcée en 1989 : il émet un avis sur l'ensemble des projets que lui soumet la Commission en vue d'apporter les adaptations techniques nécessaires à la législation communautaire bancaire (36). Quant au second, à savoir le Groupe de contact, son rôle est double : d'une part, il doit organiser les échanges d'informations entre les autorités compétentes concernant la réglementation,

(32) – JOCE n° L 275/39 du 27 Octobre 2000. Sur le projet, V. J. Stoufflet, « Etablissements de monnaie électronique », Rev. dr. bancaire et financier n° 4, Juillet-Août 2000. 247.

(33) – France, Allemagne, Italie, Grande-Bretagne, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Espagne, Portugal, Grèce, Luxembourg, Irlande, Autriche, Finlande et Suède. Et depuis 2004, Chypre, Malte, Estonie, Lettonie, Lituanie. Hongrie, Slovaquie, Pologne et Tchéquie.

(34) – V. P. Clarotti, « Le rôle des organes supranationaux en matière de réglementation bancaire », Rev. dr. bancaire et bourse, n° 9, Septembre/Octobre 1988, p. 153.

(35) – Art. 57 de la directive du 20 Mars 2000 qui reprend les dispositions de l'Article 11 de la directive du 12 Décembre 1977. V. Commission bancaire, Rapport pour 1997, p. 240 et s.

(36) – Le Comité consultatif bancaire a approuvé la création d'un groupe technique d'interprétation des directives : ce groupe est chargé d'examiner périodiquement les questions d'interprétation des directives posées par les Etats membres et de proposer des réponses au Comité consultatif bancaire (v. Commission bancaire, Rapport pour 1993, p. 96 ; sur ce groupe actuellement dénommé Groupe de travail sur l'interprétation et l'application des directives (GTIAD), v. Commission bancaire, Rapport pour 1997, p. 246).

l'exercice du contrôle ainsi que les difficultés pouvant affecter les établissements de crédit ou le système bancaire ; d'autre part, il doit réaliser des études sur des problèmes de surveillance bancaire en vue d'améliorer l'efficacité des méthodes de contrôle (37).

Intervient également dans l'élaboration des textes communautaires la Banque centrale européenne puisque celle-ci adopte un certain nombre de règlements et est consultée notamment « sur tout acte proposé dans les domaines relevant de sa compétence » (38). Sa compétence mérite d'être soulignée car elle ne se limite pas à la réglementation communautaire : elle s'étend à la réglementation nationale puisque cette institution doit être consultée « par les autorités nationales sur tout projet de réglementation dans les domaines relevant de sa compétence » (39).

Il reste une question à élucider : dans la mesure où ce droit est élaboré dans le cadre d'une communauté comprenant des Etats dont la culture juridique est différente, quelles sont les sources d'inspiration de ce droit, et donc finalement du droit interne ? Certains considèrent que le modèle anglo-saxon est devenu le modèle dominant (40).

21 – Convention de Rome. Les solutions jurisprudentielles ont été reprises, au moins en apparence, par la convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En raison de son objet et faute d'exclusion en ce sens, celle-ci concerne les contrats bancaires. L'application de cette convention conduit à admettre, sauf exception, la compétence de la loi de la banque.

On rappellera que la loi de la banque est définie par la doctrine la plus récente (41) : comme celle du pays où est installé l'établissement qui a effectué la prestation caractéristique de l'opération bancaire.

(37) – Rapport du Comité de la réglementation bancaire pour 1990, p. 14-15. Sur les groupes d'experts, appelés « experts nationaux », qui assistent la Commission dans la préparation de la plupart des grands actes bancaires communautaires, v. Commission bancaire, Rapport pour 1997, p. 246

(38) – Art. 105 du Traité de Rome, dans sa rédaction du Traité de Maastricht.

(39) – Ibid.

(40) – V. XXX, Comment Bruxelles fait les lois en France, in L'Europe déraisonnable, O.E.I.L et Valmonde, 1992, p. 163 et s., spéc. P. 174.

(41) – Notamment, Thierry Bonneau, opcit, p. 71.

Une telle définition conduit à écarter cette qualification par les lois désignées autrement qu'à partir de la prestation caractéristique de l'opération bancaire.

Cette définition doit être appliquée dans les deux hypothèses les plus fréquentes en France : si l'établissement de crédit étranger est installé en France, c'est la loi Française qui est la "loi de la banque".

En revanche, si cet établissement effectue librement des prestations de services en France sans y être installé, c'est la loi étrangère qui est la "loi de la banque".

Selon une doctrine plus ancienne (42) qui retient "le critère de nationalité", la "loi de la banque" est la "loi de sa nationalité". Exemple : "la loi de la BNA" est la loi Algérienne, en l'occurrence "la loi de son siège social".

22 – Lois de police. Une loi de police est une disposition impérative dont l'application s'impose à une relation internationale quelque soit la loi régissant cette dernière ; Autrement dit, les lois de police sont d'ordre public, mais d'un ordre public si fort qu'elles doivent être appliquées même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'est en principe pas compétent, n'est pas désigné par la règle de conflit ; leur impérativité entraîne leur compétence. Il s'agit de lois d'application immédiate (L'expression est de Franceskacis et vise aussi bien les lois de police que les lois d'ordre public), c'est-à-dire de lois nationales dont l'intérêt pour la société étatique est trop grand pour qu'elles puissent entrer en concurrence avec les lois étrangères et dont le domaine d'application se détermine en conséquence eu égard essentiellement au but qu'elles poursuivent, en clair, de lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays, qui ont principalement pour objet d'appréhender les rapports internationaux, qui régissent en fait toutes les relations juridiques entrant dans leur champ d'application même présentant un élément d'extranéité, qui interviennent indépendamment d'un recours aux règles de conflit de lois et dont la compétence découle de leur volonté d'application au domaine qu'elles se sont attribué [on y a même vu semblait-il un certain unilatéralisme au sein du bilatéralisme dominant les solutions de droit positif

(42) – Notamment, Berlioz, « Le contrat d'adhésion », Thèse, Paris, 1978, p. 294.

en matière de conflit de lois] (43).

23 – Méthodologie. Nos analyses vont donc puiser leur substance dans les données comparatives.

24 – Genèse. L'idée de comparer les règles juridiques gouvernant le contrat bancaire dans différents pays est née dans un des groupes de travail qui, depuis une vingtaine d'années, se proposent d'unifier le droit civil en Europe. Les travaux de la Commission Landö ont porté sur la théorie générale du contrat ; ils se sont achevés par la publication des "Principes du droit européen du contrat", dont la dernière partie, consacrée au régime général de l'obligation, a été livrée en 2002. Certains voulaient alors s'attaquer à l'élaboration des règles spéciales ; des espèces de contrats ont à cette fin été déterminées, susceptibles de faire l'objet de règles communes.

En somme, la démarche est celle du Code Civil Français, qui soumet le contrat à la théorie générale, puis, pourvu qu'il soit nommé, à des règles propres à son espèce. Les contrats qui ont pour objet la mise à disposition de monnaie, par opposition aux contrats translatifs d'une chose, ou à ceux dont l'objet est la fourniture d'un ouvrage, ont semblé présenter suffisamment de traits originaux et d'unité pour justifier une législation spéciale. L'importance du crédit, dans la vie des Etats, des individus et des entreprises pouvait a priori rassurer sur l'utilité sociale d'un tel corps de règles communes.

25 – Enjeux. La monnaie est sans doute la chose la plus universellement répandue ; en outre, elle ignore les frontières. Il en est de même, naturellement, des contrats dont elle est l'objet.

Mais l'opération de financement (ou contrat bancaire de prêt) que nous étudierons plus loin (au Chapitre IV du Titre II de la Première Partie) comme exemple, en raison de son "particularisme", est aussi tributaire de traditions locales, de l'idée que l'on se fait de la nécessité de protéger spécialement l'emprunteur, le prêteur ou l'entreprise en difficultés et de la manière de le faire.

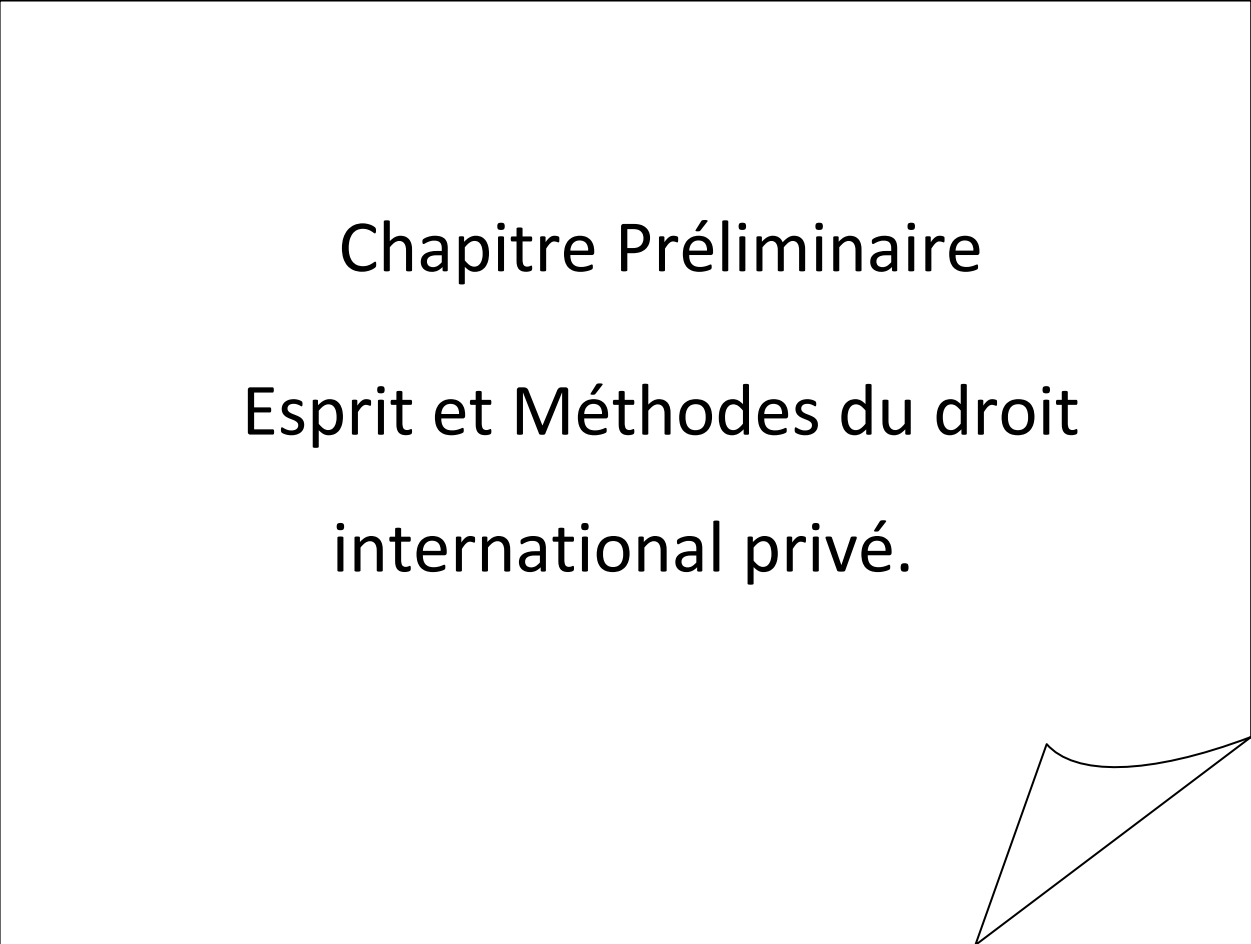
(43) – V. Fatiha Taleb, Thèse précitée, p. 350.

La connaissance du droit local, spécialement de la loi impérative est indispensable aux opérateurs. Plus encore, une unification progressive des règles, qu'il s'agisse de la formation du contrat, de la rémunération du dispensateur de financement ou de l'incidence d'une procédure collective, par exemple, est nécessaire.

Elle est en marche. Cette étude veut contribuer à son accélération, mais permettrait-elle seulement un regard critique sur le droit Algérien, un de ses objectifs serait déjà atteint.

26 – Plan. Par conséquent, la problématique ci-dessus visée implique le plan cohérent suivant :

- Chapitre Préliminaire – Esprit et méthodes du droit international privé.
 - Première Partie – Contrats bancaires internationaux et règles de conflit.
 - Deuxième Partie – Contrats bancaires internationaux et règles concurrentes.
-



Chapitre Préliminaire
Esprit et Méthodes du droit
international privé.

Chapitre Préliminaire.

Esprit et méthodes du droit international privé.

27 – Il est unanimement admis que le droit international privé est construit suivant des données qui lui sont propres (44). En effet, cette discipline ayant pour objet de régler la vie privée internationale ne saurait s'accommoder d'une méthode limitée au particularisme du droit civil ou commercial interne applicable à la vie privée nationale. Cette méthode originale est la méthode conflictuelle, les conflits de lois étant traditionnellement considérés comme le cœur du droit international privé.

Elle est dite aussi "conflictualiste" et repose sur des règles de conflit qui sont elles-mêmes des règles du for. Nous savons qu'en l'état actuel de cette discipline, il n'y a pas, à proprement parler, de droit privé réellement international dont les règles s'imposent à tous les Etats (45).

Chaque système de droit a son propre système de droit international privé et donc ses propres règles de conflit. De sorte qu'il est fréquent qu'un même litige reçoive une solution différente selon qu'il est soumis au tribunal de tel pays ou de tel autre.

D'où les critiques adressées à la méthode conflictuelle, accusée d'accentuer encore le caractère national du droit international privé.

Certains auteurs estiment que la solution du conflit de lois devrait se fonder sur des règles vraiment internationales, présentement appelées règles matérielles du droit international.

Nous étudierons alors la méthode conflictuelle la plus usitée (**Section I**), et la méthode concurrente, notamment, celle consistant dans l'élaboration de règles matérielles de droit international tendant à se développer, méthode dont il conviendra de mesurer le succès (**Section II**), méthode reflétant avec la première "l'esprit du droit international privé".

(44) – 1) Loussouarn, « Cours général de D.I.P. », Rec. Cours Académie Droit International de la Haye, 1973, p. 275 et s.

2) Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en D.I.P. », Rec. Cours Académie Droit International de la Haye, 1973, II, p. 79.

3) Gothot, « Le renouveau de la tendance universaliste en D.I.P. », Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1971, P. I, 209, 415.

(45) – M. Issad, opcit, p. 87 et s.

Section I

La méthode conflictuelle.

28 – La démarche de pensée suivie par les adeptes de la méthode conflictuelle peut se résumer en la proposition suivante (46). Toutes les lois qu'un tribunal a à connaître d'un litige international (c'est-à-dire, dans la définition la plus large, d'un litige comportant un élément d'extranéité), susceptible pour cette raison de se rattacher à deux ou plusieurs pays, il doit consulter sa propre règle de conflit de lois (son propre système de droit international privé) et déterminer la loi applicable par référence à cette dernière.

Cette méthode de raisonnement a été appliquée de façon constante dans les divers pays par la jurisprudence interne qui est le plus souvent la source principale de droit international privé. Elle présente donc, sous réserve de quelques variantes qui peuvent l'affecter, un caractère universel et ses traits les plus caractéristiques peuvent, semble-t-il, se ramener à trois.

- 1)** Le problème de conflit de lois est essentiellement un problème d'option, un problème de choix entre plusieurs rattachements possibles. La terminologie anglo-saxonne de « choice of law » est à cet égard particulièrement heureuse et significative. Il en résulte que la règle de conflit est, en principe, une règle bilatérale qui peut déboucher indifféremment sur l'application soit de la loi locale, soit d'une loi étrangère.
- 2)** – Chaque Etat a son propre système de solution de conflits de lois (il peut même en exister plusieurs dans des pays à système juridique non unifié). En présence de la diversité qui découle de cette situation, le juge applique toujours ses propres règles de conflit. Les quelques tempéraments proposés à ce principe (questions préliminaires, théorie des conflits de systèmes) ont eu à ce jour un écho si faible en droit positif qu'il est permis d'affirmer qu'en dépit du risque de forum shopping qu'il entraîne, le principe de la référence exclusive à la règle de conflit du for présente un caractère sacro-saint, du moins toutes les fois qu'il n'y a pas entre les pays intéressés de conflit négatif de nature à susciter le jeu du renvoi.

(46) – Y. Loussouarn, Pierre Bourel, D.I.P., Précis Dalloz, 1978, p. 59 et s.

- 3)** Enfin la règle de conflit désigne comme loi applicable une loi interne, la loi du pays ayant le rattachement le plus intense avec le rapport de droit envisagé, pour reprendre une terminologie inspirée de Savigny.

Section II

La méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles et sa portée.

A l'évidence, la portée de la méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles (Sous/Section II) ne peut être déduite que de l'étude de cette méthode elle-même, en premier lieu (Sous/Section I).

Sous/Section I

La méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles.

29 – Le seul moyen efficace de rendre compte de la spécificité des rapports internationaux est de forger un droit matériel ou substantiel appelé à les régir. Lorsque l'on envisage de fonder le droit international privé sur cette méthode nouvelle, il convient de s'entendre sur une donnée liminaire. L'expression générique « règles matérielles ou règles substantielles » traduit une idée fondamentale ; il s'agit de règles régissant directement le fond du droit. Mais, sous cette uniformité de façade, se cache un foisonnement de règles variées de telle sorte que l'ensemble est en définitive fort hétérogène à un double point de vue.

- 1)** Il n'est ni contesté ni contestable que les règles matérielles n'acquiescent leur pleine valeur sur le plan international que si elles concourent efficacement à l'unification du droit. Or, à cet égard, si l'on prend l'exemple des traités portant loi uniforme, on s'aperçoit qu'il existe deux degrés :

- a.** Certaines règles matérielles sont applicables à la fois dans les relations internes et dans les relations internationales. Le texte du traité est alors incorporé dans le droit de chacun des Etats signataires et régit indistinctement les opérations internes et les opérations internationales. C'est le cas des Conventions de Genève de 1930 et de 1931 sur les effets de commerce et le chèque.
-

b. Il est au contraire des règles dites uniformes qui sont applicables seulement dans les relations internationales et laissent subsister dans les rapports internes le particularisme des législations nationales. C'est le cas des Conventions de La Haye de 1964 sur les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Cette dualité est génératrice de difficultés. Seule la première catégorie de règles opère une unification totale. La détermination du champ d'application des secondes pose un délicat problème ; celui de la distinction des opérations internationales et des opérations internes. Or ce sont elles qui rendent le mieux compte de la spécificité des relations internationales et nombreux sont ceux qui considèrent qu'elles sont les seules à mériter le qualificatif de règles de droit international.

2) La diversité des règles matérielles se manifeste également au plan des sources. Certaines ont une origine nationale et puisent leurs racines dans la loi ou la jurisprudence, d'autres ont une origine internationale, tel le droit conventionnel arbitral ou spontané.

Paragraphe I

Les règles matérielles d'origine nationale.

30 – Leur efficacité en tant qu'instrument d'élimination (47) de la méthode conflictuelle est nécessairement limitée, et ce qu'elles aient leur source dans la loi ou dans la jurisprudence. On cite, généralement, les deux cas classiques de la nationalité et de la condition des étrangers. Tous les Etats édictent ici des règles qui sont en même temps des règles de droit international privé et des règles substantielles. Elles s'appliquent directement au domaine qu'elles se sont assigné. Il n'y a donc pas ici de conflit de lois.

31 – De telles règles d'origine interne sont cependant rarissimes, élaborées par la jurisprudence ou imposées par les impératifs du commerce international. Alors que les Articles 83 et 1004 du Code de Procédure Civile Français avaient eu, pendant longtemps, comme conséquence l'interdiction pour l'Etat Français de compromettre, la Cour de

(47) – Loussouarn et Bourel, *opcit*, p. 65.

Cassation a jugé, dans l'affaire GALAKIS (48), qu'une clause compromissoire souscrite par ce dernier était valable dans un contrat international "passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime".

32 – En Algérie, la même interdiction était édictée en termes exprès par l'ancien Article 442 Al. 3 du C.P.C, avant la loi n° 08-09 du 25 Février 2008 précitée. L'Etat et les personnes morales publiques ne pouvaient pas compromettre. Le Maître de D.I.P. Issad avait relevé, cependant, un Protocole du 19 Mai 1968 (49) signé, d'une part (pour le Gouvernement Algérien) par le Ministre de l'Industrie et de l'Energie, et d'autre part par le président de la compagnie Getty Petroleum, dont les Articles 27 et suivants organisaient une procédure d'arbitrage ad hoc détaillée.

Quant à nous, nous relevons l'Article 1006 du Code Algérien de procédure civile et administrative qui prévoit à son Alinéa 3 « que les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics ». Il s'agit là d'une innovation législative exceptionnelle qui ne laisse pas le juriste indifférent.

33 – En ce qui concerne le droit comparé, on cite, généralement, pour illustrer la tentative d'élimination de la méthode conflictuelle par des règles matérielles, le code du commerce international de Tchécoslovaquie du 4 Décembre 1963, ensemble de dispositions de droit matériel applicables aux contrats commerciaux internationaux. On peut ajouter la loi est-allemande du 5 février 1976 relative aux contrats économiques internationaux (50).

34 – On ne peut, cependant, conclure à l'élimination de la méthode du conflit de lois dans les domaines ainsi réglementés. Le champ d'application de ces deux textes se trouve limité par leur origine interne même. L'Article 3 du code tchèque prévoit que ses dispositions ne s'appliquent que si la législation tchécoslovaque est désignée, notamment si les parties l'ont choisie. Il en est de même avec l'Article 1^{er} de la loi est-allemande : celle-ci ne s'applique que si les parties au contrat économique international sont convenues de

(48) – D. 1996. 575, note J. Robert, Rev. Cr. DIP, 196/7 – 553, note Goldman, Cl. 1996.648, note P. Level.

(49) – JORADP du 1er Novembre 1968, p. 1173 & s, Cf. Issad, opcit, p. 97 et s.

(50) – Publication du Ministère du Commerce Extérieur de la R.D.A, Berlin, 1978.

soumettre celui-ci au droit de la République Démocratique Allemande ou que “le droit compétent des conflits de lois renvoie au droit de la République Démocratique Allemande”.

On constate donc que l’un et l’autre de ces deux textes ne s’appliquent qu’à titre de loi d’autonomie ou sur désignation de la règle de conflit compétente.

35 – Il apparaît ainsi que les règles matérielles qui sont d’origine interne ne s’appliquent que grâce au jeu d’une règle de conflit. Certains auteurs doutent même qu’il s’agisse de règles matérielles (51). Elles se présentent moins comme des règles de droit international que comme des règles internes à usage international, qui ne jouent que lorsqu’elles sont désignées par la règle de conflit compétente. La méthode conflictuelle garde ici tout son intérêt.

36 – Dès lors, toute règle d’origine interne est impuissante à créer un droit international matériel. La loi et le juge internes ne peuvent poser que des règles locales. La réception par des systèmes juridiques différents de règles ou de normes analogues ou identiques ne suffit pas à créer un droit international commun. Pour atteindre ce but, il faudrait donc un droit matériel d’origine internationale.

Paragraphe II

Les Règles matérielles d’origine internationale.

37 – Leur aptitude à éliminer la méthode conflictuelle n’est pas la même selon qu’elles ont leur source dans un traité, dans l’arbitrage international ou dans la pratique internationale.

La plus importante des sources est constituée par les traités qui adoptent des règles substantielles propres aux relations internationales. Mais la spécificité de ces relations a secrété, également, des usages entre les partenaires du commerce international et donné lieu à des principes consacrés par les sentences arbitrales.

(51) – H. Bauer, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », Rev. Cr. DIP, 1966, p. 537 & s.

A

Les Règles matérielles issues des traités.

38 – Il s'agit de règles s'appliquant directement au fond du droit. Elles sont nombreuses, notamment dans le domaine des transports maritimes, aériens ou ferroviaires. Elles sont les deux types correspondant à deux degrés d'uniformisation.

39 – Certaines règles matérielles, au demeurant rares, s'appliquent aux opérations internationales. Le traité est alors incorporé dans le droit interne des pays signataires. C'est le cas des conventions de Genève de 1930 et 1931 sur les effets de commerce et le chèque.

40 – D'autres règles matérielles, dites uniformes, s'appliquent au contraire aux seules opérations internationales. Ainsi, la convention de la Haye du 15 Juin 1955, entrée en vigueur le 1^{er} Septembre 1964, sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels.

41 – Si le second type de règles a le mérite de souligner la spécificité des relations internationales, elles sont néanmoins source de difficultés tenant à la détermination de leur champ d'application. Il est parfois difficile de distinguer les opérations internationales des opérations internes. Ainsi, lorsqu'une convention portant loi uniforme ne définit pas ce qu'il faut entendre par relation internationale, c'est le juge saisi qui est alors obligé de donner cette définition en faisant appel à la qualification *lege fori*. La méthode conflictuelle revient alors inévitablement par ce biais. Il arrive, par ailleurs, qu'elle ressurgisse dans l'interprétation de la convention portant loi uniforme (52).

B

Les Règles matérielles issues d'autres sources internationales.

1

L'arbitrage international.

42 – Toutes les législations reconnaissent et autorisent ce moyen de règlement de

(52) – C. Cass. 4 Mars 1963 (Arrêt HOCKE), Rev. Cr. DIP. 1964, 264 ; Jcp. 1963, II, 13376 ; Cl. 1964, 806, note Goldman ; v. aussi Lescot, « L'interprétation judiciaire des règles de droit privé uniformes », Jcp. 1963, I, 1756 ; P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? », Rev. Cr. DIP., 1964, 235 & s.

différents. Ainsi, en est-il des Articles 1006 et suivants du code Algérien de procédure civile et administrative.

L'extraordinaire faveur dont bénéficie l'arbitrage dans le monde du commerce international et le développement considérable qu'il connaît ont-ils pour conséquence d'éliminer le jeu de la méthode conflictuelle ?

La réponse à cette question dépend du pouvoir reconnu aux arbitres. Ont-ils la faculté de s'affranchir des lois étatiques pour créer des règles matérielles de droit international ? L'affirmative ne fait pas de doute lorsque les arbitres se sont vus reconnaître les pouvoirs d'amiable compositeur. Mais on tend, aujourd'hui, de plus en plus, à leur accorder ce pouvoir créateur en dehors même de cette hypothèse. La nature même des juridictions arbitrales internationales plaide, d'ailleurs, en faveur de cette solution, car, à la différence des juridictions étatiques, elles ne sont pas gardiennes de l'ordonnement du système juridique national. Au surplus, sur le plan pratique, une telle possibilité a l'avantage de leur permettre d'écarter les dispositions de droits étatiques qu'elles jugent inadaptées, de combiner différentes lois, de prendre, le cas échéant, en considération l'existence d'un droit corporatif, le tout permettant de dégager des règles matérielles communes (53).

Toutefois, pour qu'une élimination même partielle de la méthode conflictuelle soit une réalité, il ne suffit pas qu'une telle faculté soit reconnue aux arbitres, encore faut-il qu'ils l'utilisent. Or, sur ce dernier point, il est difficile de se faire une opinion précise, le plus grand nombre des sentences arbitrales n'étant pas publié. Il semble, cependant, que l'usage par les arbitres de la faculté à eux reconnue de forger des règles matérielles tende à se développer.

43 – En effet, les praticiens du commerce international disposent à présent d'une jurisprudence arbitrale relativement étoffée sur les grands problèmes que l'on rencontre dans la pratique du commerce international (54).

(53) – Cf. P. Level, « Le contrat dit "sans loi" », Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 1964-1966, p. 209.

(54) – Lamy, Pratique des contrats internationaux, Centre d'études et de recherches internationales, 1980, Volume I, p. 14.

44 – Bien que les arbitres, en principe, du moins ceux de la C.C.I, n'aient pas un accès privilégié aux sentences rendues par cet organisme, on s'aperçoit, de plus en plus, qu'ils n'hésitent pas à puiser dans les précédents publiés, les bases de certaines de leurs décisions et dans de nombreuses décisions on retrouve à présent des références à des sentences précédemment rendues (55).

45 – Ainsi, l'on peut s'apercevoir à la lumière de ces publications que les arbitres du commerce international ne règlent plus de façon disparate les problèmes juridiques qui leur sont posés ; bien au contraire, il se dégage aujourd'hui par leur répétition dans des sentences arbitrales publiées, certains principes de la Lex Mercatoria (56).

46 – Certaines de ces règles régissent l'arbitrage lui-même, ou la loi applicable, d'autres portent sur les éléments d'un véritable droit international des contrats en ce qui concerne par exemple l'obligation pour la victime de minimiser les pertes, la nécessité de maintenir l'équilibre contractuel, le devoir de coopération, etc.

47 – Au-delà même de leur pouvoir sur les arbitres, ces sentences arbitrales publiées permettent, également, de prévenir un certain nombre d'arbitrages en permettant aux juristes et aux praticiens de mieux évaluer les chances de succès ou d'échec lorsque surviennent des différends, par rapprochement avec les décisions antérieures connues.

48 – Toutefois, il ne semble pas que la pratique arbitrale ait éliminé totalement la méthode conflictuelle. Les arbitres eux-mêmes y recourent lorsque les parties n'ont pas prévu de loi applicable (57). Il est, en revanche, certain que les pouvoirs singulièrement étendus des arbitres leur permettent de forger de plus en plus de règles matérielles.

2

La pratique internationale.

49 – La pratique internationale se conforme à un ensemble de modèles et d'usages

(55) – Cf. Par exemple, sentence rendue dans l'affaire 3540, 1980, Clunet, 1981-915.

(56) – Clunet 1976-968, V. Fatiha Taleb, Colloque précité (sur l'arbitrage commercial international).

(57) – L'arbitre est, cependant, assez libre dans le choix de la règle de conflit. L'Article 13-3 du Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale prévoit qu'à défaut d'indication par les parties de la loi applicable, "l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce". Il en est de même de l'Article 33.1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

propres auxquels l'expérience a conféré un certain mérite. Nombre de grandes sociétés ou d'associations corporatives imposent à leurs clients ou proposent à leurs membres des contrats-types. La vente internationale de grains se fait presque toujours conformément au contrat-type de la London Corn Association. La Chambre de Commerce Internationale a établi en 1953 des Incoterms (International Commercial Terms) précisant le sens et les effets juridiques de certains termes ou observations souvent utilisés : "CAF", "FOB", "franco-wagon". Elle a, également, codifié les usages du crédit documentaire (Règles et usances unifiées).

50 – Ces règles n'ont, cependant, pas la valeur de règles juridiques. Emanant d'organismes privés, elles tirent l'essentiel de leur force de la volonté des parties qui y ont adhéré.

51 – Si ces règles sont volontairement adoptées par les parties qui s'y soumettent, elles ne sauraient s'imposer au juge. Les contrats types et les usages ne peuvent pas tout prévoir et comportent forcément des lacunes. Pour combler celles-ci, le juge ou l'arbitre revient à la loi étatique ou aux principes communs s'il en existe. Dès lors, la méthode conflictuelle, au moins au titre subsidiaire, revient inévitablement. Il faut, d'ailleurs, se garder du rôle envahissant de la pratique.

Si cette dernière est mieux à même de s'adapter aux besoins du commerce international, elle apparaît souvent comme un droit du plus fort imposé aux partenaires moins puissants (58).

Sous/Section II

La portée de la méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles.

52 – La localisation des règles matérielles au sein des différents secteurs du droit international privé est d'une importance extrême, car elle permet de se prononcer sur le bien ou le mal-fondé d'une révolte générale contre la méthode conflictuelle. Si, en effet, les règles matérielles se retrouvent éparses dans les divers secteurs qu'ils soient civils ou

(58) – A propos de la théorie de la "lex contractus", V. H. Batiffol, « La sentence ARAMCO et le DIP », Rev. Cr. DIP, 1964, p. 647 et s.

commerciaux, c'est qu'aucun d'entre eux ne leur est allergique et qu'elles peuvent dans l'avenir y proliférer. La méthode conflictuelle est alors en grand danger. Si au contraire, il apparaît qu'elles sont cantonnées dans certains domaines et qu'il leur est impossible de s'acclimater dans les autres, le péril est infiniment plus limité, car, de façon inéluctable des secteurs entiers demeureront régis par les conflits de lois.

Lorsque l'on s'efforce, dans cette optique de « faire le point » on s'aperçoit que les règles matérielles de droit international ne se sont développées que dans les matières concernant le commerce international. Cette constatation s'impose quelle que soit l'origine de la règle envisagée. En ce qui concerne les règles d'origine législative, on peut relever que, si certains pays ont un Code du commerce international, aucun n'a jamais senti la nécessité de se donner un Code civil international. Quant aux règles matérielles nationales d'origine jurisprudentielle, l'examen de la jurisprudence française révèle que les décisions posant des règles matérielles ne sont apparues qu'à propos de trois questions (59) dont deux ressortissent à l'arbitrage commercial international et la troisième aux contrats internationaux.

(59) – Précis Dalloz, préc. N° 76 et note 1 (p. 126) : deux sont relatives à l'arbitrage commercial international. D'une part, il s'agit de la "capacité" de l'Etat de compromettre dans les contrats internationaux : ONIC c/capitaine du S/S San Carlo, Cass. Civ. 14 Avril 1964, Cl. 1965, 646 note B. Goldman ; Rev. Cr. DIP 1966. 68, note Batiffol ; Rev. Trs. Dr. Civ. 1965. 711 obs. Hébraud ; pour la première fois, la Cour de Cassation a jugé que la capacité (de l'Etat à compromettre) relevait de la loi du contrat et non de la loi personnelle des parties contractantes lorsqu'il s'agit d'un contrat international de droit privé "passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime". L'arrêt Galakis c/Trésor Public (Cass. Civ. 1, 2 Mai 1966, Rev. Cr. 1967, 553, note Goldman ; Cl. 1966. 648 note Level) pose plus franchement une "règle matérielle de droit international" en jugeant que l'interdiction faite à l'Etat de compromettre ne soulève pas une question de capacité et n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime. D'autre part, il s'agit de la règle posée par la jurisprudence de la Cour de cassation concernant l'autonomie de la clause compromissoire dans les contrats internationaux (Arrêt Gosset c/Carapelli, Cass. Civ. 1, 7 Mai 1963, D. 1963. 545, note J. Robert ; Rev. Cr. 1963. 615, note H. Motulsky ; Cl. 1964. 82, note J. D. Bredin). Cette autonomie a été réaffirmée par des arrêts postérieurs : Cass. Civ. 1.18 Mai 1971, D. 1972. 37, note D. Alexandre ; Rev. Cr. DIP 1972. 124, note Mezger, Cl. 1972. 62, note Oppetit ; Arrêt Hoecht, Cass. Civ. 1, 4 Juillet 1972, Cl. 1972. 843, note Oppetit ; Rev. Tr. Dr. Com. 1973. 419 note Loussouarn. La troisième règle est relative à la validité de la clause-or dans les règlements internationaux, consacrée par l'arrêt, déjà ancien, des Messageries Maritimes (Cass. Civ. 21 Juin 1950, D. 1951. 749, note Hamel ; S. 1950. 609, note Batiffol ; Rev. Tr. Dr. Com. 1950. 698, obs. Loussouan).

53 – En Algérie, le seul cas qu’a relevé Monsieur Issad relevé (60) a été emprunté à la pratique : il s’agit de la capacité de l’Etat de compromettre dans les relations internationales de droit privé (61) et le cas que nous avons relevé nous même est légal car consacré par l’Alinéa 3 de l’Article 1006 du Code Algérien de procédure civile et administrative (précité) : il s’agit de la capacité des personnes morales de droit public de compromettre dans les relations économiques internationales et en matière de marchés publics.

La même observation vaut pour les règles matérielles d’origine internationale. Un recensement des conventions multilatérales contenant de telles règles révèle qu’elles concernent toutes des matières relatives au commerce international qu’il s’agisse des conventions sur la vente internationale d’objets mobiliers corporels, de celles relatives au droit maritime, à la propriété industrielle ou aux effets de commerce. Quant à l’arbitrage international, il joue presque toujours en matière commerciale et c’est également en ce domaine qu’éclot le « droit spontané ».

54 – Cette constatation est lourde de conséquences. Elle invite à réfléchir sur la nature exacte de la prétendue « crise des conflits de lois ». Le phénomène ne peut en effet être compris si l’on se cantonne sur le plan méthodologique. Il doit aussi être envisagé sous l’angle sociologique. Ce n’est pas en effet par hasard que la contestation a revêtu sa forme la plus vive dans les matières qui relèvent du droit du commerce international. La prise en considération des données sociologiques conduit à s’interroger sur le point de savoir s’il ne faut pas rechercher derrière la prétendue « crise des conflits de lois » une crise à la fois plus générale et plus profonde : celle du droit étatique auquel certains « usagers » aspirent à substituer le droit matériel d’un milieu donné, qui est international par nature et ne saurait s’identifier à un milieu étatique ni s’accommoder de l’application de dispositions du droit interne. Dans cette optique, certains auteurs n’hésitent pas à proclamer l’existence d’une société internationale des vendeurs et des acheteurs (62) ou même d’une société internationale des commerçants.

(60) – V. ci-dessus à propos du contrat Getty, signature du protocole organisant une procédure d’arbitrage ad hoc détaillée.

(61) – V. M. Issad, « L’arbitrage en Algérie », Revue de l’Arbitrage, 1977, p. 219 & s.

(62) – Cf. notamment Ph. Kahn, « La vente commerciale internationale », Paris, 1961, p. 395.

Sans aller aussi loin, d'autres pensent qu'il y a, à tout le moins, l'embryon d'une telle société. Quoiqu'il en soit, si cette société n'a pas encore atteint son plein développement au plan de l'organisation, elle présente d'ores et déjà des aspects spécifiques qui se traduisent en matière juridique par des manifestations tangibles. Elle s'appuie sur des organisations professionnelles qui élaborent un droit corporatif ; elle soumet les opérations qu'elle passe à des contrats-types ; elle manifeste une prédilection marquée pour l'arbitrage, les arbitres étant plus à l'aise que les juridictions étatiques pour forger un droit commercial commun, un droit matériel supranational.

Enfin, et surtout, et c'est là qu'apparaît en pleine lumière l'aspect sociologique, elle est animée du sentiment profond que le milieu du commerce international doit avoir ses règles propres. Une telle réaction n'est pas l'apanage exclusif du droit international. C'est elle qui, sur le plan interne a conduit à la professionnalisation du droit. Mais ici, elle se traduit par un refus du droit étatique et appelle une « résurrection » de la lex mercatoria. Ces données sociologiques constituent, à notre sens, le support le plus légitime de la révolution souhaitée par certains sur le plan méthodologique. Mais si elle permet de fonder les principales attaques portées contre la théorie des conflits de lois en révélant que la « crise des conflits de lois » n'est que la conséquence d'une crise du droit étatique, elle permet aussi de les circonscrire en montrant qu'elles ne se justifient que dans les domaines où ces données sociologiques existent réellement, dans les domaines où se manifeste une allergie effective à l'encontre du droit étatique. C'est pourquoi, c'est le droit du commerce international qui est en définitive, beaucoup plus que le droit international privé classique, affecté par l'avènement de règles matérielles. C'est, d'ailleurs, cet avènement qui, dans une large mesure, explique que le droit du commerce international prenne à l'époque récente ses distances à l'égard du droit international privé et justifie l'autonomie de cette discipline nouvelle dont la filiation par rapport au droit international privé demeure cependant incontestable.

Conclusion du Chapitre Préliminaire.

55 – La querelle des méthodes invite enfin à repenser la définition même du droit international privé (63).

En effet, compte-tenu de son existence, la situation du droit international privé se trouve profondément modifiée selon que l'on prend parti pour une définition étroite ou large. L'identification autrefois couramment admise du droit international privé aux conflits de lois a pour conséquence logique, mais paradoxale, de laisser en dehors de cette discipline les procédés de règlement des rapports internationaux autres que la méthode conflictuelle.

Si, au contraire, dans une définition plus moderne et plus juste, on considère que le droit international privé est le droit des rapports internationaux de droit privé, il doit régir l'ensemble de ces rapports quelle que soit leur méthode de règlement. A notre sens, cette dernière conception s'impose et nous pensons que le droit international privé a vocation à appréhender les rapports internationaux quelle que soit la méthode adoptée. Il connaît donc un pluralisme de méthodes, la méthode conflictuelle demeurant la toile de fond sur laquelle se détachent les règles matérielles qui ne sont encore que des exceptions fort rares, sauf dans le domaine du commerce international.

Ce pluralisme de méthodes, bien loin d'affecter l'intérêt du droit international privé, contribue au contraire à le renforcer. Cet intérêt est triple :

- a)** Le droit international privé est, dans une large mesure, un droit coutumier, ce qui est rare dans le système juridique français. Son étude fait donc une grande place à la connaissance de la jurisprudence.
- b)** Le droit international privé apparaît comme une complication des questions de droit interne au contact des nécessités de la vie internationale. Son étude doit en conséquence être approfondie grâce à la comparaison des droits internes étrangers et aussi des systèmes étrangers de droit international privé. Au plan de la technique juridique, l'ouverture qui caractérise la période actuelle se traduit par une prise de conscience de plus en plus nette : celle de

(63) – Loussouarn – Bourel, *opcit*, p. 76 et s.

la nécessité d'une utilisation de plus en plus intense de la méthode comparative en droit international privé. On connaît les mérites classiques attribués à la méthode comparative dans les diverses disciplines juridiques, tant au plan de son rôle d'information qu'à celui de son rôle dans l'unification du droit et des précieux renseignements qu'elle peut apporter au législateur en quête de réformes. Ces intérêts se retrouvent en droit international privé ; mais ils sont encore accrus et multipliés par le fait que la méthode comparative est appelée à y jouer un rôle spécifique et double. Spécifique parce que le droit international privé est lui-même un utilisateur du droit étranger, double parce qu'il utilise à la fois le droit international privé comparé et le droit interne comparé.

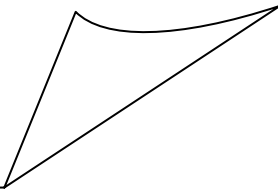
- c)** La recherche de la solution des problèmes de droit international privé oblige à une analyse plus subtile, plus profonde que celle de la solution des problèmes de droit interne. Elle contraint en conséquence à approfondir et à compléter les connaissances acquises en droit interne. Dans cette mesure le droit international privé constitue un complément indispensable des autres disciplines juridiques.
-

Première Partie

Contrats bancaires internationaux

et

règles de conflit de lois.



Première Partie.

Contrats bancaires internationaux et règles de conflit de lois.

56 – Le commerce de banque se développe par nature au-delà des frontières. Les relations commerciales entre pays ont de tous temps appelé des règlements bancaires internationaux. Si les banques se limitent en principe à une sphère d'action territoriale, leur activité déborde pour certains financements, ou transferts, les frontières (64). Certes, il existe une parenté de techniques bancaires. Certains instruments de crédit (traites, billets à ordre, chèques) font partie d'une vaste unification législative, mais, il subsiste une profonde originalité des techniques bancaires de divers pays, malgré la standardisation de méthodes et la concentration croissante des banques qui tendent à assurer une certaine uniformisation pratique des lois de fond applicables. Les économies bancaires liées à des impératifs politiques divergent.

Plus grand encore est le particularisme du droit bancaire des divers Etats car le droit bancaire est arc-bouté sur le droit commercial, notamment, le droit de la faillite et sur le droit des sûretés qui sont d'essence particulariste.

57 – Les divergences entre les législations bancaires devraient, donc, engendrer de multiples conflits. Actuellement, les conflits ne parviennent guère au stade contentieux.

Le phénomène n'est pas propre à l'Algérie (65). Une raison en est que les relations juridiques se nouent, souvent, dans l'ordre international par l'intermédiaire de deux banques qui en cas de conflit se soumettent plus volontiers que des particuliers à un arbitrage. Le décloisement des activités bancaires ne manquera pas de susciter une recrudescence de ces conflits. Et ces conflits aboutissent eux peut-être davantage devant la justice étatique.

58 – Il serait séduisant a priori de songer à rattacher les opérations de banque à une loi étatique : la loi du siège social de la banque (66).

(64) – Jcl. Banque et Bourse, Fascicule n° 14, 1985, p. 212.

(65) – V. dans le même sens en droit international privé Allemand, Colloque de droit international bancaire de Clermont-Ferrand, 18-30 Mars 1965, Annales de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1965, Fasc. 1.

(66) – Pillet, Traité de Dr. Int. Pr., Nouvelle Edition 1954, T 2, n° 498, Rep. Com. V° Banques, n° 283.

Cette solution simple aurait le premier mérite d'assurer l'égalité de traitement entre clients d'une banque. L'idée de contrat d'adhésion dont relève le contrat bancaire n'appelle-t-elle pas l'interprétation uniforme de multiples conventions passées par un même établissement de crédit ?

Cependant, la jurisprudence internationale n'a jamais isolé une véritable loi commune à toutes les variétés d'opérations de banque. L'activité bancaire est protéiforme, la diversité des situations juridiques entre une entreprise bancaire et sa clientèle implique l'intervention éventuelle de législations multiples.

59 – Il convient donc de rechercher les principes de solution du droit positif conduisant à déterminer la loi applicable aux contrats bancaires. On rappellera qu'il faut entendre par loi applicable non seulement la loi au sens strict mais également les règles juridiques d'origine jurisprudentielle et coutumière de l'Etat dont la loi a été désignée.

Cette solution de la Cour de Cassation (Arrêt du 26 Janvier 1953, R.C.D.P 1954. 767, note Y. L.) est tout à fait logique. En effet, on ne voit pas comment on pourrait dissocier les lois et les règlements d'un Etat de l'application qui en est faite par les juges de cet Etat. Par conséquent, la désignation de la loi applicable est bien la désignation d'un système juridique dans son ensemble et la détermination de ce dernier est un préalable nécessaire à toute recherche de solution dans une situation internationale.

60 – Ce principe reste vrai, même, dans le cas fréquent, en pratique, où les parties souhaitent trouver une solution amiable à un litige né. En effet, un négociateur recherchera, toujours, à connaître l'étendue de ses droits, avant d'en concéder une partie.

Les négociateurs ont, donc, toute latitude de désigner une loi applicable à leur contrat international de banque. En l'absence de toute désignation d'un "système juridique" complet de référence, ils ne peuvent prévoir quelles solutions seront données à leurs litiges par le juge ou par l'arbitre. Mais, cette loi désignée pour régir leur contrat s'applique-t-elle à tous les éléments de ce contrat ? (étant entendu que ce dernier se situe au carrefour des règles où sont impliquées une diversité de dispositions juridiques : régimes matrimoniaux, incapacité, droit de la faillite, droit des sociétés, droit des successions).

La réponse à cette question sera donnée au **Titre I**, ci-après intitulé : « Détermination et domaine de la loi applicable aux contrats bancaires selon les principes classiques du droit international privé » et qui sera suivi du **Titre II** intitulé : « L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats bancaires en général ».

Titre I

Détermination et domaine de la loi applicable aux contrats bancaires internationaux selon les principes classiques du droit international privé.

L'application à une matière quelconque de la technique des conflits de lois appelle l'étude d'un double problème. Il faut, en effet, procéder à la détermination de la loi applicable, puis en préciser le domaine. Les conflits de lois en matière bancaire n'échappent pas à cette règle générale ; C'est sur la base de cette distinction : détermination de la loi applicable aux contrats bancaires (**Sous/Titre I**) et domaine de la loi du contrat bancaire (**Sous/Titre II**) que seront réparties les différentes rubriques les concernant.

Sous/Titre I

Détermination de la loi applicable aux contrats bancaires internationaux.

61 – Généralités. L'expression recouvre l'ensemble des opérations de banques qui se réalisent par un contrat. Elle désigne donc les opérations les plus diverses : comptes bancaires, ouvertures de crédits, crédits d'escompte, crédits par signature, services bancaires etc...

Mais toutes ces opérations, qu'elles soient simples ou compliquées, qu'elles mettent en cause deux ou plusieurs personnes, sont caractérisées par l'intervention de la banque qui leur donne, en droit international, alors qu'il faut dégager la loi qui leur est applicable, une unité fondamentale. De telle sorte qu'il est possible d'étudier ensemble toutes les conventions de banque (67), si grande qu'en soit la variété (68), pour dégager les principes

(67) – On rappellera que selon l'Article 54 (du code civil Algérien) : « Le contrat est une "convention" par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

(68) – Julliot De La Morandière, Rodière et Houin, 6° Ed., 1972, n° 646, p. 604.

généraux qui leur sont applicables au regard du droit international privé, avant d'en rechercher les caractères spécifiques.

62 – Inadaptation des techniques juridiques – Il est évident que l'activité des banques franchit les frontières, qu'elle tend sans cesse davantage à les ignorer ou à les surmonter, et que c'est là l'un des domaines de l'activité commerciale où la tendance à l'internationalisation est la plus ancienne et la plus forte. Mais c'est aussi l'un des domaines où le droit international classique, et notamment la méthode conflictuelle, apparaît le moins approprié. La rareté du contentieux bancaire, en droit international, atteste cette inadaptation des techniques juridiques traditionnelles. La doctrine en a recherché les raisons. Elle a observé que les relations juridiques se nouaient le plus souvent dans l'ordre international par l'intermédiaire de deux banques (69) de telle manière que l'activité directe des banques est largement territoriale, les relations internationales étant surtout des relations entre banques ; or les banques sont, fréquemment, soumises à des usages communs, leurs relations internationales minutieusement réglées, et leurs litiges, s'il en subsiste, sont plus volontiers résolus en effet par la voie de l'arbitrage que par les tribunaux étatiques. On a, également, invoqué l'importance prise, dans de nombreux pays, par le contrôle des changes qui, multipliant les contraintes, tend à réduire les conflits.

Mais la meilleure raison commune au droit interne et au droit international tient sans doute au perfectionnement croissant des techniques bancaires. L'organisation des services rendus par les banques, sa rigueur, sa précision, ne cesse de réduire la marge d'incertitude, d'erreur, ou d'insatisfaction où peut s'introduire le contentieux.

A cela s'ajoutent sans doute les effets de la concentration bancaire, qui sont notamment, sur le plan matériel, la meilleure qualité du service rendu, et sur le plan psychologique, la soumission croissante du client à la volonté du banquier. Quoi qu'il en soit, il est bien vrai que les conflits qui subsistent échappent au contentieux, et par suite à l'observation du juriste (70).

(69) – Loussouarn et Bredin, « Droit du commerce international », 1963, p. 729 et s.

(70) – Voir dans le même sens en droit allemand : Kegel, « Les obligations bancaires en droit international privé allemand », Colloque de droit international bancaire de Clermont-Ferrand, 1965.

On peut se demander si la libération des mouvements de capitaux, par la suppression périodique du contrôle des changes, le décloisonnement des activités bancaires, notamment dans le cadre de la Communauté Economique Européenne, ne susciteront pas une recrudescence des conflits connus des juridictions étatiques (71). Mais force est de constater qu'aujourd'hui le droit des contrats bancaires est, pour l'essentiel, une construction de doctrine.

Par conséquent, le régime international des contrats bancaires nous conduit à l'étude des principes généraux de solutions de conflits de lois en matière bancaire au Chapitre I, et du rattachement des principaux contrats bancaires au Chapitre II.

Chapitre I

Les principes généraux de solutions de conflit de lois en matière bancaire.

63 – La mise en œuvre des principes de rattachement des opérations bancaires ne différant pas de ceux applicables aux autres contrats conduit souvent à la désignation de la loi de la banque dont le rôle est primordial.

En effet, chaque fois qu'intervient, dans une opération bancaire, un élément d'extranéité (72) se pose théoriquement le problème de la loi applicable. L'ensemble de la doctrine affirme la compétence de principe de la loi de la banque, plus précisément de la "loi en vigueur au lieu où elle est établie" (73). Mais le fondement de cette compétence n'apparaît pas toujours avec précision.

(71) – Stoufflet : Communication au Comité français du droit international privé, 1966, « Les conflits de lois en matière de crédits bancaires » ; Gavalda, « Banque et établissement financier », dans Rep. Dr. Int., I, p. 1003.

(72) – La Cour de Cassation statuant sur la licéité de la clause compromissoire, a paru tenir pour international un contrat mettant en jeu les intérêts de commerce international (Cass. Civ. 10 Février 1930 et 7 Janvier 1931.S, 33-141, note Niboyet) définition trop imprécise et sans doute trop étroite. Il apparaît bien que doit être tenu pour international, en ce qu'il permet l'application de la loi choisie par les parties, un contrat qui a des liens avec plusieurs systèmes juridiques ; En ce sens, Batiffol, Traité, 4^e Edition, 1980, n° 575, p. 628, ou ce qui revient au même, un contrat dont tous les points de rattachement ne se situent pas dans le même système juridique. Cette définition ne peut prétendre résoudre toutes les difficultés.

(73) – Stoufflet, « Banque et opérations de banque », dans J.Cl. Dr. Int., Fasc 566B. « L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé », Clunet 1966, p. 511. « Les conflits de lois en matière d'opérations de banque, rapport aux journées d'études de droit bancaire », Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, Fasc. 2, p. 206 et s. Communication précitée au Comité Français de droit international privé, Batiffol, Les conflits de lois en matière de contrats, 1983, n° 115 et s., p. 102 et s. ; Arminjon, Précis de droit international privé commercial, 1938, n° 218 et s., p. 398 et s. ; Gavalda, « Banque et établissement financier » dans Rep. Dr. Int., n° 21 et s.

Section I

La loi de la banque, loi du contrat.

64 – On peut d’abord affirmer la compétence de la loi de la banque, en tant que loi du contrat. Celle-ci intervient alors comme loi d’autonomie, par application des solutions générales de conflits de lois en matière contractuelle (74). La loi de la banque recevra ainsi compétence chaque fois qu’elle a fait l’objet d’une désignation expresse (75).

Encore faut-il, par application des principes généraux, que les parties n’aient pas désigné une loi sans rapport avec la localisation effective du contrat, et que l’ordre public international ne s’oppose pas à l’application de la loi ainsi désignée.

Mais le choix de la loi de la banque peut encore découler implicitement de l’adhésion aux « conditions générales » de banque (76). Dans certains pays, les associations professionnelles de banques ont élaboré des conditions générales destinées à régler tous leurs rapports avec leur clientèle, et soumettant ces rapports à leur droit national (77). Passant contrat avec la banque, le client peut alors être tenu pour avoir implicitement désigné la loi prévue aux conditions générales (78).

Mais la pratique bancaire exclut le plus souvent toute désignation expresse, et même une désignation implicite. La compétence de la loi de la banque doit alors résulter des indices généraux de localisation : or ils se rejoignent, le plus souvent, pour l’affirmer.

(74) – Pour un exemple de référence expresse à la loi de l’Etat de New-York dans un contrat passé à New-York avec la succursale d’une banque Française : Trib. Com. Seine, 26 Juin 1964, Revue Banque, 1964.624, obs. Marin.

(75) – Trib. Gr. Inst. Seine, 9 Juillet 1963, Jcp. 1963.II.13434. Le tribunal de la Seine a refusé de se tenir pour lié par un rattachement exprès à la loi française, en tant que loi de la banque, en une espèce où la banque française n’avait joué qu’un rôle d’intermédiaire.

(76) – Comp. Paris 29 Mars 1938, Clunet, 1938.1017. Obs. Tager.

(77) – Ex : les conditions générales de la Banque de l’Association Néerlandaise des banquiers, en date du 16 Juin 1964, Gavalda, opcit, n° 26.

(78) – La doctrine a pu parvenir à un résultat analogue par le recours à la notion de contrat d’adhésion. Le client « doit s’attendre à voir appliquer la loi du siège de la banque », Cf. Les références de jurisprudence allemande données par M. Batiffol, dans Les conflits de lois en matière de contrats, n° 117, p. 103 et s.

La loi de la banque est, en effet, généralement la loi du lieu d'exécution, dont on sait l'importance primordiale en matière contractuelle. Ainsi que l'observe Stoufflet (79), dans un contrat bancaire c'est bien la prestation de la banque qui apparaît comme la plus caractéristique. Or, le plus souvent, sinon toujours, la prestation de la banque est accomplie dans le pays où est située la banque, les banques ne réalisent pas directement d'opérations à l'étranger. De la même manière, le lieu de conclusion du contrat se situe, généralement, là où la banque est établie (80) et le lieu de conclusion n'est pas alors accidentel, donc dépourvu de signification : il traduit l'importance du rôle de la banque dans le rapport contractuel.

Mais la compétence de la loi de la banque, en tant que loi d'autonomie, résulte encore de tous les indices qui laissent à penser que la convention bancaire ne peut être que localisée au siège de la banque, parce que c'est la solution normale, pratique, habituelle. C'est au siège de la banque qu'est tenue la comptabilité ; là sont rassemblées les preuves. Chaque opération de banque est soumise aux pratiques de la banque. Si le droit national bancaire est insuffisant, ce sont bien les usages-locaux qui le complètent. En outre, ainsi que l'observe Gavalda, l'opération s'insère pour la banque dans une série de contrats analogues quotidiennement passés par elle, soumis à la même loi et aux mêmes usages. La marche de l'entreprise bancaire implique l'uniformité de ses opérations, par suite leur soumission à une loi unique (81).

65 – Aussi les parties, par une convention expresse, peuvent se placer sous l'empire d'une autre loi, sauf à tenir compte des lois de police en vigueur au lieu où le contrat doit s'exécuter et le cas échéant au lieu où la banque est établie.

Cependant, le choix d'une loi autre que la loi de la banque ne se conçoit que pour les euro-crédits qui sont des opérations bancaires de crédit international exceptionnelles à taux variable, dans lesquelles les banques répercutent à l'emprunteur leur coût de refinancement à court terme sur le marché des euro-devises et acceptent dans une certaine

(79) – Banque et opérations de banque, dans Jcl. Dr. Int. Fasc 566B, n° 5.

(80) – On observera cependant que le lieu de conclusion de la convention de banque peut, dans la pratique, être situé ailleurs.

(81) – Stoufflet, J.C. Dr. Int. opcit, n° 4, M. Vasseur et Marin se prononcent également pour la compétence de principe de la loi de la banque.

mesure de prendre un risque au niveau de la disponibilité future des fonds qu'elles empruntent (82).

En effet, les conventions d'euro-crédits sont régies soit par le droit de l'Etat de New-York, ou le droit anglais plus conforme aux usages internationaux, soit par le droit français lorsque les chefs de file ou les emprunteurs, sont français, mais en raison surtout du caractère évolué de ces trois droits en matière de contrats commerciaux internationaux et du fait que ces droits sont connus par la plupart des banques qui font partie d'un syndicat international.

Au surplus, le droit anglais n'exige pas pour sa désignation qu'une convention d'euro-crédits ait un élément de rattachement avec l'Angleterre ; de même la jurisprudence française plus libérale (83) a admis que dans un contrat international les parties sont libres de choisir la loi applicable à celui-ci sans autres réserves que celles pouvant résulter de l'ordre public. Par contre le droit de l'Etat de New York exige pour son élection un rattachement raisonnable entre la convention d'euro-crédits et l'Etat de New York, notamment, la mise à disposition et le remboursement des fonds à New York (84).

Quant au droit Algérien l'Article 18 du Code Civil exige que la loi d'autonomie ait une relation réelle avec les contractants ou le contrat.

66 – En l'absence même de convention et pour tenir compte de leur finalité particulière, il y a lieu de soustraire certaines opérations de la compétence de la loi de la banque. Ainsi, le cautionnement bancaire est normalement soumis au moins pour ce qui concerne les rapports entre le banquier-caution et le créancier à la loi de l'obligation garantie, loi qui fixe l'étendue et la durée de la garantie, les conditions de sa mise en œuvre et de son extinction (85).

(82) – Jean Luc Herrenschmidt, « La présentation des euro-crédits » in euro-crédits par Fouchard, Blaise et Khan, 1981, p. 498.

(83) – A. American Trading Co. Cass. Civ. 5 Décembre 1910.S, 1911-I-129, note Lyon –Caen, Clunet 1912.1156 et RCDI 1911, p. 395 : « La loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets est celle que les parties ont adoptée ».

(84) – Camille Jauffret & Claude Kelly, « La protection contractuelle in euro-crédits », par Fouchard, Kahn et Blaise, 1981, p. 593.

(85) – Loussouarn et Bredin, DCI, 1969, p. 495.

67 – L'engagement de caution est en droit commun une obligation accessoire présumée soumise à la loi du contrat principal (86), il n'y a aucune raison déterminante de soustraire le cautionnement bancaire à cette règle générale (87).

68 – Les acceptations d'effets qui sont données par le banquier, en application de la convention générale dite d'ouverture de crédit d'acceptation par laquelle le banquier promet ses acceptations ne peuvent être régies que par la loi cambiaire (88).

Enfin, l'escompte se réalisant par l'endossement translatif d'un effet, le transfert de l'effet, la garantie cambiaire, les recours sont soumis alors à la loi compétente en matière d'effets de commerce.

69 – De fait, l'attraction de la loi de la banque n'est pas irrésistible.

La loi d'autonomie c'est-à-dire la loi interne désignée de manière expresse ou pas prédomine dans les crédits financiers internationaux. La loi de la banque est éliminée ou son rôle est atténué dans les opérations de crédit par signature.

Section II

La loi de la banque, loi nécessaire.

70 – Ces arguments, dont la force ne peut être négligée, signalent moins des indices aidant à désigner la loi de la banque comme loi d'autonomie, qu'ils n'affirment la nécessité de sa compétence. Et la loi de la banque paraît bien recevoir compétence pour cette première raison qu'il ne peut en être autrement, ni économiquement, ni techniquement : le droit ne cherche alors qu'à fournir des justifications à une situation qu'il constate, et ne peut raisonnablement contrarier. Il a, parfois, été dit que cette situation s'imposait parce que le contrat bancaire était un contrat d'adhésion.

(86) – Batiffol, Traité 4^{ème} Ed., 1987, n° 610 : « La présomption ne s'impose, cependant, plus quand la caution est fournie à titre professionnel, c'est-à-dire par une banque », Stoufflet relève, cependant, le cas où la garantie est prévue par la loi ou un règlement, J. 1966. 582 : « L'ouverture de crédit bancaire en Dr. Int. Pr ».

(87) – En ce sens, Stoufflet, Jcl. Dr. Int. Pr., Fasc. 566B.

(88) – Loussouarn et Bredin, DCI, opcit, p. 399.

Dans un tel contrat la partie qui adhère subirait la loi compétente, de même qu'elle subit les conditions prédéterminées du contrat (89).

Mais, d'une part, toutes les conventions bancaires ne sont pas des contrats d'adhésion, et, d'autre part, il est vrai que l'adhésion à un contrat implique nécessairement la soumission à la loi de la partie qui a conçu le contrat (90).

On peut tirer avantage du recours à la notion de contrat d'adhésion. Mais il faut constater que le recours à une organisation économique et technique peut impliquer, pour des raisons de commodité, ou même de nécessité, la soumission à la loi qui régit cette organisation.

Ainsi en est-il sans doute en matière de contrats d'assurances, et certainement en matière de conventions bancaires. Le plus souvent, il est techniquement et économiquement impossible de soustraire une convention bancaire à la loi de la banque. Il est possible de dire que la loi de la banque reçoit alors compétence en tant que loi d'autonomie, parce que tous les indices se regroupent pour assurer sa désignation. Il est possible de dire, et peut-être plus simple, qu'elle est compétente parce que toute autre solution conduirait à un résultat absurde. Sans doute les deux explications ne coïncident-elles pas tout à fait dans leurs conséquences : si la loi de la banque n'est compétente qu'en sa qualité de loi d'autonomie, il faut admettre que les parties peuvent convenir à la désignation d'une autre loi. Mais précisément la désignation d'une autre loi suffirait à prouver qu'en l'espèce la compétence de la loi de la banque avait cessé d'être nécessaire. Et la nécessité d'une localisation objective, excluant tout rattachement fictif, rapproche encore les raisons qui fondent la compétence de la loi de la banque : elle est la loi d'autonomie et elle est la loi nécessaire.

(89) – Comp. Gavalda, *opcit*, n° 36, Voir les objections de M. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, n° 115, p. 102.

(90) – Voir les références de droit comparé citées par M. Batiffol, *opcit*, n° 115 et s. p. 112 et s. qui marquent une forte tendance jurisprudentielle à écarter la loi du cocontractant puissant, par souci de protection du cocontractant le plus faible. Mais on constatera que la loi de la banque n'est pas, nécessairement, la plus favorable à la banque.

Section III

La loi de la banque, lex Mercatoria.

71 – L'Article 1050 du Code Algérien de procédure civile et administrative dispose que : « Le tribunal arbitral tranche le litige en application des règles de droit que les parties ont choisies ou à défaut, selon les règles de droit et usages qu'il estime appropriés ». En utilisant le terme "règles de droit" et non pas loi, le législateur Algérien a voulu permettre aux parties et aux arbitres de recourir à des règles extralégales, notamment, aux principes généraux de droit, aux recueils et conditions de toute nature ainsi qu'aux usages du commerce international codifiés ou non : "lex mercatoria".

Par conséquent, est prévue, légalement la référence expresse ou tacite au droit professionnel ou à l'équité ou aux usages qui sont des pratiques connues sur une place ou dans la profession et constituent l'une des sources du droit applicable aux contrats bancaires internationaux. Celle-ci permet donc de : -

72 – I – Compléter la loi de la banque (loi du contrat) jugée insuffisante notamment en vue de l'interprétation du contrat et de la détermination des suites qu'il comporte (91), d'autant plus que diverses lois modernes nuancent ou complètent la règle de droit par une référence effective aux usages du commerce et à l'équité.

En effet, l'Article 1135 du Code Civil Français comprend une référence subsidiaire aux usages (92) puisqu'il dispose que : « 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 » ; le Code Civil Algérien émet : « Une règle d'interprétation des obligations ». C'est l'Article 111 Alinéa 2 dont le début reprend l'Article 1156 du Code Civil Français et énonce : « Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été l'intention commune des parties sans s'arrêter au sens littéral des termes », mais dont la fin ajoute que « Cette interprétation doit être faite en tenant compte de la nature de l'affaire ainsi que de la loyauté et de la confiance devant exister entre les contractants d'après les usages admis dans les affaires ». En outre, il vise dans l'Article 1^{er} (Al. 2 et 3) : la coutume, les

(91) – Mayer, DIP, 1983, p. 71 et s.

(92) – Lamy, « Pratique des contrats internationaux », opcit, p. 54.

règles de l'équité ; dans l'Article 65 : l'usage et l'équité ; dans l'Article 68 : les usages de commerce, s'inspirant ainsi des auteurs musulmans qui attachaient une grande importance aux usages dont l'objet était la nuance de la rigidité du droit musulman par la souplesse.

Au demeurant, certains contrats concernant l'Algérie, en l'occurrence : contrat Sonacome-Berliet (Article 24-8), projet du contrat SNMC (Article 19-8) comportent une disposition prévoyant le règlement de tout différend selon la loi Algérienne et les données essentielles de la justice, lesquelles données sont considérées comme l'expression du concept d'équité par la doctrine, notamment (Gérard Blanc (93)).

Selon les professeurs Issad et Mahiou : « Les opérateurs du commerce international signent les contrats, souscrivent à l'arbitrage, aux pratiques existantes codifiées ou non, participent à ce mouvement malgré le débat sur le nouvel ordre économique (94) ;

Les pratiques des pays en développement s'éloignent ainsi de leurs déclarations pour ajouter des pierres à l'édifice du tiers-ordre juridique (95) ».

73 – II – Suppléer à l'inexistence d'une loi positive ou aux règles désuètes ou lacunaires (96) par la "lex mercatoria autonome" ou droit corporatif fait d'usages professionnels ou de règles appropriées (97).

D'ailleurs les règles et usances relatives aux crédits documentaires ont la préférence des banquiers ; elles constituent un exemple remarquable et original de la genèse [au sein de la profession bancaire et sur son initiative] des règles internationales : contrats-types, formules préétablies destinées à servir de cadre aux conventions particulières entre usagers du commerce international ; elles donnent leur uniformité aux pratiques bancaires internationales et entraînent la naissance de principes coutumiers créateurs de droit.

(93) – Gérard – Blanc, « Contrat d'équipement industriel, l'exemple Algérien », 1976, p. 25.

(94) – Issad, Colloque sur le nouvel ordre économique, Alger du 11 au 14 Octobre 1976.

(95) – Mahiou, « Tiers-ordre juridique », Rev. Alg. Des Relations Internationales, n° 1, 1^{er} Trimestre 1986, p. 24.

(96) – Hachem, « Recherches sur la loi applicable aux opérations internationales de banque », Thèse, Paris, 1973, p. 396.

(97) – Stoufflet, in Mélanges, Goldman, opcit, p. 203.

On s'est même demandé (98) s'il ne s'agit pas de normes juridiques bien qu'elles n'aient pris corps ni dans les lois internes des Etats, ni dans leurs conventions internationales [“C'est ici dit Goldman que l'on retrouve la difficulté venant de ce que la *lex mercatoria* n'est pas un système juridique complet, elle ne concerne pas une collectivité politiquement organisée qui seule peut-être dotée d'une force collective irrésistible (99)”, mais cela ne paraît suffisant ni pour contester que certaines au moins des normes qui la composent et en vérité toutes, à l'exception des contrats-types émanant d'entreprises isolées, sont bien des règles de droit générales et non de simples normes individuelles accrochées à une règle étatique reconnaissant force obligatoire aux contrats, ni pour méconnaître son mouvement vers une systématisation certes incomplète mais croissante. La *lex mercatoria* se situe donc bien substantiellement comme formellement dans le domaine du droit, il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ces prescriptions. Le banquier qui confirme un crédit documentaire selon les règles et usances de la C.C.I. n'a pas le sentiment de se placer dans une situation de “pur fait” en marge du juridique, mais dans une situation de droit, car il conclut un contrat et un contrat est une opération juridique].

74 – Stoufflet considère que les règles et usances du crédit documentaire (100) codifiées par la Chambre de Commerce Internationale deviennent des coutumes malgré le caractère privé de cette codification. Il est, d'ailleurs, [selon Antoine Kassis] l'un des rares auteurs qui ont procédé à une analyse de la nature juridique de l'usage du commerce international dans un domaine particulier, précisément, le crédit documentaire, à la lumière de la distinction entre usages conventionnels et coutume ; l'originalité de son explication consiste en ce qu'elle adopte simultanément la théorie jurisprudentielle et la théorie des deux éléments de la coutume. L'emploi, généralement, constant du crédit documentaire fait de cette technique un “usage conventionnel” applicable même lorsque les parties ne s'y sont pas expressément référées, reposant sur la volonté présumée des parties et dont la force découle du principe d'autonomie de la volonté, mais cet usage conventionnel se transforme en coutume sous l'influence de deux facteurs qui contribuent à le cristalliser et à

(98) – Stoufflet, « Le crédit documentaire », 1957, p. 203.

(99) – Goldman, « *Lex Mercatoria* dans le contrat et l'arbitrage internationaux », *Clunet* 1979, p. 438.

(100)– Stoufflet, *opcit*, p. 304.

développer chez les opérateurs du commerce international la conscience de son caractère obligatoire. Le premier de ces facteurs à un caractère général : C'est la jurisprudence, le second sans être spécial au crédit documentaire intervient fréquemment ailleurs : C'est la rédaction privée des usages. On se trouve ainsi en présence de deux types d'usages : les usages non codifiés, les autres codifiés ; les premiers peuvent être érigés en coutume par l'action de la jurisprudence, en ce qui concerne les seconds, c'est, essentiellement, la codification qui est susceptible de leur faire acquérir le caractère de normes juridiques, cela est dû à l'autorité qui s'attache aux règles et usages tant en raison de l'audience que possède la C.C.I., qu'en raison de la large adhésion que leur ont donnée les milieux bancaires et qui a favorisé la naissance de "l'opinio – necessitatis" (101).

Ces idées correspondent semble-t-il à celles qui sous-tendent la distinction de Jean Robert entre usage de droit et usage de fait. La constatation des besoins ne pourra donc se faire que par une référence aux usages du commerce considéré et par là on devra entendre : l'usage de droit, c'est-à-dire constaté, s'opposant à l'usage de fait, le premier étant seul susceptible de constituer une source de droit.

75 – Kassis n'approuve point les considérations de Stoufflet, car il estime que l'audience que possède la C.C.I. ou la large adhésion donnée dans les milieux bancaires à la codification effectuée par cet organisme ne saurait transformer les usages conventionnels du crédit documentaire en coutume. La raison est que ni l'une, ni l'autre ne donnent naissance à un sentiment d'obligation, dès lors que ces usages restent facultatifs et peuvent être écartés par les parties à la convention et que d'autre part l'audience que possède un organisme comme la C.C.I. qui reste un organisme privé est foncièrement différente de l'autorité de la loi.

Il ajoute [quant à la seconde explication retrouvée chez Stoufflet] : « Le passage de l'usage conventionnel à la règle coutumière, à savoir l'explication par la consécration jurisprudentielle, elle vaut ce que vaut la théorie jurisprudentielle de la coutume (102).

(101)– A. Kassis, « Théorie générale des usages de commerce », 1984, p. 493.

(102)– A. Kassis, *opcit*, p. 499.

La coutume n'intervient qu'en cas de stipulation expresse ou tacite de volonté alors que les usages sont établis par des banquiers eux-mêmes qui se mettent d'accord sur le plan international quant aux pratiques à adopter et ceci grâce à l'emploi de ces règles uniformes : résultats probants si l'on juge par les réglementations ou les normes uniformes qui ont déjà été préconisées ou mises en pratique et qui ont donné lieu à la publication de brochures de la Chambre de Commerce Internationale notamment le règlement uniforme pour l'encaissement des effets de commerce, brochure n° 322 version révisée entrée en vigueur le 01/01/1979, formules normalisées pour les ouvertures de crédits documentaires : brochure 159, règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires : révision 1983 – en vigueur depuis le 01/01/1984 – brochure n° 400 constituant l'un des codes les plus importants, universellement adopté par les banques de 134 pays y adhérant soit collectivement par les associations bancaires, soit à titre individuel. Les règles uniformes pour les garanties contractuelles adoptées par le conseil de la C.C.I. le 20/06/1978, publication n° 325, les formules normalisées pour l'émission de garanties contractuelles selon les règles uniformes de la C.C.I. publication n° 406, brochure n° 325, la publication de la C.C.I. : "Comment gérer les risques de change", n° 422, Mars 1986, l'avis 1980-1981 de la commission bancaire de la C.C.I. sur les questions portant sur les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires.

Cette codification et l'universalisme la caractérisant justifient l'existence d'un véritable droit international bancaire (103).

76 – Selon Shapira : « En ce qui concerne les opérations en euro-monnaies la pratique a mis au moins au point des formules pour définir le cadre des relations entre les établissements de crédit participant à un consortium bancaire et pour régler les rapports entre les emprunteurs. Les éléments essentiels de ces formules sont uniformes et peuvent être considérés comme exprimant un véritable usage.

Les usages codifiés ou non aussi bien que les formules-types de contrats et les conditions générales professionnelles jouent un rôle majeur en droit commercial ;

(103)– Stoufflet, opcit, p. 303.

Le phénomène revêt une importance particulière dans le secteur bancaire (104). C'est ce que confirme Ibrahim El Nasser en écrivant : « Dans le cadre des opérations effectuées par les banques, l'usage joue un rôle prépondérant qu'on ne lui voue pas dans les autres domaines du droit, l'usage se renforce et se stabilise lorsque les dispositions bancaires s'imposent aux clients convaincus de leur caractère obligatoire. La pratique finit par attribuer à ces usages un caractère quasi-légal (105). C'est pourquoi s'y conforme aussi la jurisprudence arbitrale ».

77 – L'application par les arbitres de coutumes ou d'usages du commerce international dit Fouchard (106) s'impose, toujours, sans qu'il soit nécessaire que les parties dans leur convention ou le règlement arbitral de l'institution, l'autorisent expressément et l'arbitre qui fonde sa décision sur les usages du commerce international ne saurait être purement et simplement assimilé à l'arbitre amiable compositeur. Les usages du commerce international ne se confondent pas avec l'équité et une sentence qui y puise sa motivation n'a pas un caractère moins juridique que celles qui font application d'un droit national. La seule différence est qu'il s'agit d'un droit coutumier international d'une part, d'un droit étatique de l'autre.

Les usages corporatifs et les règles coutumières quelque soit leur objet sont délibérément préférés pour la solution de litige à des normes étatiques jugées insuffisantes ou inadaptées.

D'ailleurs, certaines décisions arbitrales notamment en matière de contentieux international de pétrole ont délibérément écarté au profit de normes plus internationales l'application du droit étatique normalement compétent, jugé par les arbitres insuffisant dans son contenu ou trop dépendant d'une partie au litige en l'occurrence la puissance publique concédante.

Ainsi, dans le différend entre la société Petroleum Development Trucial Coast Limited et le Cheikh d'Abu Dhabi (107), il a été convenu d'appliquer les principes puisés dans le bon

(104)– Shapira, « Droit des affaires internationales », 1970, p. 98.

(105)– Ibrahim El Nasser, « Les opérations bancaires de l'Arabie Saoudite », 1970, p. 202.

(106)– Lamy, *opcit*, p. 45.

(107)– Fouchard, « L'arbitrage international », 1965, p. 203.

sens ou la pratique commune de l'ensemble des Nations civilisées : « La loi d'Abu Dhabi théoriquement compétente pour régir le contrat litigieux ne contenant pas un corps établi de principes juridiques utilisables pour l'interprétation d'instruments commerciaux modernes ».

Dans l'affaire de l'Aramco en 1958 (108), il a été décidé que : « les matières qui ressortissent au droit privé sont en principe soumises au droit de l'Arabie Saoudite, mais avec l'important correctif que ce droit doit au besoin être interprété ou complété par les usages suivis dans l'industrie du pétrole, notamment lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire à peine de priver la concession de sa substance ne lui seraient pas assurés d'une manière indubitable par le droit en vigueur dans l'Arabie Saoudite ».

78 – Par conséquent, le choix de la lex Mercatoria et son application directe se justifient d'autant par le fait que le droit corporatif traduit ses besoins réels qui ne peuvent être satisfaits par les dispositions du droit positif insuffisant, par le fait qu'il solutionne les problèmes posés dans une relation internationale ; la "lex mercatoria" est, en effet, faite de règles conçues d'emblée pour les relations internationales et apportant directement la solution des problèmes qui se posent dans une relation internationale (109). Aussi, la loi de la banque : loi du contrat complétée par les usages, permettra au juge ou à l'arbitre international de se référer à un système de règles juridiques complètes et de résoudre les questions relatives à la pratique dominante du milieu bancaire.

Section IV

Détermination de la loi de la banque : Filiales, Succursales

des banques étrangères en France.

79 – Si la loi de la banque reçoit compétence, encore faut-il préciser ce qu'est la loi de la banque, lorsque les banques étrangères, par exemple américaines, exercent leur activité,

(108)– Fouchard, opcit, p. 209.

(109)– Goldman, « Règles de conflit, Règles d'application immédiate et Règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », Travaux du Comité Français de D.I.P. 1966-1969, p. 21.

en France, soit par l'intermédiaire de filiales, soit par l'intermédiaire de succursales.

80 – Les filiales, sociétés de forme juridique française, mais contrôlées de l'étranger, ne suscitent pas de difficultés importantes. Sans doute sont-elles considérées comme des banques étrangères par le droit français, puisque l'Article 15 de la Loi du 13 Juin 1941 (110) considère comme banques étrangères, quel que soit le lieu de leur siège social, les banques qui, directement ou indirectement, sont sous le contrôle de personnes physiques ou morales étrangères (111), contrairement au droit Algérien qui considère comme banques étrangères les banques ("sociétés commerciales") qui n'ont pas leur siège social en Algérie. En effet, il retient le "critère du siège social" établissant un lien plus fort avec l'Etat, pour apprécier la nationalité des sociétés (Article 547 Alinéa 2 du Code de Commerce (Edition 2009-2010) disposant que : « les sociétés qui exercent une activité en Algérie sont soumises à la loi Algérienne »). A l'évidence, il est nécessaire pour déterminer la nationalité d'une société de s'assurer que celle-ci est soumise à "la loi du for" et que d'autres éléments permettent de conclure qu'elle est suffisamment reliée à l'Etat dont la nationalité est en cause pour pouvoir être considérée comme sa ressortissante.

Mais l'utilisation exceptionnelle par le droit Français du "critère du contrôle" pour apprécier la nationalité des personnes morales n'emporte ici aucune conséquence.

D'une part, en effet, ces « banques étrangères » doivent satisfaire aux mêmes conditions que les banques Françaises, et sont soumises à la même réglementation. D'autre part, elles demeurent des sociétés de statut juridique Français. La doctrine s'accorde aisément pour admettre que la loi de la banque est, les concernant, la loi Française. En revanche, la solution est moins évidente, s'agissant des succursales de banques étrangères.

(110)– Les Articles L. 511-21 et suivants du Code Monétaire et Financier Français (Edition 2006) organisent plutôt l'activité bancaire des établissements situés dans l'espace économique européen (V. aussi la directive 2000/12/CE du 20 Mars 2000, Cf. Françoise Dekeuwer – Défossez, « Droit bancaire », Dalloz, 2004, p. 8 et s. : J. Stoufflet, Campet, Koszul, Moran et Sarmet, « L'activité des banques étrangères en France », PUF, Colloque sur les banques étrangères (Paris, 7 et 8 Février, 1974, p. 11).

(111)– Hamel, Lagarde et Jauffret, Droit commercial, T. II, n° 1565, p. 657.

Si même elles sont soumises à la réglementation bancaire Française, aux lois Françaises de police financières, elles restent sous la dépendance de leur maison mère, utilisent pour une large part ses techniques bancaires, enfin reçoivent essentiellement des clients étrangers. La loi de la banque est-elle alors la loi de la banque dont ces succursales dépendent, ou la loi du lieu où elles sont établies ?

81 – La jurisprudence française a affirmé la compétence de la loi locale, c'est-à-dire, dans les espèces dont elle a eu à connaître, de la loi française (112).

La solution nous paraît logique, car les succursales de banques étrangères établies en France, sont pour l'essentiel, soumises à un statut de droit français, et insérées dans un milieu économique français. Mais comme Stoufflet (113), nous pensons que la compétence de la loi de la banque, loi du lieu où la succursale est établie, n'est plus en ce cas une compétence inéluctable. Il est alors possible d'admettre la désignation soit expresse, soit même tacite (114) de la loi de la banque étrangère dont dépend la succursale. Et l'application de la loi de la banque étrangère apparaît raisonnable, chaque fois que la succursale n'a joué qu'un rôle de strict intermédiaire entre son client et la société étrangère dont elle dépend (115).

Section V

Détermination de la loi de la banque : Succursales de banques étrangères en Algérie.

82 – Le code bancaire Algérien dispose dans son Article 83 que : « Les banques et établissements financiers de droit Algérien doivent être constitués sous forme de “sociétés par actions” (régies par les Articles 592 à 715 bis 29 du Code de commerce).

Les participations étrangères dans les banques et établissements financiers peuvent être autorisées » ; mais, il ne réserve aucun texte à la filiale d'une banque étrangère ; sans doute, eu égard à la législation en Algérie prévoyant l'obligation de constituer une filiale de

(112)– Trib. Com. Seine, 30 Mai 1919, Gaz. Trib. 1919.2.323 ; Paris, 29 Mars 1938, Clunet 1938.1018. Obs. Tager.

(113)– Banque et Bourse, Fasc. 6, n° 8 et 9.

(114)– Trib. Com. Seine, 26 Juin 1964, Revue Banque 1964, 624.

(115)– En ce sens, Stoufflet, « Banque et opérations de banque », dans J. Cl. Dr. Int., opcit, n° 9.

droit Algérien, notamment l'Article 2 de l'Ordonnance n° 71-22 du 12 Avril 1971 (116) définissant le cadre dans lequel s'exerce l'activité des sociétés étrangères en Algérie et stipulant que : « Toute personne morale est tenue de constituer une société commerciale de droit Algérien ayant son siège en Algérie ».

La compétence du système juridique Algérien à régir tous les rapports de la filiale ainsi créée ne peut souffrir aucune contestation. Il en est de même du critère du siège social pour déterminer la nationalité de la société.

En outre, le Code civil Algérien (Edition 2009-2010) est suffisamment révélateur de l'esprit qui anime le législateur Algérien, son Article 10 in fine énonce en effet que : « Les personnes morales qui exercent une activité en Algérie sont soumises à la loi Algérienne ».

Il en est de même du code de commerce Algérien dont l'Article 547 Alinéa 2 (précité) ajoute que : « les sociétés qui exercent une activité en Algérie sont soumises à la loi Algérienne ».

Aussi l'exigence de l'autorisation par le conseil, préalable à la constitution de toute banque (prévue à l'Article 82 du code bancaire) et à l'agrément de cette dernière par le gouverneur de la Banque d'Algérie (Article 92 Alinéa 4 du même code) tend à attribuer à celle-ci une loi impérative : celle du pays donneur d'autorisation.

83 – Or, une société filiale est créée et contrôlée par la société-mère étrangère. En effet, la filiale est une société dont plus de la moitié du capital appartient à une autre société, à l'exclusion, le cas échéant, de la fraction de ce capital correspondant à des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

Par conséquent, le législateur Algérien conscient (de ce qui précède) ne vise pas du tout au code bancaire les filiales de banques étrangères contrairement au législateur Français qui admet une filiale de droit Français, quelque soit le lieu de son siège social, et sous contrôle des étrangers.

(116)– JORADP du 13 Avril 1971, p. 366, Cf. N. Terki, « Les sociétés étrangères en Algérie », Alger, 1976, p. 76 et s.

84 – Par ailleurs, sont également prévues par le code bancaire Algérien : l’ouverture en Algérie de bureaux de représentation de banques étrangères (Article 84) et celle de succursales des banques et établissements financiers étrangers sous réserve de réciprocité (Article 85).

On rappellera : primo qu’une succursale dite aussi “agence” suppose un établissement autonome et durable, une direction dotée d’une certaine liberté de gestion et des relations avec les tiers. Quelle que soit l’autonomie dont elle jouit, la succursale n’a en aucun cas un patrimoine propre, car elle n’a pas de personnalité autonome, distincte de celle de la société elle-même.

Secundo que les modalités d’application de l’Article 85 précité ont été prises par le règlement C.M.C. n° 93-01 du 03 Janvier 1993 fixant les conditions de constitution de banque et d’établissement financier et d’installation de succursale de banque et d’établissement financier étrangers (JO n° 17 du 14/03/98) modifié et complété par le règlement C.M.C. n° 2000-02 du 02 Avril 2000 (JO n° 27 du 10/05/2000).

En vertu de l’Article 8 de ce règlement, la banque étrangère autorisée par le conseil et agréée par le gouverneur de la banque d’Algérie subit la tutelle de l’autorité publique sur deux plans : la création de l’entreprise ou d’un établissement en Algérie est réglementée et contrôlée.

L’activité de la banque est, par ailleurs, soumise à des normes strictes.

85 – Dans quelle mesure alors le régime des banques étrangères s’écarte-t-il sur l’un et l’autre terrain de celui des banques Algériennes ? La discrimination est limitée, mais la réglementation nationale à l’égard des établissements bancaires étrangers pose des problèmes originaux ; certains sont connus et résolus par les textes ; d’autres mettent en cause des principes généraux de droit international privé. En effet, sous l’empire de quel droit se placent les opérations en Algérie des banques étrangères c’est-à-dire les rapports avec leurs clients ? La question ne soulève pas de difficulté particulière quand l’opération considérée est accomplie par un établissement localisé à l’étranger, par exemple, lorsqu’il

s'agit d'un crédit ouvert à une société Algérienne par le siège Allemand d'une banque Allemande. La mise en œuvre des principes généraux du droit international privé permet de dégager la solution. La situation est plus complexe quand l'opération est accomplie par un établissement en Algérie d'une banque étrangère. Le partage entre la compétence des deux ordres juridiques ne se fait plus aussi simplement.

S'agissant de la loi régissant la convention, la loi Algérienne, en tant que loi territoriale, s'impose souvent, mais non à titre exclusif. En dehors même des cas où les parties l'ont écartée par une clause expresse au profit de la loi du siège de la banque, la compétence de celle-ci peut s'imposer à raison de conditions économiques propres à l'opération. A l'occasion de l'exécution des obligations, l'ordre juridique du pays étranger du siège de la banque peut, également, être impliqué. Au moins dans l'hypothèse où l'établissement en Algérie n'est pas autonome, les biens situés à l'étranger sont engagés.

Paragraphe I

La loi applicable aux conventions passées par les banques étrangères établies en Algérie.

On rappellera que le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (Article 54 du code civil Algérien).

A

Compétence de principe de la loi Algérienne pour les opérations traitées en Algérie par un établissement bancaire situé sur le territoire Algérien.

86 – Il n'est guère discuté aujourd'hui que les opérations de banque sont régies en principe par la loi en vigueur au lieu où l'établissement qui les accomplit est situé. Les conventions passées avec ses clients par une succursale de banque étrangère en Algérie relèvent donc de la loi Algérienne (117). On peut observer tout d'abord que le pouvoir d'engager la banque relève le plus souvent de la loi locale.

(117)– En ce sens : Rapports Kegel et Stoufflet, Colloque précité, p. 275.

On peut penser que les pouvoirs délégués aux dirigeants d'une succursale Algérienne relèvent de la loi Algérienne. Le mandat d'accomplir des affaires en Algérie, de diriger une entreprise commerciale en Algérie doit raisonnablement être considéré comme régi par la loi Algérienne, d'autant plus que la nécessité de le publier au Registre du Commerce lui confie un caractère en quelque sorte institutionnel.

La compétence de principe de la loi Algérienne au regard des opérations d'un établissement bancaire qui y est installé, même s'il est sous contrôle étranger, se déduit des principes généraux du droit des contrats qui soumet le contrat, tant quant à sa formation qu'à son exécution, à la loi d'autonomie, c'est-à-dire à celle que les parties ont désignée expressément ou tacitement. La loi locale est celle qui paraît répondre le mieux à l'intention du banquier. Celui-ci en s'établissant en Algérie a entendu opérer sur le marché Algérien de la monnaie et des capitaux et il est normal de présumer qu'il a accepté de traiter avec ses clients comme les autres banques de la place, c'est-à-dire en se plaçant sous l'égide des lois et usages locaux. L'intention du client ne semble pas différente. C'est à la loi Algérienne que s'attend à être soumis celui qui contracte avec un établissement bancaire en Algérie. La compétence qui appartient à la loi Algérienne comme loi d'autonomie trouve une raison complémentaire dans le fait qu'elle coïncide avec la compétence qui lui revient en tant que loi de police contractuelle. La réglementation de l'activité bancaire édictée par les autorités financières Algériennes (Conseil de la monnaie et du crédit, Commission de Contrôle des Banques, Banque d'Algérie), réglementation qui touche directement ou indirectement les rapports avec la clientèle, s'applique aux banques étrangères comme aux banques Algériennes sur le territoire national. Assurément, il faut le souligner, la compétence de la loi de police Algérienne n'implique pas nécessairement, en droit, que la loi Algérienne soit choisie comme loi du contrat par les parties. La simplification que représente la compétence de la même loi au double titre de loi de police et de *lex contractus* permet de penser qu'à moins de circonstances particulières ou d'intention contraire clairement exprimée, les parties ont entendu soumettre le contrat à la loi qui le régit en tant que loi de police. Une intention en ce sens est raisonnablement présumée en une matière où l'emprise des lois de police est particulièrement forte.

B**Compétence exceptionnelle de la loi étrangère.**

87 – Le lien entre loi de police et lex contractus n'étant que de fait, il est loisible aux parties de désigner un droit étranger pour régir les aspects du contrat qui relèvent de la loi d'autonomie.

Ces aspects sont loin d'être négligeables. Pour s'en tenir à quelques exemples empruntés à des domaines où les difficultés juridiques sont sensibles, la faculté de révoquer un crédit, les conditions de son utilisation, le droit de regard du banquier sur les affaires du crédit, ne sont pas touchés par la police des opérations de banque et rien ne s'oppose à ce que les parties s'en remettent à cet égard à une loi étrangère, par exemple la loi du pays du siège principal de la banque.

Une volonté expresse n'est pas nécessaire ; les données économiques d'une affaire peuvent rendre vraisemblable une option des parties pour une loi étrangère (118). Ainsi en est-il pour certains crédits ouverts à des entreprises ayant la même nationalité que la banque. Supposons qu'une société américaine négocie avec une banque, également, américaine, un crédit destiné à financer l'implantation d'une succursale en Algérie, il est convenu que le crédit sera disponible en Algérie, à priori une telle opération relève de la loi américaine encore qu'elle soit réalisée par la succursale Algérienne de la banque ou même par une banque affiliée. De cette solution particulière, il ne s'agit pas de tirer un principe général de rattachement ; il faut, seulement, relever qu'une analyse des opérations bancaires internationales peut révéler que l'intention commune des parties a été d'en fixer le centre de gravité en un lieu autre que celui où est établi le guichet de banque chargé de les réaliser et que l'application d'une loi étrangère s'impose alors.

La compétence de la loi étrangère du siège principal de la banque en tant que lex contractus peut-elle s'accompagner de l'application à une opération bancaire d'une loi étrangère de police ? Si les lois de police sont, par nature, territoriales, il n'y a pas de raison d'exclure par principe la prise en considération par les autorités Algériennes d'une loi de

(118)– V. Civ., 29 Octobre 1974, Jcp. 1974, IV.407.

police étrangère dès lors que la situation considérée entre dans son domaine d'application et que la règle étrangère n'est pas contraire à une loi Algérienne de police. La solution valable pour le statut de l'entreprise bancaire peut être étendue aux conventions entre les banques et leurs clients. Il faut, toutefois, convenir qu'en pratique, les hypothèses où un juge Algérien peut être appelé à appliquer une loi étrangère de police à l'occasion d'une opération d'un établissement bancaire étranger en Algérie, semblent être limitées. En effet, les opérations d'une banque étrangère en Algérie sont normalement, dans leur grande majorité, des opérations se situant dans l'orbite des lois Algériennes de police contractuelle et échappant corrélativement à la compétence des lois de police étrangères. Ainsi une mesure restrictive décrétée par l'autorité étrangère ne peut être invoquée par la succursale d'une banque étrangère pour se soustraire à l'exécution d'une obligation contractée par elle en Algérie et devant être exécutée en Algérie (119). C'est seulement si l'opération, bien que conclue en Algérie, devait être exécutée à l'étranger que la loi de police étrangère devrait pouvoir s'appliquer.

Paragraphe II

Exécution des opérations des banques étrangères en Algérie.

88 – La loi qui régit le contrat s'applique, on l'a dit, aux différents aspects de l'obligation et notamment à son exécution. Les modalités de l'exécution, les délais, les conséquences de l'inexécution en dépendent. Quelle que soit la loi compétente, un problème de mise en œuvre de la créance se pose, cependant, quand le créancier a traité avec une entreprise bancaire ayant des établissements sur le territoire de plusieurs pays. Le créancier peut-il s'adresser pour l'exécution à l'un quelconque des établissements de la banque, ou seulement à celui avec lequel il a traité ?

C'est, à l'évidence, des stipulations du contrat et de la loi qui régit ce contrat que dépend la réponse. Les parties déterminent habituellement le lieu d'exécution et, pour le cas où elles ne l'auraient pas fait, il existe dans la loi des règles supplétives. Aussi, un client ayant fait un dépôt à la succursale d'une banque étrangère en Algérie ne peut prétendre en obtenir la restitution au siège de la banque à l'étranger à défaut de convention en ce sens.

(119)– Trib. Com. Marseille, 20 Janvier 1926, Clunet 1927, 67.

Si la restitution est rendue impossible par un obstacle présentant les caractères de la force majeure ou par décision de l'autorité publique Algérienne, il ne peut faire valoir sa créance à l'étranger, où l'obstacle à la restitution n'existe pas (120).

Il convient cependant de souligner que les biens de la banque (comme ceux de tout débiteur), répondent dans leur totalité des obligations qu'elle a contractées.

En revanche, le client d'une succursale a une action non seulement sur les biens affectés à la succursale avec laquelle il a traité, mais sur l'ensemble des biens sociaux, y compris ceux situés à l'étranger. Cette solution ne pourrait être mise en échec que par la loi du lieu de situation des biens.

On notera que les créanciers invoquant un droit acquis à l'occasion d'une opération avec une succursale n'ont aucun privilège sur les biens affectés à cette succursale. Les clients d'un établissement de la banque à l'étranger peuvent donc agir sur les biens de la succursale Algérienne, mais leur droit serait paralysé par une mesure étrangère de suspension des poursuites contre la banque considérée (121).

C'est donc bien par une combinaison des deux lois – loi Algérienne et loi étrangère du siège principal de la banque ou de la société-mère – que se définit le statut juridique de la banque étrangère en Algérie et le cadre de son activité. La loi Algérienne a, toutefois, en tant que loi territoriale, une compétence dominante. Il est souhaitable, cependant, que les règles de droit offrent une suffisante souplesse pour s'adapter à la diversité des opérations des banques étrangères et à la diversité de leurs objets. Dans la mesure où la banque étrangère est directement au service d'entreprises du pays dont elle a la nationalité, il est normal que son activité subisse l'attraction de la loi étrangère commune aux deux parties intéressées. La compétence de la loi Algérienne s'impose sans discussion quand la banque étrangère effectue des opérations pour des entreprises installées en Algérie. Son activité ne se distingue pas alors de celle des banques Algériennes. La souplesse nécessaire est obtenue sans peine quand les parties ont la possibilité d'aménager à leur convenance leurs rapports juridiques.

(120)– Trib. Civ. Seine, 9 Juillet 1963, J.C.P., 1963, II, 13.434, (2° esp), note Level.

(121)– Trib. Gr. Inst. Seine, 13 Avril 1967, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1969, 68, aff. Intrabank.

La compétence de la loi d'autonomie pour le contrat international est à cet égard une solution particulièrement satisfaisante. Il est malheureusement difficile d'éviter la rigidité qui s'attache aux lois de police, qu'il s'agisse de celles régissant le statut des entreprises bancaires ou de celles concernant les opérations. Le refus, encore fréquent, des juges et autorités administratives d'appliquer les lois de police étrangères ajoute à la rigidité qui résulte de leur territorialité. Il peut en résulter une entrave au développement des banques étrangères ou, à l'inverse, des lacunes dans l'encadrement et la surveillance de leur activité qui ne favorisent pas leur crédit. Il est nécessaire que les Etats prennent conscience de tels problèmes qui peuvent se poser même pour des activités non bancaires et qu'ils adoptent des positions réalistes et non dogmatiques, conformes aux exigences du commerce international.

Section VI

La loi de la banque, loi de police.

89 – Mais la loi de la banque impose souvent sa compétence en tant que loi de police. Il n'est pas douteux, en effet, que les lois destinées à protéger le crédit public appartiennent à la catégorie des lois de police (122). L'Ordonnance Algérienne relative à la monnaie et au crédit du 26 Août 2003, charte de l'organisation bancaire en Algérie et codifiée dans le code bancaire (Edition 2007), est applicable aux banques étrangères comme aux banques Algériennes. En fait, si les textes ne le précisent pas toujours, les banques étrangères sont en Algérie soumises à l'ensemble de la réglementation bancaire (123).

Elles ne sauraient, donc, se prévaloir, pour échapper à la loi Algérienne, des règles bancaires étrangères (124), ni invoquer une législation étrangère pour se soustraire à leurs engagements (125).

(122)– Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, 8^e Ed., 1973, n° 320 et s.

(123)– Gavalda, *opcit*, n° 29. Sur la situation particulière des banques monégasques résultant des accords signés à Paris le 12 Mai 1963, Voir Hamel, Lagarde et Jauffret, 1960, T. II, n° 1566, p. 657. Sur les banques dans la Communauté Economique Européenne, Cf. M. Askenazy, « Les banques dans le marché commun et en Europe Occidentale », *Revue Banque*, 1966, p. 583.

(124)– Paris, 26 Octobre 1933, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1934.465.

(125)– *Comp. Trib. Com. Marseille*, 20 Janvier 1926, *Clunet* 1927.67. Sur l'application des conditions générales de banque imposées par le Conseil National du Crédit, v. Gavalda, *opcit*, n° 30. Sur la réglementation du taux d'intérêt et de l'usure, v. *Cass. Crim.*, 14 Février 1962, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1962.275, et les réflexions de M. Stoufflet dans *Communication précitée au Comité Français de Droit International Privé*.

Le problème reste incertain de savoir si les règles de police ne concernent que l'activité des banques situées sur le territoire Algérien, ou si la territorialité de la réglementation Algérienne du crédit a pour conséquence que les succursales et filiales des banques Algériennes établies en pays étranger échappent à cette réglementation (126).

Sans doute, la réglementation bancaire ne concerne-t-elle, en principe, que l'organisation de la profession de banquier, et les conditions de fonctionnement des entreprises de banque.

Elle ne traite pas des relations entre banques et leurs clients. Il demeure que celles-ci sont largement affectées par les lois de politique économique et financière (conditions d'ouverture de crédit, durée et montant des prêts, taux d'intérêt, taux d'escompte, etc...), et les conventions bancaires qui n'observeraient pas ces lois encourraient l'annulation. Ainsi, la fréquente intervention de la loi de la banque, en tant que loi de police, renforce-t-elle l'efficacité de la règle générale qui tend à lui soumettre, dans tous les cas, les conventions bancaires. Il est, en effet, avantageux, comme l'observe M. Batiffol (127) de présumer que les parties ont entendu placer l'ensemble de leurs relations sous l'empire de la loi dont certaines dispositions leur seront impérativement appliquées (128). Les parties choisissent de se soumettre à la loi de police, celle-ci trouve alors un double fondement à son application.

Conclusion du Chapitre I

Ainsi se marque l'importance de la loi de la banque. Même si elle est, éventuellement, complétée par les usages professionnels codifiés ou non (*lex mercatoria*) et n'est pas, toujours, la seule applicable, si, par exemple, la loi étrangère du lieu de réalisation joue un rôle pour certains types d'opérations.

(126)– En faveur de cette dernière solution : Stoufflet, *opcit*, n° 14 ; Hamel, *Revue Banque*, 1961.209. Mais l'affirmation de la stricte territorialité de la réglementation Algérienne du crédit est contestable. Sa finalité n'implique-t-elle pas que tous les établissements Algériens, même situés à l'étranger, y soient soumis ?

(127)– *Traité*, 1983, 4° Ed., n° 576, p. 631.

(128)– *Comp. Pour le contrat de travail* ; Cass. Com. 9 Novembre 1959, *Rev. Cr. Int. Pr.*, 1960.566, note Simon-Depitre.

Ainsi qu'on le verra (Chapitre II), la loi de la banque est la loi principale du contrat. Quant à l'extension des banques étrangères, elle n'est au fond qu'un des aspects du développement multinational des activités bancaires. Les succursales des banques étrangères en Algérie se sentent plus en situation de complémentarité que de concurrence.

Chapitre II

Le rattachement des principaux contrats bancaires internationaux.

90 – Les effets de commerce, dont le chèque, qui englobent une large part de l'activité bancaire et sont régis par le code Algérien de commerce [LIV (p. 97 et s.)] ne seront pas étudiés ici. On traitera, uniquement, des comptes bancaires, des opérations de crédit, enfin des divers services rendus par les banques.

Section I

Les comptes bancaires.

Paragraphe I

Généralités.

91 – Il faut distinguer le compte de dépôt, consécutif à un contrat de dépôt intervenu entre la banque et son client et le compte courant, institution beaucoup plus complexe, sorte de convention cadre où sont enregistrées des opérations très diverses, correspondant à des créances et des dettes d'origine, de nature, et de régime très variables.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, le compte a une autonomie juridique dont il faut mesurer les effets et les limites. Le problème est de déterminer l'incidence de la loi du compte sur les opérations qui y sont ou y seront inscrites.

Paragraphe II

Formation du contrat de compte.

92 – La formation du contrat de compte est, certainement, soumise à la loi de la banque, par application des principes ci-dessus dégagés. S'agissant des comptes, les raisons invoquées et notamment les raisons d'ordre technique (nécessité d'une méthode comptable unique ; incidence des usages locaux ; règles de police) semblent bien se regrouper pour imposer la compétence de la loi de la banque (129).

(129)– Stoufflet, opcit, n° 22 et s. ; Gavalda, opcit, n° 43 et s. ; La Pradelle et Niboyet, Rep. Dr., International, V° Contrat de compte courant, par Rabinovitch ; Arminjon, Précis de Droit International Privé Commercial, 1938, n° 222, p. 400. Comp. Trib. Féd. Suisse, 1^{ère} Sect. Civ., 26 Octobre 1937, Clunet, 1938.968.

93 – Il en est ainsi qu'il s'agisse d'un compte unique, ou de comptes joints ouverts à plusieurs titulaires de nationalité différente : la compétence d'une loi unique s'impose évidemment, et celle-ci ne peut être que la loi de la banque. Il en est encore ainsi si deux banques s'ouvrent des comptes réciproques ; le banquier jouant le rôle de client se soumet à la loi de la banque où son compte est ouvert, de telle sorte que chacun des comptes est régi par la loi de la banque. La solution a été contestée au motif qu'il serait nécessaire de découvrir une loi unique, et plusieurs systèmes ont été suggérés pour obtenir ce résultat. Mais il est très douteux qu'il soit nécessaire, ou même utile, d'appliquer une loi unique à deux comptes distincts. Seulement faut-il réserver l'hypothèse où l'un des comptes ne serait que l'image de l'autre ; il n'y aurait alors qu'un compte tenu à l'aide de deux comptabilités. Il conviendrait, en ce cas, de déterminer, selon les circonstances de fait, quelle banque tient réellement le compte, à l'effet de le soumettre à sa loi.

94 – La compétence de la loi du compte comporte d'évidentes limites. La qualification du compte doit s'effectuer, conformément, au droit commun, selon la *lex fori*. La forme du contrat de compte est soumise aux principes généraux qui régissent la forme des conventions, c'est-à-dire facultativement à la règle *locus regit actum* (130). Quant à la capacité nécessaire pour l'ouverture d'un compte, elle doit être appréciée selon le statut personnel de la personne physique ou morale qui sollicite l'ouverture (131).

95 – Surtout, la loi du compte ne saurait retirer sa compétence à la loi de la créance portée en compte. Celle-ci garde son autonomie juridique. C'est ainsi que si l'obligation a une cause ou un objet illicite, au regard de sa propre loi, son inscription à un compte, dont la loi la tiendrait pour licite, ne saurait la protéger de la nullité (132). La validité de chacune des obligations, matériellement inscrite au compte, doit être appréciée selon sa propre loi. On ne saurait cependant méconnaître les risques de conflits de frontière entre la compétence de la loi de l'obligation, et celle de la loi du compte.

(130)– Paris, 1^{ère} Ch., 27 Mai 1964, Jcp. 1965.II.13991, note Voirin, Clunet, 1965.402, obs. B.G.

(131)– Pour l'application de son statut personnel à une femme mariée, Chambéry, 29 Janvier 1934, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1935.133. Une partie de la doctrine considère que le droit, pour une femme mariée, de se faire ouvrir un compte, quel que soit son régime matrimonial, serait une exigence de l'ordre public international français. Batiffol, *Traité*, opcit, n° 630, p. 698 ; Stoufflet, J. Cl. Banque et Bourse, Fasc. 16 bis, n° 71.

(132)– Stoufflet, J. Cl. Dr. Int., Fasc 566-B, n° 26.

Paragraphe III

Le fonctionnement du compte

96 – Le fonctionnement du compte est de même soumis à la loi de la banque. C'est ici qu'interviennent essentiellement les usages locaux et les lois de police. La loi de la banque détermine les modes d'utilisation du compte, la forme et la validité des procurations données par le titulaire du compte, la validité et les effets de remises en compte courant (133). La loi de la banque détermine également les modalités et les effets des virements lorsqu'ils sont réalisés entre deux comptes tenus sur un même territoire par une même banque. Mais l'hésitation est permise si interviennent à l'opération deux ou plusieurs banques, situées sur des territoires différents. Faut-il appliquer la loi de la banque du bénéficiaire, ou rechercher, selon le principe d'autonomie, la loi applicable à l'opération de virement ? Analysant le virement en un transfert réel de fonds, la doctrine moderne est conduite à l'assimiler à un paiement réalisé au moment et au lieu où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire. Un tel système propose pratiquement l'application de la loi de la banque du bénéficiaire, et la Cour de Cassation, rejoignant la doctrine (134), s'y est montrée favorable (135).

Paragraphe IV

La clôture du compte.

97 – Enfin, la clôture du compte est, elle aussi, soumise à la loi de la banque. C'est la loi de la banque qui détermine les causes de clôture du compte. C'est elle qui régit l'obligation de restituer le solde (136).

(133)– C'est notamment la loi du compte qui définit la date de transfert de propriété des remises. Pour être valablement inscrite en compte courant, une créance doit d'abord être valable au regard de sa propre loi, puis ensuite constituer une remise licite au regard de la loi du compte.

(134)– Stoufflet, J. Cl. Banque et Bourse, Fasc. 6, n° 46 ; Cabrillac, Le Chèque et le virement, 4^e Ed., 1972, n° 296 et s.

(135)– Cass. Civ., 7 Février 1944, Jcp. 1944.II.2604, note Tournon. Les rapports du donneur d'ordre et de son banquier n'en restent pas moins soumis à la loi de la banque du donneur d'ordre. Paris, 29 Avril 1964, Jcp. 1964.II.13877, note Gavalda.

(136)– Mais si le titulaire du compte est décédé, c'est la loi successorale qui détermine les bénéficiaires du solde : comp. Aubert, « Secret et responsabilité des banques Suisses envers les héritiers », Semaine Judiciaire de Genève, Décembre 1934, n° 69. Sur l'obligation de restituer un dépôt bancaire, voir Cass. Req., 11 Juin 1929, S., 1929.I.372 ; Paris, 22 Novembre 1924, D.H., 1925.48 ; Cass. Req., 25 Février 1929, D.H., 1929.161. Comp. en matière de dépôt de titres : Trib. Civ. Seine, 9 Juillet 1963, Jcp., 1963.II.13434.

C'est elle encore qui décide des intérêts portés par le solde (137). En revanche, la prescription paraît devoir être soumise aux règles générales de conflits de lois en matière de prescription (138), plutôt qu'à la loi de la banque (139).

Section II

Les opérations du crédit bancaire.

98 – Tantôt le crédit comporte un véritable règlement émanant de la banque. On parle alors de « crédits par caisse », tantôt la banque ne consent pas d'avance ; le crédit est un instrument de garantie. On le qualifie, généralement, de « crédit par signature ».

Paragraphe I

Les crédits par caisse.

99 – Le crédit est une avance de fonds consentie par la banque à son client. Mais l'opération revêt des formes diverses, dont la complication croissante renforce l'attraction de la loi bancaire.

A

Avance.

100 – La forme la plus simple de crédit est l'avance. Elle ne se distingue guère du prêt civil. Il peut paraître, raisonnable, d'appliquer à l'avance bancaire le rattachement, généralement, admis pour les prêts internationaux, c'est-à-dire de la soumettre à la loi du lieu de remboursement (140), sans que la qualité de banquier du prêteur soit normalement capable d'infléchir cette solution. On remarquera, cependant, que la coïncidence sera fréquente entre la loi de la banque et la loi du lieu de remboursement. Mais il n'y a pas de raison, si l'opération présente les caractères essentiels du prêt, d'affirmer ici la compétence nécessaire de la loi de la banque (141).

(137)– Paris, 29 Mars 1938, Clunet, 1938.1018, note Tager.

(138)– Paris, 29 Mars 1938, précité, qui fait application de la loi du domicile du débiteur.

(139)– Gavalda, opcit, n° 64.

(140)– Batiffol, opcit, n° 604, p. 656 ; Les conflits de lois en matière de contrats, Thèse, Paris, 1938, n° 220 et s. ; J. Cl. Dr. Int., Fasc 552-F par R. Dayant, n° 55 et s.

(141)– En ce sens : Stoufflet, « L'ouverture de crédit bancaire en droit international privé », Clunet, 1966, n° 7. Communication précitée au Comité de Droit International Privé.

B**Ouverture de crédit.**

101 – Plus complexe dans sa technique, et plus usitée est l'ouverture de crédit. Elle ne constitue pas un prêt simple, mais peut être une promesse de prêt, ou encore un prêt conditionnel, plus vraisemblablement une convention originale sur laquelle se greffent des opérations particulières, variables, juridiquement indépendantes (142). Elle se réalise, le plus souvent, par l'ouverture d'un compte courant soumis à la loi de la banque. La doctrine affirme cette solution (143) que la technique bancaire paraît bien imposer.

C**Escompte.**

102 – L'escompte, quoiqu'il se réalise par l'endossement translatif d'un effet, constitue, sans nul doute, une opération de crédit. On doit admettre que la convention de crédit d'escompte, par laquelle une banque s'oblige à escompter un ou plusieurs effets jusqu'à concurrence d'une certaine somme, relève de la loi de la banque (144). Mais le transfert de l'effet, la garantie cambiaire, les recours, sont soumis à la loi compétente en matière d'effets de commerce.

D**Incidence des sûretés.**

103 – On a pu se demander si les sûretés dont s'accompagne parfois l'ouverture de crédit étaient susceptibles d'influer sur la loi applicable à celle-ci. Sans doute serait-il paradoxal que la convention accessoire imposât sa loi à la convention principale. Mais ne peut-il en être ainsi quand la garantie revêt une importance particulière dans l'analyse de l'opération ?

(142)– Julliot De La Morandière, Rodière et Houin, Droit Commercial, 1960, T. I, n° 665.

(143)– Stoufflet, Clunet, 1966, n° 9, J. Cl. Dr. Int., Fasc. 566-B, n° 31 et s. ; Gavalda, opcit, n° 66. En ce sens ; Trib. Com. Aix en Provence, 8 Mars 1965, D., 1965.593, note Ghanassia. Contra : Paris, 10 Juillet 1965, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1966.63. obs. H.B., Clunet, 1966.359, obs. J.D.B.

(144)– Stoufflet, Clunet, 1966, N° 13 ; Rives-Lange, Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte, 1962, n° 409. Comp. Nîmes, 8 Mai 1963, Revue Banque, 1963.562.

Stoufflet n'exclut pas cette prépondérance possible de la loi de la garantie, à propos du crédit hypothécaire, quand celui-ci, consenti par un organisme de crédit spécialisé, « constitue un véritable procédé de mobilisation de la fortune immobilière » (145).

Même en ce cas, il ne nous paraît pas que l'influence de la loi de la garantie puisse exclure la compétence de la loi de la banque : l'opération bancaire demeure économiquement et techniquement essentielle.

E

Lettre de crédit.

104 – Quant à la lettre de crédit, ou accreditif, par laquelle un commerçant se fait accrédi-ter par son banquier auprès d'un banquier étranger qui lui ouvrira le crédit nécessaire, elle ne saurait impliquer la compétence d'une loi unique. La relation entre les banquiers s'analyse en un mandat, soumis, selon les principes généraux, à la loi du lieu d'exécution. Les relations entre le banquier mandant et l'accrédité sont soumises à la loi de la banque. Il en est de même des relations entre le correspondant et l'accrédité, normalement soumises à la loi du correspondant.

Paragraphe II

Les crédits par signature.

A

Généralités.

105 – Ce sont essentiellement des instruments de garantie, et ils constituent des opérations à trois personnes. Ces deux caractères expliquent un affaiblissement de l'attraction exercée par la loi de la banque.

D'une part, la technique bancaire y apparaît moins contraignante. D'autre part, il est difficile d'affirmer dans tous les cas la compétence d'une loi unique s'appliquant à des rapports triangulaires.

(145)– M. Batiffol a pu relever, dans la jurisprudence américaine, un courant favorable à l'application au prêt de la loi du siège de l'hypothèque : Les conflits de lois en matière de contrats, Thèse précitée, n° 230 et s., p. 205 et s.

B**Crédit d'acceptation.**

106 – Dans le crédit d'acceptation, une banque accepte qu'une ou plusieurs traites soient tirées sur elle, par l'un de ses clients, pour un certain montant. Sans doute, la convention dite d'ouverture du crédit d'acceptation, par laquelle le banquier promet ses acceptations, relève normalement de la loi de la banque : c'est elle qui régit la durée du crédit, son montant, ses modalités. En revanche, les acceptations d'effets qui seront données par le banquier, en application de cette convention générale, ne peuvent être régies que par la loi cambiaire. C'est elle, notamment, qui définit les obligations du banquier accepteur envers le tireur et les porteurs de l'effet (146).

C**Cautionnement bancaire.**

107 – Le cautionnement bancaire est l'un des mécanismes essentiels du crédit bancaire ; par cette convention, une banque garantit la bonne fin d'un contrat, le paiement d'une dette, ou une restitution. Tantôt il est imposé par la loi, tantôt il est demandé en exécution d'une convention.

L'engagement de caution est, en droit commun, une obligation accessoire, présumée soumise à la loi du contrat principal. Il n'y a aucune raison déterminante de soustraire le cautionnement bancaire à cette règle générale. La solution ne paraît pas discutée en ce qui concerne les rapports entre la caution et le créancier. Ceux-ci doivent donc être régis par la loi de l'obligation garantie, qui fixe notamment l'étendue et la durée de la garantie, les conditions de sa mise en œuvre et de son extinction. En revanche, la doctrine admet que les rapports entre la caution et le débiteur, c'est-à-dire entre la banque et son client, échappent à la loi de l'obligation garantie, pour être soumis, par commodité, à la loi de la banque. Cette distinction ne nous convainc pas. D'une part, elle fait exception, sans assurer le fondement de cette exception, à la règle qui soumet le contrat accessoire à la loi du contrat principal.

(146)– Dans les limites de la compétence de la loi cambiaire.

D'autre part, elle organise le dépeçage du contrat international (147), et les conflits risquent d'être insolubles entre les deux lois compétentes. Il nous apparaît préférable d'affirmer la compétence de principe de la loi de l'obligation principale ; on observera, cependant, que la difficulté est largement théorique, car les contrats de caution bancaire comportent le plus souvent des clauses les soumettant expressément à la loi de la banque (148). L'éviction de la loi de l'obligation principale est alors totale.

D

Crédit documentaire.

108 – Le crédit documentaire irrévocable met en présence le donneur d'ordre, la banque, qui, sur l'ordre de ce dernier, ouvre le crédit, enfin le bénéficiaire qui, contre remise de certains documents, perçoit le montant du crédit. C'est l'un des instruments les plus utiles du commerce international. Aussi un effort d'unification a-t-il été poursuivi en ce domaine. Les « règles et usances relatives aux crédits documentaires » dites « règles de Vienne » rédigées à l'initiative de la Chambre de Commerce International, et révisées en 1951, 1962 et 1984 (149), constituent de véritables usages internationaux éliminant un nombre important de conflits. Il en subsiste, cependant, soit que certains crédits échappent à une codification qui, même très étendue, demeure purement privée, soit que certaines difficultés n'aient pas été prévues par les rédacteurs des règles et usances (150), soit enfin que les dispositions mêmes des règles et usances puissent engendrer les conflits de lois.

Stoufflet propose d'écarter ici la compétence de la loi de la banque ayant ouvert le crédit (151) pour affirmer la compétence de la loi du lieu de réalisation.

(147)– Comp. L'analyse très contestable d'une caution bancaire dans Paris, 21 Mai 1957, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1958-128, note Francescakis.

(148)– Sur l'application à la caution bancaire de la loi de l'Etat de New York expressément désignée, Trib. Com. Seine, 26 Juin 1964, Revue Banque, 1964.624, et sur appel, Paris, 18 Décembre 1965, Revue Banque, 1966.280, obs. Marin.

(149)– Voir le dernier texte et son commentaire par Epstein et Bontoux, dans Revue Banque, 1963.230. Comp. Eisemann, Le crédit documentaire dans le droit et la pratique, 1964 ; Stoufflet, Le crédit documentaire, 1957, n° 114 et s.

(150)– Ainsi ne traitent-elles pas de la responsabilité de la banque envers le bénéficiaire à raison du retard apporté à la notification du crédit. Comp. Cass. Com., 20 Octobre 1953, S., 1954.1.121, note Lescot.

(151)– in le crédit documentaire, opcit, n° 34. Pour la compétence de la loi de la banque ayant ouvert le crédit : Kégel, Rapport précité, p. 203. En ce sens Trib. Fed. Suisse, 5 Décembre 1961, Clunet, 1965.940, obs. Lalive.

Selon cet auteur, le crédit documentaire a pour but de soustraire le vendeur à certains aléas du commerce international, et la sécurité procurée par l'accréditif serait restreinte, si l'engagement du banquier n'était pas régi par la loi en vigueur au lieu où le crédit est réalisé (152). Ce système prend appui sur cette affirmation exacte que le rapport dominant, dans le crédit documentaire, est celui qui s'établit entre le banquier émetteur et le vendeur bénéficiaire du crédit. Mais il conduit à une dualité de régime juridique dont les résultats pourraient être fâcheux. En effet, les rapports entre le banquier créateur et le donneur d'ordre doivent, selon cette doctrine, être soumis à la loi du banquier créateur. Sans doute cette loi ne serait-elle compétente que « sur les points qui ne mettent pas directement en cause le bénéficiaire » (153).

Mais la distinction nous paraît en pratique fort malaisée. Mieux vaudrait affirmer la compétence d'une loi unique, que ce soit la loi de la banque, à laquelle va notre préférence, ou la loi du lieu de réalisation du crédit, pour éviter d'insurmontables conflits de frontière.

Paragraphe III

Opérations bancaires diverses et compétence générale de la loi de la banque.

109 – Les services rendus par les banques à leurs clients sont nombreux et très divers. Seuls seront étudiés les principaux d'entre eux, qui permettront de vérifier la prédominance de la loi de la banque.

La nature juridique de la location de coffre-fort, est en droit interne, fortement controversée. La majorité des auteurs et la jurisprudence dominante l'analysent comme un louage de chose, qualifié de mobilier ou d'immobilier, selon la plus ou moins grande mobilité du coffre (154). Une doctrine plus moderne (155) mettant l'accent sur l'obligation de

(152)– Stoufflet tient la solution pour valable s'agissant aussi bien du crédit révocable que du crédit irrévocable, Cf. Stoufflet, Le crédit documentaire, n° 118 et étude précitée, Clunet, 1966, n° 35.

(153)– Stoufflet, étude précitée, Clunet, 1966, n° 38. M. Stoufflet donne comme exemple l'obligation pour le banquier d'ouvrir le crédit demandé par le donneur d'ordre. Mais la réalisation du crédit n'en dépend-elle pas directement ?

(154)– Lyon-Caen et Renault, Droit Commercial, T. IV, 5° Ed., n° 676 et s. Cass. Com., 29 Octobre 1952, Gaz. Pal., 1953.1.5 ; Cass. Civ., 21 Mai 1957, Gaz. Pal. 1957.2.164.

(155)– Solus, Rev. Cr., Lég, et Jurisp., 1936, p. 314 et s. ; Tunc, Le contrat de garde, 1942, et note D.C., 1944.60, 1946.365 ; Hamel, Lagarde et Jauffret, T. II, 1950, n° 1858, p. 874 et s.

surveillance que contracte le banquier, la considère comme une variété du contrat de dépôt, qu'elle dénomme « contrat de garde ». Mais ces analyses conduisent toutes à affirmer la compétence de la loi de la banque, soit en tant que *lex rei sitae*, soit en tant que loi du contrat. Et l'on voit bien qu'en pratique il serait impossible d'é luder cette compétence.

La compétence de la loi de la banque s'impose encore pour régir les opérations de change. Celles-ci sont, en effet, fréquemment, soumises à une réglementation territoriale qui limite la liberté contractuelle (156), et le change est en outre lié au fonctionnement de la bourse où il est opéré. La compétence de la loi de la banque, affirmée par la doctrine, a été consacrée par la jurisprudence sans que celle-ci dégage, nettement, le fondement de cette compétence (157).

Les opérations sur titres, traduisent également l'attraction de la loi de la banque. Les dépôts de titres, confiés par des particuliers à leurs banques, sont soumis à la loi de la banque, soit comme loi d'autonomie régissant le contrat de dépôt, soit comme loi de police dès lors qu'intervient une réglementation territoriale.

Le placement des titres réalisé par une banque, s'analyse en un mandat exécuté par la banque. Or le mandat est, normalement, régi par la loi du lieu où il est exécuté, c'est-à-dire pratiquement par la loi du lieu où le mandataire réalise l'acte qu'il a été chargé de passer (158). Comme les établissements bancaires recueillent les souscriptions dans le pays où ils sont établis, la loi de la banque reçoit, normalement, application.

Enfin, l'ordre de bourse exécuté par une banque pour son client soulève une difficulté, s'il doit être exécuté sur une place étrangère. Les rapports du banquier et de l'intermédiaire opérant sur la bourse étrangère, doivent normalement être régis par la loi du lieu de la bourse où se déroule la négociation.

(156)– Sur la réglementation des changes : voir Goldman, Réglementation des changes et droit international privé, dans *Le contrôle des changes*, 1955, p. 65.

(157)– Paris, 26 Octobre 1933, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1934.465 ; Saïgon, 2 Juillet 1954, *Revue Banque* 1955.656 ; Paris, 10 Novembre 1962, *jcp.* 1963.II.13016. La loi de la banque paraît, retenue en tant que loi d'autonomie.

(158)– Batiffol, *Traité*, opcit, n° 603, p. 661 et *Les conflits de lois en matière de contrats*, Thèse précitée, n° 521 et s.

Mais nous croyons en revanche que les rapports du donneur d'ordre et de son banquier peuvent rester soumis à la loi de la banque (159), d'abord parce qu'il est préférable d'appliquer la même loi à des ordres de bourse exécutés par un même banquier, pour un même client, sur plusieurs places, ensuite parce que le banquier n'exécute les ordres passés qu'en se conformant à sa réglementation et à ses usages, enfin parce que son client ignore tout, et ne peut le plus souvent connaître, les règles gouvernant les bourses étrangères où sont exécutés les ordres donnés.

Conclusion du Chapitre II

110 – Au terme de l'étude faite dans ce chapitre, on ne peut que constater la prééminence de la loi de la banque pour les opérations de crédit comme pour les autres opérations bancaires. C'est là, assurément, pour les banques un facteur de sécurité. Ce rattachement est aussi le plus favorable à la productivité des entreprises bancaires, laquelle est conditionnée par la standardisation des opérations qui elle-même dépend dans une certaine mesure de l'uniformité de leur régime juridique.

Certaines opérations sont, cependant, au moins pour tel ou tel aspect, rebelles à ce rattachement. Mais l'inconvénient ne doit pas être exagéré. D'une part, il s'agit pour partie de matières où l'unification internationale a pu être obtenue. C'est le cas en matière de lettres de change. D'autre part, comme on l'a souligné, dans une large mesure, les opérations soustraites à la compétence de la loi de la banque sont des crédits financiers internationaux sur mesure qui, de toute manière, appellent un examen particulier. Ainsi, les obstacles juridiques ne devraient pas détourner les banques d'affronter les marchés étrangers.

Conclusion du Sous/titre I

L'enseignement dégagé de nos développements est que "la loi de la banque" loi interne d'un Etat en vigueur au lieu où est établie la banque accomplissant l'opération bancaire, est applicable parce que nécessaire, tous les indices se regroupent pour assurer sa

(159)– En ce sens : Stoufflet, J. Cl. Banque-Bourse, Fasc. 38, n° 72 et s. ; La jurisprudence est incertaine, et même contradictoire : Trib. Com. Marseille, 20 Janvier 1926, Clunet, 1927.67 ; Paris, 8 Février 1927, Clunet, 1927.650 ; Trib. Seine, 9 Juillet 1963, Jcp. 1963.II.13437, note Level.

désignation, la nécessité d'une localisation objective exclut tout rattachement fictif ; Toute autre solution serait absurde.

Même en cette matière particulière, la loi de la banque : loi d'autonomie est déterminée à partir de la volonté expresse, implicite, ou présumée, parce que la règle de rattachement a pour fonctionnement même une telle volonté des parties et l'Article 60 du Code Civil Algérien inspiré du droit musulman est révélateur de toutes les formes de manifestations de la volonté. L'application en cette matière d'une loi fixée à titre de loi impérative sans rechercher ce qu'a été cette volonté et sans s'expliquer sur les indices de nature à la révéler paraît condamnée.

D'autres textes internes et certaines conventions internationales limitent certes la liberté individuelle, mais l'intervention de l'Etat dans le domaine économique et financier n'affecte pas le principe d'autonomie de la volonté admis par tous les systèmes juridiques et consacré en droit international privé.

Sous/Titre II

Domaine de la loi du contrat bancaire international.

111 – Unité ou dépeçage du contrat. La loi du contrat étant déterminée, il faut encore en préciser le domaine (160), car elle ne peut régir toutes les difficultés qui naissent du contrat. En outre, la détermination du domaine contractuel impose une certaine méthode (161).

En effet, une forte tendance s'est, autrefois, manifestée en doctrine pour caractériser des groupes de règles de même nature, et rattacher chaque groupe à la loi interne qui paraissait lui convenir (162). C'est ce que l'on a appelé le « dépeçage du contrat », que la doctrine américaine a tenté de pousser à l'extrême (163).

112 – Au regard du droit français des obligations, le dépeçage se heurte à d'impérieux arguments d'ordre théorique et pratique. D'une part, il méconnaît l'unité fondamentale du contrat, et la concurrence de principe des divers éléments qui le forment. D'autre part, il contrarie le but même de l'évolution jurisprudentielle sur la loi d'autonomie qui fut sans conteste de trouver la loi qui convenait le mieux à l'ensemble de l'opération contractuelle. Enfin, il complique la solution des conflits de lois, alors que, si le problème des conflits de lois n'est pas qu'un jeu à l'usage des juristes, l'unité et la simplicité de solutions doivent demeurer des buts constants.

113 – Au reste, l'hostilité de la doctrine française à l'égard du dépeçage est aujourd'hui générale (164) et les plus récentes décisions judiciaires marquent le souci de soumettre à la loi du contrat toutes les matières qui ne lui sont pas résolument rebelles (165).

Il demeure que néanmoins les difficultés que suscite un contrat ne sont pas raisonnablement réductibles à la "loi du contrat".

(160)– Loussouarn-Bredin, *opcit*, p. 64.

(161)– V. Toubiana, « Le domaine de la loi du contrat », Thèse, Paris, 1972, p. 7 et s.

(162)– Bartin, « Principes de DIP », 1938, T. II, Paragraphes 74, p. 175.

(163)– Beale, Lorenzano, Ecole de Harvard ; Cf. Ref. cit. par Batiffol, *Contrats*, *opcit*, n° 38 et 39, p. 40.

(164)– Lerebours –Pigeonnière, 8^e Ed., 1938, n° 353, p. 403 et p. 652.

(165)– Cass. Civ. I, 28 Mars 1960, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1960, p. 202 et Cass. Civ. I, 6 Juillet 1969, *Rev. Cr. Dr. Int. Pr.*, 1969, p. 708.

114 – Par ailleurs, la Suisse a abandonné le système du morcellement condamné par deux décisions du Tribunal Fédéral (166) et consacré le principe jurisprudentiel Français de l'unité du contrat, affirmé dans l'Arrêt célèbre de la Cour de Cassation du 5 Décembre 1910 précité en des termes significatifs : « 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 ».

115 – L'Article 18 du Code Civil Algérien consacre aussi cette même solution puisqu'il soumet à la même loi, les obligations contractuelles. Par conséquent, le domaine de la loi du contrat est le domaine même de la matière contractuelle. La loi du contrat bancaire va donc gouverner tout ce qui en droit interne est soustrait à la liberté des conventions et est régi par des règles impératives ou prohibitives (167).

116 – Mais cela ne signifie pas que tous les problèmes que peut poser un contrat, soient nécessairement résolus par la loi du contrat ; Le contrat met en jeu des institutions diverses et comme toujours en matière de conflits de lois, il faut procéder à cette répartition des compétences en fonction de la nature particulière de ces institutions.

117 – La forme des contrats, par exemple selon l'Article 19 du Code Civil Algérien relève de la loi du lieu où ils sont accomplis, ou de la loi du domicile commun, ou de la loi nationale commune des contractants ou encore de la loi régissant les règles de fond.

118 – Aussi, avant de préciser, ce qui (à proprement parler) constitue le domaine de la loi du contrat, il convient d'examiner la double limite que viennent apporter à ce domaine les réserves d'ordre général découlant d'une part de la qualification, d'autre part de l'ordre public international et de la fraude (168).

119 – A – Le juge aura parfois à résoudre préalablement, au conflit de lois, un conflit de qualification et comme, toujours, en cette matière s'impose le recours à la "lex fori".

(166)– Aubert, « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence Suisses », Rev. Dr. Int. 1962, p. 19.

(167)– V. Fatiha Taleb, Thèse, opcit, p. 167.

(168)– V. Lamy, opcit, p. 99.

120 – Pour que s’applique la loi du contrat, ce dernier doit être international et c’est à sa propre loi nationale (Article 9 du Code Civil Algérien) que le juge devra se référer pour décider s’il y a ou non contrat (169).

La classification dans telle ou telle institution doit se faire selon les catégories du droit Algérien. C’est aussi la loi du for (Algérienne) qui fixera le caractère du contrat.

121 – Encore faut-il préciser que pour situer et caractériser un contrat bancaire, il est insuffisant de se référer (en raison de son particularisme) uniquement aux éléments constitutifs énumérés au code civil [notamment, le consentement de la partie qui s’oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l’engagement, une cause licite dans l’obligation] (170).

122 – Il est indispensable plutôt de rechercher la substance concrète du contrat qui dépend du but économique poursuivi par les parties et de la qualité de ces parties, dont dépend en partie l’architecture de l’opération et au-delà des obligations qui en découlent. L’utilisation de ces critères permet de faire apparaître la mesure de l’originalité des contrats bancaires. La cause la plus, souvent, remarquée de l’originalité des contrats bancaires concerne l’objet du contrat : le risque évident pour les opérations de crédit mais effectif dans les opérations de service.

123 – L’acceptation du risque dont l’appréciation conditionne l’engagement du banquier repose sur un certain degré de confiance dans le cocontractant. La qualité de banquier d’une des parties colore d’une manière particulière les contrats classiques (dépôt, prêt, mandat). Par la position qu’il occupe dans l’économie, du fait du monopole qui lui est reconnu par la loi, le banquier n’est pas tout à fait un contractant comme les autres, il assume des obligations et des devoirs particuliers ; il est un commerçant soumis aux impératifs de la gestion des entreprises et tenu de faire supporter à ses clients le coût de ses prestations (171).

(169)– L’Article 9 du Code Civil Algérien dispose, en effet, que : « En cas de conflit de lois, la loi Algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable ».

(170)– Trib. Civ. Strasbourg, 28/01/1929, Clunet 1929, 1131.

(171)– Dayant, Jcl. Dr. Int. Pr., 1970, p. 1023.

124 – Aux contraintes économiques s’ajoutent aussi celles provenant de la “réglementation professionnelle” dont l’influence sur les rapports avec la clientèle est évidente (172).

Ainsi les facteurs conférant une originalité aux contrats bancaires sont nets bien qu’il ne soit pas aisé d’en mesurer exactement l’influence sur les rapports contractuels entre les parties : qu’il s’agisse de renforcement ou de l’affaiblissement des obligations habituellement attachées à un contrat de type donné, de la suppression de certaines obligations ou de la croissance d’obligations particulières (173).

125 – B – Au surplus, le domaine de la loi du contrat se trouve limité par l’intervention de l’ordre public international et la fraude à la loi (174).

Le problème de l’ordre public international en matière de contrats conduit le juge à substituer à la loi du contrat normalement compétente pour régir le rapport de droit envisagé, sa propre loi. La matière appartient bien au domaine de la loi du contrat, mais il est fait échec à l’application de cette loi, pour des raisons tenant au contenu de la loi étrangère à laquelle les parties se sont référées (175).

126 – La situation est identique dans l’hypothèse de fraude à la loi (176). La loi du contrat (loi d’autonomie) se trouve exclue d’un domaine qui lui est normalement réservé en raison des circonstances particulières dans lesquelles s’est effectué le choix des parties et son jeu nécessite que l’on se place aux moments essentiels de la vie du contrat bancaire international : formation (**Chapitre I**) et effets (**Chapitre II**).

(172)– Mayer, opcit, p. 54.

(173)– Loussouarn – Bourel, opcit, p. 72.

(174)– Toubiana, Thèse, précitée, p. 395.

(175)– A. Cass. Civ. 19/02/1930, Sirey 1933-1-41, note Niboyet.

(176)– A. Cas. Civ. 31/05/1932, Sirey 1933-1-17.

Chapitre I

Formation du contrat bancaire international.

127 – A priori de par la formulation “obligations contractuelles” l’Article 18 Alinéa 1 du Code Civil Algérien pourrait être interprété comme ne concernant que l’obligation considérée en elle-même, indépendamment, de sa source juridique (177). Mais comme le législateur Algérien vise à l’Alinéa 4 de cet Article 18 les contrats relatifs à des immeubles et tend à déterminer la loi applicable au contrat international quant au fond par l’Article 18 et quant à la forme par l’Article 19 (178), il est toléré de considérer que l’Article 18 vise bien le contrat, tel que conçu : formation et effets qu’il soumet à la loi d’autonomie dès lors qu’elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat.

A défaut, c’est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable (Alinéa 2 de l’Article 18).

A défaut, c’est la loi du lieu de conclusion du contrat qui sera applicable (Alinéa 3 de l’Article 18).

Dans l’hypothèse de choix, la loi d’autonomie (loi du contrat) gouvernera, à l’exception de la capacité, les conditions de fond du contrat (**Section II**) et la loi du lieu de conclusion, ou la loi du domicile commun, ou la loi nationale commune des contractants, ou la loi régissant le fond, gouvernera les conditions de forme (selon Article 19 du code civil) (**Section I**).

Etant précisé que : « ni quant à la forme, ni quant au fond, il n’existe pour les contrats bancaires de dérogation au régime général des actes du commerce et des actes mixtes. Toutefois, les impératifs techniques, certaines données financières et les conditions économiques dans lesquelles se situent les rapports entre la banque et son client limitent la liberté des parties quant à l’aménagement des opérations (179).

(177)– V. Fatiha Taleb, Thèse précitée, p. 163 et s.

(178)– M. Issad, opcit, p. 98 et s.

(179)– Jean Stoufflet, opcit, p. 635.

Section I

Conditions de forme

128 – Deux tendances contradictoires quant à la forme des contrats bancaires sont relevées : l'une allant dans le sens de l'allégement des formes (**1**), l'autre dans le sens d'un renforcement du formalisme (**2**) (180).

Mais quelles dispositions doivent être observées par les parties lorsqu'elles concluent un contrat international ? Traditionnellement, la règle "locus régit actum" conduisait à respecter les dispositions de la loi du lieu de conclusion du contrat, alors qu'actuellement la jurisprudence Française et le législateur Algérien permettent de choisir une autre loi (**Paragraphe I**).

La distinction de la forme et du fond oblige à délimiter le domaine de la loi régissant la forme du contrat international (**Paragraphe II**).

129 – 1 – Le rejet de la forme qu'autorise la liberté des preuves dont bénéficient les contrats commerciaux s'explique en partie, comme pour tous les contrats d'affaires, par la nécessité de traiter rapidement.

Cette considération joue en particulier pour les "opérations de change" que les banques concluent entre elles, verbalement par téléphone et dont la bonne exécution repose sur la bonne foi.

Dans les rapports avec les clients, le souci d'économie explique que pour les opérations courantes les formes soient réduites au minimum. Une autre considération touchant à la substance même du rapport contractuel semble, toutefois, jouer, également, un rôle à cet égard : « c'est la volonté du banquier d'échapper dans certains cas aux engagements qui pourraient résulter d'une convention formalisée ».

Par exemple, le banquier ne dit pas clairement s'il ouvre un crédit renouvelable jusqu'à la dénonciation, ou s'il entend accorder une facilité unique, parce qu'il estime ne pas pouvoir prendre un risque durable sur le crédit (181).

(180)– Jean Stoufflet, opcit, p. 647.

(181)– Ibid, Jean Stoufflet, p. 649.

130 – 2 – D'autres facteurs pèsent au contraire dans le sens d'un formalisme rigoureux ; notamment, diverses dispositions légales destinées à protéger les utilisateurs de crédits en les informant imposent certaines formes : le taux effectif de l'intérêt doit être indiqué dans tout contrat de prêt régi par la loi de la banque.

Aussi, non moins contraignantes sont les formes dont le respect conditionne la mobilisation des crédits. L'escompte, le refinancement du banquier par le réescompte, ou au moyen d'une pension sur le marché monétaire s'effectuent sur la seule base de la lettre de change dont l'émission est l'unique condition d'ordre formel, imposée aux parties. Les justifications que la BCA (Banque Centrale d'Algérie) est amenée à demander quant à l'existence de la provision de l'effet escompté, sont constituées par les documents commerciaux usuels (commandes, factures, titres de transport) et il n'en résulte aucun formalisme dans les rapports banque – crédit.

Certaines formes modernes encore, comportent d'autres exigences. Le crédit de mobilisation des créances commerciales [CMCC] n'est refinancé que si les parties se sont conformées à certaines formes strictes requises par des instructions de l'institut d'émission : lettre d'engagement initiale du bénéficiaire de crédit définissant les modalités principales de ce type de crédit, déclaration d'option pour la mobilisation des créances commerciales au moyen du [CMCC] portant renonciation à l'escompte.

Les prescriptions touchant à la forme des contrats bancaires sont donc étroitement liées à la substance même des opérations.

Paragraphe I

La loi applicable à la forme.

131 – Selon l'Article 19 du Code Civil Algérien : « les actes juridiques sont soumis, quant à leur forme à la loi du lieu où ils ont été accomplis ; ils peuvent être, également, soumis à la loi du domicile commun, à la loi nationale commune des contractants ou à la loi régissant les règles du fond ». Ce texte s'inspire en partie des solutions Françaises qui depuis l'Arrêt Chaplin (Civ. Cass. 20 Mai 1963, D. 1963, 677, Jcp. 1963.II.13347, note Malaurie,

Revue 1964, 513, note Loussouarn) admettent soit la loi du lieu de conclusion du contrat, soit la loi nationale commune des parties.

Puis d'une troisième solution énoncée par l'Arrêt Pierucci (Cass. Civ. I, 10/12/1974, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1975, 474, Clunet 1975, p. 542 note Kahn) : « Les parties, notamment, peuvent décider d'écarter la loi du lieu de conclusion et de suivre les formes prescrites par la loi qui régit le contrat au fond ».

La jurisprudence Française ne retient donc pas la loi du domicile commun.

Ainsi, les trois solutions aussi bien jurisprudentielles que légales en Algérie présentent des avantages : - la loi du lieu de conclusion est la plus facile à connaître pour les parties, la loi nationale commune est censée connue des parties, la loi contractuelle permet d'éviter la scission entre les questions de fond et les questions de forme (résultat auquel on parvient aussi quand on localise le contrat au lieu où il est conclu).

132 – En matière bancaire, les nécessités d'ordre pratique et la standardisation de la majorité des opérations de banque font que c'est la troisième solution qui est presque la seule envisageable (182).

En effet, la soumission du fond et de la forme du contrat à une loi unique est la conséquence logique de l'adoption par les autorités professionnelles de formules spécifiques et de normes bancaires appropriées presque à chaque opération.

L'on sait, par exemple, que la Chambre de Commerce Internationale a élaboré un ensemble de formules normalisées concernant les opérations de crédit documentaire (183) publié les règles et usances relatives aux crédits documentaires, établi les règles uniformes pour l'encaissement des effets de commerce en vue de pallier les difficultés dues aux différences existant dans la pratique, élaboré les règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux : "les incoterms".

(182)– Hachem, Thèse précitée, p. 374.

(183)– Espchetein et Ch. Bontoux, Rev. Banq., Mai 1978, n° 307.

133 – En outre, les règles de police de gestion, élaborées sous la nécessité d'une meilleure rentabilité et de la commodité des opérations, par les autorités locales, favorisent la soumission de la forme du contrat bancaire à la "lex contractus".

Certaines opérations bancaires, par exemple, sont concernées par les normes établies par le comité d'étude technique et de normalisation. Il s'agit, notamment, de nouvelles normes du billet à ordre et de la lettre de change, appropriées au traitement magnétique.

La réglementation professionnelle de la forme des opérations bancaires, même d'application facultative, n'est pas sans effet sur l'option laissée par la règle "locus regit actum" quant à la forme du contrat, en raison de l'attraction exercée par la profession sur tout le rapport juridique entre la banque et son client.

La forme de la convention de crédit, par exemple, relèvera d'une loi propre : la loi régissant le fond [mais au choix des parties (selon l'Alinéa 2 de l'Article 19 du code civil)].

L'incidence des lois de police sur la convention de crédit est loin d'être négligeable. On ne vise pas les lois monétaires qui s'appliquent sans particularité au crédit, mais la réglementation propre au crédit. Cette réglementation peut se rencontrer pour le crédit aux entreprises (on cite, par exemple, l'obligation imposée par les autorités financières aux banques d'informer leur clientèle, des conditions qu'elles pratiquent).

En pratique, les lois de police revendiquent une compétence qui coïncide avec la "lex contractus" quand celle-ci est la loi de la banque (ce qui est le cas habituel).

Ainsi, une loi qui pour des raisons de politique économique fixerait un plafond à la durée de certains crédits, s'appliquerait aux crédits ouverts par les banques établies sur le territoire national, normalement régis par le droit local, mais si les parties ont choisi une loi étrangère pour régler leur rapport, elles ne peuvent se soustraire à l'application des lois de police du pays étranger.

D'ailleurs, selon le principe général posé à l'Article 7 de la Convention de Rome (que nous aborderons au Titre II) une loi étrangère de police doit être respectée si le crédit considéré présente un lien étroit avec cette loi [à raison par exemple de l'utilisation des fonds] et si la loi étrangère se veut applicable quelle que soit la loi régissant le contrat (184).

Paragraphe II

Domaine de la loi applicable à la forme.

134 – Puisque l'on admet que la forme du contrat peut être soumise à une autre loi que celle qui le régit au fond, il est nécessaire de déterminer ce qui relève de l'une et de l'autre.

A cette fin, on peut admettre qu'une règle de forme est une règle "prescrivant un comportement matériel et tangible, extérieur à la volonté proprement dite" (185). Mais cette définition recouvre des formalités nombreuses entre lesquelles il faut distinguer la forme de l'acte proprement dite (**1**), sa preuve (**2**) et sa publicité (**3**).

135 – 1 – Entrent dans la catégorie : « forme de l'acte et relèvent par conséquent de la loi de la forme déterminée, les formalités relatives à la rédaction d'un écrit, obligation ou faculté, acte authentique ou sous seing – privé, formules et mentions obligatoires, exigence de date et de signature, témoins, renvois, exigences du timbre fiscal, enregistrement, etc... » (186).

136 – 2 – plus difficiles à classer sont les formalités de preuve parce que cette catégorie n'est pas homogène. La loi applicable varie, en droit positif, suivant qu'est en jeu l'objet ou la charge de la preuve, son admissibilité ou son administration (187).

(184)– Loussouarn – Bourel, *opcit*, n° 113 et s.

(185)– Delaporte, « Recherches sur la forme des actes juridiques en DIP », Thèse, Paris I, 1974, n° 31.

(186)– Batiffol – Lagarde, *DIP*, 7° Ed., 2 Volumes, 1983, n° 600.

(187)– P. Mayer, « Précis d DIP », 1973, n° 4, p. 86.

L'objet et la charge de la preuve sont soumis à la loi contractuelle (188), car ils sont indissociables du fond, l'existence et la portée des présomptions dépendent aussi de la loi contractuelle.

L'admissibilité des modes de preuve dépend traditionnellement de la loi locale : « le mode de preuve des actes, leur forme extérieure, sont essentiellement régis par les lois, usages et coutumes du pays où ils sont passés » (189).

Si la loi du lieu de conclusion observée pour la forme, par les parties, impose la rédaction d'un écrit, elle déterminera ses conditions de validité, sa force probante, les conséquences de son irrégularité (notamment, sa valeur en tant que commencement de preuve), mais la loi du tribunal saisi exerce une influence indéniable pour l'admissibilité des modes de preuve. Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle décidé que : « s'il appartient au juge Français d'accueillir les modes de preuve de la loi du for, c'est néanmoins sans préjudice du droit pour les parties de se prévaloir également des règles de preuve du lieu étranger de l'acte » (Cass. Civ. 24 Février 1955, D. 1959, 485, note Malaurie), solution récemment confirmée à propos d'un prêt consenti par des Suisses à un Français : « Il est de principe en droit international privé que les contrats sont régis par la loi d'autonomie et que les parties peuvent se prévaloir des règles de preuve du lieu de l'accomplissement de l'acte » (Cass. Civ. 12/07/1983, Juris-data, n° 1520).

L'administration de la preuve en justice, enfin, est une question de procédure, elle est régie par la loi du for (vérification d'écriture, forme des enquêtes, etc...).

137 – 3 – Certains contrats (comme le crédit-bail) requièrent pour une pleine efficacité l'accomplissement de formalités de publicité (notamment, au greffe du tribunal de commerce), mais s'agissant du fonctionnement d'un service public, la loi de l'Etat qui l'a institué est seule compétente pour déterminer les contrats qui doivent faire l'objet de la dite publicité (190), c'est la méthode suivie par la Cour de Cassation qui a, par exemple, jugé qu'un contrat de crédit-bail conclu entre deux sociétés allemandes n'était pas soumis à

(188)– Cass. Civ. 20/01/1951, Clunet 1951, p. 882.

(189)– Cass. Civ. 14/06/1899, Sirey 1900-I, p. 225.

(190)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 522.

l'exigence de publicité imposée par le Décret du 04/07/1972, même si le client avait, ultérieurement, donné le matériel en sous-location à une société Française.

Même non publié en France, le contrat de crédit-bail était donc opposable à la faillite du sous-locataire Français (Cass. Civ. 11 Mai 1982, Bull. Civ. N° 170).

Section II

Conditions de fond.

138 – L'étude dans l'ordre chronologique des conditions générales de validité des actes juridiques présente l'avantage non accidentel de convenir à une détermination claire des différentes lois applicables (191). Alors qu'une étude systématique de leur application aux contrats bancaires (192) serait décevante quoique la théorie du consentement n'ait jamais suscité en la matière de difficulté, l'objet généralement monétaire, la cause elle-même, n'aient rien qui soit de nature à retenir l'attention : mais, c'est en s'attachant à "l'élaboration concrète de l'opération" que l'on décèle les aspects les plus originaux des contrats bancaires (193).

Paragraphe I

Le consentement des parties.

139 – 1 – Le principe de la liberté contractuelle veut que chacun puisse choisir librement son cocontractant (194). En matière bancaire ce principe n'est pas toujours respecté dans son intégralité, il importe de mesurer les atteintes éventuelles au libre choix de la banque [représentée dans ses relations avec les tiers par ses dirigeants exerçant les pouvoirs légaux et exprimant sa volonté de personne morale (Article 50 Alinéa 2, 4°) du Code Civil Algérien) : l'importance du nombre d'opérations conclues, la taille des banques, expliquent que par le jeu de mandats, des délégations de pouvoirs soient consenties au profit de salariés pour effectuer des opérations limitées avec la clientèle].

(191)– Batiffol, Contrats, opcit, p. 174.

(192)– Stoufflet, opcit, p. 640.

(193)– Ibid, Stoufflet, p. 654.

(194)– Jcl. Banque et Bourse, V° Contrats, n° 425.

La décision de contracter ou non des banques reste guidée par l'appréciation du risque encouru. Devant un client indésirable, la banque sera tentée de refuser ses services.

On peut, en effet, craindre qu'un client sans scrupule, abuse des possibilités offertes par la banque pour accomplir des opérations préjudiciables à l'établissement qui a ouvert le compte. Toutefois, on peut objecter que reconnaître ce droit au refus des banquiers d'ouvrir un compte risque de contrarier certaines obligations du client potentiel, il ne faut pas perdre de vue que bien souvent l'ouverture d'un compte est soit imposée par la loi (notamment, aux commerçants et sociétés nationales en Algérie) soit nécessitée par les circonstances actuelles : quel salarié peut-il, par exemple, vivre sans être titulaire d'un compte en banque ? La problématique du refus de contracter du banquier doit être étendue au refus du crédit et à celui d'autres prestations.

Mais si l'hésitation est permise quant à la légitimité du refus en matière d'ouverture de compte, il ne saurait y avoir de doute pour les crédits que le banquier est, toujours, libre de refuser sans avoir à justifier son défaut de confiance.

Certes les contrats bancaires sont un peu en retrait par rapport au droit commun puisqu'on constate une tendance à reconnaître au banquier une faculté de refus dont ne bénéficient pas les autres commerçants, mais il serait excessif d'affirmer qu'il n'y a jamais place dans ces contrats pour la discussion et la négociation [il est possible de tenir compte des convenances du client qui commandent le choix de la formule de crédit, du montant, de la durée du concours bancaire] et de nier l'élément déterminant qu'est la volonté exprimée et saine des parties.

D'ailleurs, il n'y a de contrat que voulu et le Code Civil Algérien fait une large place à la "volonté déclarée".

C'est ainsi qu'aux termes de l'Article 59 le contrat se forme dès que les parties ont échangé leur volonté concordante. La déclaration de leur volonté peut se faire verbalement, par écrit, ou par les signes généralement en usage ou encore par une conduite telle qu'elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention de son auteur (Article 60).

L'Article 64 incorpore la théorie musulmane "du madjlis - aqd" concernant la séance contractuelle : c'est-à-dire tout le temps que dure la rencontre des deux contractants aux fins de conclure le contrat (195).

Il dispose encore que : « Si, en séance contractuelle, une offre est faite à une personne présente, sans fixation de délai pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement, il en est de même si l'offre est faite de personne à personne au moyen du téléphone ou de tout autre moyen similaire.

Toutefois, le contrat est conclu, même si l'acceptation n'est pas immédiate, lorsque, dans l'intervalle entre l'offre et l'acceptation, rien n'indique que l'auteur de l'offre l'ait rétractée, pourvu que la déclaration de l'acceptation ait lieu avant que la séance contractuelle ne prenne fin ».

L'Article 65 prévoit la possibilité d'un accord sur les points essentiels du contrat qui faute d'accord des parties sur les détails, sera complété par le tribunal conformément à la nature de l'affaire, aux prescriptions, à la loi, à l'usage et à l'équité.

L'Article 70 énonce que : « l'acceptation dans un contrat d'adhésion résulte de l'adhésion d'une partie à un projet réglementaire que l'autre établit sans en permettre la discussion ».

Enfin, la formation en cas de contrat par correspondance se fait suivant le système de la réception.

140 – 2 – Mais ce n'est qu'une fois constatés sans équivoque que les consentements des parties posent la question de rattachement de leur échange.

L'Article 8 – P 1 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 (Titre II) qui couvre les contrats bancaires dispose : « L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui est applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition sont valables ».

(195)– Jcl. Banques et établissements financiers, Fascicule 520, note Prieur.

Par conséquent, si la loi du contrat régit valablement les conditions d'existence et de sincérité du consentement, l'échange des consentements qui constitue l'élément efficient de la formation du contrat, lui est soumis (étant rappelé que selon l'Article 59 du code civil Algérien (C) le contrat se forme dès que les parties ont échangé leurs volontés concordantes sans préjudice des dispositions légales).

La solution ne fait guère de difficultés en jurisprudence (B), par contre, en doctrine, il y a controverses (A) et certains avis considèrent que « le consentement ne doit pas être soumis à la loi du contrat, mais à la loi personnelle où à la loi du lieu où il est intervenu » pour la raison que la loi personnelle vise la protection de la personne et donc les conditions de son consentement ; Mais d'autres font remarquer que les conditions du consentement ne visent pas la personne en tant que telle, mais tendent à obtenir des contrats corrects.

A

Controverses doctrinales.

141 – 1 – « Le consentement est soumis à la loi personnelle », c'est l'opinion de certains auteurs qui ne reconnaissent pas l'application d'une loi unique à l'intégralité du contrat, soutiennent que la loi du contrat ne saurait gouverner les règles qui en droit interne ont un caractère impératif ou prohibitif et distinguent pour ces matières suivant les divers rapports d'obligations et les diverses sortes de règles légales (196).

Reprenant à propos du consentement l'argument du cercle vicieux formulé contre la théorie générale de l'autonomie de la volonté, d'autres auteurs considèrent que la loi du contrat s'applique au consentement car les parties sont présumées avoir voulu soumettre leur contrat et spécialement les conditions de formation du contrat à une loi déterminée.

Mais comment la loi ainsi désignée peut-elle permettre d'apprécier si le consentement a été, régulièrement, émis alors que dans l'hypothèse où le consentement n'est pas véritable et libre, la désignation de la loi applicable se trouve elle-même mise en question ?

(196)– Chehata, « Théorie de l'obligation en droit musulman », Sirey, 1969, p. 118.

Lorsque le contrat est annulé en raison d'un vice du consentement, le choix de la loi applicable se trouve anéanti par l'anéantissement du contrat lui-même, on aboutit ainsi à faire annuler le contrat par une application d'une loi qui n'a plus, désormais, par le fait même de cette annulation aucun support juridique écartant ainsi l'application de la loi du contrat, les partisans de la loi personnelle recherchent le but social des dispositions légales concernant le consentement et analysent ces dispositions en des règles de protection de la personne contre les insuffisances ou les défaillances de sa volonté.

Ces règles de tutelle individuelle ont le même caractère que celles qui assurent la protection des incapables. Elles assurent la protection de la personne contre elle-même, et la loi nationale qui assure la protection de ses nationaux est la plus naturellement qualifiée pour décider de protéger le consentement de l'individu. Cette opinion n'est admise par certains auteurs qu'en ce qui concerne les vices du consentement. L'échange des consentements met en jeu la protection des intérêts généraux de la société et à ce titre doit obéir à la loi locale : "la *lex-loci contractus*" (197).

142 – A propos de l'argument du cercle vicieux, une certaine opinion a été émise. La valeur juridique de la loi désignée par les parties ne réside pas à proprement parler dans leur volonté mais dans la règle légale de conflit fournie par la "lex fori" comme pour tout autre règle de conflit de lois, si la loi désignée par les parties régit le contrat et spécialement ses éléments de formation c'est parce que le système de conflits de lois d'un pays soumet le contrat aux exigences de la loi du contrat. La désignation de la loi par les parties n'a de valeur que parce que le système des conflits l'admet. Dès lors, on peut admettre que le législateur renvoie pour apprécier la valeur du consentement à la loi à laquelle les parties se sont référées ou ont cru se référer.

Batiffol considère : « Qu'il est rationnel de se référer à la loi du pays où les parties ont voulu localiser leur contrat dès lors qu'il est établi que ces parties ont voulu faire une affaire ressortissant à tel ou tel système juridique (198).

(197)– Jcl., DIP, V° Dayant, Fasc. 552 A à 552 F.

(198)– Crémieu, « Traité élémentaire », DIP, 1956, p. 164.

Pour Lerebours – Pigeonnière (199) : « L'obligation tirée du cercle vicieux provient d'un abus de l'analyse et tend à dissocier l'accessoire du principal », il faut examiner les choses de plus haut dans le droit commun comparé, une personne capable est libre de s'obliger selon son vouloir pourvu que sa volonté soit morale, légale, sociale, et dans toutes les législations la réglementation de l'acte juridique garantit l'application de ces exigences.

143 – Les titres de la loi personnelle à régir le consentement sont au surplus très discutables. Il est vrai que les règles relatives au consentement ont un caractère de protection individuelle, mais ce caractère n'est pas l'objet essentiel de la réglementation légale.

Il ne s'agit pas de protéger l'individu en tant qu'individu à raison des faiblesses et des insuffisances qui s'attachent à sa personne comme en matière de capacité, mais de faire respecter une certaine conception de la loyauté contractuelle. L'individu est protégé non pas en tant que tel mais en raison des circonstances particulières qui à propos d'un contrat ont entouré l'expression de son consentement.

La règle de conflit doit donc être déterminée en fonction de ce but social : sécurité des transactions et loyauté dans les contrats.

Il est évident que la loi personnelle n'a aucun titre particulier à intervenir dans les questions de cette nature (200). D'ailleurs, l'idée de protection de la personne ne postule pas nécessairement l'application de la loi personnelle. La raison d'être du statut personnel n'est pas la protection de l'individu. Ce qui est essentiellement à la base du statut personnel, c'est la notion de continuité du statut qui doit régir la personne pour des matières déterminées (201).

Enfin, l'application de la loi personnelle serait difficile si à propos de certains vices du consentement tels le dol ou la violence, la loi personnelle était envisagée du point de vue de l'une ou de l'autre des parties.

(199)– Batiffol, *opcit*, p. 386.

(200)– Batiffol, *Contrats*, Dalloz 1938 – II – 33.

(201)– Batiffol, *opcit*, n° 382.

Le dol comme la violence suppose chez l'un des contractants un vice du consentement. Devra-t-on appliquer au contrat la loi nationale de la partie dont le consentement a ainsi été vicié ou devra-t-on appliquer celle de la partie dont les actes ont été à l'origine du vice allégué ? (202).

144 – 2 – « Le consentement est soumis à la loi du lieu de conclusion » est la solution avancée par certains anciens auteurs, notamment Rolin (203). Brocher qui a, d'ailleurs, déclaré : « Qu'il est naturel de se représenter les contrats comme se formant sous la protection de la loi du lieu de leur conclusion » (204).

Cette conception a été développée par Arminjon (205) qui a avancé : « Qu'une loi choisie par les parties ne peut être admise que si le contrat qui exprime ce choix est valable et que la seule solution rationnelle est la loi du pays où vraisemblablement le consentement est intervenu. Les dispositions légales du système juridique dans le ressort duquel les volontés ont concouru sont vraisemblablement les mieux adaptées à l'état du milieu social pour lequel elles ont été édictées, en considération de son organisation économique, de ses habitudes, de ses usages et des ses mœurs ».

145 – Cette doctrine se heurte, essentiellement, aux critiques auxquelles donne lieu toute construction qui tendrait à dissocier chacun des éléments du contrat pour le soumettre à une loi particulière et aboutirait ainsi à un dépeçage du contrat.

« Le contrat est une unité juridique » et doit être soumis à une seule loi. L'échange des consentements est un élément de formation des contrats, il appartient à la loi du contrat de décider dans quelles conditions le consentement doit intervenir, de fixer le caractère qu'il doit présenter pour faire naître le rapport obligatoire, les sanctions de ses vices ». C'est, d'ailleurs, la solution qui paraît dominer chez les auteurs modernes (206), notamment, en matière de banque.

(202)– Batiffol, *opcit*, n° 395.

(203)– Niboyet, *DIP*, Tome V, 1938, n° 1406.

(204)– Pillet, « *Domaine de la loi du contrat* », *R. DIP*, 1894, p. 203.

(205)– Pillet, *opcit*, p. 235.

(206)– Arminjon, « *Principes de DIP* », 1935, T. II, n° 96.

B

La jurisprudence.

146 – Quelques décisions seulement, ayant concerné les vices du consentement ou visé le consentement sont retrouvées, notamment, le jugement du Tribunal Civil de la Seine du 18 Janvier 1902 – Gaz. Pal. 1902 – 1 – 326, qui a soumis à la loi du contrat, un vice du consentement : “La misreprésentation” du droit Anglais et l’Arrêt de la Cour d’Appel de Paris du 09/02/1932, D. 1931 – 2 – 33, note Lerebours-Pigeonnière, qui a déclaré que la « forme des actes est comme la validité du consentement des parties, régie par la loi du lieu où les actes sont passés et le contrat de vente d’immeuble est conclu et qui a été interprété par la doctrine en faveur de la soumission des vices du consentement à la loi du contrat (207).

Aussi la doctrine a considéré que la formule générale de l’Arrêt de principe du 05/12/1910, Sirey 1911 : « 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 » commandait, clairement, l’application de la loi du contrat au consentement.

Elle a, également, invoqué deux arrêts intervenus à propos de l’incapacité et ayant levé toute équivoque : notamment, l’Arrêt de la Chambre des Requêtes du 26/12/1934, Clunet – 1936 – 166, qui a déclaré que : « l’imbécillité et la démence constituaient des cas d’incapacité naturelle et non pas des vices du consentement, que la question de savoir si Bettahar Hadj Larbi avait pu contracter valablement cinq jours avant son décès alors qu’il avait perdu, d’après les constatations du jugement allégué, le contrôle de ses actes, a conduit le juge du fond à retenir à bon droit les règles du droit musulman formant le statut personnel [étant sous-entendu que les vices du consentement ne sont pas soumis comme les incapacités à la loi personnelle, mais comme le consentement à la loi du contrat] et l’Arrêt de la Chambre Civile du 25 Juin 1957, Rev. Crit. Dr. Int. 1957 – 180, note Batiffol qui a déclaré que l’insanité d’esprit et la démence constituaient des cas d’incapacité naturelle soumis à la loi personnelle et non à la loi régissant les actes juridiques incriminés comme les vices du consentement [étant sous-entendu que les vices du consentement sont soumis à la loi du contrat].

(207)– J. Perroud, « La loi applicable aux conditions de validité des contrats », Clunet 1933, n° 249.

Ainsi est mise fin à toute controverse et la loi du contrat gouvernera tout ce qui aura trait au consentement, notamment, sa détermination, l'échange des consentements. Elle fixera aussi la valeur respective qu'il conviendra d'attacher à la volonté interne, à la déclaration de volonté, au silence des parties.

D'elle, aussi, relèveront les questions de l'effet de l'offre ou pollicitation, du moment et du lieu de formation du contrat par correspondance [quoique la détermination du moment et du lieu de formation du contrat par correspondance ou par téléphone ait été considérée par une décision : Cass. Civ. 23/12/1902 – S – 1904 – 1 – 244, comme une question de qualification régie à ce titre par la "lex-foi"].

C'est enfin à elle qu'il appartiendra de définir les vices du consentement, de poser les conditions auxquelles ils seront soumis, de déterminer les effets et les sanctions qu'ils entraîneront.

C

Le droit positif Algérien.

147 – Le législateur Algérien solutionne le problème du rattachement du consentement par le Code Civil. L'Article 59 de ce Code qui dispose : « Le contrat se forme dès que les parties ont échangé leurs volontés concordantes sans préjudice des dispositions légales » est inclus au Paragraphe I intitulé : "du consentement", de la Section II intitulée : "formation du contrat" et ne peut être interprété que comme visant l'échange des consentements des parties capables (Paragraphe II) de contracter, or selon l'Article 18 du même code la formation du contrat est soumise soit à la loi du lieu de conclusion, soit à la loi du contrat, soit à la loi du domicile commun, soit à la loi de la nationalité commune des parties.

Par conséquent, de la loi contractuelle relèveront : l'échange des consentements des parties, l'appréciation de la validité du consentement, l'appréciation des vices du consentement [qu'il faut distinguer des incapacités naturelles soumises à la loi personnelle,

car en droit Algérien comme en droit Français, il existe un système d'interdiction qui s'applique aux individus en état de démence] notamment, l'erreur (Articles 81 à 85 du Code Civil), le dol (Articles 86 – 87), la violence (Article 88), la lésion (Article 90) [étant rappelé qu'une difficulté particulière a pu naître à propos de la lésion. Dans la conception subjective on considère que la lésion procède de l'erreur ou de la contrainte et on la range parmi les vices du consentement, mais de plus en plus on considère qu'il s'agit d'un déséquilibre objectif des prestations et on la rattache alors qu'il s'agit de contrats portant sur les biens à la loi du lieu de leur situation].

En droit Algérien, la lésion est reçue à deux titres : au titre de l'objet lorsque dans une vente d'immeuble la lésion a été de plus d'un cinquième. L'Article 358 du Code Civil n'ouvre au vendeur qu'une simple action en supplément du prix : s'agissant d'un simple déséquilibre objectif des prestations (208). Mais de façon générale, pour tous les contrats, l'Article 90 du Code Civil prévoit qu'il y a lésion lorsque les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une passion effrénée (209).

La lésion est donc fondée ici autant sur le déséquilibre des prestations que sur l'état de la personne même. L'action est alors une action en nullité sauf si l'acheteur offre de verser un supplément que le juge reconnaîtra suffisant pour réparer la lésion. Même ici le régime n'est donc pas celui généralement attaché aux vices du consentement. La lésion ne procède ni de l'erreur, ni de la contrainte et la nullité peut être évitée.

Il est, donc, difficile en droit Algérien de classer la lésion en raison de son double fondement (210), c'est pourquoi, il semble préférable d'admettre que la lésion comme les autres vices du consentement soit soumise à la loi du contrat, mais Berlioz considère que : « dans le régime de la lésion, le recours à l'analyse de l'équilibre des prestations n'est pas étendu au-delà des personnes de légèreté notoire et ne devrait donc pas recevoir

(208)– J. Perroud, *opcit*, p. 245.

(209)– A. Vialard, « Cours de droit civil », OPU, Oran, 1976, p. 45 et s.

(210)– *Ibid*, Vialard, p. 92.

application dans les contrats internationaux (211) ».

Aussi une autre précision s'impose en droit Algérien en ce qui concerne les contrats entre absents.

On sait que l'Article 67 du Code Civil qui consacre la thèse de la réception dispose que : « sauf convention ou disposition contraire, le contrat entre absents est réputé conclu dans le lieu et au moment où l'auteur de l'offre a pris connaissance de l'acceptation ». Par conséquent, l'appréciation de la réception de l'acceptation de l'offre se fera selon la loi du lieu de la réception de l'acceptation car le contrat se formera au domicile de l'offrant qui aura reçu l'acceptation, et l'appréciation des vices du consentement se fera selon cette même loi, c'est-à-dire la loi du lieu de conclusion du contrat : loi de l'offrant (212).

Paragraphe II

La capacité des parties.

L'Article 86 du Code Algérien de la famille dispose que : « Toute personne majeure, non frappée d'interdiction est pleinement capable conformément aux dispositions de l'Article 40 du Code Civil ». Ce dernier Article prévoit à son Alinéa 2 que la majorité est fixée à 19 ans révolus.

148 – I – La capacité légale des contractants et les formalités habilitantes nécessaires pour contracter, intéressent la loi personnelle de chacune des parties, en raison du lien inéluctable de la capacité et du statut personnel. Mais une exception à l'application de la loi personnelle résulte de la théorie dite de "l'ignorance excusable de la loi étrangère" consacrée par le fameux arrêt Lizardi : Cass. Raq. 16/01/1861, S. 1861-1-305, note Massé : « Le Français ne peut être tenu de connaître les lois des diverses nations et les dispositions concernant notamment la minorité, la majorité... Il suffit pour la validité du contrat que le Français ait traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi ».

Les jurisconsultes ne peuvent méconnaître les réalités du commerce et ils enseignent l'exigence d'un rattachement à une loi unique désignée par la qualification prépondérante.

(211)– Berlioz, « Le contrat d'adhésion », opcit, p. 80.

(212)– Contamine Raynaud, Cours de DIP, Magister Oran, 1986, p. 65.

L'application à la capacité, de la loi personnelle apporte à cette exigence une exception raisonnable (213). L'exception cesse d'être raisonnable si elle a pour résultat d'entraver le commerce, en exigeant des commerçants une vigilance incompatible avec la facilité des relations commerciales et en les soumettant à des risques inconciliables avec leur nécessaire sécurité (214).

Il semble que la jurisprudence Lizardi apporte une sage limite aux inconvénients d'un rattachement exceptionnel (215).

149 – En ce qui concerne le système Algérien, le principe du rattachement de la capacité à la loi nationale est énoncé par l'Article 10 du Code Civil Algérien qui dispose que : « l'état civil et la capacité des personnes sont régis par la loi de l'Etat de leur nationalité ». Toutefois, si l'une des parties, dans une transaction d'ordre pécuniaire conclue en Algérie et devant y produire ses effets, se trouve être un étranger incapable et que cette incapacité soit le fait d'une cause obscure qui ne peut être facilement décelée par l'autre partie, cette cause n'a pas d'effet sur sa capacité et la validité de la transaction. Le statut des personnes morales, sociétés, associations, fondations et autres est régi par la loi de l'Etat où se trouve le siège social, principal et effectif. Toutefois, les personnes morales qui exercent une activité en Algérie, sont soumises à la loi Algérienne ».

La bilatéralisation du principe établi dans l'Article 10, ne semble pas présenter d'obstacle particulier. La capacité d'une personne sera fixée par la loi nationale qui était la sienne au moment où l'acte litigieux a été accompli (216).

Le domaine de cette règle semble se limiter aux incapacités générales. Les incapacités spéciales qui ne concernent pas la personne en tant que telle seront soumises à la loi applicable à la matière dont elles relèvent (217).

Ce principe affirmant le rattachement à la loi nationale comporte une exception formulée également par l'Article 10 et qui a pour effet de maintenir la validité de l'acte

(213)– Ibid, Contamine Raynaud, p. 67.

(214)– Batiffol – Lagarde, opcit, p. 532, n° 492.

(215)– Loussouarn – Bredin, opcit, p. 607.

(216)– Ibid, Loussouarn – Bredin, p. 178.

(217)– Peyrard, « Les incapacités spéciales », R.C.D.I.P., 1977, p. 298.

passé par un étranger incapable.

Inspirée de la jurisprudence “Lizardi”, elle permet d’assurer la protection des transactions passées en Algérie par des étrangers. La mise en échec du principe n’est, cependant, pas soumise aux mêmes solutions qu’en France. Il n’est fait aucune allusion à l’ignorance excusable de la partie contre laquelle se trouve invoquée l’incapacité, mais les motifs qui ont inspiré le texte semblent être les mêmes que ceux qui ont guidé la jurisprudence Française (218).

Trois conditions permettent le jeu de l’exception sont posées par le Code Civil Algérien, il doit s’agir d’une transaction pécuniaire conclue en Algérie, et devant y produire ses effets, l’incapacité invoquée doit être le fait d’une cause obscure qui ne peut être facilement décelée. La troisième condition laisse un large pouvoir d’appréciation au juge qui devra tenir compte des circonstances, de la nature de la transaction, de la profession des parties et rend la mise en cause du principe plus difficile que dans le système Français, car elle ne semble pas correspondre tout à fait à la simple ignorance excusable de la loi étrangère (219).

150 – II – Cette solution de l’Article 10 qui soumet la capacité des personnes à la loi de l’Etat de leur nationalité implique nécessairement dans les contrats bancaires une prise en compte de la loi de chacune des parties (220). Mais comme la vérification de la capacité donne, toujours, lieu dans les opérations bancaires à un examen minutieux, il serait imprudent pour une banque de prétendre s’appuyer sur la jurisprudence “Lizardi”.

151 – Par ailleurs, on doit admettre, à titre de présomption, que le banquier possède la capacité de contracter (par exemple de prêter) et que son représentant (221) a la capacité d’engager la banque. La délivrance du prêt au client aussi capable de s’engager confirmera l’exercice de la capacité.

(218)– Civ. 15/05/1963, Arrêt Partino, Jcp. 1963 – II – 13.366.

(219)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 491.

(220)– Peyrard, opcit, p. 392.

(221)– En effet, « Constituées, sous forme de groupements dotés de la personnalité morale, “les banques”, dans leurs relations avec les tiers, sont représentées par “leurs dirigeants” exerçant “leurs pouvoirs légaux”. Le nombre d’opérations conclues, la taille des banques, expliquent que, par “le jeu de mandats”, “des délégations de pouvoirs” soient consenties, au profit “de salariés”, pour effectuer “des opérations limitées”, avec la clientèle.

.../... suite de la note 221 – C'est le "dépassement de pouvoirs" de "ces mandataires" qui peut faire l'objet de difficultés, notamment, en cas "de promesse de crédit", non, encore, exécutée.

Certes, la banque peut invoquer l'Article 1998 du C.C.F (Article 575 du C.C.A) qui ne l'oblige à exécuter les engagements contractés par "le mandataire" que, conformément, aux pouvoirs, dont-il est investi. Toutefois, il serait loisible au client de paralyser l'argument, en s'appuyant sur "l'apparence" qui porterait alors sur "le dépassement de fonctions". Pour que "le mandat apparent" puisse jouer, "la bonne foi" du client est en tout état de cause, requise. Celle-ci ne peut être admise, s'il y a eu concert frauduleux du tiers et du "préposé mandataire" incompetent (Cass. Civ. I, 08 Juillet 1963 ; Bull. Civ. I, n° 374). "La mauvaise foi" du client pourrait, également, être suspectée, si « initié » aux "opérations financières" (par exemple, ancien banquier reconverti en directeur financier de société), il ne pouvait légitimement croire à l'existence des pouvoirs du mandataire. C'est la même solution qui devrait s'appliquer, si le caractère exorbitant de l'opération avait du inciter le client à vérifier l'étendue du mandat du préposé. Il a, ainsi, été décidé que : « La croyance que pouvait avoir le client en "la validité d'une caution", indûment, consentie "n'était pas légitime" et que les circonstances de l'espèce ne les dispensaient pas de vérifier la réalité des pouvoirs "de l'auteur de cet engagement" » (Lyon 02 Juin 1976, Dal. 1976).

Dans un contexte différent, il arrive qu'une banque joue le rôle d'intermédiaire, pour le compte de son client dans le but d'obtenir un prêt d'un organisme correspondant "Mandataire du client", la faute de la banque suffit pour que sa responsabilité contractuelle soit engagée, le mandat n'étant pas, à titre gratuit. C'est le cas, lorsqu'une banque annonce, à tort, à son client, qu'il a obtenu un prêt (Aix 12 Novembre 1976, DS. 1978).

Aussi, "l'octroi de certains crédits importants" appelle, parfois, l'intervention de plusieurs banques groupées, en « pool » autour "d'un chef de file". Les crédits accordés sous cette forme, sont, également, appelés "consortiaux". Ce type d'opérations marqué par "le principe de la liberté contractuelle" conduit à une diversité de situations rebelles à l'application d'un régime unitaire. Il arrive, ainsi, que la participation des banques, au sein d'un "pool", soit, en risque et en trésorerie, ou, seulement, en risque. Tantôt, le chef de file, seul, est uni au client, par un lien de droit, tantôt, toutes les banques, membres du pool, contractent avec ce dernier.

En pratique, deux problèmes se posent : "Celui du rapport des banques" entre elles, et "celui des relations entre les banques et le client commun".

S'efforçant de se soustraire à leurs engagements, les banques, membres d'un pool, n'ont pas craint de soutenir que leur « présence » devait s'analyser en un "cautionnement du client", au profit de la banque chef de file. L'argument était avancé, pour invoquer l'Article 2037 du C.C.F (Article 656 du C.C.A) qui permet de décharger "la caution", lorsque "la subrogation dans les sûretés" ne peut s'opérer par la faute du créancier.

Rejetant cette analyse, les juges ont pu considérer que la convention entre les banques était constitutive d'une opération de « compte à demi » qui, juridiquement, doit être regardée, comme une "société en participation" [la banque qui dirige les opérations et les banques participantes étant des associées] (Trib. Com. Paris 12 Octobre 1984 : D.S. 1984). A dire vrai, une telle "qualification" se trouvait, en germe dans une décision antérieure qui analysait le « pool », comme "une convention conclue entre les banques" pour partager les risques et les projets de l'opération de financement, sur un pied d'égalité » (Paris 07/07/1975 : Gaz. Pal. 1975, 2, 279).

"La qualification de société en participation" retenue, on doit pouvoir considérer "le chef de file" comme son gérant. A ce titre, il lui appartient de prendre toutes les dispositions, dans la gestion du crédit, pour sauvegarder les intérêts des associés. On lui reconnaît, également, "un devoir d'information", à l'égard des autres membres du pool, qui l'oblige, à leur fournir les renseignements "tels qu'ils sont, usuellement, communiqués aux partenaires de ce type d'opérations" (Trib. Com. Paris 12 Octobre 1984, précité).

Dans les rapports du pool avec le client, parfois, seul "le chef de file" s'engage.

En l'absence de lien de droit avec les autres membres du pool, le bénéficiaire du crédit ne peut agir qu'à "l'encontre du chef de file" (V. Paris, 05 Décembre 1984, D.S. 1985).

Dans l'autre cas, chaque membre du pool s'engage à l'égard du client. "Dans l'hypothèse d'une contestation", le client disposant "d'un lien de droit - spécifique", avec tous les membres du pool, peut intenter "une action" à l'encontre de chaque banque.

.../...

Au demeurant, c'est la loi sous l'empire de laquelle, la banque est créée qui la déclare capable. Ainsi, la loi Algérienne détermine aussi bien la capacité de jouissance que la capacité d'exercice d'une banque Algérienne. La personnalité de cette dernière n'existe que dans la mesure où sa loi nationale l'a créée (222).

La capacité des banques dépend de leur loi nationale et non de la loi du contrat.

Paragraphe III

L'objet du contrat

152 – L'objet du contrat, c'est-à-dire la prestation à propos de laquelle l'accord des parties intervient ne pose pas de problème. Il relève de la loi du contrat.

153 – C'est, plutôt, la licéité de l'objet du contrat qui soulève des difficultés auxquelles d'ailleurs la doctrine n'est pas restée indifférente. Certains auteurs ont considéré que : « l'autonomie des parties ne s'exerce que dans les matières abandonnées à la liberté contractuelle et que les lois impératives ne peuvent pas être écartées », d'autres ont estimé que la loi du contrat fixe les conditions que l'objet doit remplir, détermine si la prestation due est possible, licite, morale ou non. Ainsi le caractère de licéité et de moralité de la prestation assumée par le débiteur, doit être apprécié au regard du système juridique auquel la loi du contrat appartient. L'ordre public international permet au juge d'écartier les conceptions d'un système juridique, qui heurtent trop violemment les notions consacrées par la loi du for.

.../... suite de la note 221 – En revanche, en l'absence d'engagements solidaires, on ne peut étendre aux autres membres du pool, les obligations souscrites par certains d'entre eux, ou engager la responsabilité contractuelle de toutes les banques, sur le fondement d'une faute imputable, à l'une d'entre elles (Trib. 13 Juin 1985 : D.S. 1986).

Il faut ajouter que lorsque "des liens de droit" existent entre chaque membre du pool et "le client commun", la présence d'un chef de file n'est pas de nature à faire disparaître "l'obligation de prudence" qui pèse sur chaque banque, en tant qu'organisme dispensateur de crédit. Par conséquent, lorsque chacune des banques consent son concours, au client commun, alors que celui-ci était, dans "une situation irrémédiablement compromise", qu'elle aurait dû connaître si elle avait satisfait à l'obligation de prudence, "la faute" ainsi commise a concouru à la "réalisation de l'entier dommage" et c'est donc à bon droit que la jurisprudence a retenu dans pareil cas, à la charge des banques, une responsabilité in solidum » (Montpellier, 2^{ème} Ch., 13 Octobre 1983 : Jcp. 85 – II – 14.524, note Vivant) » ; Cf. J. Prieur – Encycl. Dalloz : Banque et Crédit 1987, Fasc 130).

(222)– V. Fatiha Taleb, « Le particularisme du contrat bancaire international », Oran, 1998, p. 54.

Enfin la jurisprudence (**A**) a déclaré que la loi du contrat gouverne l'objet du contrat et détermine les conditions de sa licéité (223) ; qu'en est-il de la doctrine (**B**) et en droit positif Algérien (**C**).

A

La jurisprudence.

154 – La solution de la jurisprudence, invoquée, paraît commandée par la formule même des arrêts de principe de la Cour de Cassation qui ont déclaré que : « La loi applicable aux conditions de validité du contrat est celle que les parties ont adoptée », notamment, l'Arrêt Cass. Civ. Du 05/12/1910, S. 1911-395, l'Arrêt Cass. Civ. 02/11/1937, Clunet 1938-480. L'objet est à l'évidence une condition de formation du contrat.

Elle a, d'ailleurs, été consacrée en des termes plus ou moins explicites par des décisions des Cours d'Appel à propos de l'objet du contrat, notamment, l'Arrêt de la Cour d'Appel de Douai du 02/11/1933, Rev. Crit. Dr. Int. 1935-136, note Caleb, intervenu à propos d'opérations de bourse, soumises à la loi Belge au titre de loi d'autonomie, qui a déclaré que : « pour appliquer l'exception de jeu, le juge a recherché au regard de la loi Belge, loi du contrat, quel a été le véritable objet du contrat en considérant que : suivant la doctrine et la jurisprudence, généralement, admises en Belgique, pour que l'exception de jeu puisse être accueillie, il faut que le demandeur sur l'exception établisse que dès l'origine des opérations qui ont donné lieu à la créance, les parties ne savaient pas que les dites opérations étaient futures, c'est-à-dire que le véritable objet n'en était pas le transfert de la propriété des valeurs négociées, mais uniquement, les différences par lesquelles, elles se liquidait ». Et l'Arrêt de la Cour de Colmar du 16 Février 1937, Rev. Crit. Dr. Int. 1937, note Batiffol, Clunet 1937-784, intervenu à propos d'une exportation de capitaux d'Allemagne et de leur importation en France, qui a affirmé « le principe selon lequel, la question de savoir si un contrat a un objet illicite ou immoral se règle d'après la loi du lieu où le contrat est passé ».

Sans doute la Cour de Colmar renvoie-t-elle à la loi du lieu de conclusion, mais selon Batiffol (224) : "il est peu vraisemblable" qu'en l'absence de tout motif particulier, l'Arrêt ait

(223)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 191 et s.

(224)– Dayant, opcit, Fascicule 552 B.

voulu abandonner la solution traditionnelle de la loi d'autonomie, il semble que la formule soit trop elliptique, la loi du lieu de conclusion serait retenue au titre de loi choisie par les parties. Cet Arrêt pourrait plus valablement être invoqué à propos de la cause du contrat (225).

L'objet du contrat tel qu'il se suffit à lui-même, ne paraît pas illicite, il s'agit d'une importation de capitaux au point de vue de la cause. Il fallait par contre faire intervenir le but poursuivi par les parties, la violation de la loi étrangère édictant les prohibitions d'exportation de capitaux.

B

La doctrine.

155 – Batiffol – Lagarde, Loussouarn – Bourel, Pierre Mayer (226) enseignent que la licéité de l'objet et de la cause relève de la loi du contrat. Mais, quelques observations précisent la portée de cette solution. Si la loi choisie comporte des dispositions impératives, les parties peuvent-elles insérer valablement dans leurs contrats des stipulations contraires ?

Il s'agit là de l'appréciation de la validité du dépeçage admis sous réserve de l'intervention des dispositions internationalement impératives. Si en l'absence de choix exprès, le droit applicable au contrat est déterminé par la localisation, ses dispositions impératives ne sont écartées qu'en cas de contradiction avec l'ordre public du for. Si le contrat est soumis à la loi d'un pays donné, dans le seul but d'éluider le droit public d'un autre Etat [interdiction d'exporter des capitaux, lois douanières], l'annulation du contrat n'est pas prononcée en général selon quelques anciennes décisions : Cass. Req. 28 Mars 1928, S. 1928-1-305, Colmar 16/02/1936, Dp. 1936-2-25. Le juge la prononce selon quelques autres décisions : Cass. Com. 7 Mars 1961, Bull. Civil III, n° 125, Paris 09/02/1966, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1966-264, trafic d'armes de guerre. Les juges sanctionnent, en effet, un comportement jugé immoral, sur le fondement des principes généraux tirés de la lex-fori et de l'ordre public (227).

(225)– Batiffol, opcit, n° 615.

(226)– Ibid Dayant, Fascicule 552 C.

(227)– Ibid, Dayant, Fascicule 552 D.

Mais il semble que les controverses doctrinales soient, toujours, les mêmes. Les auteurs pour qui la loi du contrat a pour seul domaine, les matières facultatives du droit interne, considèrent « qu'il faut écarter la loi du contrat au profit de la loi du lieu de conclusion : La loi territoriale obligatoirement, compétente, toutes les fois qu'il s'agit de rapports de droit interne, tendant à la protection de l'intérêt général, et que le lieu de formation est le siège de l'acte juridique », notamment Crémieu [note sous Cass. 31/05/1932, D. 1933-1-169] ; Arminjon estime que le caractère moral de l'objet doit être apprécié au regard de la lex-foi : loi morale s'imposant au juge » (228).

Les partisans de la loi du contrat considèrent que la licéité de la prestation doit être appréciée au regard de la loi du contrat (229). Mais il y a certaines divergences quant à la portée du principe. Selon Batiffol : « Quant aux contrats ayant pour objet le droit successoral, la loi successorale dira seule, si un pacte sur succession future est valable ou non » (230). Selon Niboyet, « pour savoir dans chaque cas concret, si l'objet est licite, moral ou non, il faut consulter la loi du pays où est localisée la prestation » (231).

Telles sont les solutions dégagées par la doctrine et la jurisprudence qui ont plus ou moins inspiré le législateur Algérien.

C

Le droit positif Algérien.

156 – L'Article 92 du Code Civil Algérien dispose en effet que : « les choses futures et certaines peuvent être l'objet d'une obligation.

Cependant, toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle, même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi ».

(228)– Toubiana, opcit, n° 262 et s.

(229)– Arminjon, opcit, p. 80.

(230)– Niboyet, opcit, n° 1047.

(231)– Jcl. DIP, V° contrats, note Batiffol, n° 407.

La loi Algérienne impérative interviendra alors pour annuler toute convention sur la succession d'une personne vivante ; aussi tout contrat : - si l'obligation a pour objet une chose impossible en soi (Article 93). D'autre part, la loi du contrat dont relève l'objet du contrat subira la concurrence d'autres lois au profit desquelles, elle sera écartée, notamment, de la "lex-rei sitae", en matière de contrat portant sur les biens (232).

On sait que la lésion est rattachée à la théorie de l'objet, mais que plusieurs arrêts ont soumis la lésion dans la vente d'immeubles à la loi de la situation du bien (233).

Par ailleurs, l'Article 24 du Code Civil qui dispose que : « l'application de la loi étrangère, en vertu des articles précédents, est exclue, si elle est contraire à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, en Algérie », vise directement l'application de la loi étrangère et non les effets de cette loi.

Le juge Algérien a donc la possibilité d'écarter toutes les dispositions d'une loi étrangère qui lui paraissent contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs en Algérie, et même en matière d'opérations internationales de banque qui sont des contrats. Alors que le juge Français s'oppose aux effets en France, d'une loi étrangère, qui sont contraires à l'ordre public international (234).

Aussi, en plus des dispositions réglementaires, d'autres textes du Code Civil semblent intéresser davantage les contrats bancaires dont l'objet par excellence est l'argent. Notamment, l'Alinéa 2 de l'Article 94 du Code Civil qui dispose que : « si l'objet de l'obligation n'est pas un corps certain, il doit sous peine de nullité, être déterminé, quant à son espèce et quant à sa quotité.

Toutefois, il suffit que l'objet soit déterminé quant à son espèce, si le contrat fournit le moyen d'en préciser la quotité » et l'Article 95 qui ajoute que : « l'obligation ayant pour objet une somme d'argent ne porte que sur la somme numérique énoncée au contrat, indépendamment de toute augmentation ou diminution de la valeur de la monnaie au moment du paiement ».

(232)– Loussouarn – Bredin, *opcit*, n° 476.

(233)– *Ibid*, Loussouarn – Bredin, n° 480.

(234)– *Ibid*, Loussouarn – Bredin, n° 485.

Paragraphe IV

La cause.

157 – Le problème de la cause se présente de la même façon que celui de l'objet. L'exigence d'une cause, sa nature, les caractères qu'elle doit présenter sont selon une certaine doctrine (**B**) et certaines décisions jurisprudentielles (**A**) régis par la loi du contrat qu'en est-il en droit positif Algérien (**C**).

A

La jurisprudence.

158 – L'on sait que selon les arrêts de principe précités, du 05/12/1910, du 31/05/1932, du 02/11/1937, les conditions de validité du contrat sont soumises à la loi que les parties ont adoptée.

La cause est, à l'évidence, liée à la formation du contrat. Elle constitue une condition de validité de l'accord des volontés et relève de la loi du contrat et c'est cette loi qu'il faut consulter pour déterminer la nécessité de l'existence d'une cause et apprécier la licéité de cette dernière.

159 – Les décisions postérieures intervenues à propos de l'existence de la cause et qui permettent de confirmer ce point de vue, ont été rendues en matière de lettres de change, dépourvues de cause, par le tribunal de commerce de la Seine, le 27/11/1933, la Cour de Paris le 28/02/1935, Rev. Crit. Dr. Int. 1935-740 et le Tribunal Civil de la Seine le 05/07/1939, Rev. Crit. Dr. Int. 1939-450 qui a ainsi déclaré : « attendu que s'il est admis en droit Allemand, en matière de lettres de change, qu'une obligation de ce genre puisse être valable sans cause exprimée, il ne s'ensuit nullement que ce droit reconnaisse l'existence d'une obligation sans cause, qu'il paraît, en effet, impossible de concevoir dans l'ordre juridique, l'existence d'une obligation consentie sans cause, par un individu sain d'esprit et de volonté libre, qu'au surplus, cette idée d'engagement sans cause, présente avec nos conceptions en la matière, une incompatibilité telle que notre ordre public ne saurait s'en accommoder et qu'aucune juridiction Française ne saurait appliquer une loi étrangère qui admettrait l'existence d'une obligation de ce genre ».

En effet, l'existence d'une cause dans une obligation est d'ordre public, de sorte qu'il n'était pas possible pour le juge de tenir compte de la loi étrangère normalement compétente, en l'occurrence la loi Allemande aux termes de laquelle, la lettre de change serait un acte abstrait, tenant toute sa force, de sa régularité en la forme.

Aussi, à propos de la cause immorale ou illicite est intervenue une décision du tribunal civil de la Seine, du 11/02/1937, Clunet 1938-49 qui a apprécié au regard de la loi Péruvienne : loi du contrat, la validité d'une convention intervenue au Pérou, par laquelle, une personne s'est engagée à rémunérer par une participation aux encaissements effectifs, à elle, procurés, les services d'un avocat.

B

La doctrine.

160 – La solution jurisprudentielle précitée a l'appui de certains auteurs : tels que Lerebours – Pigeonnière (235), Batiffol (236) qui admettent la soumission du contrat à une loi unique et donnent pour domaine à l'autonomie de la volonté, l'ensemble des règles contractuelles. La cause en tant qu'élément de mesure de l'équilibre juridique du contrat est soumise à la loi du contrat, c'est donc la loi du contrat qui régit l'absence de la cause, la preuve de la cause et la fausse cause, mais lorsqu'on envisage la cause en tant qu'élément de finalité, la loi du contrat ne fait qu'édicter de façon abstraite la nécessité d'une cause licite et morale. Pour définir la condition préalable de licéité de la cause, il faut consulter la loi du pays où se trouve localisé le but illicite que les parties se proposent d'atteindre. C'est cette loi qui est intéressée par ce but (237).

(235)– Contamine Raynaud, cours opcit, p. 102.

(236)– Lerebours-Pigeonnière, opcit, p. 379.

(237)– Batiffol, opcit, n° 597.

161 – Par contre, d'autres auteurs [dont Crémieu (238)], qui considèrent comme soustraites du domaine de l'autonomie de la volonté, les règles impératives, recommandent de consulter la loi du lieu de formation du contrat : loi territoriale comme telle, obligatoirement, compétente, pour régir les conditions d'existence du contrat, la défense et la protection des intérêts généraux de la société.

Arminjon considère que la loi impérative applicable à la cause est la loi du milieu où s'exerce l'activité des parties.

162 – Aussi, le problème qui se pose à propos des contrats dont la cause est la violation d'une loi étrangère n'est pas, à proprement parler, un problème de conflit de lois. La cause est régie par la loi du contrat et la validité de ce contrat doit être appréciée, au regard de la loi du contrat, sous réserve de l'intervention de l'ordre public international. C'est, ainsi, qu'à propos d'une vente de parts sociales, passée en 1915, en Alsace-Lorraine entre un Luxembourgeois et un Allemand, dans le double but avéré de frustrer l'enregistrement de certaines perceptions et de soustraire un bien Allemand à la liquidation de l'Etat Français, la licéité de la cause a été appréciée au regard de la loi Française, loi applicable au contrat [CF., Cass. Req. 25/10/1927, Clunet 1928-1036]

163 – Il est parfois possible de découvrir dans l'objet même du contrat, un caractère illicite qui dispense de recourir à la notion de cause. Ainsi dans un contrat par lequel un armateur s'engage à fournir à un Général étranger tous les moyens financiers, les armes, canons et munitions et duquel il résulte que le remboursement des sommes avancées est lié au succès d'une entreprise révolutionnaire [Trib. Civ. Seine, 02/07/1932, Rev. Crit. Dr. Int. 1934-770], l'objet apparaît en lui-même comme illicite, la prestation convenue ne consiste pas simplement dans une fourniture d'armes, objet licite par lui-même, mais dans la préparation et la réalisation d'un coup d'Etat [cette décision est, cependant, invoquée, généralement, à propos de la cause illicite ou immorale].

Le plus souvent l'objet apparaît en lui-même parfaitement licite. L'opération de contrebande, par exemple, ne peut s'analyser quant à son objet dans une opération

(238)– V. Crémieu, Dalloz, 1933, I, 164.

d'importation ou d'exportation qui n'offre pas en elle-même de caractère d'illicéité ou d'immoralité. Pour pouvoir contester la validité d'un contrat, il est nécessaire d'envisager sa cause. L'objectif que les parties se proposent et que le contrat doit leur permettre d'atteindre doit être la violation délibérée de la loi étrangère.

La cause d'un contrat n'est pas en elle-même illicite, si la loi étrangère dont la violation est poursuivie par les parties, n'est pas la loi du contrat et ne doit pas comme telle être respectée.

On peut penser, cependant, et c'est l'opinion générale à laquelle se rallie la doctrine, que la cause est immorale, d'une part, les opérations de contrebande, faites en fraude des droits d'un Etat étranger sont réprouvées par la conscience publique, d'autre part, les règles de la courtoisie internationale interdisent à un Etat de se faire le complice sur son territoire, d'opérations dont le but avéré est de nuire à un Etat voisin.

Pour Arminjon et Niboyet, la prohibition de pareilles opérations résulte de leur conception particulière de la loi applicable à la notion de cause : la loi du pays sur le territoire duquel, elles doivent prendre place (239).

164 – Est invoqué à cet égard l'Arrêt de principe de la Chambre des Requêtes du 28/03/1928, S. 1928-1-305, sur pourvoi contre Aix 02/03/1926, S. 1926-2-105, intervenu à propos de contrebande de l'alcool aux Etats-Unis, au temps de la prohibition, dont les faits sont les suivants : transportée par voie maritime, une cargaison de boissons alcoolisées destinées à être vendues en eaux neutres, à proximité des eaux territoriales américaines, avait été pillée par les pirates. La compagnie d'assurances maritimes, alors, pour se soustraire à ses obligations, avait soutenu que le contrat était nul en raison de son objet illicite et contraire à l'ordre public. L'attendu de la Cour de Cassation qui a, d'ailleurs, admis la validité du contrat est le suivant : « L'arrêt attaqué ayant reconnu que "la Morue Française", en transportant dans les mois de Mai et Juin 1924 sur le vapeur Mulhouse, pour être vendus en eaux neutres, les liquides dont le commerce est absolument libre en France, n'a pas commis un acte illicite », a déclaré à bon droit que le caractère ne pouvait résulter

(239)– Arminjon, opcit, p. 494.

d'opérations ultérieures dont ces marchandises auraient été éventuellement l'objet, en décidant par la suite que : « l'assurance de la cargaison était valable à la seule condition que la situation eut été portée à la connaissance des assureurs [ce qui a eu lieu en l'espèce], il n'a violé ni les dispositions légales, ni les principes d'ordre public et de droit international, visés au pourvoi » (240).

Là, la Chambre des Requêtes se place, en fait, uniquement sur le terrain de l'objet, en voulant ignorer le but poursuivi par les parties, c'est-à-dire le but qui constitue la cause.

Elle envisage l'opération comme une vente de marchandises dont le commerce est libre, devant intervenir en un endroit où cette vente était en elle-même licite, en faisant abstraction des opérations ultérieures qui, cependant, donnaient à la transaction son véritable caractère (241).

Mais la portée de cet Arrêt semble aller à l'encontre d'autres décisions qui ont admis la nullité des contrats, notamment celle de Douai du 11/11/1907, S. 1907-2308, annulant une société de contrebande au préjudice de la Belgique, et celle d'Alger du 20/02/1925, Clunet 1926-701, à propos d'opérations de contrebande.

165 – La tendance manifestée dans les décisions les plus récentes paraît être de distinguer suivant la valeur morale que le juge attribue à la loi étrangère violée. Lorsque, par exemple, la prohibition édictée par la loi étrangère présente un caractère purement politique, le juge tend à valider la convention dont le but avoué est de faire échec à une loi de circonstance et qui apparaît en elle-même dépourvue de toute légitimité, mais lorsque le fondement de la loi étrangère se trouve dans les considérations morales ou rationnelles, le juge annule la convention et fait respecter une disposition qui bien qu'édictée par un autre Etat, lui paraît parfaitement légitime (242).

(240)– Niboyet, opcit, n° 104.

(241)– Ibid, Niboyet, n° 320.

(242)–Jcl. DIP ; V° Contrats, n° 419.

Certaines décisions ont déclaré valables des opérations d'exportation de capitaux, réalisées par les émigrés politiques, compte-tenu du caractère politique de la loi étrangère prohibant ces opérations.

C'est ainsi que s'est prononcée la Cour de Colmar le 16/02/1937, Rev. Crit. Dr. Int. 1937 : « Attendu que l'exportation de capitaux d'Allemagne pour leur importation en France n'est prohibée par aucune loi Française, que l'exportation non autorisée de capitaux de l'Allemagne, constitue, il est vrai au regard de la loi Allemande, une infraction qualifiée criminelle, mais cette loi présente un caractère purement politique par le but qu'elle se propose et par les motifs qui l'inspirent, qu'elle est donc, essentiellement, territoriale et qu'elle n'a aucune autorité en France. Qu'il en résulte que l'objet du mandat dont Geissmann était investi n'est pas illicite, qu'il faut tenir compte des principes de l'ordre public établi en France, qu'un acte exclusif de toute idée spéculative, qui a pour but de procurer à un sujet Allemand ayant du quitter son pays en raison du changement de la situation politique, des moyens de subsistance nécessaire, en lui permettant de rentrer en possession de partie de son patrimoine, ne peut d'aucune façon troubler l'ordre public, ni être considéré comme immoral.

166 – La nullité est prononcée en cas d'opérations de contrebande qu'aucune circonstance particulière ne justifie. Deux décisions [Trib. Civ. Seine 04 Janvier 1956, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1956-679 et Paris 26 Mars 1936, Rev. Crit. Dr. Int. 1936-487] ayant fait allusion à la "fraude" ont déclaré respectivement : A propos de lingots d'or passés en contrebande du Portugal en Espagne : « Si les juges Français n'ont pas réprimé devant les tribunaux Français les atteintes portées en pays étranger, à l'ordre public national propre à ce pays, du moins doivent-ils considérer comme illicites et dépourvues d'effet de ce chef les opérations de contrebande faites en "fraude" de lois étrangères, portant atteinte à la conscience publique et à l'ordre public international.

Une banque Française qui n'a pas exécuté un paiement libératoire aux yeux de la loi Allemande sur les devises est à bon droit poursuivie par son client pour inexécution du mandat à elle confié et "fraude" à la loi Allemande.

C

Le droit positif Algérien.

167 – En ce qui concerne le système Algérien, la loi du contrat (loi d'autonomie) régit l'exigence, la nature et les caractères de la cause.

La loi Algérienne du for intervient également pour annuler le contrat sans cause ou pour cause contraire à l'ordre public et aux mœurs.

L'Article 97 du Code Civil dispose, notamment : « Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » et l'Article 98 du même code ajoute : « Toute obligation est présumée avoir une cause licite tant que le contraire n'est pas prouvé.

La cause exprimée dans le contrat est, en effet, considérée comme vraie jusqu'à preuve contraire. Lorsque la preuve de la simulation de la cause est administrée, il incombe à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite, de la prouver ».

Par ailleurs, selon l'Article 24 du Code Civil : « Le juge Algérien prend en considération la loi étrangère si elle n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs en Algérie, ou s'il est prouvé qu'elle n'est devenue compétente que par suite d'une fraude à la loi ».

Paragraphe V

La nullité du contrat et la prescription de l'action en nullité.

168 – I – La loi qui régit la nullité d'un contrat est la loi dont relèvent les conditions de validité de ce contrat.

En effet, considère la doctrine : « la sanction des conditions de formation du contrat et notamment, la détermination des cas dans lesquels il est frappé de nullité, ne peut, évidemment, dépendre que de la loi régissant les conditions dont la violation est alléguée ; C'est-à-dire, (en dehors de la capacité et de la forme) de la loi du contrat (243) ».

(243)– Batiffol, opcit, n° 420.

La jurisprudence en a ainsi décidé en matière de mariage et posé le principe en matière de contrats, notamment, à propos d'une vente viciée, mais non nulle d'après le droit musulman (Civ. 13 Juin 1893, Dp. 94-1-169, S. 97-1-508).

L'application de la loi déterminant la validité ne fait pas difficulté s'il s'agit de délimiter les intéressés à agir en nullité, la possibilité de confirmation du contrat, ou d'extinction de l'action.

Ce sont, en effet, des moyens indirects de circonscrire les cas de nullité. Ils doivent, donc, dépendre de la loi édictant la nullité. Mais l'acte confirmatif ne sera pas, nécessairement, soumis à la même loi, quant à ses conditions de validité et ses effets, il s'agit d'un acte nouveau soumis à sa loi propre qui peut seulement être présumée celle de l'acte confirmé (244).

Le délai pendant lequel l'action en nullité peut être exercée dépend aussi de la loi édictant la nullité.

169 – La Cour de Cassation a aussi appliqué à la prescription de l'action, la loi régissant la "nullité", notamment à la prescription de l'action en rescision pour cause de lésion d'un partage de société : Civ. 11/07/1928, Clunet 1931-389, et à la prescription de l'action en nullité pour incapacité, Civ. 25/06/1957, Rev. Crit. Dr. Int. Priv., 1957-680. La loi régissant la nullité déterminera aussi l'étendue de la nullité, par exemple, en cas de simulation, l'extension de la nullité de la contre-lettre à l'acte apparent (245).

Les obligations de restitution qui peuvent incomber aux parties à la suite de l'annulation de la convention n'ont pas un caractère contractuel puisque le contrat se trouve rétroactivement anéanti. Elles ont finalement un caractère extracontractuel et échappent à l'empire de la loi du contrat.

La répétition de l'indû, par exemple, est soumise à la loi locale : loi du pays où le paiement indû a été fait (246).

(244)– Ibid, Batiffol, p. 327.

(245)– Ibid, Batiffol, p. 323.

(246)– Jcl. DIP, V Contrats, note Dayant, Fascicule 552 B.

170 – II – Pour ce que est du système Algérien la nullité du contrat est régie par les Articles 99 à 105 du Code Civil.

L'Article 99 prévoit que : « lorsque la loi reconnaît à l'un des contractants le droit de faire annuler le contrat, l'autre contractant ne peut pas se prévaloir de ce droit » et l'Article 102 ajoute : « Lorsque le contrat est frappé de "nullité absolue", cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée et même prononcée d'office par le tribunal. Elle ne peut disparaître par confirmation.

L'action en "nullité" se prescrit par quinze ans, à partir de la conclusion du contrat ».

Ici encore, la loi du contrat régit les sanctions des conditions de validité du contrat.

"La loi du contrat" régira les vices du consentement et la loi personnelle gouvernera la nullité pour cause d'incapacité.

171 – Par ailleurs, l'Article 100 du Code Civil qui dispose que : « le droit de faire annuler le contrat s'éteint par la confirmation expresse ou tacite. La confirmation rétroagit à la date du contrat sans préjudice des droits des tiers » pose le problème du rattachement de l'acte confirmatif.

On sait que l'application de la loi déterminant la validité ne fait pas difficulté s'il s'agit de délimiter la possibilité de confirmation du contrat et que l'acte confirmatif est en droit Français soumis à sa loi propre qui peut seulement être présumée celle de l'acte confirmé.

La solution Algérienne dépend de la portée de l'Article 18 du Code Civil, notamment, pour ce qui est de la forme du choix de la loi propre à l'acte confirmatif nouveau.

La prescription de l'action en nullité est aussi soumise à la loi qui régit la nullité.

La prescription, par exemple, de l'action en nullité pour cause d'incapacité est soumise à la loi nationale de l'incapable [jurisprudence : Arrêt Patino Cass. Civ. Le 15/05/1963, Semaine Juridique, II^{ème} Partie 13.660].

Les obligations de réparation que peut entraîner le prononcé de la nullité appellent certes une localisation propre, mais il paraît opportun pour éviter le dépeçage [non approuvé par la pratique Algérienne] de les rattacher à la loi du contrat (247).

Conclusion du Chapitre I

Il est, donc permis de conclure qu'en dehors de la capacité, c'est la loi du contrat qui régit la formation du contrat bancaire international posant aussi la question de rattachement de ses effets (**Chapitre II**).

(247)– Batiffol, *opcit*, p. 327.

Chapitre II

Effets du contrat bancaire international.

172 – De toute évidence le contrat produit les effets voulus par les parties mais il faut distinguer ces parties des tiers, rechercher dans quelle mesure la loi du contrat gouverne le contenu du contrat et fixe les règles relatives à son exécution [Etant précisé que nous envisageons les seuls effets propres au contrat et non l'obligation en elle-même, indépendamment, de sa source juridique, nous n'examinerons pas les questions liées à la théorie générale des obligations car elles se posent aussi bien pour les obligations conventionnelles que pour les obligations extracontractuelles : modalités qui peuvent affecter l'obligation, droits du créancier pour la conservation de son gage, cession de créance, et extinction des obligations].

173 – Le juge consultera encore la loi du contrat pour déterminer les conséquences légales qu'il faut reconnaître à l'accord des parties (248).

174 – On sait que non seulement les anciens Arrêts de principe [Cass. Civ. 05/12/1910, S. 1911-1-29, Cass. Civ. 31/05/1932, S. 1933-1-17 et Cass. Req. 02/11/1937, Clunet 1938-480] ont déclaré que : « La loi applicable aux contrats quant à leur formation, effets et conditions est celle que les parties ont adoptée, mais que d'autres aussi [Cass. Civ. 12/05/1930, S. 1931-1-129, Paris 12/03/1938, Gaz. Pal. 1938-2-84], se sont ainsi prononcés : « selon les principes de droit commun, les effets de contrats sont régis par la loi à laquelle les parties ont entendu se référer soit expressément, soit tacitement ».

Mais cette jurisprudence n'a pas précisé ce qu'on entend par effets du contrat.

175 – Par contre une certaine opinion inspirée de l'idée de Bartole (249) a proposé de distinguer les effets des suites du contrat. Notamment, la distinction a été faite avec une nette précision par Foelix (250) considérant que : « les effets du contrat dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit établi par cet acte, ce sont les droits et obligations que les parties ont positivement entendu créer, les droits et les obligations

(248)– Niboyet, opcit, n° 1410, p. 480.

(249)– V. Merlin, Répertoire loi – effet rétroactif, Section 3, n° 3.

(250)– Foelix, DIP, Livre II, 1894, n° 2.

inhérents au contrat qui y sont contenus médiatement ou immédiatement sous la dénomination de “suite”.

On comprend les obligations ou les droits que le législateur fait naître à l’occasion de l’acte ou du droit. Les suites n’ayant pas une cause inhérente au contrat même, elles résultent d’évènements postérieurs au contrat qui surviennent à l’occasion des circonstances dans lesquelles le contrat a placé les parties...., la loi qui régit le contrat lui-même en régit, également, les effets ou suites médiate ou immédiates, conséquences directes du contrat même qui doivent être soumises à la même loi. Les suites ou conséquences accidentelles sont régies par la loi du lieu où se sont passés les faits, qui en sont l’occasion, car elles sont plutôt le résultat de ces faits que du contrat lui-même.

Parmi les suites ou conséquences accidentelles du contrat, on range les résultats qu’aura la négligence, la faute ou la mise en demeure dans l’exécution et les dommages-intérêts dûs en conséquence, la restitution en outre, fondée sur l’une de ces dernières causes (251).

Aussi selon Valéry (252), les suites du contrat sont soumises non pas à une loi unique : la loi du lieu d’exécution, mais à une loi particulière suivant la nature propre de l’affaire envisagée (253).

176 – Il paraît selon H. et L. Mazeaud, que les deux obligations : l’une d’exécuter la convention, l’autre de réparer en cas d’inexécution, soient théoriquement distinctes l’une de l’autre, puisque la première dérive de l’accord de deux volontés, alors que la seconde existe en dehors d’elles (254).

177 – Mais la doctrine moderne rejette toute distinction entre les conséquences, ayant leur cause dans le contrat, qui résultent d’évènements postérieurs au contrat (c’est-à-dire entre l’exécution et l’inexécution).

(251)– Brocher, Cours de DIP, T. II, 1950, p. 109 et s.

(252)– Valéry, Manuel de DIP, 1960, n° 685.

(253)– Arminjon, opcit, p. 183.

(254)– H. et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, dernière Edition 1962, T. I, n° 100.

Il paraît logique de faire régir l'exécution du contrat par telle loi et les conséquences de l'inexécution par telle autre, alors que la loi du contrat se définit comme étant celle que les parties ont choisie.

Si les parties ont eu en vue, lorsqu'elles ont contracté, l'exécution des prestations promises, elles ont envisagé pareillement le cas d'inexécution ou de mauvaise exécution et les droits qui en résulteraient alors pour l'une ou pour l'autre.

Lerebours – Pigeonnière n'a pas, d'ailleurs, manqué d'écrire : « tout ce qui peut modifier la prestation fait, naturellement, corps avec la réglementation du contrat, il convient donc de soumettre à une seule et même loi, qui est la loi du contrat, l'exécution du contrat et la responsabilité engendrée par son inexécution » (255).

L'ancien droit était, d'ailleurs, en ce sens et une jurisprudence constante avait appliqué la loi du contrat à la responsabilité contractuelle et aux questions soulevées par l'inexécution du contrat.

Par conséquent, il est recommandé, tant à propos de l'exécution du contrat que de son inexécution de rechercher ce qui constitue la matière véritable du droit de l'acte en le séparant de ce qui ressortit à d'autres comportements juridiques (256).

Pour ce qui est du système Algérien, le Code Civil vise aussi bien l'exécution (**Section I**) que la force obligatoire (**Paragraphe I**) dans les articles fondamentaux 106 et 107 qui disposent respectivement : « le contrat fait la loi des parties, il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi », « le contrat doit être exécuté conformément à son contenu et de bonne foi.

Il oblige le contractant, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation ».

(255)– Bartin, opcit, p. 396.

(256)– Niboyet, opcit, n° 1410.

Section I

L'exécution.

178 – L'exécution du contrat constitue à elle seule tout le contrat. Le but des parties est, en effet, non pas de donner naissance à des obligations mais de les exécuter. Il s'agit de la mise en œuvre des obligations contractuelles des parties, soumises à la loi du contrat.

La compétence de la loi du contrat s'étend par conséquent non seulement à l'exécution, mais aussi aux fautes commises dans l'exécution et naturellement à l'inexécution elle-même (Paragraphe II) [étant précisé que : « la position particulière du banquier, dans le monde des affaires a, en ce qui concerne l'exécution du contrat, des conséquences contradictoires. Elle détermine un renforcement du lien contractuel en ce sens que pèsent sur le banquier des devoirs que n'assument pas habituellement les débiteurs, fussent-ils des professionnels].

A l'inverse l'existence d'un risque important rend souvent indispensable une adaptation des contrats bancaires de longue durée, ce qui affaiblit indubitablement le lien contractuel (257).

Le terme "devoir" convient mieux que celui plus technique d'obligation pour désigner certaines normes de conduite qui s'imposent au banquier dans ses rapports avec ses clients, il s'agit moins de prestations précises, ou d'abstention que d'une façon de se comporter ou d'exécuter le contrat.

Ces devoirs sont imposés au banquier non seulement dans l'intérêt de ses clients, mais aussi dans un but de protection des tiers (258). Il s'agit du devoir de discrétion et du devoir de surveillance et de conseil. Aussi le banquier ne saurait modifier arbitrairement le contenu des obligations qu'il a valablement souscrites notamment en matière de crédit à long terme. Mais des aménagements peuvent être prévus dans les conventions. Le banquier se réservera, par exemple, la faculté de demander de nouvelles garanties pour un crédit, en cas

(257)– Stoufflet, Etudes offerts à Jauffret, préc., p. 695.

(258)– Ibid Stoufflet, opcit, p. 699.

de dépréciation des sûretés initiales : baisse, par exemple, du cours de titres remis en nantissement (259).

Paragraphe I

La force obligatoire du contrat.

179 – La Section III du Code Civil Algérien qui prévoit le régime des effets du contrat, incorpore le principe de la force obligatoire des contrats.

L'Article 106 qui débute cette section affirme la règle selon laquelle : « Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi » (260). La force obligatoire du lien contractuel est soumise à la loi du contrat.

C'est cette loi du contrat qui va déterminer les droits et obligations des parties et nécessairement s'appliquer à l'interprétation du contrat. Elle régira les questions relatives à l'imprévision et à la force majeure.

180 – puisque la loi du contrat s'applique aux effets entre les parties, il est admis qu'elle s'applique également aux effets à l'égard des tiers ; c'est elle qui dira s'il y a ou non effets et à l'égard de qui ?

181 – Le contrat, selon l'Article 107 du Code Civil, « doit être exécuté conformément à son contenu et de bonne foi. Il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité, considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation », par conséquent, la loi du contrat qui régit le principe de la force obligatoire s'étend aux diverses questions qui se rattachent à ce principe : interprétation du contrat (**1**), étendue des prestations dûes (**2**), révision et résiliation du contrat (**3**).

(259)– Jcl. Banque et bourse, V° contrats, n° 4095.

(260)– Berlioz, Le Code Civil Algérien, DPCI, 1978, p. 203.

1**L'interprétation du contrat.**

182 – Pour déterminer les obligations que les parties ont assumées et assurer l'exécution du contrat, le juge est appelé souvent à interpréter le contrat, c'est-à-dire à préciser le sens exact que les parties ont entendu donner à leur accord.

183 – a – Les méthodes d'interprétation des contrats ne sont pas identiques dans toutes les législations. Certaines méthodes dites subjectives s'attachent à la recherche de la volonté interne des parties [C'est le système traditionnel en France]. La déclaration de la volonté n'est qu'un moyen de découvrir la volonté interne, l'intention des parties doit prévaloir sur les termes employés, l'Article 1156 du Code Civil Français dispose que : « on doit dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

Cet Article dont certains termes se retrouvent dans l'Article 111 du Code Civil Algérien semble formuler pour l'interprétation des conventions, des règles qui ne présentent pas un caractère impératif (261).

Par contre le système Algérien inspiré de "l'objectivisme musulman" consacre comme les pays germaniques une méthode dite objective suivant laquelle la déclaration de la volonté a une valeur en soi. Il est inutile, par exemple, de rechercher si la volonté de contracter a été à l'abri des pressions, dès lors que les prestations engendrées par le contrat sont justes, il faut plutôt tenir compte des données objectives.

L'Alinéa 1 de l'Article 111 du Code Civil manifeste, d'ailleurs, le ralliement (262) à la déclaration de volonté : « lorsque les termes du contrat sont clairs, on ne peut s'en écarter, pour rechercher, par voie d'interprétation, quelle a été la volonté des parties », et l'Alinéa 2 de cet Article dispose que : « Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été l'intention commune des parties, sans s'y arrêter au sens littéral des termes en tenant compte de la nature de l'affaire, ainsi que de la loyauté et de la confiance devant exister

(261)– Jcl. Banques et Bourses, V° Contrats, n° 1405.

(262)– Berlioz, opcit, p. 203.

entre les contractants d'après les usages admis dans les affaires ».

L'Article 112 ajoute : « le doute s'interprète au profit du débiteur. Toutefois, l'interprétation des clauses obscures d'un contrat d'adhésion ne doit point préjudicier à la partie adhérente ».

Ce dernier article intéresse davantage les contrats bancaires qui sont des contrats d'adhésion visés à l'Article 70 du Code Civil.

184 – b – Quant à la jurisprudence, la solution qui rattache les règles d'interprétation du contrat à la loi du contrat, a été nettement affirmée par l'Arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 23/11/1892, S. 1894-1-441 qui a ainsi déclaré : « d'une part, rien n'établit que les juges du fond se sont dans l'interprétation du traité du 8 Novembre 1881, inspirés des principes de la loi Française, à l'exclusion de ceux de la loi Allemande sous l'empire de laquelle le dit traité avait été conclu ».

185 – Mais contrairement à l'interprétation du contrat qui relève de la loi du contrat, le sens des termes employés en langue étrangère, par les parties, par exemple, doit être apprécié au regard de la loi du pays dont la langue est employée (263) et où ces termes sont habituellement utilisés.

186 – c – Pour ce qui est du système Algérien, l'Article 18 du Code Civil dispose que les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie dès lors qu'elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat, par conséquent, l'interprétation du contrat bancaire relèvera de la loi du contrat.

2

Etendue des prestations dues.

187 – Les prestations dues ne sont pas seulement celles que les contractants ont expressément spécifiées dans leur contrat, ce sont, également, les obligations nées du contrat.

(263)– Batiffol, opcit, n° 605.

C'est ainsi que le législateur Algérien attache d'autorité à un contrat des effets qu'il n'est pas permis aux parties d'éviter. La responsabilité des accidents de travail, par exemple, en France, a été annexée au contrat de louage de service. Ces règles se distinguent des prescriptions impératives ordinaires, en ce que leur objet est suffisamment distinct de l'objet propre du contrat, pour que sur le terrain du conflit des lois, se pose la question de savoir si la qualification de règles contractuelles, soumises à la loi d'autonomie leur convient. Ainsi l'action directe de la victime d'un accident contre l'assureur du responsable a été soumise par la Cour de Cassation à la loi du lieu du délit et non à celle du contrat d'assurance. Elle constitue, à notre avis, un élément du droit de la responsabilité civile et est régie par la loi qui gouverne cette responsabilité (264).

[Etant rappelé que selon l'Article 20 du Code Civil Algérien : « Les obligations non contractuelles sont soumises à la loi de l'Etat sur le territoire duquel se produit le fait générateur de l'obligation].

L'action directe dépend en principe de la loi de la créance protégée (265) qui peut être la loi du contrat, si le dommage causé à la victime résulte de l'inexécution du contrat (266).

3

Révision et résiliation du contrat.

188 – a – La révision du contrat n'est possible que dans les cas prévus par la loi dont relève le contrat et aux conditions fixées par cette loi. C'est la loi du contrat qui dira s'il y a possibilité ou non de révision lorsque l'équilibre des prestations est rompu en cours d'exécution par suite de circonstances exceptionnelles. La doctrine enseigne, d'ailleurs, que la question de l'imprévision relève de la loi du contrat (267).

Mais l'inflexibilité de certaines législations [notamment Belge et Française] par exemple, à l'inverse des droits Allemand, Anglais, Italien et Suisse, a paru inadaptée, aux

(264)– Dayant, opcit, n° 304.

(265)– Flour, « L'effet des contrats à l'égard des tiers en DIP », Thèse Paris II, 1977, n° 78.

(266)– Batiffol – Lagarde, opcit, p. 332.

(267)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 606.

opérateurs du commerce international qui savent qu'ils ne peuvent prévoir tous les bouleversements [technologiques, politiques, économiques, monétaires] qui sont susceptibles d'altérer l'équilibre contractuel. Aussi, certains contrats internationaux contiennent des clauses d'adaptation (268). Les principales clauses rencontrées en pratique sont la clause du client le plus favorisé, la clause de force majeure, la clause "hardship", sans omettre celles, plus classiques, qui sont relatives aux variations monétaires (269).

189 – Bien plus, certains auteurs dont Goldman et Kahn (270) ont observé que certains arbitres du commerce international n'hésitent pas à réviser le contrat, même lorsque les parties ne l'ont pas expressément prévu en invoquant un principe général du maintien de l'équilibre des prestations contractuelles. La plupart des arbitres, prononcent plutôt le maintien de la relation contractuelle initiale au nom du principe "pacta sunt servanda", mais souvent, aussi les arbitres puisent cette règle "pacta" non dans une loi étatique mais dans les principes généraux du droit. Ce qui conduit ces mêmes auteurs à se demander si le régime de l'adaptation des contrats internationaux ne se détache pas à l'heure actuelle de l'empire des législations étatiques pour s'ancrer dans le "droit spontané".

190 – Pour ce qui est du système Algérien, l'Alinéa 3 de l'Article 107 du Code Civil Algérien qui incorpore la théorie de l'imprévision dispose que : « Toutefois, lorsque par suite d'évènements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle sans devenir impossible devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur, d'une perte exorbitante, le juge peut suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire dans une mesure raisonnable l'obligation devenue excessive.

« Toute convention contraire est nulle » et l'Article 110 du même code permet la modification par le juge des clauses léonines dans les contrats par adhésion, la partie adhérente pouvant en être dispensée conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle ».

(268)– Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : la clause de Hadship », Clunet, 1974, 794.

(269)– V. Durand – Barthez, « La durée des accords de coopération », DPCI, 1984, p. 357.

(270)– Goldman et Kahn, « Arbitrage international », Clunet, 1979, p. 493 et p. 19.

Ces dispositions, écrit Berlioz (271), peuvent remettre en cause l'application des conditions générales, en particulier en ce qui concerne des clauses telles que les clauses pénales ou de modification unilatérale.

L'Article 110 intéresse, à l'évidence, les contrats bancaires qui sont des contrats d'adhésion par excellence et comme la révision du contrat affecte le principe de la force obligatoire du contrat et ce principe est soumis à la loi du contrat, l'appréciation de la révision dépendra de cette même loi.

La modification du contrat peut encore résulter de la réfaction du contrat, c'est-à-dire de l'action en réduction du prix, fondée par exemple sur la garantie des vices cachés et d'éviction.

La réduction du prix est visée par l'Article 366 du Code Civil intéressant plutôt le contrat de vente et apparaît comme résultante de la responsabilité contractuelle, par conséquent, elle relèvera de la loi du contrat. D'ailleurs, la jurisprudence Allemande et la jurisprudence Française se sont prononcées en ce sens (272).

191 – b – Quant à la résiliation du contrat bancaire, une précision, tout d'abord, s'impose : les contrats bancaires présentent une grande fragilité et des obstacles particuliers s'opposent à leur résiliation.

1°) Leur fragilité est liée à "l'intuitus personae". En effet, selon la doctrine (273), les contrats bancaires, notamment, convention d'ouverture de compte, ouverture de crédit, peuvent être résiliés par le banquier malgré l'existence d'un terme, chaque fois que se produit une modification importante de la condition juridique ou de la situation économique du client : incapacité, liquidation de biens. La fragilité des contrats bancaires est accentuée en fait par l'indétermination fréquente de la durée du contrat qui ouvre à chacune des parties la possibilité d'une résiliation unilatérale.

(271)– Berlioz, opcit, p. 248.

(272)– Cass. Civ. 14/02/1958, Rev. Crit. 1958, p. 548.

(273)– Stoufflet, Etudes offertes à Jauffret, préc., p. 699.

2°) L'exercice par le banquier de la faculté de dénoncer unilatéralement les engagements à durée indéterminée peut entraîner de graves conséquences pour le client privé d'usage d'un compte bancaire, contraint de rembourser un crédit. Il peut se trouver dans l'impossibilité de poursuivre son activité. La jurisprudence s'est efforcée semble-t-il de régulariser l'exercice de la résiliation chaque fois que les circonstances ne justifient pas une mesure brusque, les tribunaux recommandent au banquier de laisser au client un temps suffisant pour prendre les dispositions qui s'imposent, sinon, il y a abus de la faculté de résiliation. En matière de crédit tout au moins des faits contraignent, également, le banquier à la modération, si le crédit a été utilisé, il doit veiller à ne pas mettre en péril la situation financière du débiteur ; souvent pour sauvegarder les possibilités du remboursement du crédit, il faut maintenir longtemps son concours, voire même parfois l'accroître.

La réalité économique restreint la portée de l'affirmation de la révocabilité du crédit à durée indéterminée et confirme l'originalité des contrats bancaires.

3°) De toutes les façons que la résiliation résulte de l'accord des deux parties ou qu'elle soit unilatérale, elle affecte aussi la force obligatoire du contrat puisqu'elle limite dans le temps l'effet du lien obligatoire. On serait tenté par conséquent de penser que l'acte de résiliation s'incorpore au contrat et doit être assujéti à la même loi que ce contrat, on ne peut scinder un contrat et sa dissolution (274).

192 – Cependant, la jurisprudence consacre une solution différente. Elle considère la résiliation comme un "contrat nouveau" distinct du contrat originaire et imposant sa soumission à une loi propre. Tout acte modificatif du contrat primitif parce qu'il donne naissance à une situation nouvelle doit être régi par sa loi propre. Sans doute doit-on présumer que les contractants ont entendu soumettre leur nouvel accord à la loi qui gouverne leur accord originaire et aussi les deux accords seraient-ils soumis à la même loi, mais ceci n'est qu'une présomption. Notamment, l'Arrêt de la Cour de Cassation du 11/07/1928, S. 1930-1-217, intervenu à propos d'une société soumise à la loi Française [sous l'empire de laquelle, elle a été constituée entre deux Espagnols en Algérie et par la suite dissoute par un acte notarié intervenu en Espagne] a présumé que le partage de société

(274)– Niboyet, note sous Cass. Civ., 11/07/1928, D. 1930-1-271.

était soumis à la loi du contrat de société. Selon la jurisprudence récente, Cass. Soc. 31/05/1972, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1979-683), la résiliation doit être possible selon les dispositions de la loi du contrat. L'ordre public international interviendra pour écarter une loi étrangère qui validerait, par exemple, un louage de service à vie (275).

193 – En droit Algérien, selon l'Article 18 du Code Civil : « Les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie (loi expressément ou implicitement choisie) dès lors qu'elle a une réelle relation avec les contractants ou le contrat ».

Si donc dans un contrat bancaire la loi de la banque est désignée par les parties pour le régir, parce qu'elle a un lien effectif avec celui-ci, ce sont les dispositions de cette loi de la banque qu'il faudra consulter pour savoir si la résiliation est possible.

Dans l'affirmative, l'acte de résiliation est présumé alors soumis à la loi de la banque (loi du contrat). Il paraît logique que l'acte de résiliation unilatérale soit régi par la loi du contrat originaire car la partie qui décide de résilier le contrat dans son propre intérêt, ne peut imposer une loi de son choix (276).

Paragraphe II

L'effet relatif du contrat bancaire.

194 – Le principe de la relativité des conventions s'exprime dans cette double proposition : l'effet obligatoire du contrat se produit à l'égard des parties et de leurs ayants-cause (277).

Il est posé dans l'Article 113 du Code Civil Algérien qui dispose que : « Le contrat n'oblige point les tiers, mais il peut faire naître des droits à leur profit ».

Le contrat n'est donc pas pour les tiers un mécanisme neutre, d'ailleurs, les Articles 116 et 117 du Code Civil Algérien organisent la stipulation pour autrui et l'Article 73 vise la représentation.

(275)– Arminjon, opcit, n° 152.

(276)– Contamine – Raynaud, opcit, p. 78.

(277)– Niboyet, opcit, n° 1416.

Par conséquent, la “loi du contrat” va décider à quelles personnes s’appliquent ses effets [notamment, à quelles conditions une stipulation pour autrui est valable et quels droits confère-t-elle ?].

1

La stipulation pour autrui.

195 – L’Article 116 du Code Civil prévoit que : « On peut stipuler en son propre nom, au profit d’un tiers, lorsqu’on a un intérêt personnel, matériel ou moral, à l’exécution de l’obligation stipulée. Par l’effet de la stipulation et sauf convention contraire, le tiers bénéficiaire acquiert un droit direct contre celui qui s’est engagé à exécuter la stipulation et peut lui en réclamer le paiement. Le débiteur peut opposer au bénéficiaire les exceptions résultant du contrat ».

Le droit du tiers bénéficiaire est créé par le contrat. Par conséquent, la mesure des droits du tiers bénéficiaire doit être demandée à la loi qui régit le contrat intervenu entre le promettant et le stipulant. Les relations entre le tiers acceptant et le promettant ne peuvent, en effet, être envisagées en dehors du contrat passé par le promettant et le stipulant et sont définies par ce seul contrat.

Une seule et même loi doit régir les rapports entre promettant et stipulant d’une part et les rapports entre tiers bénéficiaire et promettant d’autre part (278).

La jurisprudence a appliqué la loi du contrat de transport aux relations du transporteur et du destinataire (279).

(278)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 495.

(279)– Dayant, opcit, n ° 395.

2

Parties et représentation.

196 – c'est à la loi du contrat que revient de dire qui est lié par le contrat bancaire. Par contre cette loi n'a aucun titre à gouverner les relations entre représentant et représenté.

Les effets de la représentation relèvent nécessairement de la loi particulière qui régit cette institution et cette loi varie suivant l'origine des pouvoirs des représentants : représentation légale, judiciaire ou conventionnelle, par exemple, la mesure des engagements pris au nom du mineur par le tuteur ne peut être déterminée que par la loi qui organise la tutelle.

197 – Dans l'hypothèse du mandat, la loi choisie par les parties au mandat s'identifiera le plus souvent à la loi qui gouverne le contrat passé par le mandataire avec le tiers contractant, le mandat ayant, en effet, un objet de préparer le contrat principal que doit passer le mandataire ; Il peut être présumé que mandant et mandataire ont entendu se soumettre à la loi du contrat principal (280). Le problème de l'application de la loi du contrat aux rapports du représenté et du tiers contractant est loin d'être résolu.

On sait que la position de la jurisprudence Française (281) est de lier la représentation au mandat et de considérer que les pouvoirs du mandataire vis-à-vis des tiers sont déterminés par le mandat et donc par la loi qui régit ce contrat. La dissociation de la question des relations internes entre le représenté et l'intermédiaire de celle du pouvoir de représentation de l'intermédiaire [prévue par la Convention de La Haye du 14/03/1978] est prise en considération dans les pays dont le droit civil distingue le mandat et la procuration (282). La jurisprudence notamment Suisse soumet le pouvoir de la représentation à la loi du pays dans lequel le représentant exerce son activité (283).

C'est d'ailleurs la solution s'imposant en matière d'opérations de bourse (284).

(280)– Batiffol – Lagarde, *opcit*, p. 308 et p. 39.

(281)– Loussouarn – Bredin, *opcit*, n° 641.

(282)– Batiffol – Lagarde, *opcit*, n° 203.

(283)– Trib. Fédéral Suisse, 01/07/1974, R.C.D.I.P. 1977, 55.

(284)– Pour la loi du lieu de la bourse, Nancy 10/07/1934, sous Req. 07/11/1938, Gaz. Pal. 1939-1-251.

198 – Aussi l'Article 73 du Code Civil Algérien [qui dispose que : « Lorsque le contrat est conclu par voie de représentation, on doit prendre en considération, non la personne du représenté, mais celle du représentant en ce qui concerne les vices du consentement ou les effets attachés au fait que l'on aurait connu ou que l'on aurait du nécessairement connaître certaines circonstances spéciales. Toutefois, lorsque le représentant est un mandataire qui agit suivant les instructions précises de son mandant, celui-ci ne peut invoquer l'ignorance par son mandataire des circonstances qu'il devait, nécessairement, connaître »]. Semble consacrer à l'Alinéa 1, la distinction entre représentation et contrat qui doit être conclu et viser à l'Alinéa 2 le contrat de mandat lui-même.

Par conséquent, la loi du contrat entre le mandataire et le tiers ne s'applique pas à la relation mandant-mandataire.

3

Les ayants-cause.

199 – Mais le contrat peut être opposable à d'autres personnes que les parties contractantes notamment aux ayants-cause.

L'ayant-cause est une personne qui tient des droits d'un auteur, notamment le successeur à titre universel de la personne physique partie au contrat.

L'ayant-cause à titre universel est celui qui recueille le patrimoine d'une personne par succession, testament ou legs (285).

D'ailleurs, l'Article 108 du Code Civil Algérien prévoit que : « sous réserve des règles relatives à la succession, le contrat produit effet entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel, à moins qu'il ne résulte de la nature de l'affaire ou d'une disposition légale que le contrat ne produit point d'effet à l'égard des ayants-cause à titre universel ». Par conséquent, le contrat n'est pas opposable à l'ayant-cause à titre universel lorsque la loi le prévoit expressément et lorsque la nature de l'affaire s'y oppose (sous entendu lorsque le contrat est conclu *intuitus personae*) (286).

(285)– Bencheneb, « Théorie générale du contrat », 2^e Ed., 1982, p. 33.

(286)– Idem, Bencheneb, *opcit*, p. 43.

Il revient alors à la loi applicable à la succession de décider si les héritiers recueillent des droits et obligations contractuels de leur auteur et non pas à “la loi du contrat”.

Par ailleurs, certains auteurs, à propos de contrats *intuitus personae*, ont considéré qu’il appartient à la loi successorale de déterminer à quelle catégorie de contrats, les héritiers deviennent partie (287).

Paragraphe III

La monnaie de paiement.

200 – Le paiement constitue l’exécution de l’obligation, il consiste dans le fait d’accomplir la prestation promise, son étude se rattache logiquement à l’étude générale de l’obligation, mais nous examinons ici les règles particulières soulevées par le paiement des dettes de sommes d’argent, notamment le remboursement au banquier d’un prêt, car c’est à propos des obligations conventionnelles que se pose le problème classique de clauses relatives à la monnaie de paiement et à la dépréciation monétaire (288).

201 – Le problème de la monnaie de paiement doit être envisagé sous un double aspect en fonction du double rôle que la monnaie est appelée à jouer dans l’exécution de l’obligation de sommes d’argent.

La monnaie est une unité de mesure de la prestation pécuniaire, elle fixe le montant même de l’obligation. C’est la monnaie de compte.

La monnaie est, généralement, définie par rapport à l’or sur la base d’une certaine teneur en poids et titres de l’unité monétaire. Mais quand à la suite d’une intervention du législateur, cette définition se trouve modifiée, le montant nominal de la dette ne correspond plus à la prestation originale convenue, la monnaie de compte permet de fixer le montant de cette dette eu égard aux modifications intervenues dans la définition de la monnaie.

(287)– Batiffol – Lagarde, *opcit*, p. 328.

(288)– Dayant, *opcit*, n° 554.

La monnaie est en second lieu un instrument de paiement. Ce sont les espèces ou les titres de crédit qui permettent aux débiteurs de se libérer. Sous cet aspect qui touche à la forme du paiement, elle prend le nom de monnaie de règlement.

La monnaie de compte fixe le montant réel de l'obligation, alors que la monnaie de paiement détermine les instruments matériels de remboursement.

202 – La distinction entre monnaie de compte et monnaie de paiement est très nettement faite dans un Arrêt de la Cour de Cassation Ch. Com. 22/11/1948, Jcp. 1949-II-4859, intervenu à propos d'un emprunt extérieur de 132.500.000 Francs, déclaré remboursable au pair en argent Français de poids et titres actuels. Les certificats délivrés aux porteurs indiquaient que « le paiement des coupons et le remboursement des titres seront effectués, en Suisse ou en argent Suisse au cours du Franc Français, le jour fixé pour le paiement ou le remboursement ». Il n'y a, dit la Cour de Cassation « aucune contradiction entre ces deux mentions : la première vise la monnaie de compte et elle a pour objet de mettre les obligations à l'abri d'une dépréciation de la monnaie, en ayant égard à la quotité d'or fin, par eux fournie à la société émettrice sous l'empire de cette loi ; La seconde concerne la monnaie de règlement, monnaie Suisse et les bases de la conversion en cette monnaie de la dette du débiteur préalablement fixée en conformité de la sus-dite mention en Francs Français des poids et titres prévus par la loi du 25/06/1928 ».

A

Monnaie de compte.

1

Licéité de la clause relative à la monnaie de compte.

203 – La monnaie de compte touche à l'évidence à la substance même de l'obligation.

Lorsque les contractants stipulent une clause de paiement en or ou en monnaie étrangère ou d'après la valeur de l'or ou d'une monnaie étrangère, ils déterminent l'objet même de la prestation à laquelle le débiteur est tenu.

La loi du contrat se trouve ainsi tout naturellement appelée à régir la monnaie de compte comme elle régit l'objet du contrat (289).

La validité de la clause relative à la monnaie de compte doit être appréciée au regard de la loi du contrat. Il appartient à cette loi de dire si les parties peuvent ou non stipuler un paiement en or ou en monnaie étrangère.

204 – Le principe doit, cependant, être corrigé par l'intervention de la notion de l'ordre public, car en cette matière, cette notion peut s'imposer avec un caractère de particulière urgence. En période de simple cours légal, l'application sur le territoire par exemple Français de la loi étrangère réglementant la monnaie de compte ne présente aucun inconvénient pour la pratique monétaire de ce pays puisque sur le plan interne, cette liberté existe déjà. Par contre, en période d'instabilité monétaire, la politique monétaire du pays conduit à des dispositions impératives qui ne peuvent être mises en question par l'application d'une loi étrangère. Les lois monétaires sont essentielles à la vie économique d'un pays en ces périodes et intéressent en premier chef l'ordre public.

Ainsi la compétence de principe de la loi du contrat devrait être écartée au bénéfice de la loi Française intervenant au titre de l'ordre public.

Savatier distingue période de confiance au cours de laquelle la loi du contrat reçoit application et période de défiance, cours légal et cours fixé, au cours de laquelle, la loi du contrat devrait laisser place à des règles impératives édictées par la loi Française (290).

205 – Ce n'est pas en principe sur ce terrain du conflit de lois que se place la jurisprudence Française pour résoudre les questions soulevées par la monnaie de compte.

Le système de la jurisprudence Française se rattache à une règle de droit interne Français qui distingue règlement international ou contrat international au sens de la loi monétaire et celui qui implique un double mouvement de marchandises ou de valeurs de la France vers un pays étranger et de ce pays étranger vers la France.

(289)– Batiffol – Lagarde, *opcit*, n° 558.

(290)– Batiffol – Cours de DIP, 1938, p. 419, n° 418.

Il est alors soustrait au domaine d'application des lois Françaises d'exception ; les parties sont libres de stipuler un règlement en monnaie étrangère.

Le règlement interne ou contrat interne au sens de la loi monétaire ne comporte pas suivant la formule du Procureur Général Matter ce mouvement de « flux et de reflux au dessus des frontières » (291), il est soumis aux lois monétaires Françaises et se trouve par suite hors du domaine de la liberté des parties.

206 – Le contrat international ainsi entendu n'a pas égard à la personnalité des parties, à leur nationalité, au lieu de conclusion du contrat, au lieu stipulé pour le paiement. Le critère est économique, il se rattache à la nature de la convention, aux modalités de l'opération. Il faut qu'une prestation y soit importée, selon la jurisprudence [Cass. Civ. 17/05/1927, D. 1927-1-25]. On sait que cette jurisprudence a été consacrée législativement [loi du 25 Juin 1928, Art. 2, Al. 2, précisant que la nouvelle définition du Franc n'était pas applicable aux paiements internationaux, loi du 1^{er} Octobre 1936, Art. 3, décidant que : « est paiement international, un paiement effectué en exécution de contrats impliquant double transfert de fonds de pays à pays », (disposition étroite abrogée par l'Article 1^{er} de la loi du 18/02/1937)].

207 – La notion de contrat international au point de vue de la loi monétaire diffère de la notion de contrat international de la théorie générale des conflits de lois (292).

Par conséquent, la règle suivant laquelle dans les règlements internationaux les parties ont la liberté de choix de leur monnaie de compte ne peut être interprétée comme une application de principe aux clauses de monnaie de paiement de la loi du contrat. La liberté de choix de la monnaie dans ces règlements internationaux résulte d'une règle de droit interne Française et non de la soumission par principe de la licéité des clauses relatives au paiement à la loi du contrat (293).

(291)– Matter, Dalloz, 1928, I, p. 31.

(292)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 559.

(293)– Planiol et Ripert, « Traité pratique de Droit Civil », 1950, Tome VII, n° 1191.

208 – Les exemples sont nombreux de ces contrats qui en l'absence de tout élément d'extranéité ne soulèvent aucun conflit de lois et doivent être considérés de ce point de vue comme contrats internes et qui cependant au point de vue de validité des clauses de paiement sont considérés comme règlements internationaux parce que le critère de flux et de reflux au dessus des frontières s'y trouve.

S'agissant d'un contrat passé en France entre Français à propos d'un remboursement d'avances consenties pour procéder à une exposition à l'étranger [la cour de Cassation Civ. 17/07/1931, S. 1931-1-336 a déclaré : « qu'il ne suffit pas pour rejeter la demande du créancier de conversion de la somme d'être en monnaie étrangère de constater que les accords avaient été conclus en France entre Français et que le lieu d'exécution était la France. Il faut encore en préciser la cause et l'objet des conventions ».

209 – Par contre, certains contrats seront considérés comme de droit interne au point de vue de la loi monétaire et assujettis à ce titre à l'interdiction des clauses de paiement en monnaie étrangère, alors cependant que ces contrats présentent des éléments d'extranéité tenant à la nationalité et au domicile des sujets de droit, à l'objet, au lieu de conclusion ou au lieu d'exécution et sont ainsi susceptibles d'être régis par une loi étrangère choisie par les parties comme loi du contrat.

C'est l'hypothèse du bail consenti par une société Anglaise à un Français portant sur immeuble sis à Alger et dont le prix du loyer était stipulé payable à Londres ou à Alger au choix du bailleur [Cass. Civ. 17/05/1927, D. 1928-1-25 et après Cassation et nouveau pourvoi Cass. Req. 27/03/1929, D. H 1929-217] : « il s'agit dit la Cour de Cassation d'un règlement interne et le débiteur ne peut être contraint de s'acquitter du paiement de loyer sur la base de la monnaie Anglaise ».

210 – Cette conception jurisprudentielle de règlement international et de règlement interne qui fait dépendre la validité de la clause relative à la monnaie de compte d'un élément distinct de la loi régissant le contrat et transpose la question hors du conflit de lois a soulevé des critiques doctrinales (294).

(294)– Hamel, « L'application des lois monétaires annulant les clauses-or et les principes de conflits de lois », *Nouv. Rev. Dr. Int. Pr.*, 1950, p. 609, note Batiffol.

La logique juridique exigerait que le juge détermine la loi applicable avant d'examiner le caractère du règlement, l'application des notions de règlement international et de règlement interne supposerait d'abord résolu le problème du conflit de lois dans le sens de l'application de la loi Française, ou alors cette loi Française serait déclarée applicable parce que la loi étrangère normalement compétente fait échec à l'ordre public international.

211 – C'est en conséquence que la Cour de Cassation [Arrêt du 21/06/1950, Jcp. 1950-II-5812] a placé le problème sur le terrain du conflit de lois. Elle y était invitée par les circonstances dans lesquelles elle était amenée à statuer. L'arrêt qui lui était déféré [Paris 24 Avril 1940, S. 1942-2-293] avait à propos de l'emprunt émis en 1927 par la société des services contractuels des messageries maritimes, en dollars Canadiens, décidé que cette société était mal fondée à prétendre que le contrat devait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé et il en avait conclu que le choix du dollar Canadien comme monnaie de compte en 1927 n'impliquerait aucunement la soumission du contrat à la loi Canadienne du 10 Avril 1937. Donnant une nouvelle définition du dollar, la Cour de Cassation écarte le motif donné par la Cour de Paris à l'appui de sa solution. Elle déclare qu'il appartient aux parties à un tel contrat de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à régir leur convention, une clause valeur-or dont la loi Française du 25/06/1928 reconnaît la validité en conformité avec la notion Française de l'ordre public international. Ainsi la monnaie de compte se trouve soumise en principe à la loi du contrat, mais l'application de cette loi étrangère se trouve immédiatement écartée par l'intervention de la notion d'ordre public.

La construction de droit interne sur les règlements internationaux et les règlements internes ne s'applique donc pas ici directement, mais à titre de l'ordre public, après détermination de la loi applicable au contrat (295).

Cette intervention de l'ordre public en ce domaine est, d'ailleurs, assez singulière. On impose au nom de l'ordre public à l'encontre des lois étrangères contraires la conception Française suivant laquelle les parties ont libre choix de la monnaie de compte dans les règlements internationaux, alors que pour les règlements internes soumis directement à la

(295)– Cass. Civ. 21/06/1950, Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1950, p. 609, note Batiffol.

loi Française, la jurisprudence Française au nom de l'ordre public n'admet pas la liberté de choix de la monnaie (296).

212 – Cette jurisprudence reste, cependant, isolée et le point de vue ancien qui fait entière abstraction du conflit de lois et examine directement le caractère du règlement sans déterminer la loi applicable, réapparaît dans les décisions les plus récentes.

C'est, notamment, ce qui ressort de l'Arrêt de la Cour de Cassation du 04/11/1958, Ch. Com., Rev. Crit. Dr. Int. Pr., 1959-117 : « par paiements internationaux à l'occasion desquels seulement les parties ont la faculté en vertu de ces textes de prévoir que la prestation de l'une d'elles sera fixée sur la base de l'or d'une devise étrangère, il faut entendre opérations se traduisant par un double mouvement de marchandises ou de valeurs de la France vers un pays étranger et de celui-ci vers la France. Elle applique purement et simplement ce principe au contrat litigieux sans se préoccuper de savoir si ce contrat est ou non soumis à la loi Française, sans aucun appel à la notion d'ordre public, considérant que pour valider la clause de paiement Livres Sterling-or, insérée à l'acte de reconnaissance de dette souscrit par Amar en 1937, la Cour d'Appel a déclaré qu'il suffisait de relever que Rahmi Bey de nationalité Turque, s'il faisait de fréquents séjours à Paris, avait conservé son domicile en Turquie, que Salim, sujet Italien était domicilié à Rome et résidait à Istanbul, qu'il n'était pas établi que le libellé de leur créance en monnaie étrangère ait eu pour but de se prémunir contre la dévaluation de la monnaie Française et qu'il apparaissait au contraire que les créanciers ne stipulaient en Livres Sterling qu'à raison de leurs relations avec l'étranger. Attendu qu'en statuant ainsi sans préciser la nature des opérations intervenues entre les parties et qui avaient donné lieu à l'engagement d'Amar en 1937, la Cour d'Appel n'a pu légalement justifier sa décision ».

213 – Le critérium de flux et de reflux a été appliqué à toutes sortes de conventions, spécialement, aux emprunts internationaux et aux ventes à l'exportation et à l'importation. Ce qu'il convient de souligner, c'est que l'existence de règlement international a été admise dans les hypothèses où les mouvements de flux et de reflux ne constituaient pas l'exécution directe et immédiate du contrat litigieux, mais où celui-ci s'intégrait dans un ensemble

(296)– Dalloz, 1936-2-78, note L. Mazeaud.

d'opérations complexes dont le résultat final devait être ce double déplacement de valeurs au-delà de la frontière.

C'est le cas des ventes CAF constituant, également, d'après la jurisprudence, des ventes ayant le caractère de règlements internationaux [Cass. Req. 04/06/1934, DH 1934-361].

2

Détermination de la monnaie de compte et interprétation du contrat.

214 – La question de la détermination de la monnaie de compte s'est surtout posée à propos des contrats intervenus antérieurement à l'établissement du cours forcé et pour lesquels les contractants en raison même de la stabilité monétaire se préoccupaient de préciser la monnaie de paiement envisagé. La même expression désigne, parfois, des monnaies de titres et de paiements inégaux : Francs Français, Francs Belges ou Suisses, Dollars des Etats-Unis ou Dollars du Canada. Lorsque le contrat ne mentionne pas en quelle monnaie doit être exécuté le paiement, les tribunaux recherchent quelle a été la commune intention des parties quant à cette monnaie. Ils semblent admettre implicitement la compétence de la loi du contrat pour la détermination de la monnaie de compte (297).

215 – La jurisprudence a, toujours, admis à propos de ces contrats [qui en raison même de leur date échappent à la réglementation impérative concernant règlements internationaux et règlements internes], qu'il y avait lieu de rechercher la commune intention des parties sur la loi à laquelle elles ont voulu soumettre leurs accords.

Ainsi la dette du débiteur doit être fixée en Francs Suisses, par interprétation de la volonté des parties lorsque Genève était à la fois le lieu du domicile du prêteur, celui de la remise des fonds et celui du remboursement à l'échéance [Cass. Req. 19 Novembre 1924, DH 1925-6]. C'est encore sur ce même fondement de l'intention des parties : une monnaie Suisse, que doit être remboursée une ouverture de crédit, lorsqu'il est constaté que cette ouverture de crédit a été consentie en Francs par une banque Suisse à des commerçants de nationalité Suisse, établis à Annemasse et faisant des opérations commerciales en France et

(297)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 556.

Suisse [Cass. Civ. 1 Mars 1926, Clunet 1926-661].

Par contre, il est jugé par interprétation de la volonté des parties, qu'un prêt consenti par une Banque Suisse à Annemasse doit être réglé en Francs Français, lorsqu'il est constaté que les avances comme les remises avaient été faites indifféremment en Francs Français et en Francs Suisses et que la parité de ces deux monnaies avait été appréciée au regard de la loi du contrat à laquelle la banque et ses clients avaient entendu soumettre leurs rapports réciproques [Cass. Req. 2 Août 1925, Clunet 1927-103].

216 – Depuis l'établissement du cours forcé et l'application de la jurisprudence sur les règlements internes et les règlements internationaux, la question de la détermination de la monnaie de compte ne se pose plus qu'en cas de règlements internationaux. C'est dans cette hypothèse seulement que les parties peuvent convenir du paiement en monnaie étrangère.

Les décisions sont rares car en raison même de l'instabilité monétaire, l'attention des parties est spécialement attirée sur le problème de la monnaie de compte et elles prennent le soin de déterminer expressément la monnaie de compte envisagée. Cependant, la décision de la Chambre de Commerce de la Cour de Cassation du 22/07/1957, Bull. Civ. N° 239, p. 200 a déclaré : « se réfère en l'absence de mention expresse du contrat à l'intention tacite des parties une Cour d'Appel qui justifie sa décision en ordonnant le versement à un commissionnaire Français d'une commission en monnaie étrangère convertie en Francs Français au cours du jour du paiement dès lors qu'elle relève que la société étrangère est débitrice de ces commissions contractées en France, en monnaie étrangère, ce qui impliquait un paiement des commissions en la même monnaie. La même solution est admise dans un Arrêt de la Cour de Cassation du 21 Octobre 1958 [Cass. Com. 21 Octobre 1958, Bull. Civ. III, n° 328, p. 302] : une Cour d'Appel ne fait qu'user de son pouvoir d'appréciation lorsque étant saisie d'un litige survenu entre un importateur Français et un fournisseur Hollandais à la suite d'une dévaluation du Florin et ayant à déterminer dans quelle monnaie avait été conclu le marché verbal, elle écarte certains documents auxquels elle ne reconnaît pas de valeur probante et se contente d'observer pour décider que l'opération avait été conclue en monnaie Française, que l'importateur lui-même avait donné à la Banque

postérieurement à la dévaluation l'ordre de payer en Francs Français.

217 – L'application des mesures monétaires du Décret du 10 Août 1957 [Décret abrogé par le Décret du 20/06/1958] a donné lieu aussi à la recherche de l'intention des parties : ce Décret avait institué un prélèvement de 20 %, réduisant dans la même proportion la valeur du Franc par rapport aux devises étrangères sans que la cote officielle des changes n'ait subi aucune modification. Il a dès lors été jugé que l'évaluation en monnaie étrangère devait être faite suivant le cours de cette monnaie majorée de 20 % pour que le créancier touche en Francs le montant des sommes prévues au contrat [Trib. Civ. Versailles 26/04/1958, Gaz. Pal. 1958-2-45 ; Trib. Civ. Seine 02/05/1958, Gaz. Pal. 1958-2-246].

B

Monnaie de règlement.

218 – En ce qui concerne la monnaie de règlement, les titres de la loi du contrat à s'appliquer sont moins évidents que s'agissant de la monnaie de compte. Sans doute si la monnaie étrangère devait être considérée comme une marchandise quelconque devant être livrée telle quelle, pourrait-on admettre qu'elle touche alors à la substance de l'obligation. Mais la monnaie de règlement n'est pas envisagée sous ce point de vue (298). Elle est un instrument libératoire qui ne touche pas au contenu même de l'obligation. Cet instrument libératoire doit être défini par la loi locale. Le souverain territorial ne peut se désintéresser des paiements effectués sur son territoire, l'économie monétaire du pays se trouvant directement intéressée par la masse et la nature des instruments monétaires circulant dans le pays (299).

Le règlement en monnaie Française, par exemple, pour les paiements effectués en France paraît au surplus commandé par le cours légal et le cours forcé du billet de banque. Par exemple, l'euro est la seule monnaie qui ait cours légal en France et un débiteur ne peut être contraint en France à payer en une autre monnaie qu'en euro.

(298)– Dayant, opcit, n° 5521.

(299)– Ibid Dayant, n° 6050.

Ainsi dans un contrat international, au sens de la loi monétaire, valablement libellé en monnaie étrangère, les paiements en France doivent être effectués en monnaie Française au cours de change de cette monnaie étrangère.

219 – La position de la jurisprudence Française laisse apparaître à l'origine une certaine confusion. Les décisions ordonnent sans doute le paiement matériel en espèces nationales de toutes créances libellées en monnaies étrangères [Cass. Req. 12/07/1917, S. 1918-1-215].

Il semble que le paiement en monnaie locale soit imposé par interprétation de la volonté des parties. Aussi bien, certaines décisions consacrent-elles un paiement matériel en or ou en monnaie étrangère [Cass. Req. 07/06/1920, S. 1920-1-193].

220 – Cette solution qui rattache la monnaie de règlement à la volonté des parties paraît condamnée, la Cour de Cassation dans un Arrêt du 17/02/1937, Rev. Crit. Dr. Int. 1938-657, supprime toute réserve quelconque d'une volonté contraire manifestée par les contractants, en décidant ainsi : « attendu que le pourvoi fait grief à l'Arrêt attaqué d'avoir condamné un débiteur à rembourser à son créancier des Francs Français alors que les parties avaient librement choisi dans leur contrat le Dollar comme unité monétaire... qu'il est de principe, en effet, que tout paiement fait en France quelle qu'en soit la cause doit être effectué en monnaie Française et que le solde d'un marché fixé en Dollars doit être évalué selon le cours du Dollar au jour où le débiteur devait payer ».

221 – Le point de savoir si la convention doit être établie à la date de l'échéance, à celle du paiement effectif ou à celle de la mise en demeure est une question d'interprétation de la volonté des parties qui est du ressort du juge du fond [Cass. Req. 10/02/1925, Rev. Dr. 1925, T. III, p. 241].

Lorsque la convention des parties ne fixe point la date de conversion la jurisprudence est divisée. Pour certaines décisions, la conversion doit être faite au jour de l'échéance, c'est-à-dire à la date à laquelle le paiement aurait dû être effectué [Cass. Req. 17/02/1937, S. 1938-1-140], pour d'autres décisions, la conversion doit être faite au jour du paiement effectif [Paris 28 Octobre 1922, Gaz. Pal. 1922-2-483], pour d'autres, la conversion doit être

faite à la date de la mise en demeure [Paris 31/10/1922, D. 1922-2-180].

222 – Ces diverses décisions s’expliquent semble-t-il par la théorie de la faute en cas de retard. L’idée essentielle de la jurisprudence est que les conséquences dommageables du retard doivent incomber à celui qui en est responsable. Le contractant qui n’a commis aucune faute ne doit pas se trouver lésé par les fluctuations de change survenues entre la date de l’échéance, celle de la mise en demeure et celle du paiement effectif. Selon Plaisant [note S. 1951-1-33] : « Le principe est celui de la conversion au jour où le paiement doit normalement intervenir, en cas de retard du débiteur, le créancier a le choix entre le cours de l’échéance et celui du paiement effectif.

C

L’intervention du contrôle des changes.

223 – L’institution du contrôle des changes, par exemple, en France depuis la Décret-Loi du 09/09/1939 a modifié les données du problème de la monnaie de paiement en introduisant dans ce domaine des règles toutes différentes selon la doctrine (300).

On sait que la réglementation jurisprudentielle sur les paiements internationaux repose sur la notion de double transfert.

La réglementation du contrôle des changes que l’on estime n’être que temporaire alors que la construction jurisprudentielle en conserverait une valeur permanente ignore cette notion, elle fait appel au seul critère de la résidence lorsque le débiteur et le créancier sont des résidents, l’euro est le seul instrument de paiement et l’unique monnaie de contrats : le libre choix de la monnaie de compte ne demeure que pour les contrats entre résidents et non résidents.

Les règles de contrôle des changes ont un caractère d’ordre public et l’on peut dès lors se demander si la construction jurisprudentielle de la liberté du choix de la monnaie dans les règlements internationaux n’est pas totalement dépassée par cette législation actuelle.

(300)– Dayant, opcit, n° 540.

224 – Aussi bien si certaines décisions se bornent à répéter les solutions d’avant 1939, concernant les règlements internationaux et les règlements internes, d’autres plus récentes de la Cour de Cassation subordonnent ces notions aux critères fournis par la législation sur le contrôle des changes.

Ainsi dans un arrêt de la chambre civile du 12/06/1956, Bull. Civ. I, n° 235, il est dit que : « s’agissant d’un prêt intervenu en Suisse et d’une dette dont le débiteur Français devait s’acquitter à l’étranger, ce paiement international échappe sous réserve de la réglementation concernant des changes, aux dispositions du droit interne, interdisant une stipulation du paiement en monnaie étrangère ».

C’est, encore, un Arrêt de la Cour de Cassation, Cass. Crim. 23/06/1958, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1959-112 qui porte ces motifs : « qu’il s’agisse d’un contrat international dont l’exécution pouvait entraîner l’exportation d’instruments de paiement nécessitant l’autorisation préalable de l’office des changes, il n’apparaît ni des énonciations du jugement confirmé, ni de celles de l’Arrêt attaqué, ni des productions que cette autorisation ait été refusée par l’administration ou même demandée par la partie à laquelle il incombait de la solliciter, qu’aussi celle-ci n’était pas fondée pour justifier l’inexécution de son obligation à invoquer un refus d’autorisation.

En droit international chaque législateur définit les opérations auxquelles il applique son contrôle, mais le problème est de savoir si un pays peut tenir compte des lois étrangères de cette nature.

Les tribunaux s’y sont montrés hostiles dans des espèces où se mêlait l’élément de confiscation, il était 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 [Civ. 21/04/1973, Bull. Civ. 1, n° 122].

Plus généralement dans le cadre du FMI, chacun des Etats-membres exerce sa compétence en matière de contrôle des changes dans les conditions fixées aux accords de Bretton-Woods portant statut du fonds, lesquels [Art. VIII Sect 2b] prescrivent que les contrats de change qui mettent en jeu de la monnaie d’un Etat-membre et qui sont

contraires à la réglementation du contrôle des changes de ce membre ne seront exécutoires sur les territoires d'aucun membre [Cependant, contre la loi Algérienne, Paris 03/03/1970, Jcp. 1970-II-16330 et Reims 25 Octobre 1979, note P. Mayer, ayant ignoré l'Article VIII S. 2b].

Et même, en dehors de ce traité, on peut selon la doctrine, considérer les lois sur le contrôle des changes, comme des lois de police que le juge peut sous certaines conditions faire prévaloir sur la loi du contrat.

225 – Aussi le droit Algérien connaît un système strict de contrôle des changes. La législation des changes étant particulièrement importante pour l'économie nationale et pour le commerce extérieur.

On sait que le Décret 47 – 1337 du 15/07/1947 base légale de la réglementation des changes [J of RF du 20/07/1947, p. 698, Dalloz 1947, législation p. 265] a été reconduit en Algérie par la loi n° 62-157 du 31/12/1962 et que le Décret n° 63-411 du 10/10/1963 [JORADP du 22/10/1963, p. 1054] a étendu à tous les pays de la zone franc la législation de 1947 afin d'interdire les transferts qui pouvaient encore donner lieu à une fuite massive de capitaux. Ce texte, avant sa modification par la loi des finances de 1970 a été tout d'abord complété par un certain nombre d'avis du Ministère des finances et notamment par l'avis n° 5 du 03/04/1963 [JORADP du 01/04/1963, p. 479] qui a rendu applicables à l'Algérie des avis Français promulgués après l'indépendance. Le contrôle des changes, subsistant en pratique sous forme d'autorisations nécessaires à un grand nombre d'opérations de transfert, délivrées par la Banque Centrale et le Ministère des Finances, s'exerce sur les exportations au niveau desquelles existe une procédure de domiciliation auprès de l'une des banques primaires [BNA, CPA, BEA, BADR] (301), mais aussi sur les importations : l'avis n° 72 du Ministère des Finances du 01/02/1973 ayant fixé la procédure et les modalités de transfert de fonds, au titre des contrats conclus par les entreprises nationales avec les entreprises étrangères, précise le mode de présentation et de constitution du dossier de transfert,

(301)– B.N.A. – Banque Nationale Algérienne créée par l'Ordonnance n° 66-178 du 13/06/1966 (JORADP du 14/06/1966) ; C.P.A. – Crédit Populaire Algérien crée par l'Ordonnance n° 66-366 du 29/12/1966 (JORADP du 30/12/1966) ; B.E.A. – Banque Extérieure Algérienne créée par l'Ordonnance n° 67-204 du 01/10/1967 (JORADP du 06/10/1967) ; B.A.D.R. – Banque de l'Agriculture et de Développement Rural créée par le Décret n° 82-106 du 13/03/1982, Cf. Fatiha Taleb : « La responsabilité des organismes bancaires du fait de leurs activités en droit privé Algérien, Mémoire de Magister, Oran 1984.

donne délégation aux banques primaires domiciliataires pour instruire et autoriser les dossiers de transferts concernant les contrats des offices publics, sociétés nationales et sociétés dont l'Etat détient au moins 50 % du capital social et pour exécuter les transferts y afférents. D'ailleurs, l'entrée en vigueur d'un contrat est subordonnée à son approbation par la banque primaire domiciliataire (302).

Par conséquent, l'interdiction ou la réglementation de l'indexation est une question interne d'économie du pays.

L'Article 95 du Code Civil Algérien, notamment pose le principe du nominalisme. Il dispose que : « l'obligation ayant pour objet une somme d'argent ne porte que sur la somme numérique énoncée au contrat, indépendamment de toute augmentation ou diminution de la valeur de la monnaie au moment du paiement ». Ce principe se trouve complété par l'institution du Dinar. Cependant, rien n'empêche la jurisprudence Algérienne d'admettre que ce principe ne s'applique que dans le contrat interne et que les parties sont libres d'inclure une clause d'indexation à leur contrat international en vue de l'augmentation du montant du paiement.

Cette solution ne porte pas atteinte au contrôle des changes et l'ordre international ne sera pas heurté par cette clause. Si la monnaie de paiement est le Dinar, l'ordre Algérien n'est pas mis en cause.

La réglementation Algérienne normalisant les contrats n'excluent pas le problème de l'indexation du contrat international, les parties peuvent prévoir des clauses d'indexation, et même une clause de révision, mais aujourd'hui cette sorte de clause est tombée en désuétude et lorsque se pose le problème de la monnaie de paiement, le juge la déterminera alors en tenant compte par exemple des éléments du contrat. En outre, l'Article 276 du Code Civil Algérien qui prescrit que : « le paiement doit porter sur l'objet même qui est dû. Le créancier ne peut être contraint de recevoir un autre objet, même de valeur égale ou supérieure », semble insister sur un lien fort entre l'objet et le paiement et inciter, par conséquent, le juge à localiser le contrat.

(302)– Voir M. Terki, *opcit*, p. 176 et s.

C'est l'attraction du lieu de paiement qui est la plus forte et c'est la loi de ce lieu qui doit être consultée pour la détermination de la monnaie de paiement.

Section II

L'inexécution du contrat.

226 – Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation et que cette inexécution lui est imputable, il encourt vis-à-vis du créancier une responsabilité contractuelle, il est tenu de réparer le préjudice causé par cette inexécution, en effet, selon l'Article 176 du Code Civil Algérien : « si l'exécution en nature devient impossible, le débiteur est condamné à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution de son obligation, à moins qu'il ne soit établi que l'impossibilité de l'inexécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputée. Il en est de même en cas de retard dans l'exécution de son obligation ».

Dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique tel que le contrat bancaire, le créancier victime de l'inexécution dispose d'une autre sanction, la résolution du contrat, prévue par l'Article 119 du même code.

227 – Certes, la responsabilité du banquier envers l'un de ses clients ou un tiers peut être contractuelle s'il y a inexécution d'une obligation résultant d'un contrat conclu, mais elle peut être aussi délictuelle, s'il y a une faute commise en dehors de l'exécution d'un contrat et dans l'un et l'autre cas, cette responsabilité a un caractère professionnel, parce que la jurisprudence relève soit pour déterminer l'étendue des obligations contractuelles, soit pour apprécier les fautes, le caractère particulier de l'activité du banquier. Cette jurisprudence s'est affirmée à raison des ordres de virement falsifiés et surtout des chèques falsifiés, ou encore pour le retard apporté à prévenir les clients d'effets impayés. Elle s'est, également, affirmée pour les renseignements donnés sur la solvabilité des commerçants et industriels [Req. 27/03/1905, D. 1905-301, Nîmes 11 Janvier 1956, Banque 1956,306] ou lorsque l'intervention fautive de la banque permet à un commerçant en mauvaise situation d'affaires de conserver un crédit apparent et fictif, et d'aggraver son passif avant de tomber en faillite [Cass. Com. 28/11/1960, R.D.C. 1961-460, Obs. Houin] (303).

(303)– V. Roblot, « Traité de droit commercial », 1968, p. 35.

Paragraphe I

La responsabilité contractuelle.

228 – La responsabilité contractuelle, c'est-à-dire l'obligation de réparer qui incombe au débiteur inexécutant, obéit à la loi du contrat comme l'exécution elle-même.

La résolution s'impose sur le plan rationnel parce que si l'obligation de réparer qui naît de l'inexécution est très différente de l'obligation d'exécuter, il existe un lien étroit entre la force obligatoire du contrat et la responsabilité contractuelle qui en est la mesure et dès lors l'exécution et sanction de l'inexécution doivent être soumises à la même loi. La solution s'impose avec d'autant plus de force que la loi du contrat est la loi d'autonomie, la loi que les parties ont choisie, il est normal de penser que les parties ont entendu régir par une seule et même loi, l'exécution de leurs conventions et les conséquences de l'inexécution.

Cette solution envisagée est consacrée par le droit positif qu'il s'agisse de conditions de la responsabilité contractuelle, de ses effets ou de clauses qui tendent à la supprimer ou à la limiter.

A

Conditions de la responsabilité contractuelle.

1

La faute, le cas fortuit et la force majeure.

229 – Selon l'Article 178 du Code Civil : « il peut être convenu que le débiteur prenne à sa charge les risques du cas fortuit ou de la force majeure, il peut, également, être convenu que le débiteur soit déchargé de toute responsabilité pour inexécution de l'obligation contractuelle, sauf celle qui naît de son dol ou de sa faute lourde.

Le débiteur peut, toutefois, stipuler qu'il sera exonéré de la responsabilité résultant du dol ou de la faute lourde commise par les personnes dont il se sert pour l'exécution de son obligation » ; alors qu'en droit Français, la faute lourde du préposé exclut la possibilité d'exonération [Cass. Civ. 05/01/1961, S. 1961-341] et le contractant est libéré lorsque l'inexécution est justifiée par une cause qui ne lui est pas imputable [Article 1147 du C.C.F.]

telle que le fait d'un tiers ou la force majeure [Article 1148 du C.C.F.] qui doit être irrésistible, imprévisible et extérieure, la notion de force majeure pouvant être assouplie contractuellement (304).

230 – Par conséquent, il revient à la loi du contrat de définir ce qu'est la faute contractuelle, c'est-à-dire dans quels cas doit-on considérer le débiteur comme inexécutant, c'est elle qui dit quelles sont les obligations incombant au débiteur, si elles ont ou non été exécutées, et précise leur nature, leur étendue, leurs modalités. Elle détermine, aussi, s'il y a ou non cas fortuit ou force majeure et le caractère que doit présenter la cause d'exonération.

231 – Cette solution a été consacrée par une décision de la Cour de Paris du 15/02/1933, Gaz. Pal. 1933-1-805, intervenue à propos d'un contrat dont la nature juridique : dépôt ou vente, n'était pas nettement établie, et conclu en Russie entre citoyens Russes. Le débiteur se trouvait dans l'impossibilité de restituer divers bijoux qui lui auraient été laissés à titre de dépôt, d'après le créancier, ou qu'il aurait conservés comme vendeur non encore payé et il invoquait pour sa libération les Décrets de confiscations des biens et métaux précieux édictés en Russie en 1919. La Cour de Paris a en l'espèce examiné le problème de la faute du débiteur et de la force majeure au regard des dispositions du droit Français, mais en relevant expressément que ces dispositions étaient en tous points identiques à celles édictées par la loi Russe, loi du contrat.

2

La mise en demeure.

232 – La mise en demeure est nécessaire pour établir le refus d'exécution, sauf dans le cas où il s'agit d'une obligation qui devait être nécessairement exécutée dans un temps que le débiteur a laissé passer [Article 1146 du Code Civil Français]. Elle conditionne une demande de réparation, l'article 179 du Code Civil Algérien dispose notamment : « Sauf disposition contraire, la réparation n'est due que si le débiteur est mis en demeure ».

(304)– Kahn, « Les contrats internationaux de longue durée », Clunet, 1975, p. 102 et p. 467.

Là encore, c'est la loi du contrat qui dira si une mise en demeure est ou non nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité contractuelle du débiteur [ou la résolution du contrat] et les conditions que doit remplir cette mise en demeure (305).

B

Dommmages-intérêts compensatoires et moratoires.

233 – Les clauses prévoyant des dommages-intérêts forfaitairement sont autorisées dans les contrats internationaux. Cependant, le code civil Algérien inspiré du droit musulman prévoit plutôt la réparation.

En effet, l'Article 183 du Code Civil dispose que : « les parties peuvent fixer d'avance le montant de la réparation, soit dans le contrat, soit dans un acte ultérieur ». La possibilité de réduction judiciaire du montant de la réparation si le créancier a par sa faute contribué à créer le préjudice ou à l'augmenter résulte de l'Article 177 du même code. Le droit Algérien consacre ainsi un pouvoir modérateur du juge qui peut fixer la réparation et la réaménager si elle a été fixée contractuellement (306). Même dans le cas de fixation contractuelle de la réparation, les dispositions des Articles 176 à 181 s'appliquent ; la réparation n'est pas due en cas d'impossibilité d'exécution non imputable au débiteur et la réduction judiciaire de la réparation peut être faite en cas de faute du créancier. La réparation conventionnelle n'est pas due si le débiteur établit que le créancier n'a point subi de préjudice. En outre, l'Article 185 du Code Civil prévoit que : « lorsque le préjudice dépasse le montant de la réparation, fixé par la convention, le créancier ne peut réclamer une somme supérieure à moins qu'il ne prouve le dol ou la faute lourde du débiteur ».

Le juge Algérien peut intervenir pour fixer la réparation en cas de non détermination de son montant par le contrat ou la loi. La réparation doit couvrir les pertes subies par le créancier et les gains dont il a été privé à condition que ce soit la suite normale de l'inexécution. La suite normale comprend le préjudice qu'il n'était pas raisonnablement au pouvoir du créancier d'éviter.

(305)– Batiffol – Lagarde, opcit, n0 494.

(306)– Berlioz, opcit, n° 298.

Mais s'il s'agit d'une obligation contractuelle, le débiteur qui n'a pas commis de dol ou de faute lourde n'est tenu que du préjudice qui a pu normalement être prévu au moment du contrat.

Le Code Civil Algérien inspiré du droit musulman ne vise pas des dommages et intérêts s'ajoutant aux intérêts ou des intérêts convenus, d'ailleurs la prohibition de la "rémunération" dans le prêt conclu entre particuliers est prévue dans l'Article 454.

Il ne tolère l'intérêt que dans les prêts consentis par les établissements de crédit (Article 456) et qui sont des contrats bancaires, dans le but d'encourager l'activité économique. Par conséquent, le juge réduit plutôt le montant de la réparation si le débiteur établit qu'il est excessif, mais il ne peut l'augmenter.

234 – Au demeurant, les dommages-intérêts compensatoires et moratoires ne peuvent être réglementés que par la loi qui définit la faute contractuelle et détermine l'étendue de l'obligation du débiteur (307). C'est encore la loi du contrat qui décide si le créancier peut ou non exiger l'exécution en nature. Mais cette exécution en nature n'est possible que si la loi du lieu d'exécution elle-même la prévoit (308). C'est elle aussi, en cas d'exécution par équivalent qui détermine les règles de fixation des dommages-intérêts et les éléments du préjudice à retenir [perte, gain manqué].

235 – Les décisions jurisprudentielles intervenues à propos de ces questions sont rares. Sont surtout retrouvées des décisions intervenues à propos de dommages-intérêts moratoires et ayant plutôt pris en considération la loi du for, loi du lieu de formation de la demande en dommages-intérêts [Cass. Req. 10/06/1857, Sirey 1859-1-751]. Cette solution s'explique par l'ancienne disposition de l'Article 1153 du Code Civil qui subordonnait les intérêts moratoires à une demande en justice. Mais la modification apportée par la loi du 7 Avril 1900 à l'Article 1154 du Code Civil et qui supprime désormais la nécessité d'une demande en justice ne justifie plus une quelconque exclusion de la loi du contrat.

(307)– V. Batiffol – Lagarde, *opcit*, p. 396.

(308)– J. Ph. Kahn, « L'exécution du contrat », *Jcp*. 1948-I-704.

236 – C’est, également, la loi du contrat bancaire “international” qui régit les règles concernant la capitalisation des intérêts sans que la notion d’ordre public puisse être ici invoquée pour faire échec à la loi étrangère qui autorise l’anatomie [Cass. Com. 20/10/1953, Bull. Civ. III, n° 310, p. 218].

237 – Les astreintes, cependant, ne peuvent être soumises à la loi du contrat, car elles constituent essentiellement un moyen procédural de procurer l’exécution en nature de l’obligation.

Elles se rattachent au pouvoir d’injonction qui appartient au juge, elles sont la sanction de l’ordre que le juge donne au plaideur d’exécuter sa sentence.

La doctrine semble en faveur de la soumission de l’astreinte à la loi du for (309).

C

Clauses relatives à la responsabilité du débiteur.

238 – Le principe selon lequel la loi du contrat gouverne les conséquences de l’inexécution s’est affirmé à propos de clauses d’irresponsabilité ou limitatives de responsabilité (310).

Il a été consacré pour la première fois par un Arrêt de la Chambre Civile du 23/02/1864, D. 1864-I-166, S. 1865-1-385, intervenu en matière de transport maritime et ayant attribué compétence à la loi du lieu de conclusion de façon impérative.

239 – La règle a été affirmée à propos de clauses d’irresponsabilité ou limitatives de responsabilité, contenues dans les contrats de transport terrestre, déclarées par la Cour de Cassation, non contraires à l’ordre public en France [ce qui implique que le contrat était régi par la loi étrangère, Cass. Civ. 31/03/1874, S. 1874-1-385].

(309)– Niboyet, opcit, n° 704.

(310)– Ibid, Niboyet, n° 1419.

240 – Le principe est ainsi rappelé en termes plus explicites par l'Arrêt de la Cour de Cassation Ch. Com. 07/07/1954, Bull. Civ. 111, n° 269, p. 189, intervenu à propos de transports maritimes : « attendu que les juges du fond n'ont fait qu'user de leur pouvoir souverain d'interpréter de manière à lui faire produire effet, et eu égard à la commune intention des parties, une clause obscure et ambiguë de la convention, en déclarant que les parties avaient voulu se soumettre aux règles de la loi Française concernant la limitation de la responsabilité du transporteur ».

241 – Mais les exigences de l'ordre public viennent, toutefois, limiter dans certains cas l'application de la loi étrangère normalement compétente : « il est certaines clauses que le droit Français n'accepte pas, par exemple, celle par laquelle le capitaine prétendrait se décharger de ses fautes personnelles [Cass. Civ. 12/06/1894, S. 1895-161] déclarant : « attendu que dans les principes de notre législation, la clause de non garantie d'avaries, insérée dans un contrat de transport n'est légale qu'en tant qu'elle a pour effet de mettre la preuve des fautes du transporteur ou de celles des agents placés sous ses ordres à la charge de ceux qui demandent la réparation du dommage ».

Paragraphe II

Résolution du contrat et exception d'inexécution.

A

Résolution du contrat.

242 – Dans le contrat synallagmatique, le droit du créancier de demander en cas d'inexécution par son cocontractant la résolution du contrat dépend de la loi qui régit ce contrat.

La résolution pour inexécution est prévue par l'Article 119 du Code Civil Algérien qui dispose que : « dans les contrats synallagmatiques, lorsqu'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut, après avoir mis le débiteur en demeure, réclamer l'exécution du contrat ou en demander la résolution avec réparation du préjudice, dans les cas, s'il y a lieu.

Le juge peut accorder un délai au débiteur suivant les circonstances. Il peut aussi rejeter la demande de résolution, lorsque le manquement à l'obligation ne présente que peu d'importance par rapport à l'ensemble de la prestation promise ».

Les stipulations contractuelles prévoyant la résolution de plein droit, en cas d'inexécution sans que le tribunal puisse empêcher ou retarder la rupture du contrat, sont permises par l'Article 120 (311).

Cette clause de résolution laisse subsister la nécessité d'une mise en demeure dont le délai à défaut de fixation par les parties contractantes est déterminé par l'usage.

En outre, l'Article 121 du Code Civil prévoit que : « dans les contrats synallagmatiques, si l'obligation est éteinte par suite d'impossibilité d'exécution, les obligations corrélatives sont, également, éteintes et le contrat est résolu de plein droit » et l'Article 12 ajoute : « lorsque le contrat est résolu, les parties sont restituées dans l'état où elles se trouvaient auparavant. Si cette restitution est impossible le tribunal peut allouer une réparation ».

Il est à remarquer selon l'Article 123, la clause résolutoire est exprimée comme étant implicite dans tout contrat alors qu'en droit Français la clause résolutoire doit faire l'objet d'une mention expresse dans le contrat [Cass. Civ. 17/05/1954, Gaz. Pal. 1954-2-82 et elle ne joue pas en cas de force majeure, Cass. Civ. 24/06/1971, Bull. III-287] (312).

243 – Par conséquent, le lien qui existe entre la force obligatoire et la résolution est trop étroit pour que l'on puisse dissocier l'une de l'autre. La résolution comme la responsabilité contractuelle constitue la sanction de la force obligatoire. Le système légal de la force obligatoire du contrat, assorti de ces deux sanctions qui en donnent la mesure : responsabilité contractuelle et résolution, forme un tout qui doit être soumis à une réglementation unique.

(311)– Berlioz, *opcit*, n° 402.

(312)– *Ibid*, Berlioz, n° 395.

Cette solution se trouve commandée par la notion même qui est à la base de la résolution dans les contrats synallagmatiques tels que les contrats bancaires. Si l'on admet que la résolution du contrat est le résultat d'une condition résolutoire tacite, il est naturel de penser que les parties ont voulu soumettre la résolution du contrat à la même loi que celle à laquelle elles soumettent l'exécution de ce contrat. Si l'on admet que le fondement de la résolution de contrats pour inexécution se trouve dans la notion de cause, "la loi du contrat" doit être tout aussi, naturellement, appelée à régir la résolution car cette loi est compétente pour régir la cause de l'obligation.

La loi du contrat sera compétente pour déterminer les conditions dans lesquelles la résolution pourra intervenir : résolution judiciaire, notamment, elle déterminera, également, les effets de la résolution une fois intervenue (313).

244 – C'est, d'ailleurs, en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation [Civ. 12/05/1930, S. 1931-1-129] à propos d'un contrat passé en 1919 entre deux sociétés l'une de statut Alsacien, l'autre de statut Français. L'action du créancier tendait tout à la fois à la résolution du contrat et à l'allocation des dommages-intérêts, cumul que permet la loi Française, mais qu'interdit la loi locale.

Le juge a fait droit à cette action en déclarant que la loi Française : loi du contrat, régir les effets de la convention.

245 – Aussi, lorsque l'un des contractants ne peut plus exécuter sa prestation, parce qu'il est empêché par cas fortuit et de force majeure, pour déterminer dans quelles conditions l'autre contractant se trouve libéré de son obligation, dans les contrats synallagmatiques n'ayant pas pour objet le transfert de la propriété d'un corps certain, il faut consulter comme en cas de résolution la loi du contrat (314).

(313)– Batiffol – Lagarde, opcit, n° 542.

(314)– Batiffol, opcit, n° 496.

B**Exception d'inexécution.**

246 – L'exception "non adimpleti-contractus" est prévue par l'Article 123 du Code Civil qui dispose : « dans les contrats synallagmatiques, si les obligations correspondantes sont exigibles, chacun des contractants peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Il s'agit d'un moyen de pression sur les débiteurs, mais la pression est exercée sans recours à une autorité étatique (315).

Le principe ainsi posé dans le Code Civil dépend de la loi du contrat car il s'agit d'effet du contrat qui laisse subsister le lien contractuel (316).

247 – Là aussi, il faut réserver l'application de la loi de la situation, lorsque l'exception non adimpleti-contractus se présente sous la forme du droit de rétention : le détenteur d'une chose appartenant à autrui est autorisé à la retenir jusqu'au paiement de la dette qui lui est dûe par le propriétaire de cette chose, le droit de rétention appartient au statut réel car il se rattache à la possession d'un corps certain (317).

248 – Il apparaît donc que la loi du contrat bancaire régit les effets de celui-ci, à titre de lex-contractus et que l'intrusion de la loi de police étrangère en application des principes retenus relativement aux lois monétaires est exceptionnelle.

(315)– Bencheneb, opcit, p. 118.

(316)– Niboyet, opcit, p. 295.

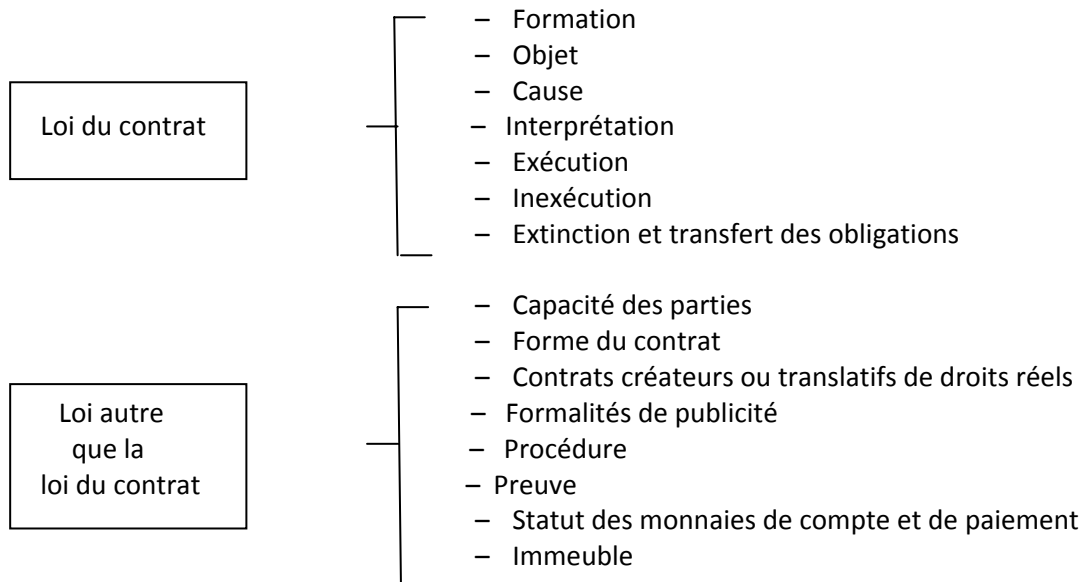
(317)– Douai, 11/02/1891, Gaz. Pal. 1892-I, p. 143.

Conclusion du Chapitre II.

249 – En résumé la loi du contrat bancaire international règle, principalement les difficultés suivantes : la formation, l’objet, la cause, l’interprétation, l’exécution et l’inexécution du contrat, ainsi que l’extinction et le transfert des obligations qu’il engendre (318).

Le principe selon lequel le contrat bancaire relève quant à sa formation et ses effets de la loi de la banque, loi du contrat (loi d’autonomie) reste affermi et gouverne la plupart des opérations bancaires internationales de nature contractuelle.

(318)– On peut dresser d’une façon très succincte le tableau suivant :



Conclusion du Sous/Titre II

250 – Certes, les facteurs qui agissent sur la formation des contrats bancaires exercent une influence sur leur exécution, mais ils contribuent aussi, à ce stade, légalement à leur conférer une physionomie très originale.

L'intervention d'impératifs socio-économiques dans le domaine contractuel n'a pas entamé le domaine de la loi du contrat bancaire (loi de la banque, loi d'autonomie).

Cette dernière régit les différents aspects des relations entre la banque et son client en tant que lex-contractus (319), sans pour autant s'étendre indistinctement à toutes les questions relatives à ce contrat, notamment à la création contractuelle des droits réels dépendant de la lex rei sitae. A l'évidence, la grande variété des opérations de banque et la diversité des situations juridiques qui naissent entre une banque et sa clientèle ne permettent pas l'adoption d'une loi unique : le choix d'une loi autre que la loi de la banque prédomine dans les contrats sur mesure d'euro-crédits, la loi de la banque est aussi éliminée ou son rôle est atténué dans les crédits par signature.

Conclusion du Titre I

251 – L'originalité des contrats bancaires est confirmée ; de leur conclusion à leur extinction, par delà leurs différences, ils sont, profondément, marqués par les conditions particulières de l'activité bancaire qui est fondée sur l'appréhension du risque inhérent à toute opération bancaire.

Le particularisme des contrats bancaires prend un relief plus marqué à raison de la position des banques dans l'économie et de l'ampleur de leurs opérations.

Les exceptions apportées à la compétence de la loi de la banque, loi du contrat n'atténuent pas pour autant la force de la règle dégagée, pas plus que les exceptions relevées en ce qui concerne la formation du contrat bancaire et si les exceptions prévues à propos de la capacité des contractants et de l'application de la règle "locus regit actum" restent encore discutées, elles ont un domaine limité.

(319)– J.P. Mattout, opcit, p. 161 et s.

C'est, également, l'originalité de la pratique bancaire qui explique l'importance des usages au sein des sources du droit bancaire qui a, progressivement, acquis ainsi des traits originaux résultant d'une part de la spécificité des opérations bancaires, et d'autre part, de sa liaison avec le droit public.

C'est enfin, cette double originalité qui milite en faveur de l'application de la loi de la banque, qu'il s'agisse des principes généraux de localisation des contrats ou de l'examen de la prestation caractéristique des contrats bancaires selon la Convention de Rome du 19 Juin 1980 que nous allons aborder au Titre II suivant.

Titre II

L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980

aux contrats bancaires internationaux en général.

252 – Après avoir traité des principes généraux de solutions de conflits de lois en matière bancaire (au Titre I), nous allons voir (dans ce Titre II) que ceux-ci n'excluent pas la compétence d'autres instruments du droit conventionnel dont l'objet est plus proche de la spécificité des opérations de banque. Il y a donc à côté d'un droit commun des règles venues du droit spécial. A cela s'ajoutent les dispositions du droit communautaire qui sont de plus en plus présentes dans ce domaine. Quelle que soit la diversité de ces sources et leurs caractères propres, il n'en demeure pas moins que les opérations internationales de banque qui sont des contrats relèvent du principe de la loi d'autonomie qui est, universellement, admis. On sait, cependant, que la loi d'autonomie, consacrée par l'Article 18 du Code Civil Algérien, obéit à une logique de localisation qui peut être objective ou subjective, laissant une place plus ou moins importante à la volonté des parties dans le choix de la loi. Ce dualisme a été consacré par la Convention de Rome du 19 Juin 1980 puisque les parties choisissent la loi applicable à leur contrat. A défaut du choix, plutôt que de se livrer à la recherche délicate d'une volonté non exprimée par les parties, les rédacteurs de la Convention ont opté pour une localisation objective et souple, fondée sur "le principe de proximité" qui vise à appliquer au contrat la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits. Afin qu'un excès de souplesse ne nuise pas à la prévisibilité des solutions, le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique.

253 – En principe ces dispositions de droit commun s'appliquent abstraction faite de la nature, des caractéristiques et des spécificités du contrat en cause.

Pourtant, en matière bancaire, il existe deux types de contrats qui posent chacun des problèmes différents et qui doivent donc être distingués.

Le premier-type concerne les contrats interbancaires qui sont, naturellement, fortement internationalisés.

Dans ce domaine, la loi d'autonomie joue un rôle capital qui permet à première vue d'assurer la prévisibilité des solutions. On verra, cependant, que l'application à ces contrats des principes de localisation objectifs de la Convention de Rome s'avère d'une redoutable complexité.

254 – La seconde catégorie vise les contrats bancaires réalisés avec la clientèle, notamment, le contrat bancaire transfrontalier conclu entre un établissement de crédit et un client d'un autre pays après la deuxième directive de coordination bancaire et le contrat bancaire international de prêt réalisé avec le client (consommateur) en particulier.

Dans ce cas, la loi d'autonomie joue un rôle plus modeste dans la mesure où les principes de rattachement désignent la loi de la banque dans la plupart des cas. Outre ce trait caractéristique, les opérations de clientèle de nature contractuelle sont encore marquées par l'impératif de la protection de la partie faible (notamment le consommateur : partie à un contrat bancaire de prêt à la consommation, ou partie à un contrat bancaire de dépôt) et par la remise en cause progressive du caractère territorial de l'activité professionnelle de la banque.

En effet, supposés par la loi, et souvent à juste titre, en position d'infériorité, les consommateurs bénéficient d'un mouvement législatif, tant en France, qu'en droit communautaire et à l'étranger, pour limiter le domaine de l'autonomie de la volonté dans leurs rapports avec les professionnels.

Si certains droits modernes connaissent en matière de compétence territoriale des tribunaux une limitation du choix des parties lorsqu'elles ne sont pas toutes commerçantes, aucune disposition particulière ne vient restreindre la liberté contractuelle en matière de choix de la loi applicable. Il est cependant évident que le choix d'une loi étrangère effectué pour priver le consommateur de la protection que lui raccorde sa loi serait écarté, s'il s'avérait malicieux.

Aussi faut-il rappeler que : applicable aux deux catégories de contrats bancaires précitées en France depuis le 19 Avril 1991, mais faisant l'objet d'un projet de transformation en instrument communautaire, la Convention de Rome sur la loi applicable

aux obligations contractuelles a remplacé l'essentiel du droit international privé existant en matière contractuelle dans les Etats contractants, et intervient désormais dans de nombreuses opérations bancaires internationales. A défaut d'harmonisation du droit substantiel applicable, cette convention offre l'avantage de déterminer de manière uniforme la loi applicable aux obligations contractuelles.

Elle s'applique même si la loi désignée n'est pas celle d'un Etat contractant. Elle ne s'applique dans un Etat contractant, qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur pour cet Etat, même si une tentative d'application anticipée a pu être notée.

Elle avait déjà profondément modifié le droit international privé de la République Fédérale d'Allemagne et influencé la nouvelle loi fédérale Suisse sur le droit international privé. Elle a été ratifiée par la France, l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, le Royaume-Uni, puis par les Pays-Bas et l'Irlande, et ensuite l'Espagne et le Portugal par la Convention de Funchal du 18 Mai 1992 qui a supprimé l'Article 27 de la Convention de Rome. L'Autriche, le Finlande et la Suède l'ont aussi ratifiée en Novembre 1996. Pour assurer son unité d'interprétation, celle-ci est soumise à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Un Livre Vert a lancé une consultation en Janvier 2003, qui s'est achevée en Septembre de la même année, visant à transformer la Convention en Règlement et à la modifier également (Rome I). Par ailleurs, un processus appelé Rome II, lancé en Juillet 2003, propose un projet de règlement sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles.

Il conviendra donc d'aborder : - l'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire transfrontalier avec un client d'un autre pays après la deuxième directive de coordination bancaire (**Chapitre I**) ;

- L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats interbancaires (**Chapitre II**) ;

- La coordination de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 avec d'autres règles de conflit (**Chapitre III**) ;

Enfin, l'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire de prêt international réalisé avec le client (consommateur de crédit) en particulier (sélectionné en raison des règles de conflit qui lui sont, en effet, applicables en particulier et se trouvent dans une période transitoire (**Chapitre IV**).

Ce plan est adopté en raison de l'étude en premier lieu des principes contenus dans la Convention de Rome selon lesquels peut être déterminée la loi applicable au contrat bancaire international.

Chapitre I

L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980

au contrat bancaire transfrontalier conclu avec un client d'un autre pays

après la deuxième directive de coordination bancaire.

255 – L'hypothèse prévue par la deuxième directive de coordination bancaire (**Section Préliminaire**) est celle d'un contrat conclu entre un établissement de crédit d'un pays et un client d'un autre pays. Un conflit apparaît entre deux ou plusieurs lois nationales qui semblent a priori s'appliquer. Les principes classiques de droit international privé (vus au Titre I) permettant de régler ce conflit sont largement repris par la Convention de Rome du 19 Juin 1980.

Section Préliminaire

La deuxième directive de coordination bancaire (320).

256 – Le 5 Décembre 1989 le Conseil des Communautés Européennes a adopté la directive visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit en exercice (321). Les Etats membres devaient au plus tard jusqu'au 1^{er} janvier 1993 se conformer à ce texte.

Le dispositif de cette nouvelle directive est clairement énoncé dans son premier article : « considérant que la présente directive peut constituer l'instrument essentiel pour l'utilisation du marché intérieur, décidée par l'acte unique européen et prononcée par le livre blanc de la Commission, sous le double aspect de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, dans le secteur des établissements de crédit ».

257 – Il s'agit de permettre à un établissement de crédit agréé dans l'un des douze Etats membres pour exercer une ou plusieurs activités figurant sur une liste annexée à la directive, d'exercer cette activité dans tout autre Etat membre, en y établissant une succursale (libre établissement) ou non (libre prestation de services). Pour que cette double liberté soit acceptable par tous les Etats membres, encore fallait-il être sûr de la qualité du contrôle exercé dans le pays d'origine lors de l'agrément donné à l'établissement de crédit considéré. Aussi, une harmonisation minimum des conditions jugées essentielles pour accéder à cette activité et l'exercer, était-elle nécessaire : la directive contient donc des dispositions fixant ce minimum. Cette harmonisation étant acquise, l'agrément donné ici vaudra là : c'est ce qu'on appelle l'agrément unique.

258 – On notera que dans les premières années de l'instauration du Marché commun, la Commission essayait de tout coordonner.

(320)– Blanche Sousi-Roubi, Contrats bancaires transfrontaliers après la deuxième directive de coordination bancaire, Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 20, Juillet/Août 1990, p. 155 et s.

(321)– Acté rédigé à partir d'une conférence prononcée à Paris devant l'Association Nationale des Juristes de banque, le 12 Décembre 1989. Directive 76/646/CEE, JOCE, L. 386 du 30 Décembre 1983, p. 1. Cette deuxième directive modifie la directive 77/780/CEE.

Devant l'ampleur et la difficulté de la tâche, une autre approche a été adoptée : on harmonise ce qui paraît essentiel à tous les Etats membres et on pose le principe d'une reconnaissance mutuelle de la réglementation de chaque Etat (322).

259 – Si l'agrément unique est une nouveauté introduite par la directive, il n'en est pas de même pour la double liberté d'établissement et de prestation de services. En effet, ces deux principes découlent du Traité lui-même comme la Cour de justice des Communautés Européennes a eu l'occasion de le rappeler dans des arrêts célèbres : pour le droit d'établissement (Article 52 du Traité), Arrêt Revners du 21 Juin 1974 (323) ; et pour la libre prestation de services (Articles 59 et 60 du Traité), Arrêt Van Binsbergen du 3 Décembre 1974 (324). La Cour a, cependant, admis dans les non moins célèbres Arrêts « Assurances » du 4 Décembre 1986 notamment Commission/R.F.A (325) que des limites peuvent être apportées à la libre prestation de services par le pays d'accueil si celles-ci sont justifiées par le souci de protéger l'intérêt général et si notamment, cet intérêt n'est pas déjà assuré par la législation du pays d'origine.

260 – Cela conduit à poser la question de la loi applicable : est-ce celle du pays d'accueil ou celle du pays d'origine ? Ce problème a soulevé quelques hésitations lors de la préparation de la directive. En effet, admettre le principe de la reconnaissance mutuelle avait pour corollaire d'admettre l'application par le pays d'origine de son propre contrôle (c'est ce qu'on appelle le « home country control »). Ceci ne fut pas de nature à inquiéter quiconque. Mais, dans les milieux bancaires, certains se sont beaucoup interrogés lorsque fut introduit dans la proposition de deuxième directive de coordination bancaire, telle que présentée au Conseil le 23 Février 1988 (326), un 14^e considérant ainsi rédigé :

« Considérant que les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées suivant les techniques financières en usage dans l'Etat membre d'origine, pour autant qu'elles ne

(322)– P. Clarotti, La Démarche de la Commission, Banque et Droit, 1988, p. 7.

(323)– Rec. 1974, p. 631.

(324)– Id Rec., p. 1299.

(325)– Rec. 1986, p. 3755.

(326)– 88/C 84/01, JOCE, du 31 Mars 1988.

soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt public en vigueur dans l'Etat membre d'accueil ».

261 – L'emploi de l'expression « techniques financières » a fait naître une crainte sinon un petit vent de panique : dans chaque pays, les législations des onze autres Etats membres ne risquaient-elles pas d'être applicables ? Poser cette question, c'était oublier que cela est déjà le cas (et pour davantage de législations encore !) depuis que les principes de règlement des conflits de lois existent en matière de droit international privé (327). On sait que les parties à un contrat peuvent choisir la loi qui régira ce contrat et (sauf fraude) le juge devra en tenir compte (328). Une autre crainte a été ressentie : la législation française protectrice des consommateurs allait-elle être exclue de certains contrats bancaires signés par des banques étrangères avec des consommateurs français ? Soulever une telle question, c'était oublier les principes du droit international privé et de la Convention de Rome, et ceux dégagés en droit communautaire (notamment en matière de loi d'intérêt général).

262 – Devant ces craintes injustifiées mais tenaces, l'expression « techniques financières » a été supprimée dans la rédaction de la directive. Désormais, le texte est de nature à calmer les esprits. Il ne modifie rien aux solutions actuelles et ceci aussi bien en cas de conflit de lois, c'est-à-dire pour déterminer la loi applicable, qu'en cas de conflit entre la loi applicable ainsi déterminée et les principes communautaires, car dans cette hypothèse le conflit n'est qu'apparent, la loi applicable et le droit communautaire étant compatibles.

Section I

Les principes contenus dans la Convention de Rome du 19 Juin 1980.

263 – La convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles se situe dans le prolongement de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale.

(327)– Sur l'application de la loi étrangère par le juge français, Voir not. Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la 1^{ère} Chambre Civile des 11 et 18 Octobre 1988), Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1989, 237.

(328)– Voir par ex. P. Mayer, Droit international privé, Ed. Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2^o Ed., 1987, spéc. P. 433 et s.

Cette dernière convention règle, en effet, notamment, la compétence directe en matière contractuelle et donne au demandeur, en règle générale, la possibilité de choisir entre le for de l'Etat du domicile du défendeur et celui du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (Article 5, 1°). D'autres options sont prévues pour certains types de contrat.

264 – On a vite pris conscience que, vu la diversité du droit international privé des contrats dans les Etats parties à la Communauté Economique Européenne, ces options de for se transformaient très vite en options de législation et encourageaient le “forum shopping”. Par conséquent, il a paru opportun d'essayer d'uniformiser, autant que faire se pouvait, les règles de conflit de lois en matière de contrat.

La Convention, alors ouverte à la signature à Rome le 18 Juin 1980 (329) a été signée le même jour par les plénipotentiaires de sept Etats membres (Belgique, RFA, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas) et ratifiée (330) par la France, l'Italie, le Danemark, le Luxembourg, la Belgique et la RFA pour son application (Article 29).

(329)– JOCE, n° L. 266 du 9 Octobre 1980.

(330)– Voir le commentaire de cette convention, effectué sous la forme d'un rapport au Conseil par les professeurs Giulano et Lagarde, JOCE n° C. 282 du 31 Octobre 1980.

Paragraphe I

Champ d'application de la Convention de Rome.

265 – Il découle de l'Article 1^{er} (331) que les contrats bancaires entrent dans les prévisions de la Convention de Rome ; celle-ci pose des règles concernant la loi applicable.

A

Règles uniformes concernant la loi applicable.

266 – Parmi ces règles édictées par la Convention de Rome, on retiendra :

La liberté de choix laissée aux parties (Article 3).

La loi applicable au contrat est celle choisie par les parties ; « ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions de la cause » (Article 3).

A défaut de choix, l'application de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (Article 4).

(331)– L'Article 1^{er} de la Convention de Rome est ainsi rédigé :

1. Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.
2. Elles ne s'appliquent pas :
 - a. à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'Article 11 ;
 - b. aux obligations contractuelles concernant :
 - o les testaments et successions,
 - o les régimes matrimoniaux,
 - o les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes.
 - c. aux obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable,
 - d. aux conventions d'arbitrage et d'élection de for,
 - e. aux questions relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales....
 - f. à la question relevant du droit des sociétés, associations et personnes morales....
 - g. à la constitution de trusts....
 - h. à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'Article 14.
3. Les dispositions de la présente convention ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des Etats membres de la Communauté Economique Européenne. Pour déterminer si un risque est situé dans ces territoires, le juge applique sa loi interne.
4. Le paragraphe précédent ne concerne pas les contrats de réassurance ».

Pour déterminer le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, l'Article 4.2 pose la présomption que c'est le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, lors de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, son administration centrale ou son établissement.

Par exemple, ce pays serait la France pour une prestation consentie par un établissement de crédit étranger établi en France ; ce serait le pays d'origine pour une prestation consentie par un établissement de crédit étranger offrant ses services en France sans y être établi.

Cette présomption est, cependant, simple : « elle est écartée lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » (Article 4.5).

B

L'application de la loi du pays du consommateur (Article 5).

267 – La Convention prévoit des règles particulières applicables aux « contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture ».

Le principe est que la loi choisie par les parties ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assure la loi de son pays dans trois cas dont deux intéressent le contrat bancaire :

- la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition, spécialement, faite ou d'une publicité, et le consommateur a accompli dans son pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat.
 - ou
 - le cocontractant (le banquier) ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans le pays de celui-ci.
-

268 – Dans ces hypothèses, c’est la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle qui s’appliquera, sauf si les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays (Article 5.4.b).

Paragraphe II

La priorité du droit communautaire.

269 – L’Article 20 de la Convention de Rome prévoit que ladite Convention ne préjuge pas de l’application des dispositions qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés Européennes ou dans les législations harmonisées en exécution de ces actes.

Ainsi, donc, s’il devait y avoir un conflit entre la loi applicable d’une part et le droit communautaire d’autre part, primauté est expressément donnée au droit communautaire.

Cependant et en tout cas en matière de contrat bancaire, il semble qu’il n’y ait pas de risque de conflit car loi applicable et principes du droit communautaire sont généralement compatibles.

Section II

La compatibilité de la loi applicable et du droit communautaire.

270 – La Convention de Rome donne, donc, primauté au droit communautaire, mais parfois, c’est le droit communautaire lui-même qui admet la primauté d’une loi d’un Etat membre. Il en est ainsi pour le principe de la reconnaissance mutuelle contenu dans la deuxième directive bancaire : en effet, il est expressément prévu que ce principe cède devant une loi nationale d’intérêt général.

Paragraphe I

La reconnaissance mutuelle de la loi du pays d’origine.

271 – Le contenu du principe ne remet pas en cause les règles, rappelées plus haut, et concernant la détermination de la loi applicable.

A

Contenu du principe.

272 – Chaque Etat membre reconnaît la réglementation des autres et renonce donc à exiger l'application de sa propre réglementation à tout établissement de crédit déjà agréé par un autre Etat membre. L'établissement de crédit agréé peut établir partout une succursale ou offrir partout ses services pour l'activité pour laquelle il a été agréé. Ce principe de reconnaissance mutuelle concerne les conditions d'accès à l'activité bancaire.

Concerne-t-il aussi les conditions d'exercice ? A lire le considérant suivant, on peut le penser :

« Considérant que les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'Etat membre d'origine... »

Contrairement, à ce que l'on pourrait croire, cela ne constitue aucun bouleversement juridique. Le principe de la reconnaissance mutuelle et de l'agrément unique ne comporte aucune contradiction avec les règles classiques concernant les contrats internationaux.

B

Principe non contradictoire avec les règles de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux.

273 – Grâce à la reconnaissance mutuelle, un établissement de crédit agréé dans un Etat membre peut exercer son activité dans les onze autres Etats membres de la même manière que dans son pays d'origine.

Il lui est, donc, possible de prévoir dans un contrat conclu avec un client l'application de la loi de son pays d'origine. Ainsi en France, on pourra voir appliquer n'importe quelle loi des onze autres Etats membres si cela a été prévu dans le contrat. Il n'y a rien là de nouveau : c'est le principe de la loi d'autonomie dégagée en droit international privé et repris par la Convention de Rome.

274 – Que décider si les parties n'ont rien prévu ? Il conviendra simplement d'appliquer les principes du droit international privé et de la Convention de Rome : rien dans la deuxième directive de coordination bancaire n'y fait obstacle.

Faut-il pousser jusqu'au bout le raisonnement ? Le juge national peut-il faire application des lois dites d'application immédiate conformément aux principes du droit international privé et de la Convention de Rome même si cela devait aller à l'encontre du principe de la reconnaissance mutuelle ? La réponse est encore affirmative dans la mesure où, de toute façon, une telle solution n'irait pas à l'encontre de la deuxième directive de coordination bancaire, ni des principes communautaires. En effet, le droit communautaire, en général, et la deuxième directive bancaire, en particulier, reconnaissent la primauté de la loi d'intérêt général du pays d'accueil.

Paragraphe II

L'application de la loi d'intérêt général du pays d'accueil.

275 – La directive énonce le principe mais ne définit pas la notion d'intérêt général.

A

Le principe.

276 – Il est posé dans la fin du considérant déjà cité :

« Considérant que les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'Etat membre d'origine, pour autant qu'elles ne soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'Etat membre d'accueil ».

La notion d'intérêt général justifie, donc, l'application de la loi du pays d'accueil.

L'affirmation est reprise aux Articles 19-4 et 21-5. Ce dernier texte énonce :

277 – « Les dispositions précédentes n’affectent pas le pouvoir des Etats membres d’accueil de prendre les mesures appropriées pour prévenir ou réprimer sur leur territoire les actes contraires aux dispositions légales arrêtées pour des raisons d’intérêt général. Ceci comporte la possibilité d’empêcher un établissement de crédit de commencer de nouvelles opérations sur le territoire ».

B

La notion d’intérêt général.

278 – Elle n’est pas précisée par la directive et il faut s’en réjouir : en effet, toute définition aurait le double inconvénient d’être inutile et rigide.

279 – Inutile puisque c’est la Cour de Justice des Communautés Européennes qui sera amenée à dégager cette notion, comme elle l’a déjà fait. Rigide, car toute définition légale empêcherait une évolution de la jurisprudence de la cour au fil de l’évolution des esprits.

280 – Seront, certainement, d’intérêt général, les lois de police ou les lois fiscales ; le seront, aussi, peut-être, les lois de protection des consommateurs. La Cour a retenu ce critère pour justifier une restriction à la libre circulation des produits dans le fameux arrêt dit « Cassis de Dijon » (332). De même, elle a admis que « la protection du consommateur en tant que preneur d’assurance pouvait justifier une restriction, à la libre prestation de services (333). On peut penser que la protection du consommateur comme preneur de crédit, pourra être invoquée pour justifier l’application d’une loi du pays d’accueil à tous les établissements de crédit établis ou offrant leurs services dans ce pays. Encore faudra-t-il que les autres conditions posées par la Cour soient réunies (notamment, le principe de proportionnalité de la mesure et l’absence d’une protection comparable dans la législation du pays d’origine). Tout ceci ramène aux principes généraux dégagés par la Cour de Justice sur la base du Traité bien avant l’adoption du principe de la reconnaissance mutuelle en matière d’agrément bancaire.

(332)– Aff. Rewe du 20 Février 1979, 120/78, Rec. P. 649.

(333)– Arrêt « Assurances », Commission/R.F, préc.

Conclusion du Chapitre I.

281 – La deuxième directive de coordination bancaire ne modifie rien juridiquement en ce domaine, aux principes communautaires qui eux-mêmes ne sont pas en contradiction avec les principes du droit international privé classique ou la Convention de Rome. En revanche, sans doute aura-t-elle pour effet de multiplier les hypothèses où la question de la loi applicable sera posée. Il faut attendre que la Cour de Justice, compétente pour veiller à l'application du droit communautaire mais également pour interpréter la Convention de Rome (334) soit amenée à forger une jurisprudence. C'est son rôle. Il est heureux qu'à l'occasion de cette directive, on ne le lui ait pas confisqué (335).

(334)– Protocoles 89/128 et 89/129 des 19 Décembre 1988, JOCE, n° L. 48 du 20 Février 1989, p. 1 et 17, Rev. Crit. Dr. Int. Privé 1989, 4

(335)– Voir La proposition de 2° directive de coordination bancaire, Revue Banque, 1988, p. 1, spéc. p. 160 et s.

Chapitre II

L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats interbancaires.

282 – L'examen de l'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats interbancaires portera uniquement sur la détermination de la lex causae de ces contrats (336).

283 – Avant d'aborder ce sujet, il est peut être utile de faire une remarque préliminaire qui expliquera mieux notre opinion sur les problèmes spécifiques dont nous traiterons par la suite.

Dans un ouvrage paru il y a quelques années (*operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, Milan, Giuffré, 1984) dans lequel Luca G. Radicati Di Brozolo avait étudié l'application de la Convention de Rome aux contrats bancaires en général, il était arrivé à la conclusion que les règles de conflit de cette convention permettent dans la plupart des cas de parvenir à des solutions satisfaisantes, voire même le plus souvent à la solution la plus satisfaisante. Et cela à une époque – c'était peu après la signature de la convention – où prédominait une tendance à critiquer la convention pour les raisons les plus diverses, et en particulier pour sa prétendue rigidité ou, au contraire pour un manque de prévision. Son opinion favorable – certains diraient, peut être optimiste ou ingénue – était certes influencée par le fait que à cette occasion il examinait parallèlement "le droit international privé communautaire des contrats". La comparaison entre les deux systèmes était écrasante dans ce sens que le système Italien de l'époque, basé sur l'Article 25, premier Alinéa, des *disposizioni preliminari* du Code Civil, se révélait tout à fait inadapté pour régler de manière satisfaisante les problèmes de conflits que posent, aujourd'hui, les contrats bancaires.

Son attitude favorable à l'égard de la convention était, sans doute, quelque peu influencée également par le fait qu'il s'occupait de contrats bancaires. En effet, à son sens, la Convention de Rome du 19 Juin 1980 donne des résultats particulièrement bons s'agissant de ces contrats, tandis que pour certains autres types de contrats les règles de conflit de la

(336)– Luca G. Radicati Di Brozolo, in Conférence de l'Association Européenne de Droit Bancaire et Financier des 5 et 6 Décembre 1991 à Paris sur l'application aux opérations bancaires de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, Banque et Droit, Hors Série, Juillet-Août, 1993, n° 30, p. 33 et s.

convention, ne permettent pas toujours de parvenir à un résultat aussi satisfaisant, et avec la même facilité et certitude.

284 – A notre avis le mérite principal de la Convention de Rome dans le domaine des contrats bancaires réside dans le fait qu'elle permet quasiment de dégager une règle de conflit spéciale pour ces contrats (le même résultat n'est peut être pas aussi facile à atteindre pour tous les autres types de contrats). En effet, nous sommes convaincus que l'Article 4 précité conduit le plus souvent à rendre applicable aux contrats bancaires la loi de la banque, qui est non seulement la loi de la présomption de la prestation caractéristique, mais aussi la loi de la "closest connection". En fin de compte, ce résultat est à notre sens le meilleur, ne fût-ce que parce qu'il donne une grande sécurité aux transactions. Bien que certains contesteront que ce résultat soit, toujours, le meilleur, la loi ainsi désignée ne leur paraissant pas, nécessairement, dans chaque situation la plus adaptée à régir le rapport. Nous avons l'impression que la recherche de la loi la plus adaptée est une chimère, et surtout une chimère très subjective comme le démontre la variété des thèses qui sont soutenues sur ce point. Pour cette raison notre conclusion est que, en moyenne, le résultat auquel, conduit la Convention – et nous ne référons ici évidemment qu'aux contrats bancaires – est le meilleur. Du moins, nous croyons qu'il n'y a pas de solution alternative sur la bonté de laquelle il serait possible de trouver l'unanimité, ou même seulement un accord plus large.

285 – Cela dit, les contrats pour lesquels nous sommes appelés à examiner la manière dont ils sont réglés par la Convention – à savoir les contrats interbancaires – sont précisément ceux, parmi les contrats bancaires, qui donnent lieu aux plus grands problèmes et à propos desquels il est le plus facile de formuler des critiques à l'endroit de la Convention.

Section I

Les rapports interbancaires qui ressemblent aux rapports avec les clients non bancaires.

286 – Parmi les rapports interbancaires, on considère souvent qu’il est possible de distinguer deux catégories. Nous ne nous occuperons pas ici des opérations syndiquées qui pourraient certainement être considérées comme une troisième catégorie parce qu’elles comportent, également, des rapports interbancaires. Ces rapports sont, normalement, régis par la même loi qui régit le rapport entre les banques et le client (ce qui leur rend applicables les considérations générales sur les contrats bancaires avec la clientèle ordinaire). En plus, ces contrats prévoient presque, toujours, un choix de la loi applicable, ce qui évidemment simplifie grandement les problèmes de droit international privé.

287 – Pour revenir donc aux contrats interbancaires “purs”, on peut identifier d’un côté une série de types de contrat bancaire ne se différenciant pas de manière marquée des contrats conclus par les banques avec leur clientèle non bancaire. Et cela tant du point de vue de la nature juridique de l’opération que de celui de la structure et des rapports de fait entre parties. C’est le cas, notamment, lorsqu’une banque accorde à une autre banque une ligne de crédit, réescompte des titres, donne une garantie à une autre banque, accepte d’administrer ou de garder un portefeuille de titres ou vend des titres pour le compte d’une autre banque, et parfois même lorsqu’elle accepte un dépôt (mais nous reviendrons sur les dépôts interbancaires par la suite).

288 – Dans ces opérations, la banque qui veut obtenir le service (c’est-à-dire obtenir le prêt, faire émettre la garantie, déposer ses titres et ainsi de suite) se place vis-à-vis de l’autre banque essentiellement dans la position d’un client. Les conditions dans lesquelles se déroule l’opération sont en grande partie les mêmes, encore que les formalités puissent être réduites. On peut donc dire que dans ces cas seule l’une des banques agit véritablement et typiquement comme une banque. La situation n’est au fond pas différente lorsque l’une des banques agit pour le compte d’un client non bancaire ; ainsi, notamment, lorsqu’une banque demande à une autre banque de transférer des fonds, d’encaisser des documents, d’émettre une garantie.

Ici, également, bien qu'elle le fasse pour le compte d'un tiers, la banque qui demande le service se place vis-à-vis de l'autre banque essentiellement dans la position d'un client.

289 – La similarité entre cette première catégorie d'opérations interbancaires et les opérations bancaires "normales", à savoir les opérations effectuées avec les clients non bancaires, nous conduit à penser que la solution du problème de la loi applicable doit être la même que pour ces opérations.

290 – Par conséquent, on peut se référer à cet égard aux conclusions valables, en général, pour les opérations entre banques et sujets non bancaires. Ainsi l'on devrait normalement parvenir à la conclusion que les opérations en question sont régies par la loi de celle des deux banques qui agit "comme banque", et ce pour les raisons que nous allons expliquer brièvement.

291 – Avant tout, en cas d'existence d'une clause sur le droit applicable – ce qui arrive de plus en plus souvent en présence d'un contrat écrit ou de l'emploi de conditions générales -, il est fort probable que celle-ci désigne le droit de la banque qui agit comme banque. Ce cas est, évidemment, très simple (même si quelque complication peut se présenter si les deux banques utilisent des conditions générales), et l'on pourra donc aussi par la suite se passer d'examiner les cas où il y a un choix de la loi applicable.

292 – En l'absence d'une élection du droit applicable, il sera à notre avis assez souvent possible de conclure qu'il y a eu au moins soit un choix tacite, soit une "adhésion psychologique" à la loi de la banque qui "agit comme banque". Par adhésion psychologique, nous entendons l'attitude des parties qui, bien que ne s'étant pas consciemment mises d'accord au sujet de la loi applicable (car si elles avaient réfléchi au problème elles auraient probablement prévu l'application d'une loi déterminée), partent néanmoins toutes les deux de l'idée qu'une certaine loi est applicable à leur contrat. Vu les rapports entre la loi de la banque – et dans notre cas de la banque qui agit comme banque – et les opérations en question, dans de nombreux cas il est fort vraisemblablement qu'il y ait une adhésion psychologique à cette loi.

293 – La loi de la banque qui agit comme banque serait de même, normalement, applicable aux opérations pour lesquelles il n’y a pas eu de choix tacite et pour lesquelles il est impossible de discerner une adhésion psychologique. Le fait que les opérations en question ne soient pas en définitive différentes des opérations bancaires conclues avec la clientèle ordinaire conduit à dire que la règle de conflit pour la détermination de la loi applicable en l’absence de choix – à savoir l’Article 4 de la Convention de Rome – fonctionnera de la même manière pour elles. En effet, ces opérations étant les mêmes que les opérations bancaires normales, on peut conclure presque aussi aisément qu’il est possible d’en déterminer la prestation caractéristique. De ce que nous venons de dire, il apparaît désormais évident que la prestation caractéristique est celle de la banque qui fournit la prestation typiquement bancaire et non pas celle de la banque qui se présente seulement comme cliente. On pourra dire – en employant la terminologie de la doctrine allemande – qu’il s’agit en ce cas de la *Vertrags-typische Leistung* et non pas aussi de la *Berufstypische Leistung*, c’est-à-dire de la prestation qui est caractéristique d’un type contractuel même abstraction faite du fait que l’une des parties agit dans le cadre de son activité professionnelle. La loi du pays de la banque est donc la loi désignée par la présomption du Paragraphe 2 de l’Article 4 de la Convention.

294 – Il s’agit, donc, d’établir si la loi de la banque est, également, la loi de la “closest connection”. C’est là une question à laquelle en principe il serait impossible de répondre dans l’abstrait, parce que le lien le plus étroit devrait varier en fonction des éléments spécifiques de chaque rapport. Nous avons, néanmoins, soutenu précédemment que les opérations bancaires avec la clientèle ordinaire présentent, dans la plupart des cas, le lien le plus étroit avec la loi de la banque ; du moins, il ne devrait, normalement, pas y avoir de loi présentant avec l’opération de lien nettement plus étroit, ce qui par effet du Paragraphe 5 de l’Article 4 devrait rendre applicable la loi de la présomption.

295 – La même conclusion devrait valoir, également, pour les contrats interbancaires dont il est question ici.

Nous arriverons même à dire que pour ces contrats, comme pour les contrats bancaires avec la clientèle ordinaire, il ne serait pas inopportun que les juges adoptent une attitude prudente quant à l'application du Paragraphe 5 de l'Article 4. En d'autres termes, les juges ne devraient pas accepter de considérer le contrat comme étant plus étroitement lié avec une loi autre que celle de la prestation caractéristique que dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire quand cette loi est tellement éloignée du contrat que les parties ne peuvent pas raisonnablement s'attendre à son application. Ce résultat permettrait en substance de dégager une règle de conflit ad hoc pour les contrats bancaires (y compris la première catégorie de contrats interbancaires dont il est question ici), ce qui favoriserait la prévisibilité des solutions et serait donc dans l'intérêt des parties. Comme nous le dirons en conclusion, nous ne croyons pas qu'ici la prévisibilité s'obtienne au prix d'une solution moins satisfaisante du point de vue de l'aptitude de la loi applicable ainsi déterminée à régir le contrat, comme c'était le cas avec la vieille règle de conflit italienne (qui d'ailleurs ne permettait qu'une prévisibilité bien relative).

296 – Pour terminer sur ce point, nous ajouterons une remarque à propos des rapports interbancaires qui s'insèrent dans une opération bancaire complexe constituée d'une pluralité de rapports (telle que l'ouverture d'un crédit documentaire). D'une part, la Convention de Rome ne précise pas la manière de traiter les rapports liés, et d'autre part elle pourrait permettre de faire régir une chaîne de contrats par la même *lex causae*. En effet, il serait parfois possible de soutenir que, pour certains des contrats de la chaîne, la loi du lien le plus étroit est celle qui régirait un autre contrat de l'opération complexe, et non pas celle du fournisseur de la prestation caractéristique du contrat pris, indépendamment, des autres maillons de la chaîne. Bien que sur ce point aussi il existe des opinions divergentes (qui ont été reprises dans un arrêt récent : App. Versailles, 6 Février 1991, Rev. Critique, 1991, 745, note Lagarde), notre conviction est que, au moins comme règle générale, cette solution n'est pas du tout la meilleure : notamment, parce que les parties à un des contrats ne savent pas, nécessairement, quelle est la loi applicable aux autres contrats dont, d'ailleurs, ils peuvent même ne pas connaître l'existence ; parce qu'il n'est pas, toujours, évident de savoir lequel parmi les contrats de la chaîne, est le "plus important", c'est-à-dire

celui dont la *lex causae* serait celle devant régir tous les autres contrats ; et parce que, surtout dans les opérations réellement complexes, la loi réglant le contrat “principal” peut être très éloignée de certains des contrats composant l’opération.

Notre opinion à ce sujet est donc que, même pour les contrats interbancaires liés à d’autres contrats – que ce soit d’autres contrats interbancaires ou des contrats avec des clients – la loi de la “closest connection” rendue applicable par l’Article 4 de la Convention à chaque contrat sera celle de la présomption du Paragraphe 2, c’est-à-dire celle de la banque qui agit “comme banque” et qui fournit, partant la prestation caractéristique du contrat en question .

297 – Comme toute règle souffre des exceptions, on peut, probablement, en imaginer ici aussi. Ainsi, notamment, pour le virement, une opération qui se fait à travers un système de chambres de compensation et se compose d’un très grand nombre de rapports, et dans le contexte de laquelle il sera, souvent, difficile d’établir à quel point est survenu le problème nécessitant une solution et donc l’identification de la loi applicable. Dans un cas pareil il peut sembler raisonnable de prendre l’opération dans son ensemble et de la soumettre à une loi unique. La Convention de Rome est, évidemment, assez flexible pour permettre ce résultat (à notre avis dans le cas d’espèce la loi de la “closest connection” serait celle du pays de la chambre de compensation). Il s’agit, toutefois, d’une situation exceptionnelle, et donc d’une exception – à interpréter strictement – à la règle selon laquelle chaque contrat constituant l’opération complexe doit être considéré séparément pour la détermination de sa *lex causae*.

Section II

Les rapports interbancaires pour lesquels il est difficile de déterminer la prestation caractéristique.

298 – Le raisonnement qui vient d’être développé pour cette première catégorie d’opérations n’est pas applicable à tous les contrats interbancaires.

Il existe, en effet, plusieurs sortes d'opérations dans lesquelles, à la différence de celles que l'on vient d'examiner, il est difficile, voire même impossible, d'établir laquelle des banques "agit comme banque", et cela parce que les deux banques effectuent une prestation typiquement bancaire. Il est donc quasiment impossible de dire que l'une d'elles se place vis-à-vis de l'autre dans la position d'un client. C'est le cas, par exemple, du compte courant interbancaire et des rapports de correspondance, de certaines sortes de dépôt, des swaps, des opérations en devises.

299 – De cette différence découle en premier lieu qu'il sera, normalement, plus difficile de discerner une volonté tacite ou une adhésion psychologique en ce qui concerne l'application de la loi de l'une des deux banques, ou d'une loi tierce. Mais il en découle surtout la difficulté de déterminer la prestation caractéristique, et donc de faire jouer la présomption de l'Article 4, Paragraphe 2.

300 – Il est vrai que dans certaines situations cette prestation reste, néanmoins, identifiable. Prenons l'exemple du dépôt : il est parfois, immédiatement, apparent qu'il s'agit effectivement d'un dépôt ou, inversement, qu'il s'agit en réalité d'une forme de prêt (les banques se prêtent, souvent, des fonds sous forme de dépôt). De même, pour les swaps, qui parfois ne sont en réalité rien d'autre que des prêts garantis. Dans ces cas, toutefois, on retombe évidemment dans la situation examinée plus haut, puisqu'il apparaît qu'en réalité c'est, seulement, l'une des banques qui fournit une prestation typiquement bancaire, et que c'est donc sa loi qui doit régir l'opération en vertu de l'Article 4 de la Convention.

301 – Le plus souvent il restera, toutefois, impossible d'arriver à une telle conclusion. Non seulement il ne sera pas facile d'identifier la loi sur la base de laquelle il s'agit de procéder à la qualification ; de plus, même si cela était possible, la plupart des lois ne seraient pas à même de fournir une réponse. A supposer même – comme nous le croyons – que pour identifier la prestation caractéristique il ne soit pas nécessaire de faire recours à des critères juridiques, une réponse claire ne sera, souvent, pas fournie même par les éléments de fait (le taux d'intérêt, les conditions, les garanties, etc...).

Dans ces cas, on se retrouve dans la situation visée par la première partie du dernier Paragraphe de l'Article 4 et il sera par conséquent nécessaire de procéder à la recherche de la loi de la "closest connection" par les moyens traditionnels. Et cela – il faut bien le noter – ne sera, normalement, pas du tout facile. Quels seront donc les éléments de rattachement à prendre en considération ? La préférence pourrait, souvent, aller au lieu d'exécution, mais ce rattachement est évidemment inutilisable lorsqu'il y en a plus d'un, ce qui n'est pas exceptionnel, ou si ce lieu doit être déterminé en vertu de critères juridiques.

302 – Il n'est pas aisé de trouver d'autres facteurs de rattachement qui, d'une manière générale, puissent amener à un résultat qui serait considéré comme satisfaisant par tout le monde. Certes, dans les cas concrets – surtout s'il y a une convergence de facteurs de rattachement qui indiquent une même loi – on devrait parfois pouvoir établir que l'opération présente un lien, particulièrement, étroit avec une certaine loi, ou au moins un lien (un peu) plus étroit avec une certaine loi qu'avec les autres. Nous croyons, toutefois, que cela ne sera pas la règle. Au demeurant, nous avons l'impression que l'on ne sera à même d'arriver à ce résultat qu'après une étude assez approfondie de la situation qui pourra, normalement, être réalisée seulement par un expert dont les conclusions demeureront toujours en partie discutables. En outre cette étude sera par la force des choses faite a posteriori. Tout cela donne donc lieu à une incertitude considérable qui ne peut, certainement, plaire aux banquiers. Et cela d'autant plus que la difficulté d'identifier la loi applicable peut se répercuter sur la détermination de la juridiction compétente, lorsque par exemple il s'agit de se baser sur le lieu d'exécution pour l'application de la Convention de Bruxelles.

303 – La situation pourrait être plus simple pour les opérations desquelles on peut dire qu'elles se déroulent sur un marché, par exemple, certaines opérations d'euro-dépôt, de swap, de future, d'option et les opérations en devises. Beaucoup de ces opérations se concentrent sur des places financières particulières où elles se fondent sur des règles et des usages universellement respectés dans le milieu. Ces règles sont respectées même lorsque les parties intervenant à l'opération n'ont pas leur siège dans le pays où ce marché peut être considéré se localiser.

Nous n'entrerons pas, surtout ici, dans la patrie de la "lex mercatoria", dans la querelle sur l'applicabilité directe de ces règles, c'est-à-dire sur leur applicabilité indépendamment d'un renvoi par un système juridique. Nous nous bornerons à dire qu'à notre avis, il sera souvent soutenable que ces opérations présentent un lien avec le pays du "siège" du "marché" en question, et que par conséquent, la loi de ce pays pourrait être considérée comme celle de la "closest connection". C'est donc cette loi qui serait applicable sur la base de l'Article 4 de la Convention. Cette solution serait, donc, la même que celle parfois proposée pour les opérations de bourse.

304 – Sans doute, existe-t-il encore des opérations pour lesquelles la loi de la "closest connection" est impossible à identifier. Dans ces cas, il nous est difficile de trouver d'autre solution que le dépeçage, dont l'admissibilité est prévue – bien qu'à titre exceptionnel – par le premier Paragraphe de l'Article 4. Pour les rapports purement symétriques ne présentant pas d'éléments de rattachement importants avec des lois tierces – tels que par exemple les rapports de correspondance – on pourrait notamment envisager de dépecer la réglementation de la substance du contrat entre la loi des deux banques, de telle sorte que les obligations de chaque banque soient régies par sa propre loi. Nous reconnaissons qu'il s'agit là d'une solution qui est loin d'être idéale et qui pourrait même à l'occasion conduire à des résultats bien insatisfaisants. Elle serait encore plus insatisfaisante, et peut être même insoutenable, lorsque les facteurs de rattachement ne sont pas répartis de manière équilibrée entre les lois des deux banques. Le dépeçage étant dans ces cas normalement impossible, nous avons l'impression que, s'agissant par définition de cas où la loi de la "closest connection" n'est pas identifiable, la loi enfin considérée applicable par le juge, quelle qu'elle soit, sera inévitablement une loi dont il serait difficile de dire qu'elle a, nettement, plus de titre à être appliquée qu'une autre parmi les lois auxquelles l'opération se rattache. En outre, il s'agirait, évidemment, d'une loi dont l'applicabilité n'aurait pas pu être prévue avec certitude par les parties.

Conclusion du Chapitre II

305 – On peut probablement être d'accord, sans soulever trop de querelles doctrinales, que le but des conflits de lois est de rendre applicable à chaque transaction la loi la plus adaptée à la régir, et de faire cela d'une manière prévisible. Il s'agit donc de voir ici, en guise de conclusion, dans quelle mesure ces objectifs peuvent se considérer atteints par la Convention de Rome en matière de rapports interbancaires.

306 – Les résultats de l'analyse qui précède obligent à une réponse nuancée. Pour ce qui est des contrats interbancaires de la première des deux catégories que nous avons identifiées – tout comme pour les opérations de la clientèle ordinaire – la conclusion doit être positive. Nous croyons que si l'on interprète l'Article 4 d'une manière constructive, c'est-à-dire en attribuant une valeur forte à la présomption du Paragraphe 2 – et pourvu que l'on s'accorde à dire que la prestation caractéristique est celle de la banque, et de la banque “qui agit comme banque” – la Convention permet, certainement, d'obtenir une large marge de sécurité juridique. A notre avis, la “qualité” de la solution est elle aussi bonne, ou au moins satisfaisante, du moment que la loi de la banque “qui agit comme banque” a une forte vocation à régir ces contrats.

307 – Certains soutiendront bien sûr que cela n'est pas toujours le cas, et que peut être ce ne l'est jamais, par exemple, parce qu'à leur avis cette solution finit par “privilegier” la banque ou, dans le cas qui nous occupe ici, la banque “qui agit comme banque”, ce qui leur apparaît inopportun. Mais nous sommes convaincus que nulle autre solution ne saurait être considérée comme plus acceptable de manière générale et ne trouverait davantage de partisans. Cette solution a en outre le mérite de permettre un haut niveau de prédictibilité quant aux résultats. Cela est tout aussi important pour les clients, et pour les banques qui se présentent comme des clients vis-à-vis d'autres banques, que pour leurs partenaires. En effet, nous croyons que dans la mesure du possible il est préférable d'identifier une règle de conflit spéciale et relativement rigide pour certains types de contrats qui garantisse des résultats prévisibles tout en permettant de rendre applicable la loi qui, au moins dans la plupart des cas, sera la plus adaptée, quitte à ce que dans des cas particuliers la loi en question puisse ne pas être jugée à l'unanimité comme la plus satisfaisante.

Il s'agit là probablement d'une solution un peu trop rigide pour ceux qui sont habitués à l'approche de la "proper law of the contract", mais qui nous paraît meilleure sur le plan de l'utilité pratique pour tous ceux qui se trouvent engagés dans des rapports concrets pour lesquels la prévisibilité de la solution est, incontestablement, une valeur essentielle.

308 – La règle qui, à notre avis, peut se dégager de l'Article 4 de la Convention – celle qui rend applicable la loi de la banque, ou de la banque qui agit comme banque – est précisément une règle de ce genre et donc, nous pensons une bonne règle.

309 – La situation est sans doute moins satisfaisante pour les opérations à propos desquelles il n'est pas facile de faire fonctionner la règle de conflit spéciale à laquelle nous venons de faire allusion. Pour les contrats interbancaires qui ne ressemblent pas aux contrats avec la clientèle ordinaire la Convention de Rome ne donne malheureusement pas de grande sécurité quant à la loi applicable, et ne donne, probablement, pas non plus la garantie que la loi qui sera enfin désignée comme applicable sera la plus adaptée.

310 – Néanmoins, cette conclusion ne nous paraît pas encore autoriser d'adresser des critiques sérieuses à l'endroit de la Convention. Il faut bien admettre que le droit international privé demeure, et cela est nous croyons inévitable, une science, ou plutôt une technique, largement imparfaite, probablement plus imparfaite que d'autres techniques juridiques. Il y a donc beaucoup de situations dans lesquelles le système n'est pas à même d'assurer un compromis satisfaisant entre la qualité du résultat dans le cas concret et la sécurité juridique. Cela vaut, précisément, aussi pour les contrats interbancaires de la seconde catégorie. S'il est donc probable que dans le cas d'espèce la Convention ne soit pas parvenue à ce compromis satisfaisant, nous doutons fort qu'une quelconque autre règle de conflit aurait pu donner un résultat incontestablement meilleur. C'est une conclusion, d'ailleurs, à laquelle la doctrine est arrivée.

Chapitre III

La coordination de la convention de Rome du 19 Juin 1980 avec d'autres règles de conflit.

311 – La coordination de la Convention de Rome avec d'autres règles de conflit devrait être un problème classique en droit international privé puisque les règles de conflit ont pour fonction de répartir la compétence des systèmes juridiques étatiques susceptibles de s'appliquer à un contrat international (337). Ces règles déterminent la loi compétente grâce à des éléments de rattachement. Malgré l'unité du contrat, il est fréquent que plusieurs lois soient applicables de façon distributive à une même opération contractuelle (338). La Convention de Rome limite, d'ailleurs, le domaine de la loi qu'elle désigne aux obligations contractuelles, laissant ainsi d'autres lois intervenir en fonction de la nature de la question posée (339).

312 – Mais le problème se pose, également, en termes plus particuliers car, comme la vente, les opérations bancaires attirent les efforts d'unification internationale. Il ne s'agit pas seulement de concilier l'application de plusieurs lois nationales par des règles internes de conflit mais plutôt de coordonner l'application de la Convention de Rome avec d'autres conventions internationales donnant naissance à d'autres règles de droit international privé.

313 – En effet, l'application de la Convention de Rome aux contrats bancaires appelle plusieurs remarques :

314 – Premièrement, les règles applicables aux opérations bancaires sont le reflet de la vie des affaires. Il suffit d'évoquer le droit cambiaire et les règles et usances du crédit documentaire, par exemple, pour illustrer les forces créatrices du droit tirées de la pratique et des usages bancaires.

315 – Deuxièmement, les contrats jouent un grand rôle dans les relations nouées par les banques entre elles ou avec leur clientèle. La Convention de Rome a, donc, une large vocation à s'appliquer pour déterminer la loi applicable aux contrats bancaires.

(337)– Pascale Bloch, Banque et Droit Hors Série, Juillet-Août 1993, N° 30, p. 5 et s.

(338)– P. Lagarde, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », Rev. Dr. Int. Pri. Proc. 1975, 649. Cette technique est admise par l'Article 3.1 de la Convention de Rome.

(339)– Article 1.2.3 et 4 de la Convention de Rome.

Elle conduit le plus souvent à retenir la compétence de la loi de la banque et ce aussi bien en cas de choix exprès que de silence des parties.

316 – Troisièmement, les contrats bancaires sont, souvent, marqués par une spécificité qui appelle des règles uniformes car la sécurité des opérateurs ne se satisfait pas de la diversité des systèmes juridiques. Celle-ci est accentuée, en outre, par la divergence des règles de conflit étatiques.

317 – Depuis quelques années, les efforts d'unification du droit ont abouti à plusieurs conventions internationales qui concernent les contrats bancaires internationaux. Ainsi, outre la Convention de Rome qui unifie les règles de conflit en matière contractuelle, plusieurs conventions sont susceptibles d'entrer en vigueur et contiennent des règles uniformes de conflit ou de droit matériel. On peut citer l'entrée en vigueur en France de la Convention de La Haye du 14 Mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (340) et la signature des Conventions d'Ottawa sur le crédit bail et l'affacturage international (341). On peut également envisager la Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et billets à ordre internationaux (342) ainsi que la loi-type sur les virements internationaux adoptée le 15 Mai 1992, à New York par cette commission.

318 – Le paysage bancaire sera ainsi, petit à petit, jalonné de règles uniformes de conflit ou de droit matériel ayant leur origine dans des conventions internationales signées par certains Etats membres de la C.E.E.

319 – La question se pose, alors, de savoir comment coordonner entre Etats contractants la Convention de Rome avec d'autres règles de droit international privé lorsqu'elles ont un domaine commun. Comment résoudre le conflit entre des règles contradictoires portant sur la même matière ?

(340)– Décret n° 92-423 du 3 Mai 1992 portant application de la Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation faite à La Haye le 14 Mars 1978, J.O. 8 Mai 1992, p. 6307.

(341)– Loi n° 91-636 du 10 Juillet 1991 autorisant l'application d'une convention sur le crédit-bail international, J.O. 11 Juillet, p. 9026 ; Loi n° 91-640 du 10 Juillet 1991 autorisant l'application d'une convention sur l'affacturage international, J.O. 12 Juillet, p. 9111.

(342)– résolution 43/165 de l'Assemblée Générale des Nations-Unies, Annuaire CNUDCI, Volume XIX, 1988, p. 20 et Annexe 1, p. 179 et 70, Nations-Unies, New York, 1990.

A défaut d'appliquer cumulativement les deux règles, peut-on répartir leur champ d'application ?

320 – La difficulté résulte d'un double phénomène en droit international privé lié à l'apparition de nouvelles règles uniformes d'origine internationale.

321 – Comme le montre la Convention de Rome, une coopération interétatique se dessine pour harmoniser les règles de droit international privé.

322 – En raison de leur source et de leur vocation internationale, les règles de conflit s'imposent aux juridictions nationales avec la même autorité que les traités. Elles réservent, parfois l'application d'autres conventions. Mais cette délimitation conventionnelle n'exclut pas les conflits au moins partiels lorsque leurs domaines se recoupent. Les risques de chevauchement augmentent, également, en raison des tentatives d'application universelle de ces conventions. Cette internationalisation des sources du droit n'exclut donc pas une solution strictement étatique en cas de conflit de conventions.

323 – L'autre phénomène tient à la diversité des règles uniformes. L'harmonisation des systèmes juridiques est réalisée par deux procédés qui s'excluent tout en se cherchant mutuellement. Les règles de conflit uniformes tendent à céder le pas devant les règles de droit matériel international. La Convention de Rome n'aurait alors plus qu'un rôle résiduel pour les matières où l'unification du droit n'est pas réalisée.

324 – Face à l'influence conjuguée de ces divers facteurs, la coordination de la Convention de Rome avec les autres règles de droit international privé s'exerce alors dans deux directions :

325 – D'une part, lorsque le régime juridique d'un contrat bancaire international est aménagé par des règles matérielles uniformes, la Convention de Rome peut être évincée. D'autre part, lorsque ces règles uniformes sont incomplètes, la Convention de Rome a encore vocation à intervenir pour désigner la loi applicable à l'opération contractuelle. Eviction ou intervention de la Convention de Rome face aux règles de droit international privé, telles sont les deux facettes du problème que nous allons envisager successivement.

Section I

L'éviction de la convention de Rome.

326 – L'éviction de la Convention de Rome ne va pas de soi lorsque certains Etats contractants ont adhéré à une autre convention qui concerne au moins partiellement les obligations contractuelles.

Plusieurs éléments de solution peuvent être envisagés :

- Soit que les Etats aient manifesté leur intention de donner la primauté à telle ou telle convention,
- Soit qu'à défaut, on fasse prévaloir la règle spéciale qui déroge à la règle générale énoncée dans la Convention de Rome.

327 – En réalité, il semble que l'on doive tenir compte également de la nature des règles uniformes, selon qu'il s'agit de règles de conflit ou de règles matérielles.

328 – A – S'agissant des règles de conflit uniformes, la Convention de Rome ayant une vocation générale à résoudre les conflits de lois en matière contractuelle, doit-elle s'effacer devant une autre convention internationale visant à unifier également les règles de conflit mais pour un contrat de type particulier ?

329 – 1) – Le problème peut se présenter, par exemple, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 Mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires ou à la représentation. Bien qu'elle admette une réserve sur ce point (343), cette convention signée par la France est applicable à la représentation exercée par une banque ou par un groupe de banques. Un conflit peut, donc, survenir entre les Conventions de Rome et de la Haye qui ont, au moins, partiellement, le même domaine.

330 – Or, à défaut de désignation expresse de la loi par les parties, la Convention de La Haye prévoit, comme la Convention de Rome, l'application de la loi de l'Etat où est établie la partie qui fournit la prestation caractéristique, à savoir le représentant (344).

(343)– Article 18 de la Convention de La Haye du 14 Mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires ou à la représentation.

(344)– Article 6 de la Convention de La Haye de 1978 et Article 4.2 de la Convention de Rome.

Mais la Convention de Rome prévoit la mise à l'écart de cette loi lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays (345). Cette règle a été appliquée récemment à un cautionnement par la Cour de Versailles, le 6 Février 1991, pour écarter la loi française au profit de la loi italienne qui régissait le contrat principal alors que la caution émanait d'une société ayant son siège en France (346).

331 – Par conséquent, en l'absence de choix de la loi applicable exprimé par les parties, il y a un risque de substitution de la loi désignée par la Convention de La Haye de 1978 si la Convention de Rome est, également, applicable. Or ce risque n'est pas négligeable en raison des fréquentes interventions des banques en qualité d'intermédiaires. On pourrait envisager, par exemple, qu'en raison de l'importance du paiement les obligations des banques émettrice et notificatrice d'un crédit documentaire soient régies par la loi de la banque chargée de la réalisation du crédit en sa qualité de mandataire ou d'agent (347).

332 – 2 – A défaut de prévision dans les conventions internationales, la solution pourrait, a priori, être trouvée dans les règles de droit international public (348).

333 – a) – Les dispositions conventionnelles anticipent, souvent, le conflit de conventions. Ainsi l'Article 21 de la Convention de Rome précise que cette convention ne doit pas porter atteinte aux obligations des Etats contractants signataires de conventions internationales. La maxime "pacta sunt servanda" devrait jouer pour que les conventions antérieures soient respectées. Mais cette disposition ne suffit pas car la Convention de La Haye de 1978 contient une règle analogue dans l'Article 22. On aboutit ainsi à un conflit négatif de conventions qui risque de rester sans solution.

(345)– Article 4.5 de la Convention de Rome.

(346)– BRDA 15 Novembre 1991, n° 21/14 ; Rev. Crit. Dr. Inter. Pr. 1991, 745 note P. Lagarde.

(347)– Sur les controverses relatives à la diversité des lois applicables au crédit documentaire. E. A. Caprioli, La loi applicable aux contrats de crédits documentaires, approche de droit comparé, RDAI/IBLJ, n° 7, 1991, 905 et pour une conception unitaire du crédit documentaire en le soumettant à la loi du siège de la banque émettrice, J.P. Mattout, opcit, n° 252, p. 304.

(348)– En ce sens, B. Dutoit et F. Majoros, Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles, Rev. Crit. Dr. Int. 1984, 565.

334 – D'autres dispositions conventionnelles pourraient prévenir ou résoudre le conflit. La mesure la plus efficace consiste à exclure la matière visée par une autre convention. Ce serait le cas si, à l'occasion de sa signature, un Etat déclarait expressément qu'une convention ne s'applique pas dans ses relations avec les Etats signataires de la Convention de Rome.

335 – Celle-ci contient, d'ailleurs, des exclusions auxquelles on doit se référer. L'Article 1 prévoit bien une exclusion par matière, mais il ne résout pas totalement le problème. En effet, selon le paragraphe f) de cet article, la Convention de Rome ne s'applique pas à la question de savoir si un intermédiaire peut engager envers les tiers la personne pour le compte de laquelle il prétend agir. Mais par une interprétation a contrario on peut penser que les relations contractuelles entre représentant et représenté relèvent de la Convention de Rome aussi bien que de la Convention de La Haye.

336 – Une autre mesure préventive est, également, destinée à concilier les conventions. Selon les Articles 23 à 25 de la Convention de Rome, il convient d'obtenir l'accord des Etats contractants pour éviter qu'un Etat signe après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome un traité dont les dispositions pourraient entrer en conflit avec celles de la Convention de Rome et compromettre l'unification de la règle de conflit en matière contractuelle. Cette procédure est suivie, actuellement, par les Pays-Bas pour ratifier la Convention de La Haye de 1978. Elle est cependant inapplicable lorsque la convention unifiant les règles de conflit a été signée par un Etat contractant avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (349).

337 – Par conséquent, les dispositions conventionnelles ne suffisent pas, toujours, pour trancher le conflit susceptible d'intervenir entre plusieurs conventions internationales.

338 – b) – Si l'on recourt aux principes directeurs de droit international public, on peut alors faire jouer la règle de la spécialité et donner la primauté à la convention qui déroge aux règles générales de la Convention de Rome.

(349)– Tel est le cas de la France qui a ratifié le 3 Septembre 1985 la Convention de La Haye du 16 Mars 1978.

Cette règle est, souvent, appliquée aussi bien en droit public qu'en droit privé et donne une solution de bon sens lorsqu'il s'agit d'envisager la modification des engagements des parties contractantes (350). Elle permet de préconiser l'application prioritaire de la Convention de La Haye du 15 Juin 1955 à la vente internationale de marchandises (351).

339 – Cette solution doit être approuvée car elle est en outre un facteur d'efficacité pour réaliser l'unification d'une catégorie de relations contractuelles. Dans notre exemple, on conçoit en effet que la Convention de La Haye de 1978 soit plus spécialement adaptée au contrat de représentation pour résoudre les difficultés liées à l'absence d'unification du droit matériel. Elle devrait donc évincer, dans les relations entre Etats contractants, les règles de conflit de la Convention de Rome.

340 – B – Lorsque des règles uniformes matérielles internationales sont applicables à un contrat bancaire le conflit de conventions ne devrait pas se présenter.

341 – Le milieu bancaire a depuis longtemps suscité des règles uniformes matérielles destinées aux opérations internationales. Il n'est donc pas surprenant qu'à côté de règles spontanées créées par les usages de la pratique professionnelle et codifiées sous les auspices de la Chambre de Commerce internationale, plusieurs conventions internationales soient susceptibles d'entrer en vigueur et de proposer des règles matérielles uniformes à vocation internationale pour régir certains contrats bancaires. L'on sait que la France a ratifié deux Conventions, signées le 28 Mai 1988 à Ottawa dans le cadre des travaux de l'Unidroit, relatives à l'affacturage et au crédit bail international et que la CNUDCI a élaboré une loi uniforme sur les lettres de garantie internationale (352).

342 – Ces règles uniformes matérielles sont destinées à éliminer toute règle de conflit et à écarter par conséquent la Convention de Rome dans les matières qu'elles unifient.

La solution n'est toutefois pas aussi certaine qu'on pourrait le penser si on examine le débat doctrinal avant d'envisager les conventions elles-mêmes.

(350)– Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, Droit international public, 3^e Ed., L.G.D.J., 1987, n° 174 et s.

(351)– D. Clever, De certaines incidences de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur le droit de la vente internationale de marchandises, Gaz. Pal. 9-10 Août 1991, p.2 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 18 Décembre 1990, Jcp. E. 1992, II, 263, note D. Ammar.

(352)– Annuaire CNUDCI, Vol. XXI, 1990, p. 23 et p. 30.

1**Les termes du débat.**

343 – Selon certains auteurs (353), les règles uniformes matérielles internationales excluraient les conflits de lois en unifiant le régime juridique de certaines opérations internationales ; leur existence et leur portée en feraient “des règles d’application immédiate” (354), car elles apportent au fond du litige une solution directe sans passer par l’intermédiaire de la règle de conflit.

344 – Mais d’autres auteurs (355) ont fait valoir que ces règles uniformes n’étaient applicables que si les règles de conflit du for leur attribuaient compétence pour régir le contrat. Les règles uniformes matérielles resteraient donc sous la dépendance de la règle de conflit. Dans cette optique, la Convention de Rome aurait encore son mot à dire pour désigner le système juridique applicable en l’absence de choix exprimé par les parties.

345 – Cependant, on peut objecter que ces observations ne valent que pour les règles uniformes nées des usages professionnels, qu’elles soient codifiées par la Chambre de Commerce Internationale ou tirées de la pratique contractuelle, sauf à leur reconnaître le caractère de *lex mercatoria*. Ce serait le cas pour l’application des Règles et Usances en matière de crédit documentaire de la C.C.I auxquelles les tribunaux français reconnaissent la valeur d’usages. Elles sont donc applicables alors que les parties n’y auraient pas fait référence du moment que le droit français est compétent d’après les règles de conflit du for.

346 – En outre, ces remarques ne valent pas pour les règles uniformes matérielles lorsqu’elles ont leur source, en dehors du droit national, dans des conventions multinationales destinées à unifier le droit.

(353)– B. Oppetit, Le développement des règles matérielles, Comité Français du Droit International Privé, Journée commémorative du cinquantième, 1985, p. 121 ; plus récemment, J.P. Béraudo, Droit uniforme et règles de conflit de lois dans les conventions internationales récentes, Jcp. 1992, I, 3626, n° 12.

(354)– B. Oppetit, *opcit*, p. 125.

(355)– F. Deby-Gérard, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Dalloz, 1973, n° 156 et s. ; P. Mayer, *opcit*, n° 20 (19), Trib. Com. Paris, 8 Mars 1976, Rev. Jur. Com. 1977, 72, note Le Guidec.

2

Les conventions relatives à certains contrats bancaires internationaux.

347 – Il suffit de les examiner pour s'en convaincre.

348 – a) – Leur application est le plus souvent facultative et suppose que les parties contractantes y fassent référence ou ne les aient pas exclues.

349 – Dans tous les cas, elle est subordonnée au caractère international de l'opération bancaire. Le critère dans ce cas est identique à celui adopté pour la vente par l'Article 1^{er} de la Convention de Vienne du 11 Avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) ; il suffit que les parties aient leurs établissements dans les Etats différents. Il est retenu dans la Convention des Nations-Unies sur les lettres de change et billets à ordre internationaux (Article 2), la Convention d'Ottawa sur le crédit bail international (Article 3.1.a). On le retrouve, également, dans les Principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds préparés par la C.C.I (Article 2).

350 – On peut relever à cette occasion que ce critère juridique n'englobe pas tous les contrats que les règles de conflit françaises considèrent comme internationaux, notamment parce qu'ils mettent en jeu les intérêts du commerce international. Mais on rencontre une exception dans la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international. L'Article 2 Alinéa 1^{er} prévoit que la convention s'applique lorsque les créances cédées naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leurs établissements dans des Etats différents. On peut donc concevoir que par ce biais un contrat d'affacturage entre un fournisseur français et une société d'affacturage française soit considéré comme international et soumis à un régime juridique spécifique.

351 – L'extranéité suffit en tout cas pour envisager dans les relations entre Etats contractants l'application des règles uniformes matérielles sans que le juge d'un Etat contractant applique les règles de conflit du for (356).

(356)– En ce sens, B. Oppetit, *opcit*, p. 125 ; J.P. Béraudo, *opcit*, n° 15.

352 – b) – L'application directe des règles substantielles uniformes découle, également, de l'objectif visé par ces conventions. Elles établissent des règles matérielles qui résolvent directement la question au fond pour un contrat international.

Les règles uniformes sont, donc, appelées à s'intégrer dans le droit des Etats signataires.

353 – On peut, encore, ajouter que les conflits de lois sont par hypothèse écartés puisque la convention propose aux Etats contractants des règles matérielles uniformes. Peu importe que leur application résulte dans chaque Etat de l'introduction d'une loi uniforme, à l'instar des Conventions de Genève sur les effets de commerce, ou d'une loi type, comme la loi-type sur les virements internationaux adoptée par la CNUDCI ou de la signature d'une convention internationale, par exemple pour l'affacturage ou le crédit bail international. Il est, donc, inutile de consulter la Convention de Rome dans les Etats membres de la Communauté Européenne lorsqu'ils sont parties à une convention multilatérale unifiant le droit applicable à un contrat bancaire international. Tout conflit de conventions est par suite écarté.

354 – Cette éviction de la Convention de Rome paraît d'autant plus souhaitable qu'elle contribuera à assurer l'unification du droit matériel réalisée par d'autres Conventions entre Etats membres de la C.E.E.

355 – Néanmoins, il faut reconnaître que le rejet de la Convention de Rome ne peut pas être total.

Section II

L'intervention de la Convention de Rome.

356 – La Convention de Rome s'avère nécessaire pour désigner la loi applicable aux contrats bancaires internationaux car les règles uniformes de conflit ou de droit matériel sont incomplètes. On le constate à deux niveaux : sur le plan géographique et sur le plan matériel.

Paragraphe I

Sur le plan géographique.

357 – Malgré leurs efforts pour tendre à l'universalisme, les traités multilatéraux ne lient que les Etats contractants. Le recours à la règle de conflit de droit commun est alors nécessaire pour résoudre les litiges entre ressortissants de pays qui n'ont pas leurs établissements dans deux Etats contractants.

358 – 1) En raison du caractère universel, qui lui est conféré par l'Article 2, la Convention de Rome pourra s'appliquer aux contrats conclus avec les ressortissants d'Etats qui n'ont pas adhéré à une convention spéciale unifiant les règles de conflit.

359 – Ce sera le cas pour un mandat conclu entre une banque française et un client allemand car l'Allemagne n'est pas partie à la Convention de La Haye de 1978. Grâce à la Convention de Rome, les tribunaux français et allemands appliqueront des règles de conflit identiques, celles de la Convention de Rome.

360 – Mais en se substituant aux règles de conflit internes dans les Etats contractants, la Convention de Rome s'appliquera, également, à un mandat conclu avec les ressortissants d'Etats qui ne sont pas membres de la Communauté Européenne, un américain par exemple.

361 – 2) Il est encore plus intéressant de relever que l'intervention de la Convention de Rome permettra en outre d'envisager l'application extensive des règles uniformes matérielles internationales. En effet, les conventions récentes recourent aux règles de conflit pour délimiter le champ d'application du droit matériel. Elles l'envisagent lorsque "les règles de droit international privé mènent à l'application du droit d'un Etat contractant" (357).

362 – Un exemple concernant l'affacturage international permettra de le constater. La Convention d'Ottawa entrée en vigueur en France (le 1^{er} Mai 1995 après sa ratification le 23 Septembre 1991) s'appliquera si la créance cédée concerne un contrat de vente entre un fournisseur et un acheteur ayant leurs établissements dans deux Etats différents et s'il s'agit d'Etats non contractants, si le contrat de vente et le contrat d'affacturage sont régis par la loi

(357)– Art. 1° 1 b) de la CVIM.

d'un Etat contractant (358).

363 – Cette solution fait donc appel pour sa mise en œuvre aux règles de conflit de lois du for. Or cette règle de conflit peut être celle de la Convention de Rome si le tribunal saisi est celui d'un Etat contractant, comme la France.

364 – Supposons alors un contrat d'affacturage international consenti par une société d'affacturage française et concernant un contrat de vente conclu entre un vendeur français et un acheteur camerounais (ressortissant d'un pays qui n'est pas lié par la Convention de Rome ni par la Convention d'Ottawa). Si le juge français est saisi du litige, il appliquera la Convention de Rome en tant que règle de conflit du for pour déterminer la loi applicable au contrat de vente si les parties ne l'ont pas désignée (en supposant que la Convention de La Haye sur la loi applicable au contrat de vente ne soit pas applicable). L'Article 4.1 de cette Convention permet de rattacher le contrat de vente à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. L'Article 4.2 présume que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique. La loi du vendeur, loi française, serait donc applicable. Au surplus, à supposer que le contrat d'affacturage ne précise pas la loi applicable, il y a toutes les raisons pour admettre qu'il est également régi par la loi française puisque la société d'affacturage et le vendeur cédant les créances sont français...

Par conséquent, la Convention de Rome permettrait de faire appliquer au contrat d'affacturage international les règles de la Convention d'Ottawa.

365 – Ce résultat ne serait pas obtenu si le litige était porté devant le tribunal de l'acheteur dans un pays dont les règles de conflit conduiraient à l'application d'une autre loi que celle du vendeur. Ce risque pourrait être écarté par l'insertion dans le contrat de vente d'une clause attributive de juridiction en faveur des tribunaux français à défaut d'accord sur le droit applicable.

(358)– Article 2. 1 a) et b) de la Convention d'Ottawa du 28 Mai 1988.

366 – On voit ainsi que l'application des règles de conflit de la Convention de Rome peut utilement se combiner avec celle des règles uniformes de droit matériel pour favoriser leur application à des relations qui concernent un Etat non contractant.

367 – Réciproquement, l'application des règles uniformes de droit matériel laisse encore une place à l'intervention de la Convention de Rome.

Paragraphe II

Sur le plan matériel

368 – Sur le plan matériel, l'harmonisation internationale reste parcellaire.

369 – La détermination de la loi applicable se pose chaque fois que la question n'est pas résolue par une règle uniforme. De plus, de nombreuses divergences subsistent entre les systèmes juridiques en raison de l'unification insuffisante des règles de conflit ou de droit matériel. Ces conflits de lois appellent la consultation de la Convention de Rome pour trouver une solution en matière contractuelle. On peut le constater dès l'élaboration ou lors de l'application des règles uniformes :

370 – 1) – Outre leurs lacunes, les rédacteurs des conventions unifiantes sont, souvent, conduits à écarter certaines questions en raison des divergences importantes qui séparent les systèmes juridiques. Cette remarque vaut aussi bien pour les conventions unifiant les règles de conflit que pour celles unifiant le droit matériel. C'est le cas de la Convention de Rome qui exclut expressément certaines questions (359). Cette méthode est largement utilisée : les Conventions de Genève sur les effets de commerce avaient dû laisser en dehors de l'unification les règles de la provision par exemple, mais elles ont comblé cet abandon par des règles uniformes de conflit. Ce procédé n'est pas délaissé par les conventions les plus récentes qui se réfèrent expressément aux règles de conflit (360).

(359)– Article 1.2 de la Convention de Rome.

(360)– Article 7.2 de la CVIM ; Art. 6 de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international ; Art. 4 de la Convention d'Ottawa sur le crédit bail international.

371 – L'unification est également amoindrie par les réserves émises par les Etats lors de la signature des conventions qui laissent subsister les divergences entre les systèmes juridiques nationaux.

372 – Il y a donc un mouvement de flux et de reflux permettant de combiner de façon distributive les règles uniformes de droit matériel et de conflit pour une même opération contractuelle.

Les opérateurs bancaires y sont habitués depuis longtemps pour l'escompte ou l'encaissement des effets de commerce ou encore le crédit documentaire par acceptation ou négociation de traites qui combinent les règles de conflit contractuelles et cambiales et qui conduisent au dépeçage des opérations et à l'application de plusieurs lois.

373 – 2) Les règles de conflit doivent encore être retenues lorsque l'application des règles uniformes matérielles donne lieu à divergences d'interprétation.

374 – La question s'est présentée à propos des variations de jurisprudences française et allemande pour l'application de la loi uniforme sur les lettres de change. Dans le célèbre Arrêt Hocke (361), la Cour de Cassation française a admis que ces divergences constituaient des conflits de lois qui devraient être tranchés par la règle de conflit du for. La solution a été très diversement accueillie par les commentateurs. A l'appui de la décision, on a fait remarquer que la loi uniforme était incorporée dans la loi interne des Etats. Mais il a été objecté que la loi uniforme avait son origine dans une convention internationale et que le juge français aurait du faire prévaloir son interprétation du traité.

375 – Depuis lors le risque de divergences est envisagé dans la plupart des conventions internationales récentes. Elles contiennent des lignes directrices pour parvenir à l'uniformité de leur interprétation en tenant compte de leur caractère international (362).

(361)– Com. 4 Mars 1963, Jcp. 1963, II, 13376 note Lescot.

(362)– Article 18 de la Convention de Rome ; Article 7 CVIM ; Article 6.1 de la Convention d'Ottawa sur le crédit bail international ; Article 4.1 de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international ; Article 5 de l'avant projet de la loi type sur les lettres de garantie internationale ; Article 4 Convention CNUDCI sur les lettres de change et billets à ordre internationaux.

376 – Mais en l’absence d’unification juridictionnelle, ce souhait ne permettra pas d’éviter les divergences qui “à la longue sapent l’unification” (363). Les règles uniformes de droit matériel et de conflit continueront donc à alimenter les conflits de lois et à appeler l’intervention de la Convention de Rome.

Conclusion du Chapitre III.

377 – Ces remarques nous ont permis d’évoquer deux catégories de règles de droit international privé qui doivent se combiner harmonieusement. Les règles uniformes de droit matériel trouvent un terrain favorable dans le milieu bancaire international. Mais elles restent fragmentaires et ne peuvent constituer un corps autonome ni s’affranchir totalement des règles de conflit.

378 – On conçoit que les unes et les autres nourrissent pendant longtemps leur élaboration et leur application. On a sans doute eu tort de parler de “crise des conflits de lois” (soulignée supra au Chapitre Préliminaire). Ils sont, encore vivants et les efforts d’unification méritent d’être poursuivis.

(363)– Ph. Malaurie, Lois uniformes et conflits de lois, Comité Français de droit international privé, 1965, 83, 91.

Chapitre IV

L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire de prêt international réalisé avec le client (consommateur de crédit).

Avant d'étudier les règles de conflit qui se trouvent en période transitoire et sont applicables en particulier au contrat bancaire de prêt international réalisé avec le client consommateur de crédit, il convient d'aborder la notion de "contrat bancaire de prêt interne" dans une **Section Préliminaire**, les conséquences de la qualité professionnelle du prêteur sur ce dernier (**Sous/Section I**), enfin, la notion de consommateur (**Sous/Section II**).

Section Préliminaire

La notion de contrat bancaire de prêt interne.

379 – Si ce contrat particulier réalise une opération de crédit, comment alors est définie cette dernière ?

L'Article 68 du Code Bancaire Algérien (Edition 2007) dispose que : « Constitue une opération de crédit, tout acte à titre onéreux par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'aval, cautionnement, ou garantie.

Sont assimilées à des opérations de crédit, les opérations de location assorties d'achat, notamment le crédit-bail ».

Le prêt d'argent est l'archétype des contrats de crédits bancaires (364) : le prêt de consommation figurant à l'Article 456 du Code Civil Algérien (365) constitue un contrat de financement en ce qu'il permet une avance de fonds, c'est-à-dire la mise à disposition d'argent. Il s'agit plus précisément du prêt à intérêt (366) puisque, le contrat de financement est, en pratique, conclu à titre onéreux). Par conséquent, le prêt à intérêt est un contrat

(364)– P. Malaurie, L. Aynès et P. Y. Gautier, « Les contrats spéciaux », Défrénois, 2003, n° 905.

(365)– En effet, selon cet Article 450 du Code Civil : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou autre chose fongible à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en restituer autant de même espèce et qualité à la fin du prêt ».

(366)– Selon cet Article 456 : « Les établissements de crédit qui consentent des prêts dans le but d'encourager l'économie nationale, peuvent prélever un intérêt dont le taux est fixé par arrêté du ministre chargé des finances ».

nommé du droit Algérien. La plupart des systèmes juridiques étudiés dont le droit Français connaissent le contrat de prêt nommé ou spécial, à l'exception, notamment des droits Finlandais (367) et Anglais (368).

380 – En droit Français, les contrats de financement constitutifs du prêt sont régis par des dispositions du Code Civil relatives au prêt d'argent (C. Civ. de 2003, Art. 1905), par celles réglementant les crédits du C. monétaire et financier (Edition 2006, Art. L. 313-1S) ainsi que par les dispositions du Code de la consommation applicables au crédit à la consommation et aux crédits immobiliers consentis à des non professionnels (C. Consom ; Art. L. 311-1).

381 – Le droit de la consommation est sous l'influence du droit communautaire puisqu'il fait l'objet d'une directive communautaire (369) qui a été révisée (370). Ce tryptique de normes, « Droit commun, Droit bancaire, droit de la consommation » applicable au contrat de prêt, se retrouve dans la plupart des systèmes juridiques (371).

(367)– Le contrat de crédit constitue une catégorie particulière en droit irlandais, en application de la législation sur la protection des consommateurs.

(368)– Le droit Anglais ne connaît aucune règle de droit des obligations qui soit spécifique au prêt mais il existe certains textes spécifiques applicables aux prêts (loan), à l'exclusion d'autres contrats.

(369)– Directive n° 87/102/CEE du 22 Décembre 1987 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation. V. également directive du 22 Février 1990 (90/88/CEE). Cette directive, entrée en vigueur après les lois françaises, offre une protection à minima. En effet, ce sont les règles de droit interne, plus protectrices que les dispositions de la directive, qui en ont inspiré les principales dispositions. Sur plusieurs points, il y aura identité entre les règles de droit Français et celles des droits issus des systèmes étudiés.

(370)– V. la proposition de directive sur le crédit au consommateur publiée fin 2002 : A. Gourio, « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe » : Rev. Dr. Bancaire et financier 2003, p. 128 sq. Le texte a fait l'objet d'une révision le 10 Octobre 2005 : Com (2005) 483 final.

(371)– 1) Toutefois, les droits : Grec (598) et Irlandais (T73 et T99) ne connaissent pas de droit spécial du prêt, tandis que le droit Allemand a intégré récemment les règles du droit de la consommation dans le BGB (T92).

2) Par contre, en Algérie existe une panoplie de textes relatifs à la protection et à la sécurité du consommateur, notamment 1°) la Loi n° 89-02 du 7 Février 1989 ayant pour objet de fixer les règles générales relatives à la protection du consommateur à travers l'ensemble du processus de mise à la consommation du produit et/ou du service, eu égard à sa qualité et quelque soit le statut juridique de l'intervenant (V. Journal Officiel du 8 Février 1989, JORADP, p. 114) ; Or assurer la sécurité des biens du consommateur en droit Algérien (Article 2) c'est garantir tout risque de nuire à l'intérêt économique du consommateur. La terminologie employée semble plutôt appropriée au "crédit à la consommation" dispensé par les banques.

2°) La Loi n° 89-23 du 19 Décembre 1989 relative à la normalisation (Alinéa 1 de l'Article 2) dans le domaine de la sécurité des produits qui est une opération des plus complexes dans laquelle les facteurs institutionnels, économiques et socio-culturels jouent un rôle, au moins, aussi important que des considérations purement techniques.

382 – En effet, les crédits aux particuliers sont parfois appelés crédits à la consommation. Ce qui n'est pas tout à fait juste, puisque, de plus en plus, ils permettent l'acquisition par les ménages de biens durables (appartement, ameublement, voiture etc...)

Ils ne sont pas octroyés à des entreprises mais à des particuliers, à des ménages.

En plus, des équipements, ils permettent de faire face en France, par exemple à des dépenses engendrées par des événements exceptionnels : mariage, maladie et même la poursuite des études ou le financement des vacances.

383 – En résumé, il s'agit de crédits permettant l'acquisition de biens durables (immobiliers et équipements divers), de prêts personnels sous forme de décaissements de courte durée, destinés à des besoins multiples, de formules associées au système des cartes de crédit.

En Algérie, on retrouve les formules ci-après :

384 – 1°) Les prêts gagés par des bijoux qui étaient faits autrefois par le Crédit Municipal et qui le sont actuellement par la Banque de Développement Local (B.D.L), dans quelques unes de ses agences spécialisées.

Suite de la note 371 – En effet, la normalisation est l'activité propre à établir, face à des problèmes réels, ou potentiels, des dispositions destinées à un usage commun et répété, visant à l'obtention du degré optimal dans un contexte donné. Elle contribue, notamment, à l'accomplissement des objectifs ci-après :

- a – La sauvegarde de la sécurité des hommes et des biens ;
- b – La préservation de la santé et la protection de la vie ;
- c – La protection de l'environnement ;
- d – La protection du consommateur et des intérêts collectifs ;
- e – L'augmentation de la productivité du travail ;
- f – La préservation du patrimoine par la promotion de la maintenance ;
- g – L'intégration de la production nationale et la valorisation des ressources naturelles du Pays ;
- h – L'amélioration de la « qualité » des biens et services ;
- i – L'élimination des entraves techniques aux échanges.

L'amélioration de la qualité de services intéresse aussi les banquiers. Par conséquent, la Loi Algérienne n°89-02 du 07 Février 1989 relative à la protection du consommateur (Article 2) et la Loi n° 89-23 du 19 Décembre 1989 relative à la normalisation (Article 2 Alinéa 1) peuvent être identifiées comme lois de police applicables aux contrats bancaires que nous verrons plus loin à la deuxième partie de notre mémoire.

385 – Ces prêts à caractère social, accordés à l'étranger par des organismes appelés communément monts de piété se font (en France par exemple) aussi avec comme gages, d'autres objets de valeur tels que les meubles anciens, les objets d'art, l'argenterie, les tapis, fourrures.

386 – 2°) Une forme d'avances sur titres qui est pratiquée par les banques Algériennes, sur la base de nantissement de bons de caisse, mais au bénéficiaire exclusif de la clientèle professionnelle.

De plus ces titres, sont surtout considérés comme une garantie mais d'une nature particulière en ce sens que prenant en considération la valeur de ces titres, les banques sont amenées à accorder des crédits importants, sans rapport avec la surface financière de l'affaire du bénéficiaire du crédit.

387 – 3°) – Le financement du logement qui a été pendant longtemps le monopole de la Caisse Nationale d'Épargne et de Prévoyance (C.N.E.P). Cette dernière devenue Banque finance, en effet, l'acquisition de logements neufs réalisés par elle-même, ou bien l'achat de maisons d'habitation auprès de tiers avec comme garantie une hypothèque sur le bien financé, ou bien encore la réalisation de transformations ou de grosses réparations sur des biens immobiliers.

La C.N.E.P s'était également orientée vers un certain type de clientèle professionnelle : (médecins, dentistes ...) pour le financement de l'acquisition d'équipements divers.

Avec la déspecialisation, les banques commerciales s'intéressent, elles aussi, de plus en plus aux types de concours octroyés jusqu'à présent par la C.N.E.P.

388 – 4°) – Le développement d'un certain nombre de produits monétiques, diffusés par le Crédit Populaire d'Algérie (C.P.A), notamment :

- La carte CPA Cash qui permet le retrait d'espèces à partir de distributeurs automatiques de billets.
-

- La carte de garantie de chèques permettant au porteur de cette carte, titulaire d'un compte CPA, d'effectuer des achats et des règlements aux commerçants affiliés au réseau, par chèques garantis à hauteur de 5000 DA.
- La carte Visa International donnant la possibilité aux titulaires de comptes devises au CPA, d'effectuer à l'Étranger des paiements d'achats et des retraits de billets de banque.

389 – D'autres formules de crédits aux particuliers peuvent être développées en Algérie, surtout avec l'ouverture à l'économie de marché, mais elles sont conditionnées par un réel décollage de l'économie qui mettrait sur le marché une multitude de produits et de services divers, par la mise en place d'institutions spécialisées de crédit ainsi que par l'élaboration d'un droit spécial du prêt dont les dispositions réglementaires adéquates s'appliqueraient aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers consentis à des non professionnels (372).

(372)– V. à ce sujet Fatiha Taleb, « Place de la sécurité du produit dans la qualité et politiques de protection du consommateur », Colloque de Bordeaux, sur la sécurité des produits, Bordeaux, 2002.

Sous/Section I

Les conséquences de la qualité professionnelle du prêteur

sur le contrat bancaire de prêt interne.

390 – Qualité de l'une des parties au contrat. Le monopole (373) comme l'agrément a une première conséquence sur le contrat de financement : la qualité de l'une des parties est imposée ; le dispensateur de crédit doit être l'une des personnes autorisées, que celle-ci bénéficie ou non d'un monopole. Cette règle n'est, toutefois, pas absolue. Aussi, nombre de droits, tels que les droits allemand, brésilien, espagnol et grec... distinguent-ils les prêts consentis par un professionnel et les prêts consentis par des non professionnels.

(373)– En droit Algérien, l'autorisation de constitution et l'agrément d'une banque sont régis par le Titre IV du code bancaire de 2007 (Articles 82 à 95).

En ce qui concerne le monopole, l'Article 70 du même code prévoit que « seules les banques sont habilitées à effectuer à titre de profession habituelle toutes les opérations décrites aux Articles 66 à 68 de ce code.

Ces Articles disposent, en effet, respectivement :

Article 66 – « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de la clientèle des moyens de paiement et la gestion de ceux-ci, LV ».

Article 67 – « Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds recueillis de tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge de les restituer.

Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds reçus du public, au sens de la présente ordonnance :

Les fonds remis ou laissés en compte par les actionnaires détenant au moins cinq pour cent (5 %) du capital, les administrateurs et les gérants ;

Les fonds provenant de prêts participatifs ».

Article 68 – « Constitue une opération de crédit, au sens de la présente ordonnance, tout acte à titre onéreux par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'aval, cautionnement ou garantie.

Sont assimilées à des opérations de crédit, les opérations de location assorties d'options d'achat, notamment le crédit-bail. Les attributions du conseil s'exercent à l'égard des opérations visées dans cet article ».

391 – Nature du prêt. La cour de cassation française dont la jurisprudence a été reconduite en Algérie par la Loi du 31/12/1962, tire, de la qualité professionnelle du dispensateur de crédit, une conséquence sur la nature juridique du contrat de prêt : alors que celui-ci est traditionnellement un contrat réel, elle décide que « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel » (374). Cette conséquence paraît, cependant, propre au droit français : elle n'est pas consacrée par les droits belge, brésilien, espagnol et grec qui reconnaissent, quelle que soit la qualité du prêteur, un caractère réel au prêt. Et si les droits allemand et anglais voient dans le prêt un contrat consensuel, c'est sans limiter cette qualification au seul prêt consenti par un professionnel.

392 – Diligence. Selon le droit brésilien, le prêteur professionnel est astreint à une diligence plus stricte que peut l'être le prêteur ordinaire. Et, en droit français, le banquier, qui est assujéti, à titre principal, à une obligation de vigilance (375), doit l'être tout particulièrement lors de l'octroi du crédit afin d'éviter toute responsabilité pour soutien abusif ou endettement excessif (376) ; il doit l'être également lors de la résiliation du contrat de financement afin d'éviter tout reproche de rupture abusive (377).

Il en est de même en Droit Algérien, selon la loi n° 05-01 du 6 Février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme qui met à la charge des établissements bancaires des obligations de vigilance, ainsi qu'une obligation de déclarer des sommes ou des opérations soupçonnées d'être d'origine illicite.

La vigilance financière exigée par la Loi n° 05-01 du 6 Février 2005 repose sur deux obligations : la connaissance de l'identité du client et des opérations qu'il réalise.

(374)– Cass. 1^{ère} Civ. 28 Mars 2000 ; Bull. Civ. I, n° 105, p. 70 ; Jcp. Ed. G. 2000, II, 10296 et Ed. E, p. 898, concl. J. Sainte-Rose ; RTD. Com. 2000, p. 991, obs. M. Cabrillac ; D. 2000, AJ, p. 240, obs. J. Faddoul et jur., p. 482, note S. Piedelièvre ; RJDA 5/00 n° 583, p. 460 ; Rev. Dr. Bancaire et financier 2000, p. 161, obs. F.J. Crédot et Y. Gérard ; Jcp. Ed. E. 2000, p. 1086, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ; Contrats conc, consom. Juillet 2000, n° 106, obs. L. Leveneur ; D. 2002, Somm., p. 640, obs. D.R. Martin, V. également, L. Leveneur, Classification des contrats : le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé ; Jcp. Ed. G. 2000, Actu, p. 1531. Dans le même sens, Cass. 1^{er} Civ. 27 Novembre 2001 ; Jcp. Ed. G. 2002, II, 10050, obs. S. Piedelièvre ; RJDA 4/02, n° 419, p. 355.

(375)– V. T. Bonneau, « Droit Bancaire », opcit, n° 408, (pour ce qui est de la loi n° 05-01 du 06 Février 2005 relative à la prévention et la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, Voir Fatiha Taleb, « Crédits bancaires internationaux et financement de projets énergétiques », Oran, 2003).

(376)– Ibid, n° 737, p. 494.

(377)– Ibid, n° 738, p. 496.

Le défaut de vigilance est sanctionné par l'autorité exerçant le pouvoir disciplinaire, notamment, la commission bancaire qui peut agir d'office, si par suite d'un grave défaut de vigilance ou d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle l'organisme financier a méconnu les obligations de vigilance qui pèsent sur lui.

393 – Règles spécifiques. La qualité de professionnel du crédit ne justifie pas seulement cette vigilance : elle fonde encore l'application de règles spécifiques comme celles relatives aux crédits à la consommation, notamment en droits allemand et belge. De même, en droit espagnol, si le prêt consenti par un non-professionnel est soumis exclusivement aux dispositions du Code civil, le prêt consenti par un professionnel est régi par les dispositions du Code de commerce et les dispositions de la loi de protection des consommateurs.

394 – Mobilisation des créances. La qualité de professionnel du crédit explique encore la transmission des créances résultant des contrats de financement que le banquier a consentis. Celui-ci est, en effet, astreint à un certain nombre d'obligations prudentielles qu'il peut d'autant mieux respecter s'il peut céder les créances dont il est titulaire en raison des financements qu'il a consentis. Aussi le droit français régit-il un certain nombre de procédés de mobilisation des créances par lesquels le banquier peut transmettre, selon un mode simplifié, la propriété de ces créances à un tiers, et cela sans le consentement des emprunteurs : il en est ainsi du procédé de la titrisation qui désigne la transmission des créances à un fonds commun de créances géré par une société de gestion sous le contrôle d'un dépositaire (378). Notons que le procédé de la titrisation des créances hypothécaires a été consacré en droit Algérien par la loi n° 06-05 du 20 Février 2006 (JORADP n° 15 du 12/03/2006).

(378)– Sur ce procédé, V. T. Bonneau, opcit, n° 849 et Fatiha Taleb, « Marché hypothécaire et titrisation des créances hypothécaires en droit Algérien », Article AEDBF, Septembre 2009.

Sous/Section II

La définition du consommateur.

395 – Le législateur Algérien classe le prêt d'argent consenti par les établissements de crédit dans le Chapitre IV du Code Civil intitulé « Contrat de prêt à la consommation » et dont l'Article 450 définit : « Le prêt à la consommation comme un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou autre chose fongible à l'emprunteur, à charge par ce dernier de lui en restituer autant de même espèce et qualité à la fin du prêt ».

Il s'agit là d'une règle applicable à l'opération de financement, laquelle règle concerne principalement le contrat de prêt, contrat réel selon une tradition héritée du droit romain.

Cette règle a évolué dans chaque système juridique et constitue aujourd'hui le droit commun du contrat de financement.

396 – Le contrat de financement est également soumis à un droit plus jeune qui connaît dans chaque système juridique des techniques similaires édictées en vue de la protection de l'emprunteur, notamment la réglementation du crédit d'ordre public et la réglementation bancaire prévoyant les conditions de banque applicables à toutes les opérations de banque.

Mais dans d'autres systèmes juridiques notamment le droit Français, le contrat de financement est régi par un droit spécial : "le droit de consommation" applicable lorsque la destination du crédit n'est pas professionnelle.

Par conséquent, l'emprunteur est consommateur s'il conclut un contrat bancaire de prêt « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

En Algérie le prêt bancaire à caractère social gagé par des bijoux est un prêt à la consommation.

En effet, pour être digne de protection, le consommateur doit avoir conclu le contrat dans certaines circonstances, notamment en cas de nécessité impérative.

397 – On rappellera que l'Article 454 du Code Civil Algérien prévoit que : « entre particuliers, le prêt est toujours sans rémunération. Toute clause contraire est nulle et non avenue », et cela, conformément aux principes islamiques qui interdisent l'intérêt.

Alors que l'Article 456 du même code dispose que : « Les établissements de crédit qui consentent des prêts dans le but d'encourager l'activité économique nationale, peuvent prélever un intérêt dont le taux est fixé par arrêté du Ministre chargé des finances ».

Par conséquent, le législateur Algérien vise le prêt à la consommation entre les établissements de crédit et les particuliers, lesquels particuliers, dans ce dernier cas, sont considérés comme des parties contractantes faibles.

398 – En outre, on sait que le prêt qui présente des liens avec plus d'un pays et dans lequel la banque intervient en sa qualité spécifique de banque est un contrat bancaire de prêt international (379).

399 – Mais on peut se demander s'il est opportun de soulever la question de la loi applicable aux contrats bancaires de prêt internationaux, dès lors que l'on envisage une unification matérielle du droit des contrats en Europe. L'objectif de l'unification du droit matériel, étant, précisément de faire disparaître les conflits de lois et, partant, de rendre inutile l'unification du droit conflictuel (380).

400 – Cette réflexion n'a pas échappé à la Commission dans son Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire. Elle estime que l'unification des règles de conflit en matière contractuelle se justifie, pleinement, en dépit des vœux d'harmonisation matérielle. En effet, aux yeux de la Commission, l'objectif du projet « Droit européen des contrats », n'est, à ce stade, ni l'uniformisation du droit des contrats des Etats membres ni la création d'un Code Civil Européen.

(379)– P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 2003, n °905,.

(380)– Cf. P. de Vareilles-Sommières. La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats, in Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz, 2004, p. 781.

Et elle considère que, même dans l'hypothèse d'une plus grande harmonisation du droit des contrats au niveau communautaire dans un avenir plus lointain, il est probable que celle-ci concernerait que certains aspects particulièrement importants de la matière, de sorte qu'il faudrait, toujours, déterminer la loi applicable pour les aspects non harmonisés (381). Il faut ajouter que si les travaux d'unification matérielle aboutissent au niveau européen, la problématique de la loi applicable subsistera toujours dans les relations juridiques de droit privé dépassant les frontières de l'Union.

401 – On rappellera les règles de principe du conflit de lois en matière contractuelle, pour les appliquer aux contrats de prêt (Sous/Section I) avant d'aborder les questions plus délicates soulevées par les situations dérogatoires (Sous/Section II).

Section I

Les règles de principe.

402 – Application de la Convention de Rome. Le conflit de lois en matière contractuelle est assez largement unifié en Europe. Il passe par l'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles pour les vingt-cinq Etats actuellement de l'Union Européenne (382). Il ne paraît pas raisonnablement envisageable, ni même souhaitable, de s'écarter de cette convention pour adopter des règles de conflit spéciales aux contrats de prêt.

La Convention de Rome permettra de déterminer la loi principale du contrat (383) tout en réservant l'application d'autres lois pour certaines questions spéciales (384).

(381)– Livre Vert, COM (2002) 654 final , p. 13 point 1.6.

(382)– Cf. Convention relative à l'adhésion de la République Tchèque, de la République d'Estonie, de la République de Chypre, de la République de Lituanie, de la République de Lettonie, de la République de Hongrie, de la République de Malte, de la République de Pologne, de la République de Slovénie et de la République Slovaque à la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 Juin 1980, ainsi qu'aux premier et deuxième protocoles concernant son interprétation par la Cour de Justice des Communautés Européennes, JOUEC-169 du 8 Juillet 2005, p. 1 sq. Pour une version consolidée de la Convention de Rome : Joce C-27/34 du 26 Janvier 1998.

(383)– Cf. Article 10 de la Convention de Rome : « la lex contractus régit l'interprétation du contrat, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution, les divers modes d'extinction des obligations, les conséquences de la nullité du contrat ».

(384)– V. notamment le n° 241 S q relatif à la loi applicable aux clauses monétaires.

Par conséquent, la question de la loi applicable au contrat de prêt n'échappe pas aux réflexions actuellement en cours, sur la transformation de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 en instrument communautaire. On sait que le Livre Vert déposé en ce sens le 14 Janvier 2003 par la Commission des Communautés Européennes a stimulé les débats (385). Les règles de conflit de lois applicables aux contrats en général et aux contrats de prêt en particulier, se trouvent donc dans une période transitoire.

403 – Interprétation unifiée.

Il convient de noter que, à l'instar de ce qui existe depuis longtemps pour la Convention de Bruxelles et le Règlement « Bruxelles I », la Cour de justice ne s'est vue que récemment accorder compétence pour interpréter les dispositions de la Convention de Rome (386) ; la jurisprudence sur ce texte demeure donc, à ce jour, exclusivement nationale. Il convient alors d'examiner les modalités suivant lesquelles les parties peuvent choisir la loi applicable (Paragraphe I), puis les conditions de détermination de la loi à défaut de choix exprès ou tacite (Paragraphe II).

Paragraphe I

Choix par les parties de la loi applicable.

404 – Choix exprès. Selon l'Article 3, point 1, de la Convention de Rome, « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

405 – Si, en théorie, les parties peuvent choisir n'importe quelle loi, la plupart du temps le choix exprès se porte sur la loi de l'établissement prêteur. La loi de la banque s'impose le plus souvent « par la nature des choses » (387). Le contrat est rédigé par la banque, partie dominante. Le formalisme imposé par la loi permet peu d'écart. Les contrats sont, souvent, pré-rédigés et portent sur une multitude d'opérations.

(385)– Cf. Avis du Comité économique et social, COM 2002, 654 final ; JOUE C-108 du 30 Avril 2004, p. 1-22.

(386)– D. n° 2005-17 du 5 Janvier 2005. La ratification par la Belgique des deux protocoles donnant à la CJCE pouvoir d'interpréter la Convention de Rome a permis leur entrée en vigueur le 1^{er} Août 2004.

(387)– J. Stoufflet, *opcit*, n° 61 et 85 ; H. Synvet, *Les lois de police applicables aux opérations bancaires*, in *Convention de Rome, un nouveau droit international privé des contrats, application aux opérations bancaires*, Colloque AEDBF : Banque et Droit, Hors Série, 1993, p. 15.

Les coûts permettent difficilement d'établir des contrats « sur mesure ». Les services juridiques de la banque connaissent l'inconfort entraîné par le choix d'une autre loi. Enfin, un lien unit les banques au marché économique et monétaire sur lequel elles opèrent. Tout ceci et bien d'autres raisons encore (388) imposent le choix quasi-systématique de la loi de la banque.

En tout état de cause, le choix doit porter nécessairement sur la loi d'un Etat. Mais cela pourrait changer avec le reformatage de la Convention en règlement (389).

406 – Choix tacite. Le plus souvent aucune loi n'aura été expressément désignée par les parties. Cependant, un choix tacite de la loi applicable au contrat peut « résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause » (Article 3 point 1).

L'acceptation d'un contrat-type ou d'un contrat d'adhésion régi par un système juridique particulier, ou la référence fréquente et concordante à certains articles de loi permettront, le cas échéant, de déceler une volonté non hypothétique des parties. Les « circonstances de la cause » peuvent être un contrat antérieur pour lequel il y aurait eu choix exprès de la loi. En revanche, il est douteux qu'un choix tacite puisse résulter uniquement de la présence d'une clause attributive de juridiction (390) ou de la langue de rédaction du contrat (391). Le même doute subsiste en cas de simple référence des parties à des normes techniques ou à des concepts juridiques appartenant au droit d'un pays donné.

L'interprétation uniforme de la Convention par la Cour de justice des communautés européennes va permettre sans doute d'adopter sur ce point une approche cohérente à l'échelle européenne.

407 – Dépeçage et changement dans le temps. L'Article 3, point 1 de la Convention de Rome permet aux parties de décider que la loi désignée s'appliquera à tout le contrat ou à une partie seulement.

(388)– Pour d'autres motifs, v. J.P. Mattout, *opcit*, p. 13.

(389)– Livre Vert, p. 25, point 3.2.3.

(390)– En ce sens, P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980* : *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1991, p. 287 ; v. toutefois, moins catégorique, la Commission dans son Livre Vert, p. 26, point 3.2.4.2.

(391)– P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8^e Ed., Montchrestien, 1973, N° 721 ; B. Audit, *Droit international privé*, 3^e Ed., Economica, 2000, n° 797.

Les cocontractants peuvent aussi dépecer le contrat en faisant régir différents points par des lois différentes. En outre, les parties peuvent modifier leur choix à tout moment, en vertu de l'Article 3, point 2, si elles parviennent à trouver un accord (sous réserve des droits des tiers). Elles le feront, par exemple, si des modifications sont intervenues dans la loi choisie initialement. Tout ceci est évidemment possible en matière de contrat de prêt, mais demeure, pour ce dernier, assez théorique.

A défaut de choix exprès ou tacite, la désignation de la loi applicable au contrat de financement se fera selon les critères de localisation objective énoncés par la Convention de Rome.

Paragraphe II

Détermination objective de la loi à défaut de choix.

408 – Liens les plus étroits. Selon l'Article 4, point 1, de la Convention de Rome, « dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'Article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ».

On recherchera donc les « liens les plus étroits ». Ici, encore, la loi de la banque aura très largement vocation à s'appliquer (392). Aux fins de la localisation objective du contrat, la Convention de Rome pose une présomption en son Article 4, point 2 : « Il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale.

Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation caractéristique doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement ».

(392)– Avant même la Convention de Rome, doctrine et jurisprudence étaient, généralement, favorables à la loi de la banque ; v. J. Stoufflet, *opcit*, n° 68.

On préférera donc à la loi du siège la loi où est établie la succursale qui a effectué l'opération (393).

409 – Prestation caractéristique. Se pose la question de savoir ce qu'est la prestation caractéristique dans le contrat de prêt. La prestation caractéristique se définit, généralement, comme la prestation non monétaire qui fait l'objet d'une rémunération en argent. On ne peut évidemment appliquer ce critère au contrat de prêt. L'argument tenant au caractère unilatéral du contrat de prêt ne saurait davantage convaincre (394). Par conséquent, il semble difficile d'admettre que la partie fournissant la prestation caractéristique ne soit pas la banque (395).

410 – Liens plus étroits avec un autre pays. La présomption de l'Article 4, point 2, n'est écartée que « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente les liens les plus étroits avec un autre pays » (Article 4, point 5).

Cette situation ne devrait pas pouvoir, en pratique évincer la loi de la banque, étant donné la puissance du faisceau d'indices en faveur de celle-ci (lieu de conclusion du contrat, lieu d'exécution par exemple) (396).

411 – Forme du contrat du prêt. Quant à la forme du contrat de prêt (exigence d'un écrit, mention manuscrite, etc...), celle-ci est régie par des dispositions spécifiques. Pour favoriser la validité des contrats en la forme, l'Article 9 de la Convention pose une règle alternative : il suffit que l'acte soit valable selon l'une des deux lois que sont la loi applicable au fond, déterminée en vertu des règles générales de la Convention (en principe, loi de la banque), et la loi du lieu où le contrat a été conclu.

(393)– En ce sens, J. Stoufflet, *opcit*, n° 69 sq.

(394)– J.M. Jacquet, *Rép. Droit international*, Dalloz, V° Prêt, p.2, n° 9.

(395)– J. P. Mattout, *opcit*, p. 12 ; J. Stoufflet, *opcit*, n° 64.

(396)– V. Toutefois, J. Stoufflet, *opcit*, n° 66 pour qui « cette exception peut jouer pour certains crédits réalisables à l'étranger ».

Lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu à distance (par fax, courrier, e-mail), il existe un lieu de conclusion pour chaque partie au contrat, ce qui multiplie encore les chances de validité du contrat en la forme. Cette solution a permis de ne pas prendre parti sur la localisation plus ou moins artificielle du contrat entre absents (397).

Section II

Les règles dérogatoires.

412 – Le souci de protection de la partie faible conduit à observer des règles dérogatoires lorsque le contrat est conclu avec un consommateur (**Paragraphe I**). Par ailleurs, l'intervention de lois de police en matière de contrats de prêt est importante (**Paragraphe II**). Enfin, certaines règles communautaires ont vocation à s'appliquer en raison de leur caractère impératif (**Paragraphe III**)

Paragraphe I

La protection des consommateurs.

413 – Objectif poursuivi. On convient que les règles protectrices des consommateurs ne doivent pas pouvoir être mises en échec par le simple choix d'une loi étrangère. Cette protection de la partie faible s'impose non seulement au regard de l'équité, mais également pour des considérations plus pragmatiques : le bon fonctionnement du marché (spécialement du marché intérieur à la Communauté) requiert que les consommateurs soient rassurés. Si la protection des consommateurs apparaît aujourd'hui fondamentale, il n'en allait pas tout à fait de même au moment de l'élaboration de la Convention de Rome. L'Article 5, ne répondant plus de façon satisfaisante à ces préoccupations, devra donc faire l'objet de réforme à l'occasion du reformatage du texte.

A

L'état actuel de l'Article 5.

414 – L'Article 5 de la Convention de Rome prévoit des dispositions dérogeant à l'autonomie de la volonté qui préside en principe aux règles de conflit.

(397)– Livre Vert, point 3.2.12.1, qui envisage une légère modification du texte pour les contrats conclus par simple e-mail.

Cependant un certain équilibre doit être préservé entre les parties, équilibre garanti par les conditions d'application de l'Article 5.

1

Dérogation à l'autonomie de la volonté.

415 – Caractère impératif. Les règles de la Convention de Rome protectrices du consommateur s'imposent impérativement, interdisant aux parties d'y déroger conventionnellement. Elles s'imposent également au juge, tenu d'en faire application et même d'appliquer celles-ci d'office. Ainsi, les parties ne peuvent-elles par *electio juris* (en pratique, pour le contrat de prêt, par le choix de la loi de l'établissement) écarter une obligation légale d'information, un droit légal de rétractation ou de réflexion du consommateur ou encore stipuler une clause abusive au regard de la loi du consommateur.

La Convention de Rome entend assurer cette protection par l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Cependant cette application est plus ou moins étendue selon qu'il s'agit de la forme ou du fond du contrat.

416 – Forme du contrat. Concernant la forme du contrat conclu avec le consommateur, celle-ci « est [dans tous les cas] régie par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ». La loi de la banque est donc toujours évincée en ce qui concerne la forme du contrat. Cette règle revêt une importance considérable en matière de contrat de financement, dans la mesure où les diverses législations nationales soumettent ces contrats à de très précises conditions de formes *ad validitatem* : exigence d'un écrit, termes de l'acte, langue du contrat, offre préalable maintenue, un certain délai, volet détachable de résiliation ... Elle est simple et claire et l'on notera que le Livre vert de la Commission n'évoque même pas la question du droit applicable à la forme du contrat conclu avec un consommateur.

417 – Fond du contrat. Concernant le fond du contrat conclu avec le consommateur, la loi de la résidence habituelle du consommateur a également vocation à s'appliquer, mais il convient de distinguer selon qu'un droit a été ou non choisi par les parties.

418 – Si une loi a été choisie dans le contrat par les parties (en pratique, loi de la banque), ce choix « ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle » (Article 5, Point 2). La loi de la banque sera donc, le cas échéant, – c'est-à-dire pour ses dispositions qui seront moins protectrices du consommateur que celles de la loi de l'Etat de résidence de ce dernier – partiellement évincée. Pour le reste, la loi de la banque (en tant que droit choisi) produit tous ses effets, même dans une transaction conclue avec un consommateur. L'harmonisation communautaire, en vue d'une protection équivalente dans les divers Etats membres, conduirait donc à une application plus générale de la loi de la banque.

A défaut d'electio juris, explicite ou implicite, le contrat est intégralement régi « par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle » (Article 5, Point 3). Dans ce cas, la loi de la banque n'est applicable dans aucune de ses dispositions. Mais cette règle pourrait disparaître à l'occasion du reformatage de la Convention de Rome, car on s'est aperçu qu'elle pouvait avoir pour effet pervers de désavantager le consommateur si la loi de la banque (ou du fournisseur en général), qui aurait été applicable en vertu de l'Article 4 de la convention, lui est plus favorable que celle de sa résidence habituelle (398).

419 – Distinction fond/forme. Au regard de l'ensemble de ces dispositions, peut apparaître la question de savoir si la règle litigieuse touche au fond ou à la forme. La question sera pertinente pour les dispositions non impératives de la loi du consommateur dans l'hypothèse où une loi a été choisie : si la question est de forme, la loi de la résidence habituelle du consommateur sera appliquée ; si la question est de fond, la loi choisie par les parties sera appliquée. On conviendra qu'une telle distinction n'est pas facile à mettre en œuvre en matière de contrats de prêt.

(398)– par ex. les réflexions du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) Rome 15-17 juin 2000.

2

Le domaine d'application de la protection de l'Article 5.

420 – Domaine matériel de l'Article 5. Contrairement à l'Article 15 du Règlement « Bruxelles 1 » en matière de compétence, qui envisage tous les contrats sauf le contrat de transport, l'Article 5 de la Convention de Rome conserve à ce jour encore d'importantes limites à son domaine matériel.

La protection du consommateur au titre de l'Article 5 de la Convention de Rome s'applique au prêt « destiné au financement » d'un contrat « ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services » (Article 5, Point 1). Tout contrat de crédit qui mentionne donc ce but relève du champ d'application de l'Article 5, point 1. En revanche, le prêt immobilier n'est pas visé à l'Article 5 et ne semble pas pouvoir entrer dans son champ d'application (399). Pour le prêt immobilier, l'Article 7 redevient donc le vecteur normal de l'application des lois de police (400). Toutefois, la réforme de la Convention de Rome pourrait élargir le champ d'application de ce texte en incluant les contrats immobiliers (401).

421 – Contrats de financement sans affectation. La question est plus délicate pour les contrats de financement sans affectation expressément définie. Il semble que les auteurs optent, en général, pour une exclusion de ces contrats du champ de l'Article 5 (402). En visant expressément les contrats de financement liés, les rédacteurs de la Convention auraient volontairement limité le jeu de l'Article 5. Par ailleurs, l'inclusion des contrats de financement dans la catégorie des contrats de service serait artificielle et aurait pour effet de rendre inutile la précision de l'Article 5 concernant les contrats de financement (403).

Seuls les contrats de financement liés seraient donc inclus dans le domaine d'application de l'Article 5 de la Convention de Rome. Pourtant, on peut adopter une autre interprétation. En effet, le texte n'exclut formellement que les contrats de transport.

(399)– En ce sens, TGI Strasbourg 2 Avril 2001 : D. 2002, Somm., p. 2935, obs J. Franck : v. J. Morel-Maroger, Thèse précitée, p. 194.

(400)– M. Jacquet, *opcit*, p. 4, n° 34.

(401)– Cf. Proposition du GEDIP en ce sens, Rome, 15-17 Septembre 2000.

(402)– V. les références citées par J.M. Jacquet, *opcit*, p. 4, n° 24.

(403)– A. Burnside, in *La Convention de Rome, préc.* : Banque et Droit, Hors série, 1993, p. 19.

422 – Au contraire, il vise expressément les contrats de service sans en délimiter la notion. Les opérations de financement ne sont-elles pas en mesure de rentrer dans la qualification « contrat de service » ? Les directives concernant les services bancaires ont pour fondement la mise en œuvre de la libre prestation de services et font donc entrer dans leur champ d'application les contrats de financement. De son côté, la CJCE a défini très clairement les opérations de prêt consenties par les banques comme des « prestations de services » (404). En France, l'Article L. 311 -1 du Code monétaire et financier, qui définit les opérations de banque, est placé dans un livre de ce Code consacré aux services (405).

Au total, les contrats de financement non affectés semblent donc pouvoir entrer dans le champ d'application de l'Article 5 à titre de contrats de service.

On pourrait imaginer que, pour contourner l'exclusion de l'Article 5 dans un contrat de financement immobilier, ce contrat omette de mentionner l'opération financée, conduisant ainsi à la qualification de « contrat de prêt sans affectation » au lieu de « contrat de prêt immobilier ». La fraude serait difficile à prouver. Mais cette hypothèse serait rare en pratique, car elle n'est pas de l'intérêt du banquier, suppose un consommateur particulièrement averti et présente, par exemple, le risque de rendre nulle la clause d'indexation immobilière.

423 – Domaine personnel de l'Article 5. L'Article 5 ne vient au secours que du consommateur digne de protection. Deux qualités cumulatives doivent donc être satisfaites par celui qui prétend invoquer le texte.

En premier lieu, s'agit-il d'un consommateur ? La Convention de Rome (Art. 5, Point 1) adopte une définition du consommateur identique à celle de l'Article 15, point 1, du Règlement 44/2001 : est visée la personne contractant « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

(404)– Notamment CJCE 9 Juillet 1997, SCI Parodi, aff. C-222/95 ; Rec. 1-3899, pt 8 : « l'opération qui consiste, pour une banque établie dans un Etat membre, à accorder un prêt hypothécaire à un emprunteur établi dans un autre Etat membre constitue nécessairement une prestation de services liée à un mouvement de capital au sens de l'Article 61. § 2 du traité ».

(405)– Sur l'ensemble de la question, v J. Morel-Maroger, opcit. p 192 sq.

424 – En second lieu, ce consommateur est-il digne de protection ? Pour définir les consommateurs qui bénéficient d'une protection particulière dans les transactions transfrontières et ceux qui en sont exclus, la Convention de Rome se place du point de vue du consommateur en refusant la protection au « consommateur actif » : celui qui aura sciemment pris le risque de contracter à l'étranger. En cela, le raisonnement diffère de celui adopté à l'Article 15, point 1, du Règlement 44/2001 qui analyse désormais le comportement du seul professionnel.

425 – En l'état actuel du droit, tout dépend à la fois du lieu d'exécution du contrat et des circonstances dans lesquelles il a été conclu. Pour déterminer si un contrat entre ou non dans le champ d'application de l'Article 5, il convient toujours de procéder à une localisation dans l'espace des actes tels qu'une publicité, la signature d'un contrat, la réception d'une commande. En effet, l'application de la loi du pays de la résidence du consommateur n'est admise que si « la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat » ou « si le contractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ».

En outre, si les « services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre » que celui de sa résidence habituelle, la protection de l'Article 5 ne jouera pas (Art. 5, point 4).

426 – Enfin, il est important de noter que les règles matérielles de protection des consommateurs pourraient, quelle que soit la loi applicable, être évincées s'il en résultait une entrave au libre commerce intra-communautaire (en l'occurrence la libre circulation des services bancaires) non justifiée au regard du Traité CE (406). On reconnaîtrait ainsi aux dispositions communautaires un rôle conflictuel indirect (407). Ce rôle n'en demeure pas moins contesté par une partie de la doctrine (408).

(406)– J-P. Mattout, *opcit*, p 17.

(407)– V. notamment M. Fallon, *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A Fuchs, H Muir Watt, E Pataut (dir.), Dalloz, 2004, p. 31, autres réf. chez P. Vareilles-Sommières, *préc.* p 795, note 33.

(408)– Pour une critique du phénomène. v V. Heuzé ; *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, *opcit*, p. 393 sq.

427 – Le reformatage de la Convention de Rome pourra être l'occasion d'une refonte de son Article 5 pour l'harmoniser avec le Règlement 44/2001. C'est l'une des principales questions abordées par la Commission dans son Livre Vert (409).

B

La réforme de l'Article 5

428 – Nécessité d'une réforme. Comme le souligne la Commission (410), il existe et existera toujours des situations dans lesquelles une partie faible ne bénéficie pas, en raison des circonstances particulières de l'espèce, des règles protectrices de la Convention. Le consommateur « mobile » n'est pas protégé contre l'application de la loi d'un Etat tiers. Par exemple, lorsque le consommateur portugais se déplace en Belgique pour y conclure un contrat de financement, aucune disposition de la Convention de Rome n'interdit à la banque Belge de soumettre le contrat à la loi d'un pays non européen qui ne connaît aucune règle relative à la protection des consommateurs. Cette solution est particulièrement choquante lorsque les contractants sont, tous deux, « ressortissants » communautaires. La situation du consommateur est encore aggravée lorsque la jurisprudence lui refuse également le bénéfice des lois de police, comme c'est arrivé en Allemagne (411). Par ailleurs, les critères retenus par l'Article 5 de la Convention de Rome ne semblent plus adaptés au développement de nouvelles techniques de commercialisation à distance et ne sont plus en harmonie avec la solution retenue par le Règlement 44/2001 dans son Article 15. Du reste, l'Autriche avait fait une déclaration spéciale lors de son adhésion à la Convention de Rome, dans laquelle elle évoquait l'intérêt de procéder à l'examen de l'article 5 dans un avenir proche (412).

(409)– Question 12 ; Evaluation des règles relatives à la protection du consommateur.

(410)– Livre Vert, p 20, point 3.1.2.1.

(411)– Livre vert, p. 31, n° 3.2.7.2 : BGH 19 Mars 1997, aff. Grande Canarie, Rev. Crit. Dr. Int. Priv. 1998, p. 610, note P. Lagarde.

(412)– Rapport explicatif sur la Convention relative à l'adhésion de l'Autriche, la Finlande et la Suède à la Convention de Rome : JOCE C-191 du 23 Juin 1997, p 11 sq.

429 – Remèdes envisageables (413). La problématique dépasse très largement le seul domaine des contrats de prêt, puisque lesdites règles ont vocation à s'appliquer à la plupart des contrats internationaux. Mais les contrats de prêt sont bien évidemment inclus dans le débat.

Après avoir rappelé la nécessité de concilier protection du consommateur, équilibre des intérêts des parties, clarté, généralité et prévisibilité des solutions, la Commission présente différentes pistes de réflexion.

430 – La première possibilité consisterait à mettre en place une « clause de standard communautaire minimum ». La solution consisterait à maintenir la situation actuelle tout en introduisant une clause pour garantir l'application du standard minimum communautaire lorsque tous, voire certains éléments particulièrement significatifs du contrat sont localisés dans la Communauté.

431 – Ainsi, lorsqu'une directive exige le respect de règles minimales, les parties ne sauraient s'y soustraire par le jeu des règles de conflit de lois, en choisissant la loi d'un Etat tiers pour les contrats purement internes à la Communauté. Il est suggéré de rédiger une clause en des termes suivants : « Le choix par les parties de la loi d'un Etat tiers ne peut, lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la conclusion du contrat, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte à l'application de dispositions impératives du droit communautaire » (414).

432 – Selon la Commission, cette solution permettrait de remédier aux situations dans lesquelles le manque de protection d'un consommateur communautaire est le plus criant. Toutefois, si une telle clause énonce que le contenu de certaines dispositions de droit communautaire doit être respecté, elle ne se prononce pas pour autant sur la loi applicable.

(413)– Livret Vert, p. 21, point 3.1.2.2.

(414)– On relèvera, avec la Commission (Livre Vert, *ibid.*), que l'actuel Article 3, point 3, de la Convention de Rome précise déjà que « lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un seul pays », le choix par les parties d'une loi étrangère ne peut porter atteinte aux dispositions impératives de ce pays.

433 – Cette solution relèverait donc d'un mécanisme très différent de celui des règles de conflit de lois et certains pensent qu'elle devrait revêtir un caractère exceptionnel. Surtout, les directives communautaires ne couvrent pas encore tous les aspects du droit de la consommation ; la protection via le droit national reste donc importante.

434 – La seconde possibilité serait d'attendre et de simplifier les conditions d'application de l'Article 5. Ici plusieurs solutions sont envisageables :

1. Maintien de la solution actuelle, en modifiant ses conditions d'application pour y inclure le consommateur mobile (ainsi qu'éventuellement les types de contrats actuellement exclus) : on pourrait considérer que la solution actuelle est satisfaisante en son principe et qu'il suffirait d'élargir son champ d'application (cf. point 5, infra).
 2. Généralisation des Articles 3 et 4 de la Convention, conduisant à l'application de la loi du pays dans lequel le professionnel est établi, en contrepartie d'une application généralisée des règles impératives de l'Etat du domicile du consommateur. Le « Groupe européen de droit international privé » propose d'appliquer les Articles 3 et 4 de la Convention aux contrats de consommation, en combinaison avec une extension de la règle actuellement prévue à l'Article 5 § 2. En pratique, ceci signifierait que le contrat de consommation serait régi par la loi du pays dans lequel le professionnel est établi – que les parties aient, ou non, choisi cette loi –, mais que le juge appliquerait toujours les règles impératives de protection de la loi du domicile du consommateur. Cette solution présenterait l'avantage d'introduire une plus grande prévisibilité du droit applicable pour le fournisseur. Pour augmenter encore sa prévisibilité, cette solution pourrait être complétée par une disposition prévoyant que l'application des règles impératives de la loi du domicile du consommateur intervient sous réserve que le fournisseur ait effectivement été en mesure de connaître ce domicile (cf. point 6). En revanche, cette solution augmenterait les cas de dépeçage et il conviendra d'évaluer les difficultés que ce procédé pourrait causer dans la pratique.
-

3. Les solutions 1 et 2 requièrent l'identification des « dispositions impératives » de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Il a été proposé que, dans les matières harmonisées au niveau communautaire, les règles de protection du consommateur en vigueur dans la loi choisie par les parties (en général, celle du pays d'établissement du professionnel) devraient s'appliquer ; les « dispositions impératives » de la loi de la résidence habituelle du consommateur écarteraient la loi choisie uniquement lorsqu'il n'existe pas d'harmonisation communautaire.
 4. Application systématique de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Cette solution se caractériserait par sa clarté et éviterait le recours au dépeçage du contrat. Elle contribuerait ainsi à une meilleure sécurité juridique et permettrait l'accélération et la diminution des coûts d'éventuelles procédures judiciaires ; en ceci, elle présenterait des avantages pour les deux parties. Là encore il conviendrait de s'interroger sur les conditions d'application d'une telle règle (cf. point 5).
 5. Dans le cadre des options 1, 2 et 4 il faudra toujours s'interroger sur la définition des consommateurs dignes de protection. Aussi le futur instrument « Rome I » pourrait-il s'inspirer de l'Article 15 du règlement « Bruxelles I » qui, pour décider si un consommateur bénéficie des règles protectrices, pose une double condition : d'une part, le professionnel doit avoir dirigé ses activités vers l'Etat du domicile du consommateur et, d'autre part, il est nécessaire qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, dans le cadre de ces activités. A cette occasion, on pourrait également réfléchir sur l'opportunité d'introduire une définition communautaire de l'expression « diriger ses activités » vers un autre Etat, définition qui pourrait consister, par exemple, en un faisceau d'indices.
 6. L'introduction d'éléments relevant de la théorie de l'apparence pourrait faire partie intégrante de la solution 5, toujours dans l'objectif de préciser les conditions d'application des dispositions protectrices du consommateur. Un futur instrument pourrait prévoir que le facteur du lieu de résidence du consommateur ne serait pertinent que dans la mesure où il était connu du fournisseur, ou aurait dû être connu de celui-ci compte tenu de l'attitude du consommateur.
-

Ainsi, le fournisseur serait protégé contre l'application d'une loi étrangère si le consommateur ne lui a pas fourni d'élément permettant de connaître le pays – mais non nécessairement l'adresse exacte – de sa résidence, étant entendu qu'il appartient au fournisseur d'offrir au consommateur la possibilité de le faire (415).

7. Une tout autre approche consisterait à ne plus s'interroger sur le point de savoir si un consommateur mérite ou non une protection particulière, mais à disposer d'une règle unique pour tous les consommateurs. Ainsi il est envisageable d'admettre pour tous les contrats de consommation le choix d'une loi autre que celle de la résidence habituelle du consommateur. En contrepartie, le choix serait très réduit car limité à la loi du pays où le professionnel est établi. La validité d'un tel choix serait alors soumise à la condition que le professionnel rapporte la preuve que le consommateur a fait un choix éclairé après avoir été préalablement informé de tous les droits et obligations résultant pour lui de l'application de cette loi (droit de rétractation, échange du produit, durée et conditions de la garantie, etc.). Si cette preuve n'est pas rapportée, le juge appliquerait soit la loi du consommateur, soit les dispositions impératives de cette loi. Une telle solution, dans la mesure où elle se justifierait par l'existence d'un standard minimum communautaire de protection du consommateur, ne saurait bien évidemment s'appliquer que lorsque le professionnel est domicilié dans un Etat membre. Le professionnel non communautaire, en contrepartie du choix d'une loi autre que celle du consommateur, continuerait à se voir appliquer les dispositions impératives de celle-ci et à devoir accepter le morcellement du contrat.

Paragraphe II

Les lois de police

435 – Mécanisme général. Au-delà de l'Article 5 protégeant spécifiquement certains consommateurs, l'Article 7 instaure le mécanisme plus général des lois de police, définies comme des dispositions impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent sont appliquées à des situations déterminées quelle que soit la loi régissant le contrat.

(415)– Pour un contrat conclu via Internet, par exemple, il appartient au professionnel de s'assurer que son formulaire standard lui permet d'identifier le lieu de résidence du consommateur.

Le juge de ce pays doit les appliquer lorsqu'elles régissent la situation dont il est saisi (Art. 7, point 2). Quant aux juges des autres Etats, ils peuvent également leur donner effet, à certaines conditions (Art. 7, point 2) (416).

436 – Détermination des lois de polices. L'Article 7 ne donne pas d'énumération des lois de police ; chaque juge doit interroger son propre système juridique pour savoir si telle ou telle disposition est ou non une loi de police. Les contrats de prêt n'échappent pas, loin s'en faut, à cette problématique. Par exemple, les règles relatives à l'information du consommateur sont incontestablement impératives en droit interne. Ont-elles pour autant un caractère internationalement impératif ? La question est la même pour les conditions de forme relatives à la stipulation d'intérêts dans toute convention de crédit (exigence d'un écrit, TEG) contractée avec un consommateur ou un professionnel. L'impérativité de telles règles ne fait aucun doute en droit interne, mais leur caractère internationalement impératif peut être discuté (417). Les règles relatives à l'usure, qui ne sont pas cantonnées aux crédits destinés aux consommateurs, relèvent de l'ordre public en droit interne. Ici se pose la question de la loi applicable. Il semblerait souhaitable que la *lex monetae* régisse l'usure car le taux de l'usure ne peut être déconnecté du taux de refinancement (418). Mais, le taux d'intérêt étant un élément essentiel du contrat, la *lex monetae* ne semble pouvoir intervenir qu'en tant que loi de police. C'est du moins la solution la plus communément admise (419).

437 – S'agissant en revanche des règles relatives aux indexations, si une doctrine minoritaire estime qu'elles devraient s'appliquer aux contrats internationaux, la jurisprudence et la doctrine dominante jugent le contraire. Elles doivent être limitées aux contrats internes, ce qui par conséquent, exclut leur qualification de loi de police (420).

(416)– Mayer, Rapport de synthèse, in La Convention de Rome, préc. Banque et Droit. Hors série. 1993, p. 47.

(417)– J. Morel-Maroger, *opcit.*, p. 284.

(418)– En ce sens, J.-P. Mattout, La rémunération du crédit, Approche de droit comparé, doc. Groupe d'Etude, p. 11, avec références ; J. Stoufflet, *opcit.*, n° 122 ; comp J.-P. Mattout, Droit bancaire international, préc. p. 22. N° 20. Ainsi il a été jugé (CA Paris 9 Juin 1983 ; Rev. arb. 1983, p. 497, note P. Fouchard) que le taux n'est pas illicite quoique supérieur au taux maximum autorisé par le législateur français, dès lors « qu'il n'est pas démontré, ni même allégué, que le dépassement dont il s'agit rendrait ce taux conventionnel supérieur à ceux pratiqués dans les pays étrangers concernés ».

(419)– V. J.M. Jacquet, *opcit.*, N° 21 sq., p. 3 ; P. Mayer, *opcit.*, loc.cit. ; J. Stoufflet, *opcit.*, n° 122.

(420)– J. Morel-Maroger, *opcit.*, p. 267 sq.

438 – Articulation des Articles 5 et 7 de la Convention de Rome. Il existe une hésitation sur la combinaison à effectuer entre les dispositions impératives de l'Article 5 et celles de l'Article 7. L'article 5 serait une application spéciale de l'Article 7 car les deux textes ont la même fonction : écarter la loi normalement applicable (421). En conséquence, lorsque les conditions de l'Article 5 ne sont pas réunies, l'Article 7 ne pourrait pas non plus jouer. Cette interprétation a pour effet de priver le consommateur mobile, déjà dépourvu de la protection des règles de l'Article 5, du « jeu de la soupape de sécurité que sont les lois de Police » (422). Si la jurisprudence allemande y a adhéré (423) tout comme la jurisprudence française (424), cette position est critiquée par une importante partie de la doctrine (425).

Le futur Règlement « Rome I » pourrait préciser que les domaines d'application de ces deux Articles ne sont pas identiques.

(421)– Par exemple P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *Rev. Crit. Dr. Int. priv.* 1991, p. 316.

(422)– A. Sinay-Cytermann, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *Le droit international privé, esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, préc., p. 737, 747.

(423)– BGH 19 Mars, 1997, affaire Grande Canarie, (VIII ZR 316/96) : *Rev. Crit. Dr. Int Priv.* 1998, p. 610, note P. Lagarde. Dans cette espèce des touristes allemands en séjour en Espagne y avaient signé, dans des conditions douteuses, des contrats portant sur un droit d'utilisation à temps partiel de logement de vacances. Les contrats étaient soumis à la loi de l'île de Man ou à la loi espagnole et comportaient une clause par laquelle l'acquéreur s'interdisait toute rétractation du consentement. De retour en Allemagne certains touristes souhaitent, néanmoins, bénéficier du droit de rétractation prévu par le droit allemand. Ne pouvant bénéficier, en tant que consommateurs « mobiles », des dispositions protectrices de l'Article 5, les tribunaux inférieurs ont argué que le droit de rétractation du droit allemand était une loi de police au sens de l'Article 7 point 2, de la Convention. Cette argumentation a été rejetée par la Cour suprême au motif que la loi allemande ne pourrait trouver application sur la base de l'Article 7 que si les conditions de lien avec le territoire prévues par l'Article 5, point 2, pour les contrats régis par cet article étaient remplies. Il convient de noter qu'aujourd'hui la protection des consommateurs dans un tel cas d'espèce, est assurée par des directives communautaires sectorielles.

(424)– Cass. 1^{er} Civ. 19 Octobre 1999, Mme Moquin c/ Deutsche Bank et autre : *Bull. Civ I*, n° 280, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 2000, p. 20, note P. Lagarde. « Il résulte de la distinction même établie par les Articles 5 et 7 que cette Convention de Rome ne range pas parmi les lois de police les lois destinées à la protection des consommateurs ».

(425)– V. Notamment A. Burin de la Rivassière, op. cit. p. 19 ; M.L. Niboyet, *Contrats internationaux*, *Jcl. Droit international*, Fasc. 552-10, n° 18, p. 14. qui considère que si le juge compétent n'est pas celui de la résidence habituelle du consommateur, il doit pouvoir appliquer au titre de l'Article 7 de la Convention de Rome une loi de police du for ; également L. Bernardeau, *Droit international privé et services financiers de détail – 2^{ème} partie les conflits de lois* : *Euredia* 2003/1, p. 106 sq., suggérant que, dans le prolongement de l'arrêt Ingmar, les dispositions protectrices des consommateurs devraient être considérées comme des lois de police « quitte à porter atteinte à l'unité fonctionnelle des règles communautaires et conventionnelles de droit international privé ». Egalement par une partie de la doctrine allemande, cf. par ex. les réf. citées par le BGH 19 Mars 1997, préc.

439 – L'Article 5 désigne une loi objectivement applicable (dans les circonstances qu'il définit) dont les dispositions protectrices impératives au sens du droit interne doivent être respectées. Mais cet Article n'interfère pas avec le jeu d'éventuelles lois de police, prévu à l'Article 7, en faveur des lois qui regardent leurs dispositions comme internationalement impératives et qui peuvent ainsi venir apporter une protection complémentaire lorsque leurs conditions d'application dans l'espace sont satisfaites (426).

440 – Selon la Commission, le futur instrument « Rome I » pourrait donc proposer une définition du concept de lois de police, définition qui pourrait s'inspirer de la jurisprudence Arblade de la Cour de justice (427) selon laquelle la loi de police est « une disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».

Paragraphe III

Les règles communautaires internationalement impératives protégeant les consommateurs.

441 – Directives sectorielles. La protection du consommateur passe aussi et surtout par des directives communautaires sectorielles, de plus en plus nombreuses, qui contiennent désormais des règles relatives à leur champ d'application pour éviter, précisément, que le simple choix d'une loi d'un Etat tiers ne permette aux parties de se soustraire à leur application. Concernant spécialement les contrats de financement, la directive 93/13/CE du 5 Avril 1993 sur les clauses abusives (428), pose dans son Article 6, § 2, que les « Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres ». La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur les services financiers à distance adopte une règle similaire (Art. 12, § 2) (429).

(426)– Livre Vert, p. 36, n° 3.2.8.3.

(427)– CJCE 23 Novembre 1999, aff. C-369/96 et C-374/96.

(428)– JOCE n° L 95 du 21 Avril 1993, p. 29.

(429)– JOCE n° L 271 du 9 Octobre 2002, p. 16.

442 – En revanche, les directives antérieures à la directive sur les clauses abusives de 1993, notamment la directive 85/577 du 20 Décembre 1985 sur la protection des consommateurs dans le cadre des contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et la directive 87/102/CEE du 22 Décembre 1986 sur le crédit à la consommation, ignorent une telle règle (430). Il est clair que ces dispositions de droit international privé ne visent pas, à proprement parler, à coordonner les systèmes juridiques mais plutôt à s'assurer de l'application du droit matériel communautaire. Le droit d'un pays tiers ne doit pas venir évincer l'application du droit harmonisé communautaire. Il ne s'agit donc pas de résoudre un conflit de lois, mais d'assurer l'effectivité des dispositions communautaires harmonisées dans la directive alors que la loi applicable au contrat serait la loi d'un Etat tiers à l'Union (431).

443 – Le problème est que ces dispositions communautaires de droit international privé, rédigées en des termes vagues, ne tiennent pas compte de l'existence de la Convention de Rome – en tout cas n'y font pas référence – et s'éloignent sensiblement de l'Article 5. Elles laissent place en outre à des transpositions et à des interprétations divergentes (432). Car seuls les textes nationaux pris en application de ces directives vont primer les règles de conflit de lois de la Convention de Rome.

444 – Lien étroit avec le territoire des Etats membres. En particulier, se pose la question de savoir dans quel cas on peut considérer que le contrat présente un « lien étroit » avec le territoire des Etats membres (433).

(430)– Ces dispositions relèvent donc, pour leur application dans l'espace, de l'Article 5 de la Convention de Rome, Cf. P Lagarde, note sous la loi (allemande) du 27 Juin 2000 relative aux contrats à distance ainsi qu'à d'autres questions du droit des consommateurs... : Rev. Crit. Dr. Int. Priv. 2000, p. 929 ; cet auteur, comme le GEDIP, considère ces disparités comme insatisfaisantes.

(431)– M. Fallon, Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive 93/13 du 5 Avril 1993 : Rev Europ. Dr. Consom. 1996, n° 1 3 ; J Morel-Maroger, op. cit . p. 210.

(432)– P. Lagarde, Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union Européenne, in Le Contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 511 sq., spéc., p. 517. Et sur l'ensemble de la question, E. Jayme et C. Kohler, L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome ; Rev. Crit. Dr. Int. Priv. 1995, spéc., p. 17.

(433)– Les directives connaissent d'ailleurs des variantes quant au rattachement territorial : territoire d'un des Etats membres, de la Communauté, voire aucune référence territoriale (Directive sur les contrats négociés à distance).

445 – Si l'on admet qu'il suffit que le consommateur y ait sa résidence habituelle, le domaine de ces règles communautaires d'application nécessaire est alors beaucoup plus large que celui prévu par l'Article 5 de la Convention de Rome (qui soumet l'application de la loi de la résidence du consommateur aux conditions étroites de son § 2). Trop étroit serait, en revanche, ce domaine si l'on considérait que le « lien étroit » était caractérisé « dans les termes prévus à l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles » (434). Une autre solution consisterait à considérer qu'il existe un « lien étroit » avec le territoire communautaire au sens de la directive dès lors que les règles de la Convention de Rome désigneraient comme applicable, à défaut de choix, la loi d'un Etat membre. Concrètement, cette loi serait, soit celle de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur dans l'hypothèse où le contrat rentre dans le cadre de l'Article 5, soit celle de l'Etat auquel mènent les rattachements prévus par l'Article 4 (435). Allant plus loin, on pourrait encore considérer que le « lien étroit » existe lorsque l'une des circonstances prévues à l'Article 5 est localisée sur le territoire d'un Etat membre, même s'il est autre que celui de la résidence habituelle du consommateur.

446 – Quoi qu'il en soit, cette solution n'a pas été retenue par les Etats de l'Union dans leurs lois de transposition des directives. Chacun a adopté une conception différente de la notion de lien étroit (436). Par conséquent, la solution du conflit de lois en matière de protection des consommateurs varie selon que le litige est porté dans tel ou tel Etat de l'Union européenne.

447 – Ce problème ne concerne que les normes protectrices communautaires ; en revanche, l'Article 5 de la Convention de Rome continue de régir le conflit des lois nationales de protection des consommateurs.

(434)– La CJCE a jugé, dans un arrêt rendu le 9 Septembre 2004 (Commission c/ Espagne, C-70/03, Rec. 2004), à propos de la transposition espagnole de la directive CEE 93/13 du 5 Avril 1993 concernant les clauses abusives, que « si la notion délibérément vague de lien étroit que le législateur communautaire a retenue peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis ».

(435)– Thèse de E. Jayme et C. Koher, préc., p 20 sq.

(436)– Favorable à cette thèse plus « fédéraliste », P Lagarde op. cit, p 523.

Pour un aperçu des législations nationales sur ce point, P. Lagarde, op, cit, p. 522. Pour la France et concernant la directive sur les clauses abusives, le législateur donne une définition proprement française du lien étroit : consommateur domicilié et contrat proposé, conclu et exécuté sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union.

448 – Si la dualité entre l'Article 5 de la Convention de Rome et les règles communautaires d'application impérative n'est pas éliminée à l'avenir, il a été proposé d'éviter au moins les divergences entre les règles d'application contenues dans les directives ; une unification par voie réglementaire de ces règles d'application apparaissant hautement souhaitable.

449 – Mais il serait encore préférable de réécrire l'Article 5 de la Convention de Rome, qui, sans perdre son caractère de règle de conflit universelle, fusionnerait la règle de conflit protectrice des consommateurs de droit commun et les règles d'applicabilité des directives, qu'il abrogerait en incorporant les objectifs. Il faudrait alors qu'à l'avenir le législateur communautaire se dispense d'énoncer de telles règles d'application immédiate. Cette solution aurait pour avantage de regrouper sous un même régime toutes les règles de protection des consommateurs en parachevant leur scission avec les dispositions générales sur les lois de police (Article 7) qui conserveraient leur logique propre (437).

450 – Cette scission serait limitée au droit de la consommation. Tout risque de démembrement progressif de la Convention de Rome – qui, de fait, pourrait ne pas s'arrêter là si d'autres préoccupations que la protection des consommateurs venaient à conduire les organes de Bruxelles à édicter de nouvelles normes communautaires d'application impérative peut être évité en insérant dans le nouveau texte une règle générale, par exemple un Article 3, point 3, rédigé en ces termes : « Le choix par les parties de la loi d'un pays tiers, assorti ou non de celui d'un tribunal d'un pays tiers, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte aux dispositions impératives qui trouvent leur origine dans des actes de la Communauté et qui sont applicables dans un Etat membre dont la loi aurait été applicable à défaut de choix (438).

(437)– P. Lagarde. note sous Loi allemande du 27 juin 2000 préc., spéc., p. 928 : En ce sens, également, GEDIP (Groupe Européen de droit international privé), Troisième commentaire consolidé des propositions de modification des Articles 1^{er}, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10 bis, 12, 13 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'Article 15 du règlement n° 44/2001/CE (Règlement « Bruxelles I »), Vienne, 2003, préc., pt. 14.

(438)– GEDIP, Proposition de modification des Articles 3, 5, 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980, et de l'Article 15 du règlement « Bruxelles I » et commentaire, Rome 15-17 Septembre 2000.

451 – Plus succinctement, le texte pourrait être libellé ainsi : « Le choix par les parties de la loi d'un Etat tiers ne peut, lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la conclusion du contrat, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire » (439).

Conclusion du Chapitre IV

452 – Certes, la réglementation communautaire (440) mise en œuvre pour protéger les consommateurs de crédit, notamment au regard des textes qui suivent :

- Directive n° 87/102/CEE, du 22 Décembre 1987, relative au crédit à la consommation (telle que modifiée par la dir. 90/88/CEE du 22 Février 1990).
- Directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
- Directive n° 97/7/CE du Parlement Européen et du Conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.
- Directive n° 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 Juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).
- Directive n° 2000/46/CD du Parlement Européen et du Conseil du 18 Septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements.
- Directive n° 2002/65/CE du 23 Septembre 2002, transposée en droit français avec l'Ordonnance n° 2005-648 du 6 Juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

Nous paraît, assez, consistante et non en contradiction avec le droit international privé classique ; Mais, chaque texte la composant en tant que loi de police étrangère n'a pas forcément priorité sur la loi désignée alors que la loi de police du for a une priorité obligatoire. Cette différence a la conséquence suivante en matière bancaire : si le texte communautaire est considéré, par exemple en Algérie, comme étranger, le juge Algérien

(439)– Livre Vert, n° 3.1.2.2.

(440)– Livre Vert, p. 34.

devra, toujours, appliquer la loi de police Algérienne. En revanche, si la loi applicable est Algérienne, il n'a pas l'obligation d'appliquer le texte communautaire.

453 – Cette application sera d'autant plus rare que ce dernier doit présenter des liens avec la situation issue du contrat.

Conclusion du Titre II

454 – En guise de conclusion aux 4 Chapitres de ce titre, on rappellera qu'en ce qui concerne le "domaine de la loi du contrat bancaire international", selon l'Article 10 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 "la loi de ce contrat" règle, principalement les difficultés suivantes : l'interprétation du contrat, l'exécution des obligations qu'il engendre, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai et enfin, les conséquences de la nullité du contrat.

455 – Quant la Convention de Rome telle qu'étudiée, elle est promise à un assez grand avenir parce qu'il est prévu dans les protocoles annexes que les Etats qui entrèrent dans la Communauté Economique Européenne seront invités à y adhérer (441).

Déjà elle joue un certain rôle de loi modèle parce que des Etats qui sont extérieurs à la Communauté comme la Finlande, l'ont trouvée convenable et ont adopté des lois internes qui en sont la reproduction quasi intégrale.

456 – En outre, elle demeure un point de passage obligé dans la détermination de la loi applicable aux contrats conclus par la succursale d'un établissement de crédit communautaire ou par ce dernier agissant en libre prestation de services (442), bien que sa complexité soit accrue en raison des dispositions de la directive du 20 Mars 2000 (443) qui, tout en ne comportant pas de principe spécifique permettant de désigner la loi applicable aux contrats bancaires internationaux, autorise les Etats membres à imposer leur législation édictée pour des raisons d'intérêt général.

(441)– B. Sousi-Roubi, Rev. Dr. Bancaire et Bourse n° 20, Juillet/Août 1990. 155, spéc. p. 158, précitée.

(442)– V. aussi, Sousi-Roubi, « La Convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires », Art. préc., spéc. p. 189 ; Communication interprétative de la Commission « Liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire », JOCE n° C 209/6 du 10 Juillet 1997.

(443)– V. les 16° et 17° considérants ainsi que les Articles 20, 4 et 22,5 et 11, de la directive du 20 Mars 2000.

Conclusion de la Première Partie.

457 – Au cours de notre étude si difficile de la loi applicable aux contrats bancaires, nous avons pu constater que la volonté des parties est la clef de la solution du problème des conflits de lois en matière contractuelle et le principe intangible et communément admis par toutes les législations, que la doctrine bancaire a affirmé la compétence de principe de la loi de la banque en tant que la loi du contrat parce que le recours à une organisation économique et technique implique pour des raisons de nécessité, la soumission à la loi qui régit cette organisation. Il est techniquement et économiquement impossible de soustraire une convention bancaire à la loi de la banque. La nécessité d'une localisation objective excluant tout rattachement fictif, l'intervention des pouvoirs publics dans la profession bancaire et dans la réglementation des opérations de banque, en raison du pouvoir monétaire dont disposent les banques, rapprochent les raisons qui fondent la compétence de la loi de la banque.

458 – La loi de la banque intervient comme loi d'autonomie par application des principes de solutions générales de conflits de lois en matière bancaire, parce que tous les indices se regroupent pour sa désignation. Elle reçoit compétence chaque fois qu'elle a fait l'objet d'une désignation expresse.

Aussi, elle jouit non seulement, en tant que loi de police et de sûreté du for, dans certains crédits par caisse, courants, d'une situation de faveur que justifie l'intérêt porté par les pouvoirs publics à la distribution du crédit par les banques eu égard à leur incidence sur l'équilibre économique et monétaire, mais aussi en tant que loi de police étrangère. Les tribunaux ne sont pas hostiles à l'application des lois de change étrangères, en raison de la solidarité monétaire internationale. Cependant, elle trouve notamment en matière de crédits par signature, sa limite dans la loi uniforme, surtout dans les règles et usances, "la *lex mercatoria*" autonome traduisant mieux que le droit étatique les besoins de la société financière internationale.

Elle est écartée aussi au profit de la loi d'autonomie dans les crédits financiers internationaux "sur mesure".

459 – Enfin, elle régit le contrat bancaire [se situant au carrefour de règles où sont impliquées une diversité de disciplines juridiques : régimes matrimoniaux, incapacité, droit de la faillite, droit des sociétés, droit des sûretés, droit des successions] quant à sa formation et ses effets, à titre de “lex contractus”, bien entendu en tant que “loi d’autonomie” si elle est choisie par les parties. Les exceptions prévues à propos de la capacité de contracter et de l’application de la règle “locus regit actum” ont un domaine bien limité.

460 – Cependant, certains intérêts peuvent venir contrarier le choix de la loi de la banque comme loi du contrat. Les uns sont particuliers : il s’agit alors de défendre la partie faible. C’est le cas des contrats conclus avec les consommateurs notamment le contrat bancaire de prêt. D’autres sont généraux : il s’agit alors de tenir compte de l’intérêt collectif qui se traduit essentiellement par la prise en considération des lois de police. En outre, l’application de la Convention de Rome aboutit parfois à exclure la loi de la banque.

461 – Par conséquent, quelque peu battue en brèche en droit positif, la règle de conflit risque de l’être davantage encore avec l’application actuelle ou éventuelle de certaines méthodes ou théories modernes du droit international privé : lois de police, unilatéralisme, méthode de la “proper law” (444).

462 – En outre, en ce qui concerne les lois de police, une disposition est de nature à susciter quelques inquiétudes quant à la “neutralité de la règle de conflit”. Il s’agit de l’Article 7 de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 (445).

Aux termes de ce texte :

« 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, 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 ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur

(444)– V. M. Y. Loussouarn, « La règle de conflit », Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Année 1980-1981, Tome 2, p. 43 et s.

(445)– Loussouarn – Bourel, *opcit*, p. 493.

objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application ».

463 – Une telle disposition fait à peu près complètement table rase de la “neutralité de la règle de conflit”. Elle envisage, en effet, le délicat problème de la prise en considération des lois de police étrangères. On sait que l’unilatéralisme des lois de police est aujourd’hui très contesté et que l’on s’interroge sur le point de savoir si le juge doit ou peut, le cas échéant, tenir compte des lois de police étrangères. La réponse affirmative prévaut, dans le sens d’une obligation, lorsque la loi de police étrangère émane du pays dont la loi est applicable au contrat. C’est ce qu’avait, sans le dire, expressément, admis la Cour de Cassation en 1966 dans l’affaire de la Royal Dutch, à cette variante près qu’il s’agissait non d’un contrat, mais d’une société. Les hésitations sont en revanche bien plus fortes lorsque le contrat relève de la loi d’un pays différent de celui d’où émane la loi de police en question. Le problème s’est posé pour les executive orders du Président Carter gelant les avoirs du Gouvernement Iranien dans les succursales et filiales françaises des banques américaines. Il semble que pour le résoudre on puisse se référer à une règle qui semble acquérir une certaine fermeté : le juge français doit tenir compte, pour refuser la restitution, de la loi de police étrangère lorsque le dépôt relève de la loi des Etats-Unis ; mais quid s’il relève d’une autre loi, en particulier, de la loi française ?.

464 – C’est à cette dernière hypothèse que se réfère à titre général l’Article 7 de la Convention de Rome. Cette dernière a le mérite de poser le problème et de donner quelques directives pour le résoudre. Mais elle répudie toute idée de neutralité. La solution dépend, essentiellement, du problème de fond et l’attention du juge, bien loin d’en être détournée est attirée vers la constatation de ce lien. En effet, pour prendre sa décision, il doit tenir compte tout à la fois de la nature et de l’objet des dispositions impératives en question ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

C'est donc la teneur matérielle de la loi et le résultat auquel aboutirait son application qui dictent la question de savoir si le juge doit ou non tenir compte des lois de police étrangères.

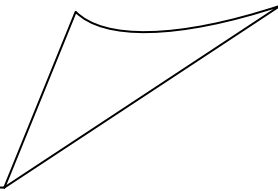
465 – Il s'agit donc, compte-tenu du caractère flou et imprécis des directives, d'un véritable blanc-seing donné au juge et, en tout état de cause, d'une grave atteinte à la neutralité de la règle de conflit déjà risquant d'être battue en brèche plus encore avec l'application des **méthodes concurrentes actuelles** que nous allons aborder à la **deuxième partie suivante**.

Deuxième Partie

Contrats bancaires internationaux

et

méthodes concurrentes.



Deuxième Partie.

Contrats bancaires internationaux et méthodes concurrentes.

466 – L’appréhension des contrats bancaires de banque sous l’angle des méthodes concurrentes part du constat désormais classique des défauts inhérents à la méthode conflictuelle. Pour l’essentiel, ce sont les résultats auxquels conduit sa mise en œuvre qui créent l’essentiel de ces inconvénients (446).

467 – Le premier reproche qu’on peut lui adresser est de conduire à un excès d’internationalisme. La règle de conflit neutre et abstraite se soucie peu du résultat concret à laquelle elle conduit. En matière bancaire, il a déjà été souligné à quel point le rôle central dans l’économie de l’activité bancaire est un domaine particulièrement sensible pour l’Etat, qui réglemente souvent ces aspects de manière impérative. De plus, la règle de conflit traditionnelle ne peut guère intégrer la volonté de plus en plus marquée des Etats d’assurer la protection de la partie faible dans les situations internationales. La protection du consommateur par une règle de conflit teintée d’objectifs matériels a donné l’occasion de montrer qu’elle n’est pas nécessairement la méthode la plus adaptée pour atteindre efficacement les objectifs qui lui sont assignés et se révèle mal adaptée pour assurer la prévisibilité des solutions et pour concilier protection du consommateur et libre exercice des activités bancaires au sein de l’Union Européenne. D’emblée, on peut observer que la “méthode des lois de police” convient mieux que la méthode conflictuelle pour maintenir et concilier ces intérêts très divers (**Titre I**).

468 – Ce n’est pas tout. Le second reproche que l’on peut relever contre la méthode conflictuelle est son incapacité à prendre en charge le particularisme des opérations du commerce international. Cette critique, généralement, adressée à la méthode conflictuelle se révèle, particulièrement, pertinente en matière bancaire. En effet, les banques mettent toujours au point des techniques propres à leurs activités internationales, créant ainsi un véritable droit matériel qui aspire rester à l’abri des contraintes étatiques et de l’application des lois internes peu adaptées aux besoins du commerce international (**Titre II**).

(446)– Juliette Morel – Maroger, « Les opérations de banque en DIP (Etudes de conflits de lois) », Thèse précitée, p. 248 et s.

Titre I

Contrats bancaires internationaux et lois de police.

469 – Si les Etats recourent à la méthode des lois de police, c'est parce qu'ils entendent assurer la protection d'intérêts jugés supérieurs à la volonté des parties dans les relations commerciales internationales (447). De fait, les lois de police assurent l'effectivité des normes étatiques en imposant aux contractants un comportement conforme à ces objectifs (448). Cette volonté de l'Etat se manifeste avec une particulière acuité en matière bancaire. En effet, les Etats sont intéressés de très près à la réglementation des opérations bancaires, et cela pour deux raisons essentielles.

470 – En premier lieu, les opérations bancaires participent à l'émission et la circulation de la monnaie et constituent un rouage essentiel de l'activité économique. La réglementation de la monnaie et du crédit a toujours relevé des prérogatives régaliennes de l'Etat, ce qui se traduit en droit international privé par le caractère internationalement impératif de cette réglementation. Même si une partie des prérogatives des Etats membres de l'Union européenne a fait l'objet de transferts de compétence au profit des autorités communautaires, ces dernières édictent des normes qui auront les mêmes caractéristiques que les dispositions du droit interne.

471 – En second lieu, le déséquilibre économique inhérent à la position des banques par rapport à celles de leurs clients a conduit l'Etat à intervenir dans la réglementation des contrats bancaires eux-mêmes. Cette intervention suit une logique consumériste qui vise à assurer la protection de la partie réputée faible dans le rapport contractuel.

472 – Malgré le caractère louable de ces intentions, le résultat obtenu n'est pas à l'abri de la critique. Comme il a été montré, précédemment, les dispositions de la Convention de Rome visant à assurer la protection des consommateurs ne sont pas les plus aptes pour régir les relations unissant les banques et leurs clients.

(447)– C. Seraglini, « Lois de police et justice arbitrale internationale », Dalloz 2000, préface Pierre Mayer, n° 9 et s.

(448)– Y. Lequette, « L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux », in L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier, Poitiers 24-25 Octobre 1985, PUF, 1986.185.

473 – Il faut, en effet, se souvenir que les règles de droit de type consumériste en matière de contrats bancaires visent le plus souvent l'ensemble des clients des banques, quelle que soit leur qualité, alors même que le cadre fixé par l'Article 5 de la Convention de Rome protège une catégorie unique de clients des banques, les consommateurs. La protection offerte par l'Article 5 est donc limitée. De plus, son champ d'application comporte de nombreuses incertitudes peu compatibles avec la prévisibilité des solutions. Enfin, l'Article 5 de la Convention de Rome se combine difficilement avec le droit communautaire, qu'il s'agisse des règles visant à permettre aux banques situées dans un pays de l'Union européenne de fournir leurs services librement dans l'ensemble des Etats membres, ou des règles communautaires visant à assurer la protection du consommateur. Face à ces difficultés, la méthode des lois de police présente d'incontestables avantages. Parmi ceux-ci, on soulignera la souplesse, qui permet de concilier des objectifs souvent divergents, et sa capacité à garantir la protection de l'ensemble des clients des banques (449).

474 – Ces avantages n'ont pas échappé aux rédacteurs de la Convention de Rome qui ont accordé une place importante à la méthode des lois de police. De fait, on sait que le célèbre Article 7 de la Convention de Rome a consacré cette méthode. Toutefois, cette reconnaissance ne concerne que le mécanisme d'intervention de cette méthode qui conduit à écarter la loi normalement applicable au contrat au profit de dispositions impératives du for ou étrangères. Le texte ne fournit ainsi qu'une analyse fonctionnelle des lois de police : il s'agit de règles impératives dont la volonté d'application est indépendante de leur désignation par une règle de conflit de lois. L'Article 7 ne définit donc pas les réglementations nationales susceptibles d'être qualifiées d'internationalement impératives et ne précise pas quels types de liens doit exister entre la situation juridique en cause et les dispositions impératives rendues applicables à titre de loi de police.

(449)– Contra, F. Leclerc, « La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois), Bruylant, Bruxelles 1995. L'auteur se prononce pour la protection de la partie faible par l'élaboration de règles de conflit de lois à caractère substantiel.

475 – L'Article 7 de la Convention de Rome laisse ainsi entières les difficultés traditionnellement attachées à la méthode des lois de police qui sont de les identifier et d'en fixer le champ d'application dans l'espace. C'est pourquoi, il faut œuvrer pour mieux identifier les lois de police susceptibles d'évincer la loi normalement applicable aux contrats bancaires internationaux (Chapitre I) avant de s'intéresser à leur mise en œuvre (Chapitre II).

Chapitre I

Identification des lois de police susceptibles d'évincer la loi normalement applicable aux contrats bancaires internationaux.

476 – Les lois de police posent en premier lieu le problème de leur identification (450), d'autant que dans la grande majorité des cas, le législateur qui les a édictées ne s'est pas prononcé sur leur nature.

Par conséquent, nous allons aborder dans une **Section Préliminaire : Le concept et le particularisme des lois de police**, dans une **Section I : L'identification des lois de police Algériennes**, dans une **Section II : L'identification des lois de police communautaires**.

(450)– Mayer, opcit, p. 102.

Section Préliminaire

Le concept et le particularisme des lois de police.

477 – Certes, l'existence des lois de police est admise en droit Algérien mais il faut remonter à sa source. Par conséquent, nous allons aborder le concept de lois de police, dans la Sous/Section I et à la Sous/Section II : Le particularisme des lois de police.

Sous/Section I

Le concept de lois de police.

478 – Tous les auteurs s'accordent à admettre l'existence des lois de police. Mais l'accord cesse lorsqu'il s'agit de découvrir un critère susceptible de permettre leur identification. La variété des critères proposés est telle qu'il est nécessaire de les regrouper. En dépit du caractère arbitraire de tout regroupement, il semble que le moins artificiel soit celui qui conduit à distinguer les critères formalistes (Paragraphe I), les critères tirés du caractère de la loi que nous appellerons critères techniques (Paragraphe II) et enfin les critères fondés sur la volonté du législateur ou critères finalistes (Paragraphe III)

Paragraphe I

Les critères formalistes.

479 – Ils peuvent revêtir deux formes :

1°) – Dans une première acception, une loi présente le caractère de loi de police lorsque le législateur qui l'a édictée a pris soin de déterminer lui-même son domaine d'application dans l'espace, ce qu'il fait à l'époque moderne plus souvent que par le passé, encore que les exemples de détermination expresse demeurent relativement rares. Lorsque le législateur prend soin de déterminer le domaine d'application dans l'espace de la loi qu'il édicte, il marque par là même le caractère impérieux qu'il attache à l'application de la loi du for, et en posant une délimitation sous la forme d'une règle unilatérale, manifeste sa volonté de ne pas en laisser l'application aux aléas de la règle de conflit.

Sous cette présentation générale le critère ne résiste pas à l'examen, car il repose sur une interprétation divinatoire de la volonté du législateur.

Ce n'est pas parce qu'il a pris soin de délimiter le champ d'application dans l'espace de sa propre loi que le législateur a ipso facto entendu l'ériger en loi de police. Si l'on pose une telle présomption et, surtout si l'on fait une présomption irréfragable, on risque d'aboutir à des résultats absurdes, ce qui est malheureusement souvent l'apanage des critères formalistes, ainsi que le révèlent deux exemples tirés du droit français :

480 – a) On sait que l'Article 3 du Code Civil Français est le seul texte général, encore que très incomplet, à partir duquel la théorie des conflits de lois a été élaborée. Le libellé de ce texte est le suivant :

« Al. 1 : Les lois de police est de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Al. 2 : Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Al. 3 : Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger » ?

L'Alinéa 1 de cet Article a été repris par l'Article 5 du Code Civil Algérien.

Si l'on applique à la lettre le critère formaliste sus-énoncé, les trois catégories de lois visées par les trois alinéas de l'Article 3 sont des lois de police. En effet, dans les trois cas, il y a détermination, par une disposition expresse, du champ d'application de la loi dans l'espace. Dans les trois cas cette délimitation est faite par une règle qui est apparemment unilatérale. Au surplus, dans l'Article 3 du Code Civil, le législateur ne s'exprime pas en termes de conflits de lois.

Or il est manifeste que les rédacteurs du Code Civil n'ont jamais entendu recouvrir les différentes lois visées par l'Article 3 du manteau uniforme de lois de police. La meilleure preuve en est que, même si l'on reste sur le terrain de l'exégèse, ils ont nommément visé les lois de police et de sûreté dans l'Alinéa premier, ce qui implique a contrario que lesdites lois ne sauraient recouvrir en outre l'ensemble des matières prévues par les Alinéa 2 et 3.

481 – b) Un autre exemple plus récent est fourni par l'Article 3 de la loi du 24 Juillet 1966 portant réforme du droit français des sociétés commerciales. Aux termes de cet

Article : « Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française.

Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société, si son siège réel est situé en un autre lieu ».

482 – C'est un Article qui, au plan du droit international privé, n'apporte rien de nouveau. Il est la consécration pure et simple d'une jurisprudence constante, sous réserve de quelques accidents de parcours, d'après laquelle, en droit international privé français, les sociétés relèvent de la loi du pays où se trouve leur siège social réel. L'Alinéa 2 ne fait que reprendre l'application classique par les tribunaux Français de la théorie de la simulation par le jeu du concept de siège social fictif.

Est-ce à dire que néanmoins, sans rien changer au fond des solutions, le législateur de 1966 a, par un coup de baguette magique, transformé la *lex societatis* en loi de police sous prétexte qu'il n'a pas raisonné en termes de conflits de lois ?

483 – Répondre affirmativement à une telle interrogation relèverait du domaine de la plus pure fantaisie pour deux raisons :

- Si le législateur n'a pas raisonné en termes de conflits de lois, c'est parce qu'il n'avait pas à le faire dans une loi interne dont il ne se préoccupait que de délimiter le champ d'application.
- La présentation en partant de la norme elle-même ne doit pas entraîner de conclusions trop hâtives car il est toujours possible de la renverser. D'ailleurs, l'argument ne vaut pas en l'espèce parce que dans l'Article 3 de la loi de 1966, le législateur n'est pas parti de la norme.

484 – La jurisprudence française ne s'y est, d'ailleurs, pas trompée. Elle a considéré que l'Article 3 de la loi du 24 Juillet 1966, comme l'Article 3 du Code Civil, appelait la bilatéralisation et les a traités comme des textes susceptibles de servir de support à des règles de conflit.

485 – 2°) – Une seconde présentation plus nuancée du critère formaliste semble plus exacte. La loi présente le caractère de loi de police lorsque le législateur non seulement prévoit expressément le champ d'application de la loi qu'il édicte mais au surplus lui attribue un domaine plus étendu que celui qui résulterait normalement d'une règle de conflit. L'exemple classique d'une telle attitude, celui que l'on cite traditionnellement en France, est fourni par l'Article 16 de la loi du 18 Juin 1966 relatif aux contrats d'affrètement et de transports maritimes. Ce texte dispose que la loi française, sous réserve des conventions internationales, s'applique à tous transports effectués au départ ou à destination d'un port français. Il traduit un impérialisme certain de la loi française, car on aperçoit difficilement comment il serait possible d'aller plus loin dans l'affirmation de la compétence de cette dernière. Dans le même ordre d'idées, on cite, également, parfois l'Article 185 de la loi Italienne du 22 Avril 1941 sur le droit d'auteur qui dispose que la loi Italienne est applicable « à toutes les œuvres d'auteurs italiens et aux œuvres d'auteurs étrangers domiciliés en Italie qui seraient publiées pour la première fois en Italie » (451).

486 – Dans l'un et l'autre cas, plus nettement il est vrai dans le premier que dans le second, il y a forcément du rattachement normal qui peut être considéré comme un indice de la volonté du législateur. L'idée est donc juste. Mais un tel forçement ne saurait constituer le seul critère de détermination des lois de police à moins de réduire ces dernières à la portion congrue. Les interventions du législateur dans un tel sens sont en effet rarissimes. Si l'on cite, toujours, en France la loi de 1966, c'est parce que l'on ne trouve guère d'autres exemples.

Paragraphe II

Les critères techniques.

487 – C'est une démarche habituelle de pensée que celle qui consiste à définir l'inconnu en cherchant à l'identifier à des catégories ou à des concepts connus. Les lois de police n'y ont point échappé. La jurisprudence notamment a souvent essayé de les rapprocher des lois territoriales et des lois d'ordre public.

(451)– Cf. De Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », Mélanges, Maury, 1, p. 381.

Ce sont deux directions différentes, mais qui procèdent d'un raisonnement identique.

1

Lois de police et lois territoriales.

488 – Partant de l'idée que les lois de police sont des lois d'application territoriale, les tribunaux ont parfois analysé les lois territoriales en des lois de police, en des règles en marge de la règle de conflit au nom de l'existence d'une prétendue antinomie entre la notion de territorialité et celle de conflit de lois.

Une telle conception encourt une série de critiques décisives.

489 – a) Elle prétend définir une notion obscure par une autre qui ne l'est pas moins. Qu'est ce, en effet, qu'une loi territoriale ? On peut classer pêle-mêle dans cette catégorie la *lex fori*, la *lex rei sitae*, la règle *locus regit actum*, la loi du domicile. La territorialité est une notion qui se diversifie. Sa seule analogie avec les lois de police réside peut-être dans son caractère protéiforme. Mais lorsque l'on a souligné cet aspect, on n'est guère plus avancé. Au surplus la territorialité d'une loi n'a pas pour effet de la situer en dehors des conflits de lois, ou alors il faudrait admettre que tout dogmatisme tue le conflit de lois. Mais cela serait vrai de la personnalité comme de la territorialité des lois.

490 – b) Toute loi territoriale n'est pas une loi de police. Ainsi, dans tous les pays, le statut réel relève de la *lex rei sitae*. Il n'en constitue pas moins une catégorie classique de rattachement.

491 – c) Cette conception ne correspond pas aux aspirations des partisans actuels des lois de police qui considèrent que les lois de police peuvent parfois ne pas être territoriales. Ainsi Gothot cite comme loi de police la loi Belge du 27 juin 1960 applicable à tout divorce prononcé entre deux époux dont l'un a la nationalité Belge (452). Le rattachement pris en considération est manifestement d'inspiration personaliste.

(452)– P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », Rev. Cr. Dr. Int. Pr. 1971.209 ss.

492 – Si l'on est tenté d'y voir une loi de police, c'est parce qu'il y a « forcément » du rattachement normal du fait que la nationalité belge de n'importe lequel des époux suffit à entraîner l'application de la loi belge. Mais l'exemple révèle qu'un tel « forcement » peut s'effectuer à propos d'un critère personnaliste aussi bien qu'à propos d'un critère territorialiste.

2

Lois de police et lois d'ordre public.

493 – Une autre tentative, elle aussi d'origine jurisprudentielle, a consisté à chercher à assimiler les lois de police aux lois d'ordre public. En dépit de son ambiguïté l'expression « lois d'ordre public » bénéficie toujours d'une affection certaine de la part de la jurisprudence, de telle sorte qu'elle est employée dans les sens les plus variés, ce qui contribue à accroître la confusion. L'idée selon laquelle, lorsqu'une loi est d'ordre public, l'application de la loi du for s'impose alors même que la règle de conflit conduirait à l'application de la loi étrangère a, à de nombreuses reprises, fait plus qu'effleurer l'esprit des juges.

494 – Une telle tentation est extrêmement dangereuse, car d'une part elle conduit à une inéluctable hypertrophie de la loi de police et, d'autre part, elle contribue à obscurcir encore davantage la notion d'ordre public, car elle lui donne une signification nouvelle, au demeurant passablement imprécise, alors qu'elle en a déjà deux, ce qui est plus que suffisant. Or aucune de ces notions d'ordre public ne cadre avec le concept de loi de police. La notion d'ordre public telle qu'elle est conçue en droit interne ne saurait ici être utilisée. La plupart des règles en matière de divorce et de filiation sont des règles d'ordre public en droit interne. Nul n'a jamais songé à soutenir qu'elles étaient des lois de police en droit international privé. Quant à la notion d'ordre public en droit international privé elle est aussi très éloignée des lois de police. L'ordre public, aujourd'hui présenté sous la forme d'exception d'ordre public, est en effet un correctif aux règles normales de rattachement, un procédé d'éviction de la loi normalement applicable. Son intervention suppose donc une désignation préalable de la loi étrangère par la règle de conflit.

495 – Dans la loi de police au contraire, la loi étrangère n'a jamais été désignée et vouloir fonder les lois de police sur l'ordre public revient à transformer l'ordre public en une circonstance de rattachement. C'est une confusion que la jurisprudence n'a sans doute jamais délibérément commise. Mais les « économies de raisonnement » dont elle est parfois friande contribuent à entretenir l'équivoque, et ce grief peut être articulé à l'encontre de l'arrêt de la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation du 3 juin 1966 rendu dans l'affaire Domino (453). Le risque est de voir les tribunaux, suivant l'exemple venu d'en haut, user sans parcimonie de cet ordre public polymorphe.

Paragraphe III

Les critères finalistes.

1

Lois de police et lois politiques.

496 – Un premier critère finaliste consiste à utiliser pour définir les lois de police la notion de lois politiques. En 1930, Arminjon (454) considérait comme telles « les lois qui font exception aux principes et aux règles du droit dans l'intérêt de l'Etat, d'un parti, d'une classe, voire de certaines croyances ou idées ». Cet auteur ajoutait qu'à l'égard de telles lois, il ne peut se produire de conflit de lois. Là où elles sont en vigueur, elles s'appliquent en principe à toutes les personnes, à tous les actes, à tous les rapports de droit qu'elles visent ; inversement elles ne sauraient être invoquées ailleurs.

497 – Cette idée qui semblait tombée en désuétude a connu à l'époque récente un regain de faveur qui s'est manifesté dans un certain nombre de décisions de tribunaux de divers pays à propos du refus d'application d'une loi étrangère. Il en a été ainsi en Allemagne, notamment, dans l'Arrêt de la Cour Fédérale d'Allemagne du 17 Décembre 1959 rendu dans l'affaire des créances Wüllert (455).

(453)– Clunet, 1967.614 ; Rev. Cr. Dr. In. Pr., 1968.64, note Deruppé.

(454)– « Les lois politiques et le droit international privé », Rev. Cr. Dr. In. Pr., 1930.385.

(455)– Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1961.313.

498 – La haute juridiction de la République fédérale a estimé que la situation juridique devait être appréciée différemment si une restriction de droit public du pouvoir de disposer serait non pas à harmoniser des intérêts de droit privé dignes de protection, mais à réaliser les objectifs politiques ou économiques de l'Etat ayant édicté les restrictions en question. Sur la base de ce raisonnement, elle s'est refusée à prendre en considération les restrictions de change imposées par la République démocratique allemande. L'idée n'était, d'ailleurs, pas étrangère à la doctrine allemande. Zweigert n'a-t-il pas distingué "les règles sympathiques" et "les mesures de combat" (456) et Neumayer "les normes sympathiques" et "les normes hétérogènes ou égoïstes" ? (457). En Belgique certaines décisions procèdent d'une inspiration voisine, tel l'arrêt de la Cour de Cassation Belge du 2 Juin 1960 (458) qui a considéré que les mesures de nationalisation tchécoslovaques n'avaient pas pour but de régler des droits des personnes privées aux fins de leurs intérêts, mais de servir directement par voie de confiscation les seuls intérêts de l'Etat légiférant (459).

499 – Il apparaît donc que l'idée selon laquelle les lois politiques seraient des lois de police a eu un certain impact sur la jurisprudence de plusieurs pays. Mais il convient de remarquer d'une part que ces arrêts sont demeurés isolés, d'autre part que cette identification n'a été admise que dans l'hypothèse du refus d'application d'une loi étrangère. Il n'est pas souhaitable qu'elle perde son caractère accidentel, car le critère des lois politiques est trop vague et laisse, de ce fait, une trop large place à l'arbitraire du juge. Suivant ses conceptions politiques personnelles, le juge est conduit à porter une appréciation très différente à l'égard des lois étrangères.

(456)– Droit international privé et droit public, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1965.651 ss.

(457)– Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1957.579 et 1958.53.

(458)– Rev. Cr. Jurispr. Belge, 1962.447 ; Cf. dans le même ordre d'idées l'Arrêt de la Cour Suprême de Suède du 21 Mars 1961 (Clunet, 1966.437, chronique de M. Eck).

(459)– La jurisprudence française ne semble pas avoir été sensible à cette identification, encore que certaines économies de raisonnement aient pu parfois prêter à équivoque. Ainsi, dans l'arrêt Janda (Cass. Civ. I, 16 Octobre 1967, D. 1968.445), la Cour Suprême a refusé de reconnaître les effets en France de la réglementation des changes tchécoslovaque au motif que la Tchécoslovaquie n'avait pas adhéré aux accords de Bretton Woods. Mais, d'une façon générale, lorsqu'ils ont voulu écarter la loi étrangère, notamment en matière de nationalisation, les tribunaux français ont fait appel à l'exception d'ordre public, Cf. Cass. Civ. I, 23 Avril 1969, Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1969.717, note Schaeffer ; J.C.P, 1969.II.15897, concl. Blondeau ; Clunet, 1969.912, note P. Chardenon, Cf. sur la question : Loussouarn : « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », J.C.P, 1968.I.2140.

2

Lois de police et lois d'application immédiate.

500 – C'est également d'un critère à dominante finaliste que se recommandent les partisans de la théorie moderne des lois d'application immédiate. Certes, ils tiennent compte tout d'abord de l'existence d'une disposition expresse relative au champ d'application de la loi dans l'espace ; mais, ainsi que nous l'avons vu, le plus souvent une telle disposition fait défaut. Aussi relient-ils les lois de police à ce qu'ils considèrent comme une notion clé : la notion d'organisation étatique. Selon la formule de Francescakis, « les lois de police sont les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ; leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation (460).

501 – Seulement, il faut s'entendre sur le lien entre la loi de police et l'organisation étatique. Doit-on considérer comme une loi de police toute loi dictée par des impératifs socio-économiques ? Doit-on s'attacher au contraire au rôle de l'organisation étatique dans la mise en œuvre de la loi de police ? Soucieux d'échapper aux reproches qu'avait encourus Pillet avec sa distinction des lois de garantie sociale et des lois de protection individuelle dont le caractère artificiel a été maintes fois dénoncé, Francescakis s'est efforcé de mettre l'accent sur l'idée de structure, d'organisation étatique. C'est ainsi qu'il cite comme des lois de police la réglementation des changes et les mesures d'assistance éducative. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'application de la loi nécessite la mise en œuvre de l'activité de certains organismes du for. On rejoint alors l'idée fondamentalement exacte de Lerebours-Pigeonnière qui estimait que l'on se trouvait en présence d'une loi de police lorsqu'il y avait, dans la mise en œuvre de ladite loi, intervention d'un service public ou d'une autorité du for.

502 – Un tel critère a le mérite d'une précision infiniment plus grande qu'un critère finaliste proprement dit. Mais il est sans doute trop étroit. C'est pourquoi Francescakis admet comme lois de police certaines lois dont la mise en œuvre ne nécessite pas une telle intervention.

(460)– « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », Travaux du Comité Français de droit international privé, 1971.149.

503 – L'idée en soit est défendable. Comme l'a justement relevé Batiffol (461), il est des matières dans lesquelles les intérêts économiques et sociaux en cause sont si importants que la loi du juge saisi doit s'appliquer selon ses propres dispositions. Malheureusement, une fois que l'on a fait cette constatation, il semble que l'on ait tout dit et qu'il soit impossible d'appréhender des lois de police avec plus de précision. Il en résulte, quant à leur délimitation, une triple incertitude lourde de conséquences.

504 – a) – Les contours des lois de police sont impossibles à définir de façon nette parce qu'il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les Etats modernes, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux. Ce n'est pas un privilège réservé aux seules lois de police. En réalité, il existe entre les lois de police et les autres lois une simple différence de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile. C'est, en effet, une question de mesure.

505 – A partir de quel moment est-on en droit de considérer que les intérêts économiques et sociaux sont si impérieux que l'on est en présence d'une loi de police ? C'est d'autant plus délicat que Francescakis ne tient pas compte seulement du but, mais aussi du caractère nécessaire de la loi. Il parle, en effet, des lois « dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ». Or, l'appréciation de ce caractère nécessaire est elle-même empreinte de subjectivisme.

506 – b) – faute d'un critère de portée générale, il est impossible de considérer qu'il existe une catégorie, un bloc homogène des lois de police. Tout effort de systématisation est nécessairement voué à l'échec. S'agissant d'une question de degré, de mesure, la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative. Elle appelle irrésistiblement la méthode du « cas par cas », qui s'apparente à celle suivie pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

507 – c) – Le fait que le juge ne puisse, en ce domaine, être guidé que par des directives très souples lui ouvre un large pouvoir d'appréciation qui comporte nécessairement un risque d'arbitraire.

(461)– Batiffol et Lagarde, « Droit international privé », I, 6^e Ed., n° 251, p. 323.

508 – Suivant ses convictions, le juge peut trouver des lois de police partout, ou au contraire n'en trouver aucune. C'est sans nul doute la première éventualité qui est la plus plausible, compte tenu de l'affection des juges pour l'application de leur propre loi. Certes, il est possible de répondre qu'en matière d'ordre public, la situation s'est considérablement améliorée et que les juges ne font plus une application immodérée de l'ordre public. Cependant, le danger des lois de police nous semble plus grave, car il est moins gênant, au nom du prétendu caractère de loi de police de la loi locale, de ne pas désigner la loi étrangère au départ, que de l'écarter une fois qu'elle a été désignée, ce qui est le cas dans le mécanisme de l'exception d'ordre public.

509 – Quoi qu'il en soit, un point demeure acquis : l'impossibilité de découvrir un critère satisfaisant et précis des lois de police, qui apparaissent comme dépourvues d'homogénéité et ne sont qu'une série de dispositions, d'exceptions éparées dans les différents domaines du droit. Cette constatation permet de mettre en doute le bienfondé des tentatives entreprises pour les ériger en système, car on ne construit pas un système sur des exceptions. Reste à savoir si les lois de police présentent un particularisme suffisant pour que l'on puisse considérer qu'elles battent en brèche la méthode conflictuelle classique.

Sous/Section II

Le particularisme des lois de police.

510 – Il est un premier aspect du particularisme des lois de police sur lequel il est superfétatoire de revenir. Il s'agit de l'affirmation selon laquelle le juge part de la loi, alors que dans la méthode conflictuelle il part de la situation juridique concrète. Il suffit de remarquer :

- que cette méthode n'est pas spécifique des lois de police et que Pillet, qui pourtant se situait dans le cadre de la méthode conflictuelle, ne raisonnait pas autrement ;
 - qu'il s'agit dans une large mesure d'une question de présentation plus que d'une véritable opposition de méthodes et ce d'autant plus que, comme dans la plupart des cas, le législateur ne détermine pas lui-même le champ d'application de la loi, c'est le juge qui déterminera si une loi est une loi de police. Or il le fera à propos
-

d'un cas concret et la portée de sa décision sera limitée par la relativité de la chose jugée.

511 – Ce premier point n'appelant pas de plus longs développements, c'est dans une double direction qu'il convient de rechercher l'étendue du particularisme des lois de police, d'une part dans la détermination du champ d'application des lois de police locales, d'autre part dans l'application des lois de police étrangères.

Paragraphe I

Détermination du champ d'application des lois de police locales.

512 – Lois de police et procédés de rattachement. C'est ici que la démystification des lois de police par rapport à la méthode conflictuelle est sans nul doute la plus aisée. En effet, si un tribunal français est amené à rechercher si la loi de police française est applicable à une situation donnée sur laquelle il a à statuer, il doit nécessairement fonder sa décision sur un critère d'application. On pense immédiatement au principe de la territorialité, mais nous avons vu qu'il est rejeté par les partisans de la théorie moderne des lois de police.

513 – Dans ces conditions, le problème demeure entier et il n'est, pour le résoudre, pas d'autre procédé possible que celui du rattachement. En d'autres termes, et l'observation nous semble fondamentale, on ne peut esquiver le problème de rattachement. Si en effet il y a lieu d'appliquer la loi de police locale, c'est parce qu'il existe un lien entre le rapport de droit envisagé et le pays du for. S'il en était autrement, l'application de la loi de police serait un non-sens. Ce rattachement peut revêtir des formes variées. On peut, selon les cas, prendre en considération l'accomplissement de l'acte ou du fait dans le pays ou encore l'existence dans cet Etat du domicile ou de la résidence de l'intéressé. Mais l'on se trouve toujours en présence d'un rattachement et les rédacteurs du Code Civil en ont eu parfaitement conscience lorsqu'ils ont rédigé l'Article 3, Alinéa premier, aux termes duquel « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Un tel rattachement est indispensable, que ce soit le législateur qui détermine lui-même le champ d'application dans l'espace de la loi de police ou que ce soit le juge qui procède à cette détermination dans le silence du législateur.

514 – Or le rattachement est l'expression même de la méthode conflictuelle. Les défenseurs du particularisme des lois de police concèdent volontiers l'exigence d'un rattachement, mais ils glissent sur la question et se gardent bien de souligner la gravité de l'atteinte ainsi portée à leur théorie.

515 – En présence d'une telle exigence qui ne saurait être contestée, le particularisme des lois de police ne peut être maintenu que si les rattachements utilisés pour la détermination du champ d'application dans l'espace des lois de police sont fondamentalement différents de ceux que connaît la méthode conflictuelle classique. Assez paradoxalement, c'est l'auteur qui s'est montré à l'époque récente le défenseur le plus inconditionnel de la méthode conflictuelle qui met l'accent sur le particularisme des rattachements en matière de lois de police, ce qui le conduit à qualifier les lois de polices de règles de conflits spéciales par opposition aux règles de conflit classiques dites générales (462).

516 – Cette opinion rejoint celle autrefois exprimée sous une terminologie différente par Maury qui considérait les lois de police comme des règles de conflit exceptionnelles, d'une part dans leur contenu (parce qu'elles donnent une solution différente de celle de la règle de conflit normale), d'autre part, dans leur domaine (à raison de leur caractère unilatéral).

517 – La nécessité de faire appel à des rattachements spécifiques résulterait pour ces auteurs de l'inaptitude fréquente des procédés de rattachement classiques à déterminer de façon satisfaisante le domaine d'application dans l'espace des lois de police. Il faudrait donc découvrir de nouveaux rattachements, en particulier parce que les lois de police prolifèrent dans les secteurs neufs qui s'accommodent mal des principes de solution traditionnels.

518 – En réalité les concessions qui doivent être faites au particularisme des lois de police en fonction de la spécificité des rattachements sont, à notre avis, encore moins étendues, car cette spécificité est elle-même discutable et doit être ramenée à ses exactes proportions. Souvent les rattachements classiques peuvent être utilisés tels quels.

(462)– Cf. F. Deby-Gérard, *opcit.*, n° 70, p. 53.

519 – Les rattachements nouveaux servant à déterminer l'application dans l'espace des lois de police ne sont pas légion. Depuis que le droit international privé a pris naissance, tous les rattachements ont été pratiquement envisagés au sein de la théorie des conflits de lois et il faudrait une forte dose d'imagination pour en inventer d'autres. C'est pourquoi il s'agit moins de découvrir de nouveaux rattachements que d'infléchir certains rattachements préexistants, de les combiner ou d'en faire une application alternative. Dans ces conditions le particularisme des lois de police, dans la mesure où il subsiste, nous semble se manifester à un triple point de vue.

520 – a) – Tous les procédés de rattachement classiques n'ont pas une égale aptitude à être utilisés. Nous avons relevé que les partisans de la théorie moderne des lois d'application immédiate rejetaient l'assimilation des lois de police aux lois territoriales. Il n'en demeure pas moins que ce sont à quatre-vingt-quinze pour cent des critères de rattachement d'ordre territorial qui sont utilisés pour délimiter le domaine d'application des lois de police (fait que l'individu réside dans le pays, que le bien y soit situé, que l'acte y ait été conclu ou que le fait s'y soit passé). Un critère de rattachement personnel comme la nationalité n'est pas systématiquement inutilisable. Mais son emploi est extrêmement rare.

521 – b) – Les critères de rattachement utilisés en matière de lois de police font plus volontiers appel à des notions de fait qu'à des notions juridiques. Cela est particulièrement net dans la réglementation des changes où l'on préfère se référer à la notion de résidence qu'à celle de domicile. Cette préférence a sans doute sa source dans la vocation de la loi de police à appréhender tout ce qui se passe ou se trouve sur le territoire, c'est-à-dire à se fonder sur des éléments de pur fait. Mais cette tendance n'est pas l'apanage exclusif des lois de police. La méthode conflictuelle classique fait aussi appel à des éléments de rattachement qui sont des notions de fait, ainsi qu'en témoigne notamment la place faite à la loi de la résidence habituelle dans les Conventions de La Haye élaborées depuis la Seconde Guerre Mondiale. Là encore il s'agit donc simplement d'une différence de degré.

522 – c) – Enfin, et c'est sans doute l'aspect le plus important du particularisme des lois de police au plan du rattachement, il existe souvent un souci manifeste du législateur ou du juge d'appréhender le plus grand nombre de situations possibles par la loi de police locale.

523 – Ce désir d'en étendre l'emprise conduit parfois à utiliser de façon alternative plusieurs critères de rattachement, alors que la règle de conflit classique, qui ne poursuit pas les mêmes visées impérialistes quant à l'application de la loi locale, n'en aurait utilisé qu'un. C'est l'exemple topique de la loi du 18 Juin 1966 relative aux affrètements et transports maritimes qui étend son champ d'application à tous les transports effectués au départ ou à destination d'un port français. C'est pourquoi, on a pu dire que les lois de police fixaient parfois leur propre champ d'application dans des conditions de distorsion, ce qui est évidemment une source de difficulté si les autres pays sont aussi revendicatifs, chacun désirant tailler la part du lion à sa propre loi.

524 – Cet impérialisme de la loi de police explique qu'il soit tentant de faire appel à cette notion lorsque l'application de la règle de conflit classique conduit à des résultats jugés non satisfaisants. Le cas s'est présenté notamment en France à propos du nouvel Article 1397 du Code Civil substituant au principe traditionnel de l'immutabilité des conventions matrimoniales un système dit de mutabilité contrôlée. Les époux peuvent décider d'un commun accord de changer de régime matrimonial. Ils font alors une déclaration en ce sens par devant notaire. Mais cette déclaration doit être homologuée par le tribunal de leur domicile qui apprécie si le changement de régime est conforme à l'intérêt de la famille. Mais quelle est la loi qui régit la mutabilité ou l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Traditionnellement, la jurisprudence française décide que c'est la loi du régime. Or cette dernière, à moins que les époux n'en aient décidé autrement, est en principe la loi du premier domicile matrimonial. En conséquence, si deux Français se sont mariés en Italie où ils ont fixé leur premier domicile matrimonial, puis ont quitté quelques années plus tard l'Italie pour la France, ils ne peuvent logiquement pas, d'après la règle de conflit classique, invoquer l'Article 1397 du Code Civil, car ils sont prisonniers de la loi italienne qui postule l'immutabilité des conventions matrimoniales. La conséquence a paru, à juste titre, peu réaliste. Aussi une réponse ministérielle à une question écrite du 26 Novembre 1967 a évoqué la possibilité d'appliquer néanmoins la loi française. Envisageant le cas de deux époux dont le régime matrimonial relève d'une loi consacrant l'immutabilité, le ministre écrit : « On pourrait dès lors soutenir que cette loi, ayant conservé à l'heure actuelle le

principe de l'immutabilité du régime matrimonial [il s'agissait en l'espèce de la loi belge] les époux ne peuvent pas changer de régime. Il convient cependant de noter qu'il serait peut-être possible d'invoquer en faveur de la solution contraire le texte du nouvel Article 1397 du Code Civil. En effet, ce texte faisant état de l'« intérêt de la famille » consacre par là même une notion d'ordre public familial qui pourrait conduire à admettre qu'il convient d'en faire profiter tous les époux de nationalité française, ou même tous les époux étrangers domiciliés en France abstraction faite de la loi matrimoniale à laquelle ils sont soumis ». Malgré l'emploi de mots « ordre public familial » ce n'est pas le recours à l'ordre public d'éviction que préconise la réponse ministérielle.

525 – Elle propose en réalité de considérer la disposition de l'Article 1397 du Code Civil comme une loi de police en en étendant le champ d'application. Mais ne s'agit-il pas là en réalité d'un palliatif rendu nécessaire par l'antinomie existant entre la règle traditionnelle de conflit de lois qui fige la loi applicable au régime matrimonial et le droit Français interne qui depuis la loi du 13 Juillet 1965 admet la mutabilité.

526 – La détermination du domaine d'application dans l'espace des lois de police du for révèle donc l'existence de certaines adaptations nécessaires des procédés de rattachement traditionnellement utilisés. Mais cette adaptation est, à notre sens, insuffisante pour que l'on puisse parler d'une méthode véritablement distincte de la méthode conflictuelle. Fort heureusement, d'ailleurs, car si les deux méthodes étaient aussi antinomiques que d'aucuns le prétendent, les problèmes d'articulation entre les règles de conflit et les lois de police seraient insolubles. Or cette articulation est souvent indispensable qu'il s'agisse d'articuler les règles de police contractuelle et la loi du contrat ou les mesures d'assistance éducative et la loi régissant l'autorité parentale.

527 – Reste à savoir si le particularisme des lois de police est plus prononcé lorsque l'on envisage l'autre face du problème : l'application des lois de police étrangères.

Paragraphe II

Application des lois de police étrangères.

528 – Éléments de solution. L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle la loi de police locale n'est pas applicable. Le juge constate que la question à lui soumise relève, de par sa nature, d'une loi de police. Mais l'utilisation des procédés de rattachement qui servent de critères à la détermination du domaine d'application de la loi de police locale le conduit à conclure qu'elle n'est pas applicable au cas considéré. Que doit faire alors le juge ? Plusieurs solutions sont possibles.

529 – La première solution se fonde sur le caractère unilatéral des lois de police. Poussé dans ses conséquences extrêmes, il devrait conduire à décider que, la loi de police du for n'étant pas applicable, le juge se désintéresse de la question et refuse de statuer. Une telle solution n'est pas viable, car elle entraîne un déni de justice. Aussi Francescakis a-t-il habilement surmonté cet écueil en mettant l'accent sur le caractère de « méthode préalable » des lois de police. Une fois l'hypothèse de la loi de police écartée, on doit consulter la règle de conflit classique pour déterminer la loi étrangère à laquelle il convient de se référer. Ce retour à la règle de conflit est dans la logique du système. Il ne permet pas cependant de résoudre complètement le problème dans l'hypothèse suivante. Supposons que deux pays soient intéressés, par exemple la France et l'Allemagne. Le juge français constate que la loi de police française n'est pas applicable, mais se tournant vers la loi allemande, il s'aperçoit que cette dernière est une loi de police. Deux questions se posent alors à lui.

530 – Tout d'abord, peut-il faire application d'une loi de police étrangère ? Nombreux sont ceux qui ont répondu par la négative. Mais cette position brutale semble aujourd'hui dépassée et la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation Française, dans son Arrêt du 25 Janvier 1966 rendu dans l'affaire Royal Dutch (463), n'a pas hésité à appliquer les arrêtés néerlandais qui étaient incontestablement des lois de police. Elle a, il est vrai, pour fonder cette application, procédé à une disqualification fort discutable des arrêtés néerlandais

(463)– D. 1966.390, Loussouarn ; Clunet, 1966.631, note Bredin ; Rev. Cr. Dr. Int. Pr., 1966.238, note Francescakis.

qu'elle a intégrés au droit des sociétés.

531 – Ensuite, comment le juge doit-il procéder pour désigner la loi de police étrangère applicable ? Francescakis a préconisé, même dans ce cas, le retour à la règle de conflit classique en vertu de l'idée selon laquelle l'unilatéralisme des lois de police entraînerait comme conséquence qu'à partir du moment où la loi de police du for n'est pas applicable, le problème ne se pose plus en termes de lois de police. Cette solution a encouru de vives critiques, Mme Deby-Gérard lui a, notamment, reproché de permettre, le cas échéant, au juge de revenir à l'application de la loi locale par un procédé détourné. Même si l'on reste insensible à cette critique qui constitue dans une large mesure un procès d'intention, il faut reconnaître qu'un tel système méconnaît le caractère de loi de police de la loi étrangère.

532 – A l'opposé, on peut songer à surmonter la difficulté en bilatéralisant les lois de police. Ce système a pour conséquence, à notre sens, de tuer la loi de police en lui retirant le peu qui lui reste de particularisme. Pour nous qui n'avons pas pour les lois de police une affection particulière, ce n'est pas un inconvénient majeur. Le principal grief que l'on peut articuler à l'encontre de la bilatéralisation des lois de police se situe ailleurs : il tient à l'impossibilité de bilatéraliser un rattachement exorbitant, en particulier lorsque le rattachement utilisé est alternatif. Ainsi, en France, la loi du 18 Juin 1966 soumet à la loi française les transports maritimes effectués au départ ou à destination d'un port français. Si le transport ne part pas d'un port français et n'arrive pas dans un port français, la loi française n'est donc pas applicable. Mais la règle n'est pas susceptible de bilatéralisation. Si, en effet, le transport part d'un port allemand et arrive dans un port anglais, il est impossible au juge français, à le supposer saisi, de choisir entre la loi allemande et la loi anglaise sur la base d'une bilatéralisation du texte.

533 – Enfin un dernier système fait appel à la notion d' « unilatéralité partielle ». il faut pour appliquer la loi de police étrangère prendre en considération le domaine qu'elle-même s'assigne. Il faut se référer à la loi de police étrangère qui « se veut applicable ». L'idée est séduisante et elle a le mérite de se fonder sur la constatation qu'en matière de lois de police, il faut tenir compte du fait que la souveraineté est exacerbée, ce qui conduit à laisser à chaque législateur le soin de déterminer lui-même le champ d'application dans l'espace de la

loi qu'il a édictée. Mais elle appelle deux réserves.

534 – En premier lieu, comment choisir si deux lois de police étrangères se veulent toutes deux applicables ? Le recours à la règle de conflit du for semble alors inéluctable. En second lieu, on est en droit de se demander si le résultat auquel on aboutit est fondamentalement différent de celui du renvoi, étant donné cependant que pour certaines lois de police, notamment en matière contractuelle, le renvoi est généralement exclu.

535 – La plupart des difficultés sus-énoncées tiennent du fait, et c'est sans doute un dernier aspect du particularisme des lois de police, qu'il s'agit moins d'une véritable application de la loi de police étrangère que de sa prise en considération, de la vérification du bien ou du mal fondé de son application par les autorités étrangères.

536 – En conclusion, on peut affirmer que les lois de police ne constituent pas une méthode fondamentalement distincte de la méthode conflictuelle et qu'il n'est, d'ailleurs, pas souhaitable, bien qu'une tendance soit à la mode, de mettre l'accent sur leur particularisme, car, ce faisant, on risque, en les montant en épingle, de précipiter leur développement. Or, si elles sont une sécrétion inéluctable de l'intensification de l'idée de souveraineté liée à l'envahissement par l'Etat des rapports privés, il ne faut pas oublier qu'elles sont aussi un élément perturbateur de la coordination des systèmes juridiques. Elles constituent donc un mal nécessaire dont il convient de ne pas favoriser les ravages.

Section I

Identification des lois de police Algériennes applicables aux contrats bancaires internationaux.

537 – C'est en matière contractuelle que sont rencontrées, le plus souvent, les lois de police sur le contrôle des changes, les lois protectrices des personnes présumées faibles telles que les consommateurs, notamment les emprunteurs et les déposants en banque, les lois protectrices des intérêts politiques de l'Etat et de la sécurité de sa nation, les lois fiscales.

538 – En effet, l'Etat Algérien participe par ses rouages administratifs à la réalisation de la politique monétaire qu'il s'est donnée et qu'il garantit, le phénomène des lois de police est à la mesure de son intervention en matière de monnaie et de crédit.

Paragraphe I

Les lois de police Algériennes d'application immédiate

(protectrices de l'intérêt général monétaire et financier).

539 – L'on sait que : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (Article 5 du C.C.A.) et que l'Ordonnance Algérienne n° 2003-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit [J.O.R.A.D.P. n° 52 du 27/02/2003, p.3, codifiée dans le code bancaire (Edition 2007)] régleme nte "la profession bancaire locale", a pour but de diriger la politique monétaire et financière de l'Algérie, d'améliorer les balances commerciales et des paiements et est protectrice de l'intérêt général monétaire et financier national.

540 – Par conséquent, la réglementation professionnelle locale est une "législation de police d'application territoriale et immédiate", à laquelle sont soumis tous les établissements bancaires activant en Algérie.

En effet, les succursales des banques étrangères placent leurs activités bancaires sous l'égide du droit local du pays sur le territoire duquel elles sont établies. Par exemple, la succursale de la Société Générale Française en Algérie ouvre des crédits conformément aux lois de l'Etat Algérien, même si le bénéficiaire est une entreprise contrôlée par des intérêts français. Il n'est pas possible de faire abstraction de la réglementation Algérienne impérative de crédit, notamment, la réglementation du taux de l'intérêt qui est une institution de police.

541 – Par réglementation du crédit Algérienne, il faut entendre, non seulement, la réglementation bancaire nationale au sens étroit, mais également les dispositions impératives relatives notamment au taux d'intérêt.

Toutes les restrictions apportées à la liberté contractuelle par la législation économique moderne présentent un trait commun. Elles sont d'application territoriale.

542 – Le règlement n° 91-09 du 14 Août 1991 (modifié et complété par le règlement n° 95-04 du 29/03/1995), destiné à garantir la solvabilité des banques et le maintien de la

liquidité de leurs capitaux, imposant certaines relations, des ratios entre les avoirs des banques et leurs engagements, s'applique à toutes les banques étrangères établies en Algérie pour toutes leurs opérations.

543 – En d'autres termes, la réglementation Algérienne du crédit proprement dite, c'est-à-dire les règles tendant à contrôler le volume de crédit à des fins de politique économique ou monétaire est d'application territoriale et immédiate.

544 – Aussi, le règlement du Conseil de la monnaie et du Crédit (C.M.C.), dit Conseil, du 02 Juin 1994 fixant les règles générales en matière de conditions de banque applicables aux opérations de banque (JORADP n° 72 du 06/11/1994) est d'application territoriale. Toutes les opérations de crédit effectuées par les établissements de banque situés sur le territoire Algérien doivent être, le cas échéant, traitées aux conditions officielles. Inversement, les conditions de banque étrangères sont sans valeur en Algérie, même pour les banques étrangères établies sur le territoire national.

545 – La législation relative au taux d'intérêt est intégrée dans la réglementation du crédit. Le dessein est clair. Il s'agit pour les pouvoirs publics de contrôler à des fins économiques le loyer de l'argent. Le domaine de cette législation apparaît alors nettement. Il s'agit d'une législation de police d'application territoriale comme l'ensemble de la réglementation du crédit. Applicable aux opérations de crédit internes, le juge Algérien devra-t-il appliquer les textes étrangers sur l'usure ? L'affirmative serait irréaliste, les textes étrangers sur l'usure sont conçus pour les marchés étrangers de crédit.

546 – Si le taux maximum de l'intérêt est lié à l'état du marché financier, il est logique de ne l'appliquer qu'aux opérations mettant en cause le marché international de capitaux.

547 – On s'accorde, aujourd'hui, à ne pas assigner un caractère d'ordre public à la législation étrangère sur l'usure. Telle est la situation actuelle.

Enfin, les lois de police Algériennes tiennent une place importante dans le règlement des "conflits relatifs aux crédits en espèce".

Paragraphe II

Les textes réglementaires Algériens participant des lois de police

(protecteurs des intérêts économiques nationaux notamment des consommateurs).

Notons les plus importants dans l'ordre ci-après :

548 – 1° – Le règlement n° 91-07 du 1^{er} Août 1991 portant règles et conditions de change (JORADP n° 53 du 12/07/1992) prévoyant à son Article 4 que : « Toute opération de change initiée par les résidents doit être obligatoirement réalisée par l'intermédiaire d'une banque commerciale ».

549 – 2° – Le règlement n° 92-02 du 22 Mars 1992 portant organisation et fonctionnement de la centrale des impayés (JORADP n° 8 du 07/12/1993, p. 10), chargée pour chaque instrument de paiement et/ou de crédit d'organiser et de gérer un fichier central des incidents de paiement et des éventuelles suites qui en découlent, de diffuser périodiquement auprès des intermédiaires financiers et de toute autorité concernée la liste des incidents de paiement avec leurs éventuelles suites.

550 – 3° – Le règlement n° 92-03 du 22 Mars 1992 relatif à la prévention et à la lutte contre l'émission de chèques sans provision.

551 – 4° – Le règlement n° 94-12 du 2 Juin 1994 fixant les règles générales en matière de conditions de banque applicables aux opérations de banque qui doivent être respectées scrupuleusement par les banques et établissements financiers (Art. 5). En effet, ces derniers sont tenus de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions de banque qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent (Art. 6). Ils doivent, également, à l'ouverture d'un compte, informer le client sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels il donne accès ainsi que sur les engagements réciproques de l'institution financière et du client (Art. 6 Alinéa 2).

552 – 5° – Le règlement n° 95-07 du 23 Décembre 1995 modifiant et remplaçant le règlement n° 92-04 du 22 Mars 1992 relatif au contrôle des changes (JORADP n° 11, p. 17) concernant tous les flux financiers entre l'Algérie et l'étranger (Art. 1^{er}), visant aussi bien

l'acquisition et la détention de moyens de paiement étrangers que les comptes en devises, les règles relatives au paiement des importations et des exportations de marchandises, les règles relatives au paiement des importations et des exportations de services, soumettant les opérations avec l'étranger à certaines autorisations administratives et par conséquent restreignant la liberté individuelle en matière de contrats bancaires.

553 – 6° – L'Ordonnance n° 96-22 du 9 Juillet 1996 relative à la répression de l'infraction à la législation et à la réglementation des changes et des mouvements de capitaux de et vers l'étranger (modifiée et complétée par l'Ordonnance n° 03-01 du 19 Février 2003).

554 – A l'évidence, l'ensemble de la réglementation des changes doit être observé par tous les établissements de crédit pour toutes les opérations internationales de paiement réalisées pour leur propre compte ou celui de leurs clients.

La réglementation des changes est une constante de la politique économique Algérienne et imprègne de ses contraintes tous les mouvements internationaux.

Au demeurant, les banques sont des intermédiaires agréées, chargées d'appliquer et de faire respecter la réglementation des changes.

555 – 7° – L'Ordonnance n° 2003-11 du 26 Août 2003 relative à la monnaie et au crédit (précitée) ayant pour but de protéger les intérêts économiques nationaux, de diriger la politique monétaire et financière de l'Algérie et d'améliorer les balances commerciales et des paiements.

556 – 8° – Le règlement n° 03-04 du 04 Mars 2004 relatif au système de garantie des dépôts bancaires, visant à indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts et autres sommes assimilées aux dépôts remboursables (Art. 3) et définissant les dépôts et autres sommes assimilées aux dépôts remboursables comme tout solde créditeur résultant de fonds laissés en compte ou de fonds d'opérations bancaires normales devant être restitués conformément aux conditions légales et contractuelles applicables, notamment, en matière de compensation (Art. 4).

557 – Sont inclus dans cette définition les dépôts de garantie lorsqu'ils deviennent exigibles, les dépôts liés à des opérations sur titres, à l'exclusion des dépôts définis à l'Article 73 du Code Bancaire et les sommes dues en représentation de bons de caisse et autres moyens de paiement émis par les banques (Art. 4 Alinéa 2) (464).

558 – Participent, à notre avis, aussi des lois de police : deux lois que nous avons citées précédemment (à la note 371 de la page 200), notamment : -

1°) La loi n° 89-02 du 7 Février 1989 (Article 2) relative à la protection du consommateur selon laquelle doit être assurée la sécurité des biens du consommateur. En effet, assurer la sécurité des biens du consommateur, c'est garantir tout risque de nuire à l'intérêt économique du consommateur. La terminologie semble plutôt appropriée au crédit à la consommation dispensé par les banques et à la sécurité des biens du consommateur placés notamment dans un coffre fort bancaire.

2°) Et La Loi n° 89-23 du 19 Décembre 1989 (Article 2, Alinéa 2) relative à la normalisation dans le domaine de la sécurité des produits. A l'évidence, la normalisation contribue à la protection des consommateurs et des intérêts collectifs ainsi qu'à l'amélioration de la « qualité des services bancaires » réalisés par des contrats et à l'élimination des entraves techniques aux échanges de devises qui constituent des "swaps".

559 – De même, participe, aux lois de police :

La loi n° 2003-04 du 17/02/2003 concernant les intermédiaires en bourse dont l'Article 8 vise la sécurité des opérations de clientèle, notamment des banques. En effet, la banque gère le portefeuille de titres en vertu d'un contrat écrit, conclu avec son client, ainsi que le portefeuille d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (Article 7, 3° et 4°) après, également, conclusion de contrats rédigés.

(464)– En effet, cet Article 73 dispose que : « Par dérogation aux dispositions concernant les souscriptions, les banques et établissements financiers peuvent recueillir du public des fonds destinés à être placés en participation auprès d'une entreprise selon toutes modalités légales telles qu'en actions, certificats d'investissement, parts de sociétés, commandites ou autres.

Ces fonds sont soumis aux conditions ci-après :

Ils ne sont pas considérés comme dépôts au sens de l'Article 67, les tiers en demeurant propriétaires ».

Paragraphe III

Les textes réglementaires Algériens participant des lois de police (protégeant les intérêts politiques, financiers et fiscaux de l'Etat et assurant la sécurité de sa nation et des autres nations).

560 – Il s'agit, notamment, de la loi n° 05-01 du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le "blanchiment d'argent" et le "financement du terrorisme" et mettant à la charge des établissements bancaires : des obligations de vigilance ainsi qu'une obligation de déclarer des sommes ou des « opérations soupçonnées » d'être d'origine illicite.

Section II

Identification des lois de police communautaires applicables aux contrats bancaires internationaux.

561 – Mécanisme général. Au-delà de l'Article 5 protégeant spécifiquement certains consommateurs, l'Article 7 instaure le mécanisme plus général des lois de police, définies comme des dispositions impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables à des situations déterminées quelle que soit la loi régissant le contrat. Le juge de ce pays doit les appliquer lorsqu'elles régissent la situation dont il est saisi (Art. 7 point 2). Quant aux juges des autres Etats, ils peuvent, également, leur donner effet, à certaines conditions (Art. 7 point 2) (465).

562 – Détermination des lois de police. L'Article 7 ne donne pas d'énumération des lois de police ; chaque juge doit interroger son propre système juridique pour savoir si telle ou telle disposition est ou non une loi de police et à quelles conditions et jusqu'à quel point certaines dispositions impératives imposent-elles la mise à l'écart de la loi désignée par la règle de conflit ordinaire ? On perçoit immédiatement le jeu de deux forces contradictoires : d'un côté, la volonté forte d'application internationale de normes qui reflètent des politiques législatives importantes ; de l'autre, la résistance des catégories de rattachement traditionnelles, qui ne sont pas le fruit du hasard et participent de la cohérence d'un système juridique (466).

(465)– P. Mayer, Rapport de synthèse, in la Convention de Rome, préc., Banque et Droit, Hors Série, 1993, p. 47.

(466)– Hervé Synvet, Les lois de police, Banque et Droit, Hors Série, p. 15 et s.

563 – Cette tension est inévitable. Mais son degré est variable suivant les matières. Il n'est donc pas inutile de s'arrêter quelques instants sur les facteurs, propres au domaine bancaire, qui sont de nature à influencer sur l'émergence de lois de police.

564 – En premier lieu, si l'on considère les choses du point de vue des politiques impératives, l'évidence est que le secteur bancaire se prête particulièrement bien à leur développement. La monnaie fournit la matière première du commerce de banque. Elle touche à la souveraineté des Etats. Et le contrôle du crédit constitue l'un des aspects de toute politique économique.

565 – A cela s'ajoute, dans un ordre d'idées un peu différent, que les opérations de banque sont un terrain d'élection du contrat d'adhésion ; donc, par contrecoup, au développement des législations protectrices de la partie réputée la plus faible, le « consommateur de crédit ». En matière internationale, ces législations ne s'accommodent pas nécessairement de la mise en œuvre d'une règle de conflit trop libérale.

566 – Le deuxième angle d'observation est celui procuré par cette règle de conflit. Dans la Convention de Rome, les contrats bancaires ne font pas l'objet d'un traitement particulier : ils relèvent de la loi choisie par les parties ; ou bien dans le silence de celles-ci, de la loi du pays où réside habituellement le contractant appelé à fournir la prestation caractéristique.

567 – Mais il faut aller au-delà de cette vérité élémentaire. Chacun sait que les contrats bancaires sont normalement soumis à la loi de la banque, très précisément à la loi de l'établissement qui accomplit l'opération. Cette loi de la banque n'est pas tout à fait une *lex contractus* comme les autres. D'abord elle n'est guère susceptible de faire l'objet de manipulations. Ensuite, sa compétence est en quelque sorte imposée par la nature des choses : la standardisation de nombreuses opérations de banque impose de soumettre à un régime juridique unique les relations avec une clientèle déterminée. Ceci est sans doute de nature à faire de la loi de la banque une catégorie plus "résistante" aux lois de police que la loi contractuelle ordinaire.

568 – Il y a une troisième considération propre à la matière. Pour que la question de l'intervention de lois de police se pose, il faut que le résultat de l'application de la règle de conflit bilatérale soit insatisfaisant du point de vue de l'efficacité d'une politique matérielle déterminée. Or, s'agissant des opérations de banque, loi spécialement impérative et loi du contrat coïncident souvent, précisément parce que cette dernière est généralement la loi de la banque.

Ainsi, la réglementation professionnelle française s'applique aux établissements ayant reçu l'agrément en France. Ces établissements sont actifs sur le marché du crédit français. Mais la loi de la banque est déjà pour eux la loi française.

569 – C'est la libéralisation des services bancaires à l'intérieur de la Communauté économique européenne qui va raviver le conflit de lois : si un établissement de crédit prospecte un marché étranger sans s'y installer physiquement, c'est-à-dire opère en libre prestation de services, les lois de police locales cessent de coïncider avec la loi de la banque.

570 – Pour régler de tels conflits, on est invité, aujourd'hui à consulter la Convention de Rome. On se tromperait cependant en attendant des solutions complètes. Ce que l'Article 7 de la Convention décrit précisément, c'est le mécanisme d'intervention des lois de police. Mais la Convention ne permet pas de dire quelles lois relèvent de ce mécanisme. Et elle ne fixe pas leurs critères de rattachement. En d'autres termes, elle laisse les Etats maîtres d'une partie du jeu.

571 – C'est ce qu'il convient d'examiner de plus près, en envisageant le principe de l'éviction de la loi du contrat bancaire par les lois de police (Sous/Section I), puis en mesurant l'ampleur de cette éviction (Sous/Section II).

Sous/Section I

Le principe de l'éviction de la loi du contrat bancaire international par les lois de police.

572 – Le phénomène le plus habituel est évidemment l'application des lois de police du for. Mais un apport remarquable de la Convention de Rome est la place qu'elle fait aux lois de police étrangères. A chaque fois, il est important d'essayer d'en prévoir les conséquences sur l'activité bancaire.

573 – A) – S’agissant des lois de police du for, l’Article 7, Paragraphe 2, de la Convention de Rome énonce : « 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 ».

574 – Le sens général est parfaitement clair. Le texte s’adresse au juge national. Il l’autorise à écarter la loi qu’une règle de conflit de la Convention désignait pour régir le contrat. Il lui permet d’y substituer des dispositions internationalement impératives, selon les conceptions du for. Cette possibilité a vocation à se concrétiser en matière bancaire comme ailleurs. Soit une banque française qui effectue la déclaration prévue par la loi du 12 Juillet 1990 relative au blanchiment des capitaux (Art. 3). Sa responsabilité contractuelle ne saurait être recherchée par son client devant une juridiction française, quelle que soit la loi applicable à la relation de compte.

575 – Tout n’est cependant pas limpide dans l’Article 7, Paragraphe 2, de la Convention de Rome. Deux problèmes méritent d’être évoqués, qui intéressent le commerce de banque.

576 – Le premier touche à la notion même de loi de police. L’expression sert d’intitulé à l’Article 7, dans sa version française. Mais elle n’est pas employée dans le corps du texte. Et la rédaction anglaise se borne à viser, de façon neutre, les “mandatory rules”.

577 – La vérité est que, au sein des pays liés par la Convention, les systèmes actuels de droit international privé sont trop éloignés les uns des autres pour que le concept de loi de police provoque partout la même résonance. La qualification n’en sera pas facilitée.

578 – Par exemple, faut-il exclure les décisions de la catégorie “lois de police” ? Pierre Mayer a très justement mis en évidence ce qu’il y a d’irréductible dans l’opposition entre règle et décision. Et il en déduit, notamment, que les décisions législatives ne sont pas des lois de police (467).

(467)– Droit International Privé, 4° Ed., N° 473, p. 298.

Dans notre domaine, cela signifie-t-il que ce type de normes ne relève pas de l'Article 7, Paragraphe 2, de la Convention de Rome ? Par exemple, l'embargo communautaire décidé les 8 Août et 22 Octobre 1990 dans les relations économiques avec l'Irak et le Koweït, et qui couvrait certains services financiers (468) n'aurait pas été justiciable de la méthode des lois de police. En sens inverse, il n'est pas interdit de penser, sans contester l'exactitude théorique de la distinction posée entre règles et décisions, qu'il y aurait certains avantages à insérer les mesures du type embargo ou blocage d'avoirs dans le mécanisme de l'Article 7. Pour ces mesures, aussi, on constate la nécessité de donner toute son efficacité à une politique de l'Etat du for. Et la référence à la Convention de Rome permet de couper court à toute discussion quant à la légitimité de l'éviction de la règle de conflit ordinaire.

579 – Dans un ordre d'idées voisin, on sera confronté, un jour ou l'autre, à la question du devenir des normes matérielles de droit international privé. Par exemple, la Cour de Cassation a affirmé la validité des clauses monétaires, et, semble-t-il, des indexations conventionnelles, dans tout prêt qui donne lieu à un paiement international ou qui est destiné à financer une opération de commerce internationale (469).

580 – Une telle solution peut-elle être maintenue sous l'empire de la Convention de Rome ? La règle matérielle française propre à une opération de commerce internationale doit-elle primer la loi étrangère désignée par la règle de conflit conventionnelle ?

581 – Pour justifier l'affirmative, une voie s'ouvre qui est l'assimilation de la règle matérielle de droit international privé à une disposition impérative au sens de l'Article 7. Cela est concevable, mais ne va pas de soi.

582 – La seconde série de problèmes concerne les rapports entre les Articles 5 et 7 de la Convention. L'Article 5 est la disposition consacrée aux contrats conclus avec les consommateurs. Il vise, notamment, les contrats destinés au financement d'une fourniture d'objets mobiliers corporels, ou de services. Son domaine englobe ainsi les crédits à la

(468)– Règlements du Conseil des Communautés Européennes N° 2340/90 et 3155/90 ; V. une analyse dans B. Grelon et Ch. E. Gudin, Contrats et crise du Golfe, Clunet 1991.633.

(469)– V. notamment, Cass. Civ. 11 Octobre 1989, Bull. Civ. I, n° 311, p. 206, D. 1990.167, note E.S. de La Marnière.

consommation affectés ; il recoupe largement celui de la loi du 10 Janvier 1978 (dite loi Scrivener 1). Ces contrats ne relèvent pas entièrement du mécanisme normal de règlement des conflits de lois. Sans entrer dans les détails, il suffit de retenir l'élément suivant : le choix par les parties de la *lex contractus* « ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle », dans trois séries de cas énumérés au texte.

583 – Il y a ainsi éviction partielle de la loi désignée par la règle de conflit bilatérale pour régir le contrat. D'où l'alternative suivante : l'Article 5 est-il une clause spéciale d'application des lois de police ou bien l'Article 5 et l'Article 7 doivent-ils être mis en œuvre cumulativement ? L'enjeu est le suivant. Si l'Article 5 décrit une hypothèse particulière d'intervention des lois de police, il exclut, dans son domaine, le recours à l'Article 7. Dans le cas contraire, l'Article 7 s'ajoute à l'Article 5 pour permettre la mise à l'écart de la loi du contrat. Par exemple, d'autres lois que celles de la résidence habituelle du consommateur pourraient faire valoir un titre de compétence.

584 – Des arguments existent dans les deux sens. Pour notre part, nous serions enclins à considérer que l'Article 5 constitue une disposition spéciale se suffisant à elle-même. Les auteurs de la Convention de Rome ont, semble-t-il, réfléchi de manière complète à la question de la protection du consommateur. Ils lui ont donné une réponse, qui figure à l'Article 5. Sans doute suffit-elle, de sorte que, dans le domaine couvert par l'Article 5, la sagesse conduirait à écarter l'éventualité de l'intervention des lois de police en vertu de l'Article 7.

585 – B – S'agissant des lois de police étrangères, chacun sait que la possibilité même de les appliquer était contestée. C'est l'un des apports les plus remarquables de la Convention de Rome que d'avoir sauté le pas. Son Article 7, Paragraphe 1, permet de donner effet à des dispositions impératives d'une loi qui n'est ni celle du contrat, ni celle du juge saisi.

586 – L'innovation est considérable d'un point de vue théorique. Il n'est pas certain que ses conséquences pratiques soient de même ampleur.

En particulier, la matière des opérations de banque pourrait bien révéler quelques résistances à l'application des lois de police étrangères.

587 – Nous disposons ici d'un matériau d'observation : les mesures de blocage d'avoirs bancaires.

588 – En France, la réflexion fut d'abord alimentée par l'Executive Order du Président Carter dirigé contre l'Iran. Mais le contentieux ne dépassa pas le stade de la juridiction des référés (470) de sorte que les décisions rendues sont d'un enseignement relativement limité.

589 – En revanche, deux jugements ont été prononcés au fond, dans les affaires vietnamiennes, par le Tribunal de Grande Instance de Paris (470). Des réfugiés vietnamiens demandaient la restitution en France de dépôts en piastres effectués auprès de succursales de banques françaises à Saïgon, avant la chute du régime non communiste. Ces dépôts avaient été bloqués par les nouvelles autorités. Le Tribunal a rejeté les demandes. Il s'est fondé sur plusieurs motifs : le rattachement du contrat de dépôt à la loi de la succursale, c'est-à-dire à la loi vietnamienne ; la soumission des établissements de crédit français à l'étranger à la loi locale ; l'Article VIII, 2, b, des Accords de Bretton Woods, imposant d'avoir égard aux réglementations des changes étrangères. Mais, derrière cette profusion d'arguments, il est remarquable que pareil litige peut être résolu sans recours au mécanisme des lois de police.

590 – La loi vietnamienne était applicable au dépôt, comme loi de la banque. Le dépôt était restituable auprès de la succursale. La banque n'avait pas manqué à son obligation de restitution, puisque son comportement lui avait été dicté par les autorités locales. En l'absence de faute contractuelle, elle ne pouvait donc être poursuivie utilement en France.

591 – Après l'Iran et le Vietnam, vint le tour de la Libye. Le Président Reagan signa, le 8 Janvier 1986, un Executive Order gelant des biens appartenant à des personnes publiques libyennes, y compris leurs dépôts dans des succursales à l'étranger de banques américaines. Il s'ensuivit plusieurs contentieux, dont l'un opposa la Libyan Arab Foreign Bank, banque

(470)– Trib. Gr. Inst. Paris, Ref., 21 Décembre 1979, Gaz. Pal. 1979.2.690, Rev. Cr. Dr. Int. Priv., 1980.282, Clunet, 1980.330, note Gianviti.

publique libyenne, à Banker's Trust, établissement américain. La première entretenait deux comptes en dollars chez le second, l'un tenu à New York, l'autre à Londres. Une clause de la convention liant les parties prévoyait que tout solde créditeur dépassant cinquante mille dollars à New York devait, dans la mesure de l'excès, être viré à Londres.

La banque libyenne réclamait la restitution de ses avoirs londoniens, ainsi que le paiement d'une somme qui aurait dû faire l'objet d'un virement de New York à Londres avant l'intervention de la mesure de blocage.

592 – La Hight Court fit droit à ces demandes (471). Et le raisonnement développé par le juge Staughton au soutien de la décision est très instructif. Il recherche d'abord la loi applicable au contrat bancaire ; est retenue la compétence du droit anglais, du moins pour le compte tenu à Londres. Puis il se demande si la restitution sollicitée est possible sans que des actes illégaux aient à être accomplis aux Etats-Unis. Après avoir analysé de façon très fine tous les modes scripturaux de restitution, il conclut à l'obligation de Bankers Trust de s'exécuter par la remise de billets de banque américains, ou, à défaut, de livres Sterling.

593 – Ainsi, à aucun moment le juge anglais ne s'interroge sur le point de savoir si l'Executive Order doit recevoir effet en Angleterre. La compétence du droit anglais, pris comme loi de la banque, n'est pas menacée. Si le droit américain est susceptible d'être pris en considération, c'est d'une autre façon : le défaut de restitution cesserait d'être fautif si l'exécution, par la banque dépositaire, de ses obligations contractuelles impliquait un acte illégal d'après la loi du pays où il serait accompli.

N'est-ce-pas faire leur juste place aux mesures étrangères extérieures à la loi de la banque ?

594 – Et, aujourd'hui, la Convention de Rome ne dicterait pas nécessairement une solution différente. En dehors même du fait que le Royaume-Uni a formulé une réserve sur l'Article 7, Paragraphe 1, le texte conventionnel ouvre au juge une simple faculté ; il ne lui impose aucun devoir de donner effet aux règles étrangères de police.

(471)– Libyan Arab Foreign Bank, v. Banker's Trust Co, 1988, I. Lloyd's, Rep. 259.

Or, les directives générales qui sont appelées à guider sa décision appellent probablement la prudence en matière bancaire. Il faut avoir égard à la nature et à l'objet des dispositions impératives, dit l'Article 7, paragraphe 1 : des mesures de combat contre un autre Etat n'attirent pas nécessairement la coopération.

Et, surtout, l'Article 7 invite à considérer l'étroitesse du lien unissant la situation litigieuse à la loi de police étrangère. Lorsqu'un Etat prétend interférer dans des opérations bancaires soumises par les parties à une autre loi que la sienne et qui s'exécutent hors de son territoire, on peut supposer que le lien requis n'existera qu'assez rarement.

595 – La prudence est d'autant plus recommandable que, quant au degré d'utilisation du mécanisme des lois de police, les Etats conservent une marge de manœuvre appréciable.

Sous/Section II

L'ampleur de l'éviction de la loi du contrat bancaire international par les lois de police.

596 – Cette ampleur est fonction de deux éléments.

Elle dépend tout d'abord, évidemment, du nombre et de la diversité des lois de police. Plus la qualification "loi de police" est fréquente, plus la compétence de principe de la loi du contrat bancaire est dévorée d'exceptions.

597 – Ensuite, l'ampleur de l'éviction est liée aux critères de rattachement utilisés pour les lois de police. L'équation est ici : plus large est le domaine spatial d'application reconnu à une loi de police, plus restreint est le rôle résiduel de la loi de la banque.

598 – Sur ces deux points, la Convention de Rome n'apporte pas grand chose. Elle consacre le mécanisme des lois de police en matière contractuelle.

599 – Mais elle ne dit pas quand une disposition impérative doit devenir une loi de police. Et elle ne fixe pas le champ d'application dans l'espace d'une telle loi. En d'autres termes, il y a une sorte de blanc seing accordé aux Etats pour qu'ils puissent déroger, lorsqu'ils l'estiment nécessaire, aux règles de conflit conventionnelles.

600 – Les questions sont alors les suivantes que vont faire les Etats de la liberté qui leur est ainsi laissée ? Spécialement, la loi de la banque est-elle menacée par un usage intensif de la technique des lois de police ? Pour répondre, il faut considérer successivement l'émergence des lois de police dans le domaine bancaire, et les critères de rattachement qu'elles utilisent.

601 – A – Quant à l'émergence de lois de police, le processus est plus ou moins complexe selon que le législateur donne ou non des indications précises.

602 – L'idéal est sans doute que la loi écarte elle-même les rattachements bilatéraux habituels. Ainsi, l'Article 4 de la première loi Scrivener impose que « toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit son support, porte sur l'une des opérations de crédit visées à l'Article 2 » contienne un certain nombre de précisions. Les choses sont parfaitement claires. On a affaire à une disposition qui régit impérativement la situation, et ce quelle que soit la loi applicable au contrat de crédit qui va peut-être se former. Dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France, les règles françaises s'y appliquent.

603 – Mais, assez souvent, la loi ne prend pas parti sur son champ d'application dans l'espace. C'est alors au juge qu'il incombe de déterminer si l'on est en présence d'une loi de police. Pour cela, il aura évidemment égard aux objectifs matériels qui sous-tendent cette loi. Il se demandera : la réalisation de la politique législative suppose-t-elle le forçement du rattachement ordinaire ? Mais la réflexion du juge ne saurait s'arrêter là. La règle de conflit bilatérale a sa valeur propre, de sorte qu'il faut mesurer les inconvénients de son éviction. Plus particulièrement, la loi de la banque a des titres qu'on ne peut négliger. C'est de la pesée de ces divers facteurs que procède le choix quant à la qualification – loi de police ou non.

604 – Pour concrétiser cette analyse, deux exemples se présentent à l'esprit.

605 – Le premier est celui de la responsabilité du banquier pour rupture abusive de crédit. En ce qui concerne les crédits d'exploitation aux entreprises, l'Article 60 de la loi du 24 Janvier 1984 codifiée dans le Code Monétaire et Financier de 2006, entoure leur interruption d'un certain nombre de contraintes.

Faut-il considérer qu'elles sont de police ? Pour l'affirmative, l'argument principal est qu'elles figurent dans la loi bancaire ; il s'agirait donc d'une réglementation professionnelle, applicable comme telle à tous les établissements enregistrés en France. D'un autre côté, pareille solution risquerait de défavoriser les banques françaises travaillant en pool avec des confrères étrangers. Et les conditions de la résiliation sont au cœur du régime juridique de la convention de crédit.

La loi gouvernant le contrat conserve ainsi des titres sérieux à s'appliquer.

606 – Un autre point sensible est celui des intérêts rémunérant le crédit. En droit français coexistent deux séries de textes : les Articles 1905 et suivants du Code Civil ; la loi du 28 Décembre 1966 relative à l'usure.

607 – S'agissant de la seconde, la qualification "loi de police" fait peu de doute. La loi du 28 Décembre 1966 tend évidemment à la protection des emprunteurs. Mais elle répond aussi à des considérations plus générales ; la limitation des taux d'intérêt constitue un élément de la lutte contre l'inflation. Le texte paraît donc avoir vocation à s'appliquer dès lors qu'il y a offre de crédit sur le marché français. Peu importe, dans ce cas, que la loi de la banque soit différente.

608 – Mais aller plus loin dans la "découverte" de lois de police serait sans doute excessif. La Cour de cassation a jugé récemment que la loi française ne s'appliquait pas aux intérêts débiteurs d'une avance en compte accordée à une société française par une banque sénégalaise (472) C'est manifester un louable classicisme. La rémunération du prêteur est un élément essentiel de l'accord des parties. Lorsque le crédit est bancaire, le principe doit donc demeurer la compétence de la loi de la banque, prise comme *lex contractus*.

609 – Il est vrai que la combinaison de ces deux directives – intérêts en principe soumis à la loi de la banque ; loi du 28 Décembre 1966 traitée comme une loi de police – ne sera pas toujours aisée. On sait, en particulier, que la jurisprudence récente de la Cour de cassation s'efforce d'imposer aux établissements de crédit une discipline en matière d'agios, et utilise

(472)– Cass. Civ. 1^{ère}, 9 Octobre 1990, Rev. Crit. Dr. Int. Priv., 1991.341, note H. Muir-Watt.

à cette fin à la fois l'Article 1907 du Code Civil et l'Article 4 de la loi du 28 Décembre 1966 (473). Mais les méandres de l'évolution du droit interne ne constituent pas une raison suffisante pour adopter une qualification globale en matière internationale, qui serait simpliste. La compétence de la loi de la banque ne peut être purement et simplement abandonnée.

610 – B – La même prudence est souhaitable dans la délimitation du champ spatial d'application des lois de police. On aborde ainsi la question des critères de rattachement.

611 – L'Article 7 de la Convention de Rome laisse les Etats libres de retenir les critères qui leur paraissent les plus appropriés. La tentation pourrait alors être forte de privilégier les objectifs matériels qui sous-tendent la règle de police : celle-ci devrait se voir reconnaître le domaine qui permet de réaliser pleinement, dans les relations internationales, ces objectifs. En lui-même, le réflexe est très compréhensible. Mais, à s'y borner, le risque serait un expansionnisme excessif de la loi du for. Il faut composer avec d'autres considérations.

612 – La première est l'éventualité de réactions défavorables d'autres systèmes juridiques. L'application extraterritoriale des lois de police est de nature à déclencher un phénomène de rejet. Mieux vaut sans doute en tenir compte lors du choix des critères de rattachement. De ce processus, l'Article 14, Alinéa 3, de la loi du 12 Juillet 1990 relative au blanchiment des capitaux fournit un bon exemple. Ce texte prévoit que « l'organisme financier doit s'assurer que les obligations définies par l'Alinéa précédent (consignation par écrit et conservation des caractéristiques des opérations importantes et inhabituelles du client) 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 ». La ratio legis est apparente. Le législateur français souhaite imposer son système de contrôle au réseau international des banques françaises.

Mais il a conscience des obstacles que les réglementations locales peuvent dresser sur sa route. Et il préfère dire à l'avance qu'il est prêt à en tenir compte.

(473)– Cass. Civ. 1^{ère}, 9 Février 1988, Bull. Civ. I, n° 34, p. 23, Banque 1988.590, obs. J.L. Rives-Lange ; Com., 12 Avril 1988, Bull. Civ. IV, n° 130, p. 92, D. 1988.309, concl. Jéol.

613 – Deuxième facteur à prendre en considération : la nécessité de ne pas entraver indûment certaines opérations du commerce international. Poussée trop loin, la technique des lois de police encourt le grief de nationalisme juridique. Il faut donc savoir mesurer leur domaine. On peut ici raisonner sur l'obligation d'information de la caution, telle que prévue par l'Article 48 de la loi du 1^{er} Mars 1984. Supposons qu'il s'agisse d'une disposition de police (en réalité la discussion demeure ouverte).

Dans cette hypothèse, il ne paraîtrait guère raisonnable de l'appliquer à des eurocrédits. Peu importe que l'entreprise emprunteuse, ou la caution, soit française. En allant sur le marché international des capitaux, elles doivent être considérées comme ayant renoncé à la protection offerte par une disposition particulière de leur législation nationale.

614 – Enfin, on ne peut manquer d'évoquer la question dite de l'autolimitation des lois de police. Lorsque la loi de la banque régit une opération, faut-il appliquer systématiquement les règles de police qui figurent dans cette loi ? Par exemple, si une banque française accorde un crédit acheteur, soumis à la loi française, à une entreprise étrangère, l'emprunteur est-il en droit de se prévaloir des dispositions de la loi du 28 Décembre 1966 relative à l'usure ? L'affirmative serait probablement irréaliste. Ici, la loi française est conçue pour le marché français du crédit. Elle n'a pas vocation à venir en aide aux emprunteurs du monde entier, sous prétexte qu'une banque française est partie à l'opération (474). D'un point de vue théorique, cela conduit à admettre que la désignation de la loi française par la règle de conflit bilatérale n'englobe pas nécessairement ses dispositions de police.

Conclusion du Chapitre I.

615 – Au terme de ce chapitre consacré à l'identification des lois de police en matière bancaire deux constats s'imposent. Il est finalement possible d'identifier les dispositions ayant vocation à être qualifiées de lois de police. Toutefois, le maniement des critères servant à qualifier une règle de loi de police peut être délicat et varier selon qu'elle résulte des juridictions nationales ou de la Cour de justice européenne.

(474)– V. en ce sens, Bachelot, Crédot, Leclercq, Martin et Synvet, L'application internationale de la législation de l'usure, Rev. Dr. Banc. 1990.100.

Ces divergences s'expliquent par les bouleversements opérés par l'intrusion du droit communautaire dans les questions de droit international privé. Cela emporte un certain nombre de conséquences. En matière d'opérations de clientèle, le développement constant de textes internes et communautaires visant à réglementer le contenu des contrats bancaires risque de rendre largement inopérante la *lex contractus* désignée en vertu des principes de rattachement de la Convention de Rome.

616 – La question qui se pose alors, une fois la loi de police reconnue, est de déterminer son incidence sur la relation bancaire. L'application des lois de police suppose, en effet, que l'Etat qui a à connaître de la situation juridique n'est pas indifférent à sa résolution. Il convient de déterminer le lien existant entre la situation en cause et le for susceptible de déclencher l'application de règles à titre de lois de police. Il faut, par conséquent, s'intéresser à la mise en œuvre des lois de police ainsi identifiées.

Chapitre II

Mise en œuvre des lois de police applicables aux contrats bancaires internationaux.

617 – La méthode des lois de police propose de déterminer la compétence des lois de police en la déduisant de leur but. Certes, la distinction entre loi de police du “for” et “loi étrangère” est alors fondamentale devant les juges étatiques, mais il reste à déterminer la façon dont on tiendra compte effectivement de ces deux lois et ce qu’il advient en cas de conflit de lois de police.

618 – Par conséquent, nous allons examiner dans la **Section I** : « la mise en œuvre des lois de police Algériennes applicables aux contrats bancaires » et dans la **Section II** : « la mise en œuvre des lois de police communautaires applicables aux contrats bancaires ».

Section I

La mise en œuvre des lois de police Algériennes applicables aux contrats bancaires internationaux.

619 – Dans cette section, nous allons aborder la loi de police Algérienne en tant que loi de police du for (**Paragraphe I**), la loi de police Algérienne en tant que loi de police étrangère (**Paragraphe II**) et le conflit de lois de police (**Paragraphe III**).

Paragraphe I

La loi de police Algérienne est la loi du for.

620 – Lorsque la loi de police Algérienne est la loi du for, l’intérêt précis qui s’attache, selon l’ordre juridique du for, à son application en l’espèce, l’emporte certainement sur l’intérêt, d’une localisation objective de la question de droit. La loi de police Algérienne doit donc être appliquée sans avoir égard à la règle de conflit de lois. Il faut suivre ses indications, notamment, en ce qui concerne **1°** – le taux d’intérêts et la réglementation des changes ;

621 – 2° – L’essentiel de la réglementation bancaire ne concerne pas les relations entre les banques et leurs clients, qui sont plutôt affectées par les lois de politique économique et financière, mais l’entreprise de banque à laquelle certaines activités sont interdites et qui est tenue d’observer certains règles de gestion financière, de respecter les conditions de banque, définies par l’autorité financière. Il ne paraît pas que cette

réglementation s'impose directement à la clientèle de banque, elle est seulement assortie de sanctions disciplinaires qui frappent exclusivement les banques. Il est douteux que le banquier puisse se prévaloir de cette réglementation pour se soustraire à un engagement qu'il a contracté, à la réalisation d'un crédit dépassant la durée ; en fait, il respecte cette législation et les contrats qu'il passe sont établis en conformité avec la prescription qu'elle édicte.

622 – Si l'on ne suit pas ses indications, il faut déterminer les cas dans lesquels son application est nécessaire pour que le but cherché soit atteint. Ainsi la législation qui prévoit l'attribution préférentielle, en cas de décès, des exploitations agricoles et des entreprises familiales à l'un des héritiers au détriment des autres, est destinée à éviter le morcellement d'unités économiques ; elle intéresse donc les exploitations agricoles et les entreprises localisées sur le territoire algérien, en tant qu'éléments de l'activité économique nationale. Elle doit leur être appliquée, même si la règle de conflit des lois désigne pour régir la succession une loi étrangère (ce qui peut être le cas pour les fonds de commerce, biens meubles soumis à la loi du dernier domicile du défunt).

623 – Autre exemple : les règles protectrices de la concurrence ont pour objectif de permettre à la loi du marché de jouer librement sur le territoire national ; elles doivent, donc, être déclarées applicables à tous les accords, même soumis à une loi étrangère, dont les effets anti-concurrentiels seraient ressentis sur le marché national.

624 – La qualification de loi de police est sans intérêt si la compétence qui s'en déduit pour la loi du for coïncide avec celle qui résulte de l'application de la règle de conflit bilatérale en la matière.

625 – Il en est ainsi lorsque la localisation coïncide avec l'intérêt de l'Etat : par exemple, en matière de servitudes instituées dans l'intérêt public, soumises par la règle de conflit bilatérale à la loi du lieu de situation du bien. Le cas du droit du travail suscite l'hésitation. La jurisprudence étrangère reconnaît un certain pouvoir à la volonté des parties, mais considère certaines règles nationales (relatives aux conditions de travail, au salaire

minimum, etc...) comme applicables à tout travail effectué sur le territoire national (475) ; certains souhaitent cependant que le critère du lien d'exécution du travail devienne le critère bilatéral normal, ce qui rendrait sans intérêt en la matière la distinction des lois de police et des autres règles, toutes ayant le même domaine d'application.

626 – Les lois de police définissent ou obligent le juge à définir leur champ d'application international minimum. Ce minimum constitue-t-il également un maximum ? La question se pose lorsque la règle de conflit bilatérale désigne la loi du for, et que celle-ci contient une loi de police dont l'application en l'espèce ne serait pas utile à la réalisation des buts poursuivis par le législateur Algérien.

Paragraphe II

La loi de police est une loi étrangère.

627 – Des lois de police existent aussi à l'étranger ; devons nous en tenir compte en Algérie. Il ne devrait pas y avoir obstacle si la loi de police étrangère est désignée par la règle de conflit bilatérale Algérienne. Du moment que le tribunal a accepté de se reconnaître compétent, il ne peut refuser d'appliquer la loi de police étrangère sous le prétexte que, ce faisant, il servirait les intérêts de l'Etat étranger.

628 – Mais, alors, pouvons-nous aller plus loin, et appliquer la loi de police étrangère en tant que telle, même si elle n'est pas désignée par notre règle de conflit ? Ne pas l'appliquer reviendrait non seulement à ne pas aider l'Etat étranger à réaliser ses objectifs, mais à aller à leur rencontre. Le souci de respecter la localisation objective (telle que l'apprécie la règle de conflit bilatérale du for) est-il plus impérieux que celui de ne pas entraver la politique de l'Etat étranger ? Il ne paraît guère raisonnable de le soutenir, surtout lorsque la localisation résulte en fait du choix des parties, comme c'est le cas en matière contractuelle, domaine le plus fréquent d'intervention des lois de police.

(475)– Pour un ensemble d'application d'une loi de police du for, v. C.E. 29 Juin 1973, Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits, Rev. Crit., 1974, p. 344, concl. Questiaux, et la Chronique de Francescakis, Rev. Crit., 1974, p. 273, Droit soc., 1974, p. 42, concl. Questiaux, note J. Savatier, Clunet, 1975, p. 538, note Simon-Depitre.

629 – Le juge devrait donc imposer l'observation de la loi de police étrangère dans tous les cas où cela lui paraîtrait nécessaire à la réalisation du but de celle-ci. Ce faisant, il œuvrerait aussi pour l'harmonie des solutions, l'application de la loi de police ne dépendant plus du for devant lequel elle est invoquée.

630 – comme il est mal placé, en raison de son extériorité, pour apprécier exactement les impératifs de la politique de l'Etat étranger, il devrait normalement se conformer aux solutions données par le législateur étranger lui-même, ou par la jurisprudence étrangère. Mais encore faut-il que la volonté d'application ne soit pas abusive, auquel cas il devrait refuser de la suivre. Il ne s'agit pas, en effet, dans l'application des lois de police étrangères, de s'incliner devant la volonté du législateur étranger, mais de protéger un intérêt : en général celui de l'Etat étranger ou de la collectivité qu'il représente, mais parfois celui des particuliers (consommateurs, travailleurs salariés...) ; la volonté du législateur étranger n'est qu'une présomption de l'existence d'un tel intérêt, susceptible de céder devant la preuve contraire.

631 – Certes, la jurisprudence française n'a pas encore clairement posé le principe de l'application des lois de police étrangères (476). Mais l'on sait que la cour d'Aix en Provence, Première Chambre, saisie par certaines banques créancières de certains débiteurs rapatriés (à la suite de l'indépendance de l'Algérie), a décidé, notamment, dans l'affaire Banque Nationale pour le Commerce et l'Industrie-Afrique contre Robert Narbonne, en date du 02 Décembre 1965, que : « n'est pas contraire à l'ordre public une loi étrangère de nationalisation, formée en l'espèce par les Décrets Algériens des 25 Mars 1965 et 12 Mai 1965, relatifs à la nationalisation des meuneries, semouleries et fabriques de pâtes alimentaires et couscous, même si elle ne comporte pas fixation préalable d'une indemnité, dès lors qu'elle en admet le principe et en précise les modes de fixation » (477). Aussi, en ce qui concerne l'interdiction faite par les Etats-Unis en 1979-1981 à leur nationaux de restituer les avoirs bloqués aux ressortissants Iraniens, il a été considéré qu'il y a eu là : compétence américaine légitime, s'agissant de mesure de police extérieure de lutte contre un autre Etat,

(476)– Des décisions en réservent cependant l'éventualité ; v. par ex. Paris 10 Juin 1967, Clunet, 1968, p. 100, obs. Dayant, D. 1969.221, concl. Granjon, en matière de loyers.

(477)– V. Verdier, Jurisprudence française, in Travaux du Comité de DIP 1966-1969, p. 496.

le critère de la nationalité des destinataires de la prohibition étant un critère raisonnable et décidé, pareillement, en ce qui concerne les mesures restrictives qui ont frappé les dépôts bancaires auprès des succursales de banques américaines à Manille (car les succursales et les agences constituent une même entité que le siège central contrairement aux filiales qui sont des entités juridiquement distinctes et par conséquent sont soumises à la loi du lieu de leur installation).

632 – A l'évidence, la monnaie étant en elle-même une manifestation de souveraineté de l'Etat qui l'émet, on conçoit la réserve des autres Etats face aux mesures proprement monétaires que chacun est amené à prendre dans l'exercice de cette souveraineté et pour les motifs les plus divers ; d'ailleurs, monnaie, distribution du crédit sont l'objet de prérogatives et contrôles étatiques permanents : toute opération financière est strictement réglementée et son caractère international ne lui permet de déroger ni aux mesures prises dans le domaine de crédit (volumes, taux d'intérêts) ni aux conditions générales de banque (478) applicables à toutes les opérations bancaires se déroulant sur le marché national.

633 – La jurisprudence prend en considération une loi de police étrangère dès lors que la situation considérée entre dans son domaine d'application ; elle est, également, favorable à l'application des lois de police étrangères ayant trait aux problèmes de change et aux questions monétaires ; ce qui paraît logique en raison des impératifs économiques de la société financière internationale. La solidarité monétaire, les exigences du commerce international, la nécessité d'une coopération entre les Etats exigent la recherche par le juge d'une harmonisation de toutes les législations bancaires et financières afin de faire respecter les objectifs économiques de chaque pays.

634 – Ainsi dans l'affaire Constant contre Lanata, la même Cour d'Appel d'Aix en Provence a décidé dans l'Arrêt du 20 Juin 1968 (RC. 1969, p. 320) que : « si la réglementation des changes, édictée par un pays étranger est en principe inapplicable en France, il en est, différemment lorsqu'il existe des accords internationaux, qu'en l'espèce la France en 1945 et

(478)– Par conditions de banque, il faut entendre la rémunération, les tarifs, les commissions et autres agios appliqués aux opérations de banque et établissements financiers (Art. 3 du Code de la Banque, opcit, p. 194).

l'Algérie en 1963 ont adhéré à l'organisation du FMI dont les statuts ont été établis à la Conférence de Bretton-Woods le 22 Juillet 1944.

635 – Sur pourvoi, la Cour de Cassation, dans l'Arrêt du 18 Juin 1969 (RC. 1970, p. 470), s'est référée à l'Article VIII Section 2b du F.M.I prévoyant que : « les contrats de change contraires à la réglementation des changes d'un Etat membre ne sont pas exécutoires sur le territoire des autres Etats-membres » pour déclarer nulle pour cause illicite la Convention en question litigieuse et qu'une action en réparation de l'indû est ouverte selon l'Article 1376 du Code Civil à celui qui réclame les prestations qu'il a faites en exécution d'une telle Convention.

636 – L'Arrêt Zavicha du 14 Mai 1970 (Jcp. 1971-II-16.751) a, aussi affirmé la compétence de l'Article VIII Section 2b du F.M.I. en décidant que : « ne peut être exécutoire, le contrat non assorti de l'autorisation requise de la banque du Japon » (479).

637 – De même, dans l'Arrêt Veuve Moojen, Cour d'Appel de Paris (RC. 1970, p. 63), qui a suivi le jugement du Tribunal de la Seine, 5^{ème} Chambre du 23 Décembre 1957 (Clunet 1958, p. 1050) et dans l'Arrêt Janda du 16 Septembre 1967 (RC. 1968, p. 661), la jurisprudence s'est acheminée vers l'admission du respect des statuts du F.M.I et vers la reconnaissance des règles étrangères de contrôle des changes.

638 – En outre, plusieurs conventions internationales, notamment, la Convention de Rome du 19 Juin 1980 couvrant les contrats bancaires (Article 7) et la Convention de La Haye du 14 Mars 1978 reconnaissent aux tribunaux la possibilité de prendre en considération les lois de police de tout Etat signataire ou non, qui visent impérativement la situation, quelle que soit la loi régissant le contrat.

639 – Ainsi, la prise en considération par un tribunal Algérien, par exemple, de la loi de la banque Française en tant que "loi de police étrangère" renforce l'efficacité de la règle générale qui tend à lui soumettre dans tous les cas les conventions bancaires.

(479)– V. Fatiha Taleb, Thèse, opcit, p. 459.

640 – Par ailleurs, certains auteurs soutiennent qu’il serait toujours possible de recourir à une règle de conflit bilatérale pour désigner une loi de police étrangère. Le critère de rattachement serait obtenu par « bilatéralisation » du critère qui désigne la loi de police du for.

641 – Par exemple, si l’on estime que les dispositions relatives au montant des loyers doivent s’appliquer à tout contrat de bail relatif à un immeuble sis en Algérie, on en déduira par bilatéralisation que « la loi applicable au montant du loyer est la loi du lieu d’exécution du contrat de bail ». Dès lors, la catégorie des lois de police cesse de correspondre à une méthode spécifique : dans tous les cas, on applique une règle de conflit bilatérale ordinaire ; il suffit de dégager les rattachements spéciaux adaptés.

642 – Cette conception est erronée. A propos d’une question de droit donnée, il peut exister ou non, parmi les législations en présence, une loi qui se veuille applicable. Il faut, donc, consulter ces législations pour savoir si l’une d’entre elles contient une loi de police et s’il est nécessaire de l’appliquer. Ainsi, si une loi déroge au principe de l’égalité en nature dans le partage en adoptant le système de l’attribution préférentielle, elle est en cela, on l’a vu, une loi de police, et doit être appliquée même si la règle de conflit ne la désigne pas ; en revanche, si elle impose dans tous les cas l’égalité en nature, elle n’a en vue que les intérêts privés, et n’est pas une loi de police (480).

643 – On assimile souvent “lois de police” et “lois désignées par une règle de conflit unilatérale” ; d’un côté les secondes sont parfois appelées « lois de police », de l’autre l’expression d’ « unilatéralisme partiel » a été récemment utilisée à propos des premières. Il existe pourtant entre elles des différences notables. En effet, tandis que les règles de conflit unilatérales soustraient à l’ordre juridique étranger une partie de la matière qui lui est attribuée par la règle de conflit bilatérale ordinaire, les lois de police se substituent ponctuellement aux règles correspondantes de cet ordre.

(480)– Comp. Gothot, *opcit*, p. 234 : « Il n’est pas possible de classer (selon la matière ou l’objet visé) les lois de police, car ce n’est ni la matière, ni l’objet qu’elles visent qui les caractérisent, mais bien la fonction qu’elles remplissent dans l’Etat ».

Savigny (*Traité DIP*, Nouvelle Edition 1950, Paragraphe 349) voit dans ce que nous appellerions « lois de police », des lois dont « le motif et le but sont en dehors du domaine du droit conçu abstractivement » ; l’idée est la même.

644 – De plus, la règle de conflit unilatérale ne tient pas compte du but de la disposition contenue dans la législation qu'elle désigne, alors qu'une règle n'est une loi de police que dans la mesure où son but le postule (481).

645 – C'est ce qui explique que l'on ait adopté ci-dessus une position différente quant au problème de l'application des règles de conflit unilatérales étrangères, d'une part, des lois de police étrangères, d'autre part. Appliquer une règle de conflit unilatérale étrangère serait, véritablement, renoncer à l'application de la règle de droit international privé du for en faveur de la règle de droit international privé étrangère, sans même se réserver le rôle de désigner cette dernière ; tandis qu'appliquer une loi de police étrangère aux questions qu'elle vise, c'est tenir compte seulement, sur l'ordre de la règle de droit international privé du for, de l'intérêt, constaté objectivement, qu'a l'Etat étranger à son application. La volonté exprimée par le législateur étranger, telle qu'elle est interprétée par ses tribunaux, quant au champ d'application de sa règle, est une présomption d'intérêt utile parce que le législateur étranger est mieux placé que le for pour définir sa politique ; mais, si elle dépassait manifestement les exigences d'un intérêt raisonnable, le juge n'en tiendrait pas compte.

Paragraphe III

Conflit de lois de police.

646 – Deux ou plusieurs lois de police sont susceptibles d'entrer en conflit à propos d'une même question de droit. Soit par exemple le cas du salarié d'une société de banque établie dans un pays A, accomplissant son travail dans le pays B de son domicile ; la

(481)– Dans le sens de la distinction des deux types de règles, v. Fadlallah, *opcit*, n° 500, n° 133.

La distinction n'en est pas moins parfois délicate. Ainsi, comment analyser l'Article 16, Alinéa 1 de la loi du 18 Juin 1966 sur l'affrètement et le transport maritime, ainsi rédigé : « Le présent titre (relatif au contrat de transport) est applicable aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français » ? A première vue, il s'agit d'une règle de conflit posant un double rattachement unilatéral, et dérogeant, lorsque les conditions qu'elle pose sont réunies, à la règle de conflit bilatérale normale en matière de contrats. Et telle est bien, semble-t-il, l'analyse à laquelle il faut en définitive s'arrêter. Mais l'hésitation pourrait naître du fait que l'adoption de ces rattachements a été liée, dans la démarche du législateur, au contenu de la loi : protectrice du chargeur et du destinataire, elle a été jugée devoir être appliquée dans les hypothèses où soit le chargeur, soit le destinataire, est une entreprise française (v. Rodière, *Traité Général de Droit Maritime*, T. II, n° 793). Si elle n'est pas pour autant un ensemble de lois de police, c'est que dans son énoncé l'Article 16 ne porte pas la trace des motivations de son auteur ; il ne prescrit pas d'appliquer telle règle, avec sa teneur protectrice, mais toute règle contenue dans la loi, même si elle n'a aucune finalité protectrice, dès lors que la question posée s'inscrit dans la matière du transport maritime.

législation du pays A prohibe toute adhésion à un syndicat, celle du pays B interdit au contraire à l'employeur de licencier un salarié pour motif d'appartenance syndicale ; si le salarié adhère à un syndicat et que son employeur le licencie, le licenciement est-il abusif ? Chaque Etat a, objectivement, intérêt à ce que sa loi s'applique à cette question, qui met en jeu son organisation sociale.

647 – Ce type de conflit est assez différent du conflit de lois ordinaire. Normalement, dans les litiges de droit privé, c'est plutôt d'une concurrence que d'un véritable conflit qu'il faut parler : plusieurs règles sont en présence et ont une égale vocation à l'application ; les Etats dont elles émanent ne manifestent pas de volonté et n'ont pas d'intérêt à ce que leur propre loi l'emporte sur les autres. Leur seule préoccupation, exprimée par leur règle de conflit de lois, est que la relation soit soumise à la loi la mieux placée, en fonction de critères objectifs, pour la régir. Ici au contraire, il y a bien conflit au sens exact de ce terme, c'est-à-dire « affrontement entre deux ou plusieurs puissances qui se disputent un droit ». Les puissances, en l'espèce, sont les Etats, qui se disputent l'application de leur loi de police respective à la situation qui les intéresse.

648 – Si l'une des lois de police est celle du for, on imagine mal que le juge l'écarte pour la loi étrangère. Mais quid dans l'hypothèse, probablement très rare, d'un conflit de lois de police étrangères ?

649 – Tout d'abord, le conflit n'existe que s'il est véritablement impossible de donner satisfaction aux divers Etats intéressés. Il n'y a pas de conflit si toutes les lois prescrivent la même mesure, par exemple, l'annulation d'un contrat. Or, il en est très fréquemment ainsi, car deux lois ne sont ordinairement de police, sur une même question, que si elles sont de même sens : l'absence dans la législation d'un Etat d'une exigence posée par un autre étant rarement accompagnée de l'exigence contraire. Il est vrai que la même exigence peut être assortie de modalités différentes. Mais s'il est possible de déterminer qu'une exigence est plus sévère que l'autre, en en imposant le respect, on est certain de servir les intérêts des deux Etats.

650 – Dans les cas où les exigences de deux Etats sont réellement inconciliables, il faut en sacrifier une. Logiquement les éléments dont, selon la Convention de Rome, le juge tient compte pour décider si une loi de police unique doit être appliquée (la nature de la disposition, son objet, l'étroitesse du lien avec la situation litigieuse, les conséquences de l'application ou de la non-application), doivent être à nouveau pris en considération, mais cette fois dans le cadre d'une comparaison entre les deux lois de police.

Section II

La mise en œuvre des lois de police communautaires.

651 – L'émergence des lois de police communautaires résulte de la volonté des autorités de Bruxelles d'assurer une efficacité maximale aux règles qu'elles édictent. Si les lois de police communautaires poursuivent des objectifs sensiblement identiques à ceux des lois de police internes, la détermination de leur champ d'application revêt certaines spécificités, tant en raison des critères susceptibles de déclencher leur application, que par les modalités de cette application.

Sous/Section I

Les critères entraînant l'application des lois de police communautaires et les modalités d'application de ces lois.

Paragraphe I

Les critères entraînant l'application des lois de police communautaires.

652 – La seule qualification d'un texte comme loi de police ne suffit pas à déclencher son application. Il faut, également, que la loi revendique son application à la situation en cause. S'agissant des lois de police communautaires, elles ont vocation à s'appliquer quand le droit d'un Etat tiers à l'Union Européenne est désigné par les principes de rattachement de la Convention de Rome (**A**) et qu'il existe un lien étroit entre la situation en cause et le territoire communautaire (**B**).

A**L'applicabilité des lois de police subordonnée à la désignation du droit d'un Etat tiers.**

653 – L'application des lois de police reflète la volonté de celui qui a édicté certaines normes d'assurer leur effectivité indépendamment de leur désignation par une règle de conflit de lois. Les normes communautaires sont indistinctement applicables dans tous les Etats de l'Union lorsqu'elles ont un effet direct, qu'il s'agisse de certaines règles contenues dans le Traité UE (482) ou dans les règlements. De même, si les directives n'ont pas d'effet direct à l'égard des situations de droit privé, elles imposent aux Etats d'adopter des lois nationales visant à rendre effectif les objectifs fixés par ces dernières. En principe, et sauf retard dans les transpositions des directives ou mauvaise transposition de ces dernières, l'efficacité des normes communautaires est assurée de manière équivalente dans la législation de tous les Etats membres de l'Union Européenne. Ainsi, l'effectivité du droit communautaire est assurée dès lors que la loi d'un Etat membre est désignée à titre de *lex contractus*. Les autorités communautaires sont donc indifférentes à l'application de telle ou telle loi de l'Union Européenne.

654 – En revanche, des lors que la loi choisie par les parties ou désignée par les principes de rattachement de la Convention de Rome conduit à l'application de la loi d'un Etat tiers à l'Union Européenne, le seul moyen d'assurer l'effectivité des normes communautaires est d'évincer la loi ainsi désignée au profit des dispositions communautaires lorsqu'elles ont un effet direct ou au profit de la loi d'un des Etats membres ayant transposé la directive en cause.

655 – Si les lois de police nationales s'appliquent sans préoccupation de la loi normalement applicable au contrat, la qualification de dispositions communautaires de lois de police a pour but d'assurer l'effectivité du droit communautaire et suppose la désignation du droit d'un Etat tiers à l'Union Européenne. Ce seul critère est toutefois insuffisant à déclencher l'application des lois de police communautaires. L'Arrêt Ingmar a ainsi subordonné leur application à un critère finaliste.

(482)– Pour une classification des règles du Traité selon qu'elles sont directement applicables ou non, voir G. Isaac et M. Blanquet : *Droit communautaire général*, Armand Colin, 8^{ème} Edition 2001, p. 176 et s.

Elles s'imposent lorsque « l'observation des dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser les objectifs du Traité » (483). Elles n'ont ainsi vocation à s'appliquer que si la relation contractuelle entretient un lien étroit avec le territoire communautaire.

B

L'exigence d'un lien étroit entre la situation en cause et le territoire communautaire.

656 – Si l'application des lois de police du for aux termes de l'Article 7 Paragraphe 2 de la Convention de Rome ne subordonne pas leur intervention à un quelconque lien du for avec la situation en cause, la Cour de justice européenne fait dépendre l'application des lois de police communautaires de l'existence d'un lien étroit avec le territoire communautaire. En effet, l'Arrêt Ingmar s'est prononcé en faveur de l'applicabilité des lois de police « dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté ». La nature de ce lien peut varier selon le texte en cause.

657 – Le lien étroit a été défini dans l'Arrêt Ingmar à propos de la directive relative aux agents commerciaux comme l'exercice de l'activité économique sur le territoire communautaire. Par analogie, on peut imaginer que les dispositions communautaires visant à réglementer le contenu des contrats bancaires seront applicables lorsque les services bancaires sont proposés sur le territoire communautaire, par des banques situées sur le territoire de l'un des Etats membres ou par des banques étrangères. C'est d'ailleurs dans cette dernière hypothèse que les lois de police communautaires auront le plus souvent vocation à évincer la loi étrangère éventuellement applicable à la situation en cause.

658 – Les dispositions communautaires applicables à titre de lois de police affectant la substance des contrats bancaires, sont souvent édictées en vue de protéger le consommateur. Les dispositions protectrices du consommateur devraient s'appliquer dès lors que ce dernier réside dans un des Etats de l'Union.

(483)– C.J.C.E, Ingmar, 9 Novembre 2000, R.C.D.I.P, 2001.107, note Idot, L. Bernardeau : « Droit communautaire et lois de police », Jcp. 2001.I.328.

659 – Toutefois, l'application à titre de lois de police des dispositions communautaires protectrices du consommateur risque de s'articuler difficilement avec les dispositions de l'Article 5 de la Convention de Rome pour deux raisons essentielles. En premier lieu, l'Article 5 Paragraphe 2 énonce les circonstances ayant entouré la conclusion du contrat susceptibles de permettre l'application des dispositions impératives de la résidence du consommateur, circonstances qui ne correspondent pas nécessairement au lien exigé avec le territoire communautaire pour l'application des lois de police communautaires. En second lieu, l'application des dispositions communautaires à titre de lois de police est indifférente à l'application de telle ou telle loi de l'Union Européenne alors que l'Article 5 de la Convention de Rome prévoit l'application des dispositions de la résidence du consommateur.

660 – S'agissant des règles monétaires, elles devraient s'appliquer à toute relation contractuelle exprimée dans une des unités nationales auxquelles l'Euro s'est substitué. Ainsi, l'Article 3 du règlement du 20 Juin 1997 (484) qui prévoit que « l'introduction de l'euro n'a pas pour effet de modifier les termes d'un instrument juridique ou de libérer ou de dispenser de son exécution », devrait s'imposer à tout contrat utilisant comme monnaie de compte ou monnaie de paiement une des monnaies nationales ayant disparu au profit de l'euro, indépendamment de la loi qui lui est applicable. Enfin, les règles relatives à la surveillance des relations financières avec l'étranger sont par nature destinées à s'appliquer aux situations internationales et les textes communautaires ou nationaux pris en application de ces principes fixent expressément leur champ d'application dans l'espace.

Paragraphe II

Les modalités d'application des lois de police communautaires.

661 – Certaines dispositions du Traité et les règlements communautaires sont directement applicables par les juridictions des Etats membres à des litiges opposant des personnes privées. L'application de ces dispositions à titre de lois de police se pose ainsi en des termes similaires à celle des lois de police nationales.

(484)– Règlement 1103/97 du Conseil fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, JOCE n° L 162, 19 Juin 1997.1.

Dès lors que ces textes revendiquent leur application, les juges communautaires, comme les juges des Etats membres, devront les appliquer.

662 – En revanche, la situation semble plus complexe lorsque les textes qualifiés de lois de police communautaires sont contenus dans des directives. Si la Cour de Justice n'hésite pas à retenir le caractère internationalement impératif des directives (485), elles n'ont en principe aucun effet direct horizontal et ne peuvent ainsi pas être invoquées entre personnes privées. Il n'est dès lors pas possible de les appliquer en évinçant les dispositions de la loi normalement applicable au contrat. C'est le texte national de transposition de la directive du juge du for qui devrait s'appliquer à titre de loi de police, le respect des intérêts communautaires pouvant ainsi conduire à conférer un caractère internationalement impératif à des textes du droit interne.

663 – Si l'application des textes communautaires à titre de lois de police n'en est qu'à ses prémises, elle pourrait à l'avenir connaître un développement important. La définition expresse par les autorités communautaires du champ d'application dans l'espace des textes qu'elles édictent comme les interprétations de la Cour de Justice en faveur d'une telle application devraient en principe lier les juridictions nationales appelées à trancher ces questions.

664 – Les juges nationaux doivent ainsi appliquer les lois de police du for et les lois de police communautaires. Ils peuvent, également, être amenés à appliquer les lois de police étrangères.

Sous/Section II

L'application des lois de police étrangères.

665 – Si une grande partie de la doctrine se montre désormais favorable à la possibilité pour les tribunaux d'appliquer les lois de police étrangères, la réticence des législateurs et des juges à traduire ces principes en actes a souvent conduit à cantonner cette possibilité au

(485)– C.J.C.E, Ingmar, préc. L. Bernardeau, article préc.

rang de vœu pieux (486). Cette situation pourrait, toutefois, évoluer dans la mesure où l'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention prévoit expressément la faculté pour les juges de prendre en compte les lois de police étrangères. Il conviendra de préciser les conditions d'application de ce texte et sa portée en matière d'opérations de banque (Paragraphe I). Avant même la consécration de la prise en compte des lois de police étrangères par la Convention de Rome, une telle obligation résultait de l'Article VIII 2b des statuts du F.M.I en matière de contrôle des changes (Paragraphe II).

Paragraphe I

L'application des lois de police étrangères aux termes de l'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention de Rome.

666 – L'application des lois police étrangères était souhaitée par une partie de la doctrine qui estimait que le juge doit imposer l'observation d'une loi de police étrangère dans tous les cas où celle-ci revendique sa compétence, l'application des lois de police n'étant pas dépendante de la compétence du for mais de la nécessité de respecter les impératifs de la politique des Etats étrangers (487). La Convention de Rome a consacré dans son Article 7 Paragraphe 1 la faculté pour le juge d'appliquer les lois de police étrangères à la loi du for et à la lex contractus : « 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 ». Cet article représente un pas important pour permettre l'application des lois de police étrangères.

(486)– Certains rares Arrêts ont, toutefois, admis cette possibilité. Un Arrêt de la Cour Suprême des Pays-Bas de 1966 cité dans le rapport de Messieurs Giuliano et Lagarde est exemplaire à cet égard. Il avait ainsi affirmé « qu'il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ces règles même en dehors de son territoire, revêt une importance telle que les juges (...) doivent 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 ». Pour des exemples d'application des lois de police étrangères par la jurisprudence française, voir P. Mayer et V. Heuze : Droit international privé, 7^{ème} Edition, Montchrestien 2001, n° 127.

(487)– P. Mayer, « Les lois de police étrangères », J.D.I, 1981.277.

667 – Il nous semble que ce texte pourrait donner un fondement solide à l'application de certaines lois étrangères et notamment de règles édictées au nom des prérogatives régaliennes de l'Etat étranger et relevant de sa compétence exclusive au sens du droit international public. Toutefois, les conditions posées à l'application de ces derniers risquent d'en limiter sérieusement la portée en pratique.

668 – En premier lieu, il appartient au juge de rechercher si la loi étrangère éventuellement applicable à la situation en cause revendique son application à titre de loi de police. Généralement, la loi de police, qu'il s'agisse d'une loi du for ou d'une loi étrangère, est muette sur son champ d'application international. S'il n'est pas simple de déterminer si telle ou telle règle du for doit relever de la méthode des lois de police, ce sera a fortiori encore plus compliqué lorsqu'il s'agira de déterminer si une loi étrangère relève de cette méthode.

669 – En second lieu, l'Article 7 Paragraphe 1 exige que la situation en cause comporte un lien étroit avec le pays dont les dispositions internationalement impératives revendiquent leur application. La notion de lien étroit ne fait l'objet d'aucune définition, elle est laissée à l'appréciation des juges susceptibles d'appliquer une loi de police étrangère. Si les rédacteurs de la Convention n'ont pas donné de définition précise du lien étroit, ils ont souligné qu'il devait s'agir d'un « lien réel ». Il appartiendra ainsi aux juges de déterminer au cas par cas les liens entre la situation litigieuse et le for étranger pouvant fonder l'application des lois de police étrangères

670 – L'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention de Rome prévoit également que « pour décider si effet doit être donné à ces 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 ». Si cette formule est peu précise, elle semble refléter l'idée que le juge saisi de l'applicabilité d'une loi de police peut juger de l'opportunité de l'appliquer en tenant compte de la légitimité de l'intérêt protégé par le législateur étranger et de sa compétence à régir la situation en cause.

Il s'agit alors de ne pas s'incliner systématiquement devant la volonté de l'Etat étranger de voir sa législation s'appliquer, mais de protéger un intérêt invoqué par un législateur étranger qui paraît légitime au juge du for (488).

Enfin, la portée d'une telle disposition risque surtout d'être limitée car elle ne se présente que comme une simple faculté pour le juge saisi du litige, l'application éventuelle des lois de police étrangères étant laissée à son appréciation.

671 – Il n'y a pas encore d'exemple en jurisprudence d'une telle application. Si la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères est théoriquement séduisante, ses applications pratiques devraient être limitées. En matière d'opérations de banque, l'applicabilité des lois de police étrangères peut se concevoir lorsque le juge saisi du litige est celui du siège de la banque dont la loi est normalement applicable au contrat et que le client réside dans un autre Etat et estime devoir bénéficier des dispositions protectrices de la partie faible prévues par la loi du pays dans lequel il réside. Cette hypothèse ne devrait cependant pas souvent se présenter devant les tribunaux français dans la mesure où la loi française assure une protection particulièrement étendue des clients des banques et où il apparaît peu probable qu'un client étranger réclame l'application des dispositions de sa propre loi à titre de loi de police. En tout état de cause, dans une telle situation, les juges français pourraient appliquer leurs propres dispositions en considérant qu'elles assurent une protection aussi efficace que la loi étrangère en cause. Il est ainsi peu probable que les lois de police étrangères visant à protéger la partie faible soient appliquées par le juge français.

672 – Il nous semble en revanche que l'Article 7 Paragraphe 1 devrait permettre l'application extraterritoriale de lois étrangères poursuivant la défense de l'intérêt général. En effet, l'application des lois de police étrangères vise avant tout à ne pas aller à l'encontre des objectifs de l'Etat étranger (489).

673 – Elle pourrait fonder l'application des dispositions étrangères relevant de la sauvegarde de l'organisation politique, économique ou sociale revendiquant leur compétence.

(488)– P. Mayer et V. Heuze, *opcit*, n° 127.

(489)– P. Mayer et V. Heuze, *opcit*, n° 127.

En réalité, la question ne devrait véritablement se poser qu'à l'égard de règles de droit public, qu'il s'agisse des lois monétaires, de change ou dont les effets extraterritoriaux sont inhérents à ce type de règles.

674 – Il a été démontré que le droit international public attribue dans certaines hypothèses compétence exclusive au législateur pour légiférer, mais n'impose en revanche aucune coopération des organes judiciaires à l'application de leurs lois respectives (490). L'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention de Rome, sans créer d'obligations à l'égard des juridictions, pourrait traduire ces objectifs sur le terrain du droit international privé en permettant aux juges d'appliquer ou de prendre en considération certaines lois étrangères de droit public (491), régulièrement adoptées au regard du droit international public, et dont les effets ont vocation à concerner les rapports de droit privé, favorisant une attitude coopérative des autorités judiciaires à l'égard des objectifs défendus par les Etats étrangers. En matière bancaire, il serait ainsi possible pour un juge d'appliquer les lois monétaires étrangères ou d'éventuelles mesures d'embargo ou de gel d'avoirs étrangers, dès lors que les lois en cause revendiquent leur application à la situation en cause.

675 – Si la jurisprudence française a longtemps conclu à l'impossibilité pour les juges français d'appliquer les lois monétaires étrangères, certaines décisions semblent avoir implicitement admis l'application des lois monétaires étrangères lorsque ces dispositions faisaient partie intégrante de la *lex contractus* (492). L'Article 7 Paragraphe 1 pourrait fonder l'application d'une loi monétaire qui ne relève pas de la *lex contractus*, et qui n'est pas celle du juge saisi. Ces lois se veulent ainsi compétentes alors que la règle de conflit du for ne les désigne pas. L'Article 7 Paragraphe 1 donne un fondement à l'application des lois monétaires étrangères au seul motif que le législateur étranger revendique sa compétence, dès lors qu'il existe un lien étroit entre la loi concernée et la situation juridique en cause, sous réserve de sa conformité avec l'ordre public du for.

(490)– P. Mayer et V. Heuze, *opcit*, n° 106.

(491)– Il a déjà été souligné que la définition fonctionnelle des lois de police contenue dans l'Article 7 de la Convention de Rome permettait d'inclure dans son champ d'application des dispositions de droit public.

(492)– *Com.*, 16 Février 1973, *J.D.I* 1975 note B. Audit.

L'application d'une loi monétaire qui n'est ni la loi du for ni la lex contractus et qui présente un lien suffisamment étroit avec le for ne devrait pas se présenter très fréquemment. Elle peut, toutefois, être envisagée lorsque le contrat bancaire porte sur une monnaie étrangère, qui n'est ni celle de la lex contractus ni celle du for, et que les règles en cause concerne la définition ou l'utilisation de cette unité monétaire.

676 – Un problème récurrent de l'application des lois de police étrangères concerne l'effet des mesures d'embargo ou de gel d'avoirs étrangers en dehors de l'Etat qui a édicté ces mesures. En effet, l'efficacité des mesures de gel d'avoirs étrangers dépend largement de leurs effets extraterritoriaux. La jurisprudence antérieure à l'application de la Convention de Rome, comme en matière de lois monétaires, manifestait une certaine réticence à appliquer les mesures d'embargo qui n'appartenaient pas à la lex contractus (493). Toutefois, les rares décisions concernant l'application de mesures d'embargo ou de gel d'avoirs étrangers n'ont pas été jugées au fond mais à l'occasion de décisions de référé dont la portée est nécessairement limitée (494). Si les juges saisis de telles questions ont semblé réticents à appliquer les mesures de gel ou d'embargos étrangers (495), ils admettent, parfois, leur prise en compte. Cette prise en compte de la mesure de blocage étrangère ne conduit pas à appliquer positivement cette dernière mais à refuser d'effectuer des actes qui auraient pour effet de violer le blocage décidé par l'Etat étranger (496).

677 – L'Article 7 Paragraphe 1 pourrait cependant fonder la possibilité pour les juridictions d'appliquer les mesures d'embargo ou de gel d'avoirs étrangers décidées

(493)– les juges ont parfois admis l'application de mesures d'embargos dans la mesure où elles relevaient de la loi du contrat. Ainsi, deux décisions du Tribunal de Grande Instance de Paris ont refusé la demande de réfugiés vietnamiens visant à obtenir la restitution en France de dépôts effectués en piastres auprès de succursales de banques françaises à Saïgon, bloqués par les nouvelles autorités, au motif notamment que ces dépôts étaient soumis à la loi vietnamienne, le comportement des banques étant ainsi à juste titre dicté par les mesures vietnamiennes visant à bloquer ces avoirs, T.G.I Paris, 8 et 12 Mars 1985, D. 1985, IR, 500, obs. B. Audit.

(494)– C'est notamment ce qui s'est passé à propos de l'applicabilité du blocage des avoirs iraniens décidé par les Etats-Unis en 1979, voir T.G.I Paris 21 Décembre 1979, J.D.I, 1980.330 note Gianviti ou du gel décidé par les autorités syriennes à l'égard de l'Irak, voir T.G.I, Paris, 16 Décembre 1983, D. 1984, IR, 262, obs. Vasseur).

(495)– Pour un refus de l'application du blocage des avoirs Iraniens décidés par les Etats-Unis en 1979, voir T.G.I, Paris, 21 Décembre 1979, J.D.I, 1980.330 note Gianviti.

(496)– Voir T.G.I Paris, 16 Décembre 1983, D. 1984, IR, 262, obs. Vasseur.

unilatéralement par les Etats sur le fondement de la coopération judiciaire (497), ce qui permettrait à ces dernières une efficacité accrue. Il s'agit bien de dispositions impératives applicables quelle que soit la *lex contractus*. Il suffirait ainsi que la mesure de gel ou d'embargo remplisse les conditions posées par l'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention de Rome.

678 – Il est alors possible que le juge saisi d'une telle application vérifie la régularité de la mesure de l'embargo ainsi décidé unilatéralement selon les règles du droit international public, et ne l'applique que s'il considère qu'elle est conforme à l'ordre public du for, que la revendication de compétence de l'Etat étranger est légitime et la situation en cause présente un lien étroit avec le texte visé. Les embargos décidés dans le cadre du Conseil de Sécurité de l'ONU ayant fait l'objet de textes étatiques visant à permettre leur exécution devraient toujours être considérés comme légitimes et conformes à l'ordre public du for (498) et s'appliquer dès lors que la situation en cause est visée par ces mesures. En revanche, lorsque les embargos sont décidés unilatéralement par des Etats, il appartiendra aux juges saisis du litige d'apprécier leur légitimité et leur compatibilité avec l'ordre public du for.

679 – Nombre de lois de police étrangères pourraient recevoir application sur la base de l'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention de Rome. L'innovation est aussi importante d'un point de vue théorique puisqu'elle donne un fondement textuel à l'application des lois de police étrangères. Toutefois, en ne prévoyant que la simple faculté pour les juges d'appliquer ces lois, les tribunaux risquent de s'en tenir à leurs pratiques antérieures à l'entrée en vigueur de la Convention, en admettant parfois leur prise en compte, mais en ne les appliquant qu'exceptionnellement, d'autant que certains Etats comme l'Allemagne ou le Royaume-Uni ont exercé une réserve à l'égard de cette disposition.

(497)– En ce sens, H. Synvet : « Les lois de police applicables aux opérations de banque », Colloque AEDB, Banque et Droit, Juin 1993.15.

(498)– Voir les résolutions 661 du 6 Août 1990 contre l'Irak, 883 du 11 Novembre 1993 contre la Libye, 757 du 30 Mai 1992 contre la Serbie-Monténégro, 841 du 16 Juin 1993 et 917 du 6 Mai 1994 contre Haïti.

La transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire pourrait ainsi conduire à la suppression de cet Article, faute d'accord de l'ensemble des Etats sur ce point (499). Pourtant, la matière bancaire fournit de nombreux exemples d'une possible application de ce texte, notamment lorsqu'il s'agit d'appliquer des lois monétaires étrangères ou des mesures de gel d'avoirs étrangers et justifie amplement le bien fondé de cette disposition. Dans un domaine plus restreint qui concerne simplement les mesures de contrôle des changes, la portée de l'Article VIII 2b des statuts du Fonds Monétaire International pourrait être plus large, puisqu'elle impose aux Etats membres du Fonds la reconnaissance mutuelle des législations des changes.

Paragraphe II

Les dispositions spécifiques au contrôle des changes : l'Article VIII 2b des statuts du Fonds Monétaire International.

680 – Si l'Article 7 Paragraphe 1 de la Convention de Rome consacre la possibilité pour un juge d'appliquer toute loi de police étrangère, le F.M.I. avait déjà accompli un pas important dans ce sens en intégrant à ses statuts une obligation de respect mutuel des réglementations nationales des changes dès lors que ces dernières sont conformes aux statuts du F.M.I. Si la plupart des règles édictées par les statuts du F.M.I. ont pour destinataires les Etats, cette disposition a vocation à être directement applicable en droit interne en raison de ses incidences dans les relations privées (500).

681 – L'Article VIII 2b des statuts du F.M.I. dispose que : « les contrats de change qui mettent en jeu la monnaie d'un membre et sont contraires aux réglementations de contrôle des changes que ce membre maintient en vigueur ou qu'il a introduites en conformité avec cet Accord, ne seront pas exécutoires sur le territoire des autres Etats membres ». Il ne contient aucune référence à la lex contractus éventuellement applicable à la situation en cause et postule par conséquent l'application des réglementations des changes abstraction faite de la lex contractus, à titre de loi de police.

(499)– Cette suppression est envisagée par le Livre Vert présenté par la Commission de Bruxelles du 14 Janvier 2003 sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002), 654 final.

(500)– D. Carreau et P. Juillard, « Droit international économique », L.G.D.J 1998, 4^{ème} Edition, n° 1414.

Interprétée a contrario, cette disposition impose aux Etats membres du F.M.I, le respect mutuel de toutes les lois relatives au contrôle des changes conformes aux statuts du F.M.I (501). Les interprétations de cette disposition par les juridictions nationales ne sont pourtant pas de la plus grande clarté et laissent apparaître des divergences importantes.

682 – Avant l’entrée en vigueur de cette disposition, la plupart des décisions de justice ayant eu à connaître de l’applicabilité des décisions de change étrangères écartaient ces dernières comme contraires à l’ordre public (502). Depuis l’entrée en vigueur de l’Article VIII 2b, ce fondement devrait être impossible à utiliser (503) dans la mesure où toute règle de change conforme aux statuts du F.M.I est également conforme aux finalités communes poursuivies par les autres Etats membres du Fonds. Le champ d’application de ce texte doit toutefois être précisé.

683 – La réglementation des changes doit avoir été édictée par un membre du Fonds. La jurisprudence française (504) a eu l’occasion de se prononcer sur l’effet de la réglementation des changes d’un pays non-membre du F.M.I et s’est fondée sur ce seul motif pour écarter la réglementation des changes en cause.

684 – La notion de contrôle des changes est assez large et vise toute mesure qui affecte directement la réalisation des paiements et transferts de fonds internationaux ou qui régit la détention ou la transmission des moyens de paiements internationaux (505). On s’est interrogé sur la possibilité de considérer comme restriction de change les mesures d’embargo ou de gel d’avoirs étrangers.

(501)– Pour une interprétation plus restrictive de cette disposition, voir P. Drakidis : « Du caractère “non exécutoire” de certains “contrats de change” d’après les statuts du Fonds Monétaire International », R.C.D.I.P, 1970.363.

(502)– Certaines décisions avaient toutefois reconnu l’efficacité des réglementations de change étrangères, décisions énumérées par Loussouarn, note sous Cour d’Appel de New York, 8 Juillet 1959, Paris, 20 Juin 1961, R.C.D.I.P, 1962.62. Ces décisions sont les suivantes : Trib. Com. Seine, 2 Juin 1934, J.D.I. 1936.930, Paris, 26 Mars 1936, R.C.D.I.P. 1936.487, Paris, 5 Janvier 1938, R.C.D.I.P. 1938.112, Colmar, 11 Mars 1938, R.C.D.I.P. 1939.125.

(503)– En ce sens, Cour d’Appel de New York, 8 Juillet 1959, Paris, 20 Juin 1961, R.C.D.I.P. 1962.62 note Loussouarn.

(504)– Civ. 1, 16 Octobre 1967, Janda, D. 1968.445 note Mezger, R.C.D.I.P. 1968.661 note Eck. Toutefois, la Cour de Cassation s’est ici fondée sur le motif inexact que la Tchécoslovaquie n’avait jamais été membre du Fonds. Si elle ne l’était effectivement pas à la date où l’Arrêt a été rendu, elle appartenait au Fonds à la date de conclusion du contrat.

(505)– G. Gianviti : « Le contrôle des changes étranger devant le juge national », R.C.D.I.P. 1980.479.

Ces mesures ne devraient pas relever de celle qualification (506) car elles ne visent pas le même objectif que le contrôle des changes et n'empruntent pas la même technique. Il ne s'agit pas de contrôler ou de restreindre les mouvements de capitaux mais de faire pression sur un Etat ou une organisation particulière ou plus rarement de protéger les intérêts d'un Etat tiers (507). De plus, les mesures d'embargo ou de gel visent en premier lieu à empêcher le destinataire de la mesure de jouir de ses biens, les restrictions de mouvements de capitaux n'étant qu'une conséquence de l'indisponibilité ainsi édictée.

685 – L'applicabilité d'une réglementation des changes dépend de sa conformité aux statuts du F.M.I, ce qui suppose une connaissance précise des réglementations particulièrement complexes du Fonds. Le seul moyen d'éviter toute erreur d'interprétation consiste en réalité à consulter les services du Fonds (508), possibilité que les tribunaux saisis de telles questions ne semblent pas utiliser.

686 – Une des plus grandes difficultés à laquelle donne lieu l'interprétation de cet article concerne la notion de « contrat de change ». Les tribunaux français (509) et allemands (510) semblent l'appliquer à tous les contrats qui mettent en jeu la monnaie d'un Etat membre du Fonds, ce qui inclut potentiellement dans le champ d'application de cette disposition non seulement tous les contrats bancaires internationaux mais également tous les contrats internationaux dont l'une des prestations est exprimée dans la monnaie d'un Etat appartenant au Fonds. A l'opposé de cette définition extensive, les juges britanniques n'y voient que l'échange de monnaie au sens strict (511), l'Article VIII 2b étant alors largement vidé de sa substance. Si l'objectif est de permettre la reconnaissance mutuelle des

(506)– G. Burdeau : « Le gel d'avoirs étrangers », J.D.I. 1997.5, Contra F. Gianviti : « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 Novembre 1979) », R.C.D.I.P. 1980.279.

(507)– On peut citer en exemple le gel des avoirs koweïtiens lors de l'invasion du Koweït par l'Irak dans la résolution 661 du Conseil de Sécurité dont le but était en réalité de protéger ces derniers contre toute appropriation par l'Irak, voir G. Burdeau.

(508)– F. Gianviti : « Le contrôle des changes étranger devant le juge national », R.C.D.I.P. 1980.479.

(509)– La Cour d'Appel de Paris a ainsi considéré « qu'il suffit qu'il s'agisse de contrats mettant en cause la monnaie d'un Etat membre, c'est-à-dire de contrats dont l'exécution affecte les ressources en devises de cet Etat », Paris, 14 Mai 1970, R.C.D.I.P. 1974.486 note Eck, JCP. 1971.I.16751 note Juillard.

(510)– Voir les décisions citées par F. Gianviti.

(511)– Ibid, F. Gianviti.

législations de change des Etats membres du F.M.I, seule une conception large des contrats visés par cette disposition est à même d'assurer cet objectif. Il a ainsi été proposé que le terme de « change » ait la même signification que l'on parle de contrat de change ou de contrôle des changes. L'Article VIII 2b pourrait ainsi recevoir application dès lors que les contrats prévoient un transfert de monnaie de la part de leurs résidents ou un transfert de monnaie transfrontière.

687 – Le caractère « non exécutoire » des contrats conclus en violation de réglementations de change est, également, discuté. L'Article VIII 2b ne concerne que la question de savoir si le contrat est efficace ou non, et ne précise pas les sanctions attachées à cette impossibilité d'exécution. Une partie de la doctrine considère que les conséquences de l'inexécution doivent être déterminées par la loi du contrat (512). Toutefois, selon le Professeur Loquin (513), les conséquences du non-respect de la législation des changes en cause doivent relever de la législation de change appliquée. C'est, en effet, à la loi qui édicte la condition violée de déterminer les sanctions attachées à une telle violation. La sanction ne saurait être dissociée de la prohibition elle-même. Cependant, les organes judiciaires d'un Etat étranger ne sauraient sanctionner l'atteinte portée à la loi de change d'un autre Etat et ne peuvent que déclarer le contrat inopposable devant leurs juridictions. Ainsi, un juge ne doit pas sanctionner civilement ou pénalement la violation de règles de changes étrangères, mais il doit faire obstacle à l'exécution forcée du contrat demandée par l'un des contractants. C'est en ce sens qu'il convient d'interpréter le terme « non exécutoire » de l'Article VIII 2b.

688 – L'Article VIII 2b des statuts du F.M.I, en imposant aux Etats de tenir compte des législations étrangères des changes peut conduire à rendre largement inefficace la loi normalement applicable aux contrats bancaires en paralysant leur exécution.

(512)– En ce sens, G. Van Hecke : problèmes juridiques des emprunts internationaux, Bibliotheca Visseriana, Keyde, Edition E.J. Brill 1955, p. 190, Y. Loussouarn : Note sous Cour d'Appel de New York, 8 Juillet 1959 et Paris, 20 Juin 1961, R.C.D.I.P. 1962.62.

(513)– E. Loquin : « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational », in Droit et Monnaie, Etats et espace monétaire transnational, Litec 1988.425, n° 32.

689 – Il existe, désormais, des fondements solides à l'application par les juges des lois de police étrangères. L'application des lois de police étrangères par les juges étatiques pourrait donner une véritable efficacité aux politiques étatiques, en assurant l'effectivité de normes étatiques visant à imposer certains comportements aux contractants afin d'obtenir le respect de certains règles du jeu face à une mondialisation croissante des échanges économiques, qui se traduit par une émancipation des acteurs du commerce international par rapport aux Etats (514).

Conclusion du Chapitre II

690 – Les lois de police étaient traditionnellement appliquées dès lors que la situation en cause comportait un lien avec le for justifiant l'éviction de la loi normalement applicable au contrat. Force est de constater que la notion de loi de police a évolué au cours de ces dernières années. Désormais, l'application des lois de police impose la combinaison des intérêts du for, des intérêts communautaires et même ceux produits par un ordre juridique étranger.

691 – Dans ces conditions, les critiques de nationalisme traditionnellement formulées à son encontre pourraient être nuancées dès lors que les juridictions font une application mesurée des lois de police du for et n'hésitent pas à appliquer les lois de police étrangères. Il s'agit d'un mécanisme de plus en plus sophistiqué permettant de coordonner les ordres juridiques entre eux. Plus qu'un retour systématique à la lex fori, les lois de police constituent désormais un instrument privilégié de coordination des politiques des Etats en matière bancaire afin d'assurer l'effectivité des buts qu'ils s'assignent. La matière bancaire montre en effet que les lois de police ne sont plus seulement un mécanisme susceptible de nier l'internationalité. Une telle application permettrait de donner une réelle effectivité à la volonté des Etats d'assurer certaines règles de jeu face à la mondialisation croissante des relations bancaires qui conduisent à affaiblir la portée des normes étatiques dans la

(514)– Y. Lequette : « L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux », in L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier, Poitiers 24-25 Octobre 1985, P.U.F. 1986.185, E. Loquin et L. Ravillon : « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in La mondialisation du droit, sous la direction d'Eric Loquin et Catherine Kessedjian, Litec 2000.179.

réglementation du commerce international (515).

Conclusion du Titre I

692– Malgré ses défauts intrinsèques liés à l'impossibilité de trouver un critère a priori permettant l'identification de telles normes, la méthode des lois de police s'est imposée afin de protéger les intérêts étatiques. Il est vrai que les dispositions actuelles en matière de lois de police recèlent encore d'importantes lacunes qui empêchent de poser des principes solides permettant une application satisfaisante. Les règles de la Convention de Rome et celles du droit communautaire se combinent avec difficulté, entravant ainsi la prévisibilité des solutions.

693– Pourtant, leur positivité est de plus en plus grande, tant en droit interne qu'en droit communautaire. Malgré ses défauts, il nous semble qu'utilisée comme seul mécanisme correcteur de règles de conflit de lois neutres et abstraites, elle permet d'assurer efficacement la protection de l'intérêt général comme la protection de certaines catégories de contractants d'une manière finalement plus simple et plus efficace que ne le permettent les règles de conflit de lois à caractère substantiel.

694– S'il importe de maintenir la liberté de choix de la loi universellement admise en matière de contrats internationaux, seul un mécanisme correcteur souple et applicable au cas par cas comme la méthode des lois de police permet de corriger un éventuel excès de libéralisme, tant au regard de l'intérêt général des Etats que de la nécessaire protection des clients des banques contre tout abus de leur position forte à l'égard de leurs cocontractants.

695 – Toutefois, les ordres juridiques ne résistent pas à la mondialisation des échanges et doivent s'y adapter. Si l'application des lois de police peut servir à maintenir un certain contrôle sur les aspects les plus essentiels de la politique des Etats, l'internationalisation toujours plus importante des opérations de banque doit pouvoir s'appuyer sur des règles uniformes.

(515)– E. Loquin et L. Ravillon, *opcit*, p. 103.

Ces impératifs, depuis longtemps pris en compte par la profession bancaire, contribuent au développement de règles élaborées en dehors de tout cadre étatique (**Titre II**) mais également à l'adoption de règles uniformes par les Etats qui permettent l'application de règles uniformes procurant un cadre juridique adapté aux techniques juridiques bancaires comme à la nécessaire souplesse, simplicité et prévisibilité des solutions recherchées par les banques.

Titre II

Contrats bancaires internationaux et règles matérielles propres (de droit international privé).

696 – On rappellera que les règles matérielles de droit international privé peuvent être définies comme des « normes propres aux rapports internationaux qui énoncent directement la solution applicable au fond » (516). La méthode ainsi décrite se distingue des règles de conflit de lois dans la mesure où il s'agit d'un procédé de réglementation directe des relations internationales. Elle diffère, également, des lois de police, qui elles aussi imposent des solutions de fond aux situations internationales, mais qui ne sont que des règles internes dont l'application est étendue à des situations internationales. Les règles matérielles de droit international privé proposent elles des solutions spécifiques aux situations internationales distinctes des solutions du droit interne et poursuivent l'objectif principal de répondre aux besoins du commerce international ou, plus précisément, aux besoins des opérateurs du commerce international.

697 – Elles répondent à une idée simple qui veut que la spécificité des relations internationales impose l'existence de normes spécialement destinées à les régler. Leur caractéristique est d'offrir des solutions plus adaptées que l'application d'un droit interne désigné par les règles de conflit de lois (517). L'élaboration de règles propres aux opérations internationales résulte ainsi de la volonté des opérateurs de bénéficier de règles propres à la spécificité des relations qu'ils nouent au-delà des frontières. Le droit du commerce international constitue le terrain le plus favorable au développement de ces règles et ceci, quelles que soient leurs sources (518).

698 – On comprendra alors pourquoi le droit bancaire international fournit l'occasion à ces règles matérielles de se développer (Chapitre I). Ce constat étant établi, on sera amené à envisager leur fonctionnement en matière de contrats bancaires internationaux (Chapitre II).

(516)– B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », T.C.F.D.I.P, Journée du Cinquantenaire, Edition du C.N.R.S 1989.121.

(517)– H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », R.C.A.D.I., 1973, T. II, p. 74.

(518)– Y. Loussouarn et P. Bourel : Droit international privé, 7^{ème} Edition, Dalloz 2001, n° 76, P. Kahn : « A propos des sources du commerce international », in Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ? », Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Editions Frison-Roche, 1999.185.

Chapitre I

Le développement des règles matérielles dans les contrats bancaires internationaux.

699 – Les opérateurs bancaires sont toujours à l'affût de figures contractuelles qui permettent de répondre aux besoins du financement du commerce international. Cette tâche se révèle particulièrement redoutable dans la mesure où il faut limiter les risques financiers et les aléas juridiques inhérents à la réalisation de contrats bancaires internationaux. En outre, la libéralisation des économies nationales a permis la création d'un véritable marché financier transnational pour lequel les réglementations nationales paraissent de plus en plus dépassées. Dans ces conditions, le développement des règles matérielles propres aux contrats internationaux paraît s'imposer comme un mouvement irréversible. Pour en mesurer tous les enjeux, il convient de revenir sur les facteurs qui sont à l'origine de cette éclosion (Section 1), avant d'en analyser l'expression juridique (Section 2).

Section I

Les facteurs du développement des règles matérielles.

700 – Le développement de règles matérielles de droit international privé appropriées aux contrats bancaires internationaux s'explique, d'une part, par les carences et les lacunes des Etats en la matière (Paragraphe 1) et, d'autre part, par les besoins spécifiques du milieu bancaire (Paragraphe 2).

Paragraphe I

Les facteurs liés aux carences et aux lacunes de l'Etat.

701 – Ainsi que l'a affirmé Virally, l'existence de règles propres aux opérateurs du commerce international « dépend d'abord, en définitive, de l'existence d'un réseau de relations commerciales échappant, au moins partiellement, au contrôle des Etats »(519).

702 – De fait, si les banques sont à l'origine d'un véritable droit adapté à leurs relations contractuelles, c'est parce que les Etats sont souvent embarrassés face aux opérations de banque réalisées dans les relations transfrontières.

(519)– M. Virally : « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec 1982.373.

703 – D'un côté, les Etats recherchent à mettre en place un contrôle efficace de ces opérations, de l'autre, ils se montrent libéraux en matière économique et monétaire à cause de la mondialisation des échanges. Ces facteurs contribuent au recul de la souveraineté étatique en la matière (A) (520). De leur côté les opérateurs bancaires n'ont pas attendu une volonté de l'Etat pour leur offrir les instruments adaptés à leurs activités. De leur propre initiative, ils ont répondu à la spécificité de leurs besoins (B).

A

Le recul de la souveraineté étatique en matière économique et monétaire.

704 – La libre utilisation internationale des monnaies, qui s'est traduite par la libéralisation voire la suppression du contrôle des changes, a conduit à une véritable privatisation des monnaies qui échappe de plus en plus au contrôle des Etats (521). Les opérateurs privés, et plus particulièrement les établissements bancaires, ont profité de cette libéralisation pour devenir les acteurs essentiels de la création monétaire et du crédit. Cette libéralisation s'est également manifestée par une large déréglementation des crédits fournisseurs ou des crédits acheteurs destinés au financement des exportations. Dans ce contexte d'internationalisation, le pouvoir des Etats en matière de circulation de capitaux peut devenir illusoire pour des raisons tant juridiques qu'économiques.

705 – En premier lieu, le pouvoir de contrainte des Etats est largement fragmenté car il ne peut s'étendre au-delà de ses frontières (522). Les opérateurs bancaires utilisent directement les délimitations des espaces juridiques nationaux pour s'y soustraire (523).

(520)– M. S. Mahmoud : « Mondialisation et souveraineté de l'Etat », J.D.I. 1996.611.

(521)– D. Carreau : « Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les opérateurs privés », Droit et Monnaie, Etats et espace monétaire transnational, Litec 1988.399 et « La souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du XX^e siècle, Mythe ou réalité ? », Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} Siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec 2000.491.

(522)E Dans la mesure où les acteurs deviennent mondiaux, seuls des systèmes de contrôle et de surveillance élaborés dans un cadre international pourraient assurer un tel contrôle. Pourtant, s'il existe plusieurs institutions internationales en matière bancaire, ou monétaire, elles ne disposent pas à la fois d'une mission de surveillance mondiale et de pouvoirs de contraintes nécessaires à assurer l'effectivité de leur autorité, H. De Vauplane : « Le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers » ; in Le droit des affaires du XXI^e siècle, Colloque des 27 et 28 Juin 2000, R.J.Com n° Spécial, Janvier 2001.187.

(523)– E. Loquin : « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational », in Droit et Monnaie, Etats et espace monétaire transnational, Litec 1988.425.

706 – Le Professeur Loquin démontre ainsi que la délocalisation ou la plurilocalisation des opérations bancaires les plus importantes permet aux banques de largement échapper aux contraintes juridiques étatiques (524). Les réseaux bancaires les plus importants sont désormais présents dans de nombreux Etats sous forme de filiales, de succursales ou de bureaux de représentations, ce qui leur permet de réaliser des opérations dans des pays où les autorités de contrôle ne sont pas très exigeantes et d'échapper aux règles monétaires ou d'encadrement du marché du crédit trop strictes. De plus, l'utilisation même des moyens mis à la disposition des contractants parties à un contrat international par les Etats leur permet de se soustraire aux ordres juridiques les plus contraignants. Le choix de la loi applicable au contrat en vertu du principe d'autonomie permet aux opérateurs bancaires le choix d'une loi qui laisse une place importante à la liberté contractuelle (525) et qui admet le recours aux usages professionnels. Le droit étatique n'est ainsi pas choisi en raison des solutions techniques qu'il renferme mais pour la liberté qu'il confère aux parties (526). De même, l'insertion de clauses attributives de juridiction permet aux opérateurs bancaires le choix de tribunaux d'un Etat qui ne recourt que très modérément à la méthode des lois de police. Enfin et surtout, les opérateurs bancaires peuvent insérer des clauses compromissoires dans leurs contrats afin de soustraire les éventuels litiges résultant de leur exécution aux ordres juridiques étatiques. Le pouvoir de contrainte des Etats est ainsi largement amputé. Si les instruments juridiques mis à la disposition des parties à un contrat international laissent aux banques une liberté substantielle, les Etats laissent également une marge de manœuvre importante aux opérateurs bancaires pour des raisons économiques.

707 – En effet, l'Etat tire indéniablement profit de l'activité bancaire présente sur son territoire. Les institutions financières publiques ont des capacités financières limitées, qui ne permettent pas de répondre aux besoins de financement des Etats. Le développement considérable de l'utilisation internationale des monnaies nationales qui a donné naissance

(524)– Sur les stratégies bancaires pour utiliser les législations fiscales applicables aux opérations bancaires internationales, J. P. Le Gall : « La fiscalité des opérations de banque internationales », in Les opérations de banque internationales, in R.J.Com. Février 1985.98.

(525)– E. Loquin et L. Ravillon : « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in La mondialisation du droit, sous la direction d'Eric Loquin et Catherine Kessedjian, Litec 2000.179.

(526)– A ; Jacquemont : L'émission des emprunts euro-obligataires, Pouvoir bancaire et souverainetés étatiques, Paris, Librairies Techniques, 1976, n° 282.

aux euromarchés, permet de réaliser des opérations bancaires en dehors de l'Etat émetteur de la monnaie, qu'il s'agisse de dépôts, de crédits ou d'émissions obligataires. Ils constituent une source essentielle de financement, non seulement pour les entreprises privées mais également pour les Etats et les entités publiques (527). Les Etats font ainsi appel aux marchés privés de capitaux (528) pour financer leurs propres investissements et couvrir leurs déficits et la vigueur de leur économie dépend largement de ces investissements privés. Les autorités politiques sont donc liées par ces contraintes financières et perdent ainsi une partie de leur indépendance sur le plan politique (529). Une législation trop contraignante conduirait les banques à se développer dans des places off-shore et dans des Etats adoptant des règles monétaires ou fiscales plus libérales. La concurrence que se livrent les différentes places financières incite les Etats à une certaine déréglementation afin de recueillir les profits que l'activité bancaire leur procure (530) ou à l'adoption de règles propres aux opérations internationales afin d'assurer la compétitivité de leur place financière. La réglementation fiscale des emprunts euro-obligataires en fournit un bon exemple (531). Le marché euro-obligataire fait ainsi l'objet d'un régime fiscal particulier, parfois même en contradiction avec les principes fiscaux du droit interne afin d'éviter la fuite des capitaux.

708 – Le développement des activités bancaires internationales a ainsi été rendu possible par un infléchissement très net des contraintes étatiques, qui se sont révélées inaptes à contrôler les marchés internationaux de capitaux. Dans la mesure où ce développement sert également les Etats eux-mêmes et les entités publiques, ceux-ci limitent les obstacles juridiques, monétaires et fiscaux et laissent ainsi fonctionner un système monétaire et financier véritablement transnational (532) et favorisent la création de règles

(527)– D. Carreau et P. Juillard : Droit international économique, L.G.D.J. 1998, 4^{ème} Edition, n° 1374, A. Jacquemont, ouvrage préc., G. Burdeau : « Les euro-crédits, l'application des contrôles étatiques », in Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques, 1981.369.

(528)– F. Rigaux : « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », R.C.A.D.I. 1989, T.1.9, spéc. p. 282.

(529)– En ce sens, Jacquemont, opcit, n° 349.

(530)– H. Ascensio : « Les activités internationales des banques : liberté ou contrôle » ?, J.D.I. 1993.255, F. Rigaux.

(531)– Pour une étude détaillée de la fiscalité des emprunts euro-obligataires, voir Jacquemont, opcit, n° 324 et s., voir aussi J.P. Le Gall.

(532)– D. Carreau et P. Juillard, opcit, n° 1376.

matérielles propres aux relations bancaires internationales.

709 – Si les opérateurs bancaires internationaux échappent ainsi aux contraintes étatiques, ils sont en outre confrontés à l’incapacité des instruments juridiques du droit interne comme des règles de droit international privé (533) à s’adapter aux techniques bancaires développées pour financer les opérations du commerce international.

B

L’inadaptation des instruments juridiques étatiques ou interétatiques.

710 – Il va de soi que le droit international privé, comme le droit interne des Etats, ne contient pas toujours des règles adaptées aux opérations bancaires internationales. Les banquiers et plus généralement les commerçants internationaux (534) créent et suivent leurs propres règles lorsqu’ils ne trouvent pas dans les droits étatiques celles qui répondraient à leurs besoins (535). Les Etats ont eux aussi conscience de l’incapacité de leur droit interne à répondre aux besoins du financement du commerce international et édictent des règles propres aux financements internationaux dans le cadre interne ou international.

711 – La désignation de la loi applicable comme sa mise en œuvre conformément aux principes de la Convention de Rome posent des difficultés importantes en matière bancaire. La stipulation d’une clause de choix de la loi permet aux banques de résoudre les difficultés relatives à la désignation de la loi applicable. En revanche, en l’absence de clause de choix de la loi, la désignation de la loi applicable selon les présomptions de rattachement de l’Article 4 de la Convention de Rome ne permet pas toujours d’assurer la prévisibilité des solutions en raison des difficultés de localisation des opérations financières (536), notamment lorsqu’elles sont conclues entre banques.

(533)– E. Gaillard : « Trente ans de Lex Mercatoria, Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », J.D.I. 1995.5.

(534)– En ce sens, R. David : Le droit du commerce international, Economica 1987, spéc. n° 15.

(535)– I. Strenger : « La notion de lex mercatoria en droit du commerce international », R.C.A.D.I. 1991, T. II, p. 211, P. Fouchard : « Exposé de synthèse », in Les opérations internationales de banque, R.J.Com. Février 1985.115.

(536)– G. Parleani : « La localisation des services financiers », Mélanges en l’honneur de Jean Stoufflet, Université d’Auvergne, L.G.D.J, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001.279.

712 – En outre, si l'insertion d'une clause de choix de la loi permet généralement de résoudre les incertitudes liées à la désignation de la loi applicable, l'application de la loi ainsi choisie par les parties pose également des difficultés en raison de la spécificité des techniques juridiques utilisées par les banques, qui ne permettent pas toujours de conduire à l'application d'une loi unique aux contrats les plus complexes. De plus, nombre de dispositions du for, du droit communautaire, ou éventuellement des lois étrangères ont vocation à s'appliquer à titre de lois de police et peuvent déjouer les prévisions des parties.

713 – Outre la complexité de la méthode, le résultat auquel elle aboutit n'est pas nécessairement satisfaisant. En effet, les règles de conflit de lois conduisent à appliquer à la situation juridique en cause le droit interne de la loi ainsi désignée. Or, ce dernier n'appréhende généralement pas les techniques juridiques mises au point par les banques. Il suffit de citer les crédits documentaires, les lettres de crédit stand-by, les garanties autonomes, les swaps : toutes ces techniques mises au point par les banques ne s'appuient pas sur les contrats classiques du droit interne ; il s'agit de figures originales dont le régime juridique n'est pas réglementé par le droit interne et pour lesquelles le droit commun des obligations ne peut fournir que des solutions ponctuelles.

714 – De plus, si l'Etat a créé des modèles propres au financement du commerce extérieur on a cherché à favoriser leur développement en apportant son aide à la réalisation de certaines opérations comme les crédits fournisseurs ou les crédits acheteurs, ces opérations impliquent une procédure relativement lourde qui ne peut être utilisée que pour accompagner des contrats commerciaux nécessitant un financement important. L'intervention de l'Etat ne permet en revanche pas l'élaboration de techniques qui répondent aux exigences de simplicité, de rapidité et de souplesse recherchées par les banques. Quand bien même l'Etat aurait la volonté de légiférer en la matière, il ne peut pas proposer des solutions adaptées aux contrats bancaires internationaux, dans la mesure où il lui est évidemment impossible de dépasser seul les obstacles liés aux divergences existant entre les droits nationaux.

715 – Conscients de la nécessité pour les banques de disposer d'instruments juridiques uniformes propres aux opérations internationales permettant de dépasser les obstacles

Résultant des divergences existant entre les droits internes, les Etats, par le biais d'organismes internationaux, élaborent des normes ayant exclusivement vocation à régir les contrats internationaux. Toutefois, le cadre conventionnel ne permet pas d'appréhender la totalité des techniques juridiques utilisées dans les échanges internationaux, dont l'évolution constante est peu compatible avec le caractère nécessairement intangible des règles de droit d'origine interétatique (537). Au contraire, les usages ou les pratiques codifiées peuvent rapidement réagir à l'évolution des besoins de la pratique. Les nombreuses modifications subies par les Règles et usances relatives au crédit documentaire dont la dernière version régit les conditions de présentation des documents sous forme électronique (538) atteste de la possible adaptation rapide de ces instruments, alors que leur modification dans un cadre interétatique nécessiterait une procédure longue et compliquée peu adaptée aux exigences de la pratique.

716 – L'impossibilité des législations de source étatique ou interétatique à répondre à ces impératifs incite les opérateurs bancaires à créer de nouvelles figures contractuelles plus adaptées aux relations transfrontières, qui s'imposent indépendamment de la localisation géographique des opérateurs et évitent les difficultés créées par les disparités des différents systèmes juridiques tout en s'affranchissant des cadres étatiques contraignants. L'inadaptation des instruments juridiques étatiques à répondre aux besoins des banques les conduit à se substituer au législateur pour élaborer un ensemble spécifique et diversifié de règles qui complètent ce qui a expressément fait l'objet d'un accord entre les parties (539).

717 – L'incapacité des droits étatiques à créer des figures contractuelles propres aux contrats bancaires internationaux ne suffit, toutefois, pas à expliquer le développement des règles matérielles, rendu possible par le dynamisme d'une profession dont la cohérence et l'organisation dépassent largement le cadre des frontières traditionnelles.

(537)– P. Fouchard : « l'Etat face aux usages du commerce international », T.C.F.D.I.P. 1973-1975, Dalloz 1977.71.

(538)– O. Berthier : « Le crédit documentaire à l'heure d'internet », Banque magazine, Septembre 2002.64.

(539)– J. Ghestin : Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^{ème} Edition, L.G.D.J. 1993, n° 93.

Paragraphe II

Les facteurs liés aux besoins du milieu bancaire.

718 – La cohésion (A) et les intérêts communs (B) qui lient les banques indépendamment de leur localisation géographique constituent également des facteurs déterminants du développement des règles matérielles, quelles que soient leurs sources.

A

La cohésion du milieu bancaire.

719 – Ainsi que cela a été relevé, l'existence et le développement d'un droit autonome propre aux opérations du commerce international suppose que « les opérateurs du commerce international constituent un milieu suffisamment homogène pour que les solidarités professionnelles se fassent sentir et que s'expriment des besoins requérant des solutions juridiques cohérentes et adéquates (540). Ce constat a pu être dressé dans de nombreuses branches du commerce international (541) et notamment en matière bancaire à propos des contrats d'euro-obligations (542) et d'euro-crédits (543). Si leur autonomie est réelle, le caractère normatif de ces pratiques est, toutefois, subordonné à leur généralisation, qui est facilitée par le fait que les banques sont les seules à proposer certains types de contrats. Cette cohésion conduit, essentiellement, à l'émergence de véritables règles nationales, mais contribue également à leur rôle déterminant lorsqu'il s'agit d'adopter des règles matérielles de droit international privé dans un cadre interétatique.

720 – L'organisation et la cohésion des opérateurs bancaires résultent de la conjonction de plusieurs facteurs. La libéralisation des économies nationales et la multiplication des échanges internationaux ont non seulement conduit à

(540)– P. Kahn : « Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience française », in *Le contrat économique international*, Bruylant et Pedone, 1975.171.

(541)– Pour de nombreux exemples de domaines du commerce international où un tel constat a pu être réalisé, E. Loquin : « Où en est la lex mercatoria ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec 2001.23.

(542)– B. Oppetit : « Le contrat d'émission d'euro-obligations », in *Les euro-obligations, Eurobonds*, Librairies Techniques 1972.58, A. Jacquemont, *opcit*, p. 346 qui constate que « la cohésion du milieu bancaire est à l'origine de nouvelles figures contractuelles qui marquent leur originalité aussi bien quant au mode de conclusion que quant au régime juridique des engagements qu'elles contiennent ».

(543)– Voir les différentes contributions, in *Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international*, Librairies Techniques 1981.

l'internationalisation des opérations bancaires mais également à l'internationalisation des structures bancaires (544), qui contribuent à assurer l'homogénéité et la cohésion du milieu bancaire.

721 – En raison du rôle central des banques en matière économique et monétaire, les Etats sont particulièrement intéressés à l'établissement d'un système financier international solide et ont créé à cet effet de nombreuses structures destinées à harmoniser les règles applicables aux établissements bancaires. Certaines de ces organisations ont été créées par les Etats eux-mêmes. Si elles visent essentiellement à harmoniser les règles prudentielles ou à prévenir les mouvements de capitaux liés à des activités illicites (545), elles ne se désintéressent toutefois pas de la réglementation des opérations bancaires transfrontières. Ainsi, la banque des règlements internationaux (B.R.I) abrite de nombreux comités chargés de la réglementation bancaire, dont le plus important est le comité de Bâle (546). L'internationalisation des structures bancaires, qu'il s'agisse des autorités de contrôle et de surveillance des établissements de crédit, ou d'organisations professionnelles concourt à l'homogénéité du milieu bancaire.

722 – L'organisation des opérateurs bancaires résulte ainsi d'institutions internationales qui regroupent les autorités bancaires étatiques. Toutefois, les mécanismes interétatiques sont souvent lourds et ne s'intéressent que de manière incidente à la réglementation des opérations bancaires elles-mêmes. Le développement de pratiques

(544)– B. Moschetto et A. Plagnol : Les activités bancaires internationales, P.U.F., Que sais-je ? 1976.

(545)– Voir notamment les recommandations du Groupe action financière sur le blanchiment des capitaux (GAFI), dont le but est de coordonner les politiques en vue de lutter contre toutes les formes de blanchiment, voir le compte rendu de la réunion du GAFI des 29 et 30 Octobre 2001, Actualités de droit bancaire européen et international, Revue de droit bancaire et financier, Janvier / Février 2002.29.

(546)– Sur l'organisation et la portée des normes édictées par le Comité de Bâle, voir H. Ascensio : « Les activités internationales des banques : liberté ou contrôle ? », J.D.I. 1993.255.

Voir J. Bonnardin : « Le contrôle des banques devant l'internationalisation des opérations financières et bancaires », in Droit et monnaie, Etats et espace monétaire transnational, Litec 1988.493, P. Saunier : « Organisations internationales universelles à compétence monétaire et financière », Jcl. Droit International, Fasc 135-1 et s.

bancaires unifiées tient à l'organisation des banques au sein d'institutions spécialisées (547), qui élaborent des normes communes ou collaborent avec les institutions internationales à l'élaboration de règles uniformes.

723 – En effet, les banques, pour faire face aux besoins de financement du commerce international, doivent créer des liens de différente nature au-delà des frontières selon plusieurs voies (548). Les banques les plus importantes sont présentes dans de nombreux pays sous forme de filiales, succursales ou simples bureaux de représentations. Elles peuvent également s'engager dans une politique d'intégration en s'associant à des banques locales ou par la création de filiales locales spécialisées dans la réalisation de certaines opérations. Elles peuvent enfin passer des accords de coopération bilatérale ou multilatérale. Ces liens juridiques créés par les banques leur procure une connaissance des usages des différents systèmes juridiques, ce qui leur permet d'adopter dans les relations transfrontières les modèles les plus aptes à répondre à leurs besoins et encourage le développement de leurs activités. Dans ces conditions, en présence de modèles différents, le plus prisé par les opérateurs deviendra le modèle dominant qui finira par s'imposer à l'ensemble des opérateurs (549). Cette possible comparaison des pratiques et la recherche de la plus grande efficacité conduit irrésistiblement à une certaine standardisation des instruments juridiques au profit de ceux qui répondent le mieux aux besoins de financement du commerce international. Les modèles ayant ainsi vocation à nourrir les usages internationaux sont le plus souvent inspirés des pratiques anglo-saxonnes, en raison du poids économique que ces pays représentent.

(547)– Ainsi, un Comité bancaire pour les Crédits documentaires a été institué au sein de la C.C.I, lorsqu'il a été nécessaire de réviser la première mouture des règles relatives aux crédits documentaires, voir J. Stoufflet : *Le crédit documentaire*, Librairies Techniques, 1957, n° 103. Plus précisément, l'unification des règles relatives aux lettres de change et aux billets à ordre internationaux a été le résultat de l'action conjointe des praticiens bancaires et de la CNUDCI, voir P. Bloch : *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales*, Etude comparative de droit cambiaire français et américain, *Economica* 1986, préface Philippe Fouchard.

(548)– B. Oppetit : « La coopération interbancaire internationale », T.C.F.D.I.P, 1975-1977, édition du CNRS, 1979.81.

(549)– A. Martin-Serf : « La modélisation des instruments juridiques », in *La mondialisation du droit*, sous la direction d'Eric Loquin et Catherine Kessedjian, Litec 2000.179.

724 – C'est ainsi qu'une foule de techniques bancaires ont une origine anglo-saxonne. Parmi les plus connues figurent le crédit-bail, l'affacturage, désormais réglementés par la loi ou les lettres d'intention (550) et les lettres de crédit (551). L'adoption de ces modèles juridiques par les banques résulte non seulement de la cohésion du milieu bancaire mais leur succès et leur diffusion sont également rendus possibles par les intérêts communs des banques.

B

Les intérêts communs des banques

725 – La grande homogénéité des pratiques bancaires résulte également des intérêts communs qui unissent les banques indépendamment du système juridique dont elles relèvent (552). Toutes les banques ont ainsi pour objectif de limiter au maximum les risques financiers auxquels conduit tout octroi de crédit. Beaucoup de techniques de crédit sont ainsi créées par les banques pour allouer du crédit à leurs clients sans toutefois leur remettre directement et immédiatement des fonds ou, en cas de remise de fonds, se prémunir contre les éventuels problèmes de recouvrement par la constitution de garanties. La prise de risques financiers est en effet inhérente à l'octroi de crédit par les banques en raison des aléas qui peuvent affecter la solvabilité des emprunteurs et de la durée souvent très longue de ces contrats. Les banques veulent circonscrire ces aléas par la création d'un environnement juridique le plus stable possible. Il s'agit pour les banques d'assurer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions en s'affranchissant le plus possible des contraintes économiques, monétaires ou juridiques liées à l'octroi de crédits internationaux, dans la mesure où plusieurs souverainetés étatiques peuvent, à tout moment par des mesures relevant de la catégorie des lois de police interférer dans la vie du crédit (553), risque aggravé pour les contrats de longue durée.

(550)– X. Barre : La lettre d'intention, Technique contractuelle et pratique bancaire, Economica 1995, n° 22 et s.

(551)– H. Synvet : « Lettres de crédit et de garantie en droit international privé », T.C.F.D.I.P. 1991-1992, Pedone 1994.55.

(552)– En ce sens, à propos des contrats d'euro-crédits, J. B. Blaise et P. Fouchard : « La valeur juridique de la syndication », in Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques, 1981.155.

(553)– J. B. Blaise et P. Fouchard, opcit.

726 – De même, s'agissant des opérations de paiement, toutes les banques suivent le même objectif. Il s'agit de réaliser ces opérations au moindre coût grâce à leur standardisation, en assurant la rapidité et la sécurité des opérations de paiement, qui se traduisent par exemple par une harmonisation des moyens de communication dont le système swift fournit un bon exemple. Créé par les banques, ce réseau mondial de transmission des messages relatifs aux transactions financières (554) pour réaliser les virements, est un véritable système mondial propre à acheminer les ordres de paiement. Si ce système est avant tout une « poste-eclair électronique » au service des banques, qui a permis la mise en place d'une procédure uniforme pour tous ses utilisateurs, son fonctionnement est réglementé par l'existence de règles formalistes destinées à rendre les messages transmis compréhensibles partout dans le monde.

727 – Ainsi, tous les facteurs susceptibles de créer un environnement favorable au développement de règles matérielles étant ici réunis, il convient d'étudier plus précisément les modes d'édition de ces instruments juridiques conçus pour les contrats bancaires internationaux.

Section II

Les modes d'édition des règles matérielles.

728 – Les règles matérielles de droit international privé ont des origines très diverses. Elles sont en premier lieu le fruit de la pratique des opérateurs bancaires eux-mêmes, qui sont à l'origine de règles véritablement anationales, lesquelles se construisent en dehors de tout cadre étatique et selon des modalités variées. Toutefois, les Etats, conscients de l'incapacité du droit interne à fournir des solutions susceptibles de répondre aux préoccupations des banques, élaborent des règles propres aux relations internationales dans un cadre national ou interétatique, règles de source formelle puisqu'elles sont créées par les autorités publiques (555). Il existe donc des règles matérielles anationales (**Paragraphe I**) et des règles matérielles de source étatique (**Paragraphe II**).

(554)– M. Vasseur : « Les transferts internationaux de fonds », R.C.A.D.I, 1993, T. II, p. 117.

(555)– Pour une discussion sur la notion de source formelle du droit et la définition retenue en l'espèce, voir D. Bureau : Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, Thèse dactyl. Paris II, 1992, n° 14.

Paragraphe I

Les règles matérielles anationales.

729 – Sans revenir sur les controverses ayant porté sur l'existence ou la réalité d'une *lex mercatoria*, on rappellera les prises de position sur ce problème. L'approche théorique de la *lex mercatoria* oppose ceux qui défendent l'idée qu'il s'agit d'un véritable ordre juridique (556) à ceux qui lui dénie cette qualité (557). L'analyse des mérites respectifs de ces deux opinions dépasserait largement le champ de cette étude. Selon une approche plus pratique, on constate qu'il existe indéniablement des règles normatives créées par les opérateurs du commerce international qui visent non pas tant à se substituer aux règles étatiques mais plutôt à se combiner avec elles.

730 – Ces règles ont des sources très diverses. Elles résultent du développement « d'un droit prétorien largement indépendant des droits nationaux » (558) et puisent leurs sources dans les sentences arbitrales comme dans les clauses des contrats internationaux eux-mêmes et se traduisent par l'émergence de principes généraux du droit et d'usages du commerce international (559). Les principes généraux, règles générales et communes aux différents systèmes juridiques trouvent essentiellement leur source dans la jurisprudence arbitrale et sont généralement inspirés des droits étatiques eux-mêmes, ce qui permet de les qualifier de « règles transnationales ». Ces principes généraux ont, toutefois, une formulation très abstraite, et s'ils ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats, ils ne concernent pas spécifiquement les contrats bancaires et résultent essentiellement de la jurisprudence arbitrale.

(556)– L'idée de considérer la *lex mercatoria* comme un véritable ordre juridique revient à B. Goldman, in « Frontières du droit et *lex mercatoria* », Archives de philosophie du droit 1964.177 et « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : Réalité et perspectives », J.D.I. 1979.475. De nombreuses études se situent dans cette lignée, dont F. Osman : Les principes généraux de la *lex mercatoria*, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 1992, préface Eric Loquin, I. Strenger : « La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international », R.C.A.D.I., 1991, T. II, p. 211.

(557)– P. Lagarde : « Approche critique de la *lex mercatoria* », in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec 1982.125, A. Kassis : Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J. 1984.

(558)– E. Loquin : « La réalité des usages du commerce international », Revue internationale de droit économique, 1989.163.

(559)– E. Gaillard : « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991.203.

731 – Leur examen dépasserait le cadre de la présente étude. Les règles matérielles anationales ici entendues comme des « pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité » (560) sont à l'origine d'un véritable droit corporatif anational (561) qui se concrétise de trois manières différentes : par les usages (**A**), les codifications professionnelles (**B**) et les codifications institutionnelles (**C**).

A

Les usages du droit bancaire international.

732 – Le terme d'usage recouvre différentes réalités parmi lesquelles on peut notamment distinguer les usages des parties des usages du commerce, distinction opérée par le Code de commerce uniforme des Etats-Unis (562). Les usages des parties n'ont vocation à s'appliquer qu'aux seules relations d'affaires des parties et ne sont pas susceptibles de généralisation, tandis que l'usage du commerce (563) est défini par l'Article 1205 du Code de Commerce uniforme comme « une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question ». Seuls ces derniers peuvent être considérés comme de véritables règles de droit. En effet, dans le premier sens, la règle n'a qu'une portée relative tandis que dans l'autre, elle a une portée générale et permanente.

733 – S'il est possible d'identifier des facteurs favorisant l'existence et le développement d'usages, cette qualification ne peut résulter que d'une démarche inductive fondée sur l'observation des réalités (564). Il est ici impossible de recenser l'ensemble des usages bancaires internationaux, mais l'on peut constater que les études du régime des contrats bancaires internationaux insistent, toujours, sur la vigueur de ce phénomène.

(560)– D. Gaillard, *opcit*, p. 99.

(561)– L'utilisation de l'expression « règles anationales » suppose l'existence de règles élaborées en dehors de tout cadre étatique et qui ne sont pas inspirées par un ou plusieurs systèmes juridiques nationaux nous semble ici préférable pour qualifier les usages bancaires internationaux que celle de « règles transnationales » qui suppose le recours global à un ensemble de droits nationaux.

(562)– J. M. Jacquet et P. Delebecque : *Droit du commerce international*, Dalloz 2^{ème} Edition, 2000, n° 143.

(563)– J. M. Jacquet et P. Delebecque, *opcit*.

(564)– B. Oppetit : « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit*, T. 27, 1982.43.

734 – Il ne s’agit pas ici d’usages qui se sont développés pour compléter ou adapter des figures contractuelles étatiques mais de véritables créations mises au point par la pratique bancaire dont le succès et la diffusion permettent une répétition puis une véritable standardisation des clauses contractuelles qui conduisent à l’émergence de nouvelles figures contractuelles dont le régime juridique résulte de pratiques habituellement suivies qui se transforment progressivement en véritables usages. Ils ont, essentiellement, vocation à se développer à propos d’opérations réalisées sur le marché financier transnational (565) dans la mesure où celles-ci échappent largement aux contrôles étatiques. La fixation du taux d’intérêt par référence au Libor ou l’insertion systématique de clauses ayant pour effet de limiter les effets d’une éventuelle nullité ou illicéité de toute stipulation à cette seule clause afin de permettre le maintien du contrat en constituent des exemples caractéristiques (566). Le développement d’usages a également été constaté à propos d’opérations bancaires dont la réalisation est largement dépendante du soutien public dont elles bénéficient telles que le crédit acheteur (567).

735 – Si l’existence de nombreux usages bancaires internationaux peut être constatée à l’occasion de l’étude des contrats élaborés par la pratique, ils présentent, cependant, certains inconvénients. Il leur est souvent reproché la difficulté d’accès en raison d’une diffusion restreinte de sorte qu’il est difficile d’en connaître précisément leur contenu. De même, la question de leur opposabilité à l’égard des opérateurs n’appartenant pas au même milieu soulève des difficultés. C’est pourquoi, de nombreuses organisations internationales comme professionnelles ont cherché à y porter remède, en fixant par écrit le contenu des usages en les codifiant.

(565)– Sur l’importance des usages pour toutes les opérations réalisées sur les euromarchés, voir les différentes contributions aux ouvrages, *Les euro-obligations, Eurobonds*, Librairies Techniques 1972.58 et *Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international*, Librairies Techniques 1981.

(566)– J. B. Blaise et P. Fouchard : « La valeur juridique de la syndication », in *Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international*, Librairies Techniques 1981.155.

(567)– G. Bourdeaux : *Le crédit acheteur international, Approche française et comparative*, Economica 1995, préface Eugène Schaeffer.

B**Les codifications professionnelles.**

736 – Les institutions professionnelles ont généralement vocation à codifier des pratiques déjà observées ou élaborer des contrats types destinés aux opérateurs qu'elles représentent. Elles présentent l'avantage de codifier des usages préexistants et de permettre une meilleure diffusion de leur contenu parmi les professionnels qui en sont membres. Ces institutions sont de nature très diverses. Les associations bancaires nationales élaborent des contrats types, qui sont des formules préétablies destinées à servir de cadre aux conventions particulières qui conduisent à la standardisation des opérations (568) ou proposent des réglementations de certaines opérations internationales à leurs membres.

737 – Des associations transnationales privées visent, également, à réglementer certaines opérations particulières réalisées par leurs adhérents. Les usages bancaires résultent alors de l'adhésion des banques à ces associations. La nécessaire rapidité et la sécurité des paiements transfrontières créent un cadre particulièrement favorable au développement de ces usages professionnels, dont l'application résulte de l'adhésion des banques à ces associations. Par leur adhésion, les banques acceptent de se soumettre aux règles édictées par ces organismes. Le système Swift déjà évoqué illustre parfaitement cette hypothèse. Créé par les banques, ce réseau mondial de transmission des messages relatifs aux transactions financières (569) pour réaliser les virements, a permis la mise en place d'une procédure uniforme pour tous ses utilisateurs. Ainsi, la société Swift a, notamment, établi le « User Handbook Swift » qui établit et répartit les responsabilités qui incombent aux banques émettrices et destinataires d'ordres de paiement réalisés sous cette forme et à la société Swift elle-même. Ainsi, la responsabilité de Swift ne peut être engagée que si les banques utilisatrices du système ont respecté les normes de comportement et les procédures prévues par le système. La société Swift n'est responsable que des défaillances survenues entre le moment où le système reçoit l'ordre de paiement et celui où il est acheminé au destinataire (570).

(568)– J. Ghestin : *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^{ème} Edition, L.G.D.J, 1993, n° 80.

(569)– M. Vasseur : « Les transferts internationaux de fonds », R.C.A.D.I. 1993, T II, p. 117.

(570)– M. Delierneux : « Les instruments du paiement international », R.D.A.I., 1993.987.

En outre, les règles Swift définissent les dommages susceptibles d'être indemnisés et les causes d'exonération de responsabilité.

738 – De même, l'adhésion au système Visa ou Mastercard en matière de cartes de crédit et de paiement emporte l'application de règles définies par ces organisations et notamment les règles mondiales Visa et Mastercard applicables dans les rapports Etats-Unis – Europe, et de règles propres à certaines zones (571) pour régir nombre d'aspects des relations contractuelles créées entre les banques de ces réseaux. Elles vont même jusqu'à mettre en place des procédures extrajudiciaires de règlement des litiges applicables entre la banque émettrice de la carte et la banque du commerçant. Ces procédures ont vocation à s'appliquer lorsque la banque émettrice refuse de payer la banque du commerçant. Les motifs d'impayés légitimes sont expressément énoncés par les règles Visa. Parmi ces motifs figurent la réception d'une marchandise non conforme, une marchandise non reçue ou une marchandise reçue mais endommagée. Les procédures encadrant le rejet de ces paiements et le règlement des éventuels litiges sont également prévues par ces règles (572).

739 – En principe, le caractère normatif des règles codifiées par ces organismes est lié à une manifestation de volonté des opérateurs de s'y soumettre, volonté qui s'exprime par une adhésion au système. Elles concernent ainsi, essentiellement, les relations interbancaires. Certains de ces systèmes, en raison de leur succès dans les relations transfrontières sont en pratique nécessairement adoptés par les opérateurs bancaires dont l'adhésion apparaît comme économiquement incontournable. Ainsi, l'adhésion des banques au système Visa semble indispensable à leur activité. Les normes établies par ces organismes professionnels vont s'imposer aux banques, créant de véritables contrats-types auxquels les opérateurs doivent nécessairement adhérer. L'inconvénient essentiel des normes produites par ces organismes privés est évidemment de privilégier leurs propres intérêts et de ne pas toujours proposer des règles équilibrées susceptibles de satisfaire les banques comme leurs clients.

(571)– M. Vasseur et C. Cornut : « Le droit applicable à la solution des litiges en matière de cartes de crédit », Mélanges Jean Pardon, Bruylan, 1996.547.

(572)– M. Vasseur, *opcit.*

740 – C'est pour remédier à ce nouvel obstacle que des codifications ont été élaborées par des institutions internationales.

C

Les codifications institutionnelles.

741 – Si la codification, et notamment les codifications privées, connaissent un développement important sous les formes les plus diverses (573), les pratiques bancaires internationales constituent un objet privilégié de ces codifications.

742 – Il ne s'agit pas de droit spontané au sens où on l'entend généralement, mais de textes élaborés par des groupements d'origine publique ou privée dont l'objet est de mettre à la disposition des acteurs du commerce international des instruments juridiques propres aux opérations transfrontières, adaptés à leurs besoins, généralement qualifiés « d'usages codifiés ». Cette terminologie est, toutefois, ambiguë dans la mesure où elle ne reflète ni le mode de formation de ces textes ni leur portée normative. Il convient de présenter succinctement les organismes à l'origine de cette production de règles bancaires uniformes (1) avant de s'interroger sur la portée normative des textes qu'ils élaborent (2).

1

Les organismes codificateurs.

743 – Certains organismes publics ou privés se sont fixés pour mission de créer de véritables normes internationales dans certains domaines, des standards applicables en tant qu'usages qui s'adressent essentiellement aux professionnels. L'avantage des textes élaborés par ces organismes qui ne sont pas directement liés à une profession particulière est de proposer des solutions neutres et équilibrées pour toutes les parties concernées et pas simplement de créer un droit corporatif favorable à une seule profession. Ils ont, également, l'avantage sur les mécanismes de coopération interétatique de la souplesse, de la rapidité et de permettre l'adoption des solutions les plus appropriées sans subir les pressions d'Etats souhaitant imposer leur propre modèle. Leurs efforts consistent aussi à synthétiser ou concilier les différentes conceptions étatiques et de trouver des compromis

(573)– C. Kessedjian : « La codification privée », Liber Amicorum Georges A.L. Droz, Sur l'unification progressive du droit international privé, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.135.

entre les droits continentaux et les droits de Common law dont les solutions sont souvent différentes.

744 – L'unification des pratiques du commerce international est tout d'abord l'objet même d'institutions internationales constituées par le droit international public, dont le meilleur exemple est fourni par la CNUDCI. La commission des Nations Unies pour le droit commercial international a été créée par la Résolution 2205 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 Décembre 1966 pour disposer de « lois bien conçues et modernes propres à assurer l'égalité dans les échanges commerciaux internationaux » (574). L'œuvre unificatrice de la CNUDCI embrasse des questions très diverses (575) et prend plusieurs formes. Si elle a vocation à élaborer des conventions internationales, dont le plus grand succès revient certainement à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, l'unification conventionnelle réalisée dans ce cadre est souvent décevante (576) dans la mesure où peu de ces conventions ont été ratifiées. Toutefois, les efforts d'unifications réalisés en matière bancaire sous l'égide de la CNUDCI prennent, également, d'autres formes plus souples et qui apparaissent plus efficaces. Certains des textes s'adressent tant aux législateurs nationaux qu'aux contractants eux-mêmes et pourraient devenir de véritables modèles. Ainsi, un groupe de travail mis en place au sein de la CNUDCI en matière de paiements internationaux a élaboré le guide juridique sur les transferts électroniques de fonds, publié en 1986 (577) puis la loi-type du 15 Mai 1992 sur les virements internationaux. Toutefois, le caractère interétatique de la CNUDCI ne semble pas en faire l'organisme le plus à même de répondre à la souplesse, la simplicité et la rapidité recherchée par les banques (578), auxquelles les institutions de codifications purement privées semblent en mesure de répondre avec plus d'efficacité. En revanche, les efforts de conciliation des systèmes juridiques qu'elle a entrepris peuvent avoir vocation à inspirer les

(574)– Rapport du Secrétaire Général, Annuaire CNUDCI, Vol. I.19, B. Goldman : « Les travaux de la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International », J.D.I. 1979.749.

(575)– Voir P. Fouchard : « La contribution des organisations internationales à l'unification du droit du commerce international », Journées de la Société de Législation comparée 1985, R.I.D.C. 1985.353.

(576)– B. Oppetit : « Le développement des règles matérielles », T.C.F.D.I.P., Journées du cinquantenaire, Edition du CNRS, 1989.121.

(577)– Rapport de la CNUDCI 1986 (A/41/17 n° 229 et 230).

(578)– Sur le processus d'élaboration de la loi type relative aux virements internationaux et les inconvénients liés à la longueur et la complexité de ce texte, voir M. Vasseur, cours préc. spéc. p. 166 et s.

pratiques des professionnels et concourir à la formation de la “lex mercatoria” (579).

745 – Les institutions purement privées se fixant pour but l’unification du droit du commerce international comme la C.C.I ou Unidroit ou l’International Law Association ne privilégient généralement pas la forme de conventions internationales (580) dont le processus d’élaboration et de ratification est souvent long et difficile mais s’attachent à uniformiser les pratiques des opérateurs du commerce international ou à proposer des standards, fruit de synthèse entre les différents droits ayant vocation à unifier le droit applicable aux contrats internationaux.

746 – La Chambre de commerce internationale a depuis longtemps joué un rôle particulièrement important dans la codification des usages bancaires (581). Elle a, notamment, dès 1926 réfléchi à la possibilité d’élaborer des règles uniformes relatives aux crédits documentaires (582) adoptées en 1933, qui ont subi depuis lors de nombreuses révisions, et dont le succès auprès des opérateurs ne s’est jamais démenti. Récemment, la C.C.I a, également, élaboré des règles et pratiques relatives au standby (583), pratiques auxquelles les règles relatives aux crédits documentaires ne pouvaient répondre de manière tout à fait satisfaisante. La C.C.I a également élaboré des règles uniformes relatives aux encaissements dont le succès est également important (584). D’autres instruments juridiques élaborés par la C.C.I comme les règles relatives aux garanties contractuelles, les principes directeurs pour « le transfert international de fonds et pour indemnisation » n’ont pas connu le même succès et n’ont été que peu utilisés par les banques.

(579)– En ce sens, B. Oppetit, communication préc.

(580)– Toutefois, deux conventions internationales élaborées à partir des travaux d’Unidroit ont été ratifiées par la France, les Conventions d’Ottawa sur l’affacturage international et sur le crédit-bail international. Pour une étude des dispositions de ces conventions voir C. Gavaldà : « Affacturage » et « Crédit-bail », Rép. International, Dalloz, 1998.

(581)– J. Stoufflet : « L’œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire », in *Le droit des relations économiques internationales*, in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec 1982.361.

(582)– Pour un historique de la codification des usages relatifs au crédit documentaire, voir Stoufflet : *Le crédit documentaire*, Librairies Techniques, 1957, n° 101 et s.

(583)– M. C. Guinot : « Règles et pratiques internationales relatives aux standby – RPIS 1998 », R.D.A.I. 2000.271, J. P. Mattout : « De nouvelles règles de la C.C.I pour les lettres de crédit stand by », *Mélanges Michel Vasseur*, Banque Editeur 2000.99.

(584)– J. Stoufflet, *Etudes précitées*, opcit, p. 375.

747 – Les travaux de la C.C.I et de la CNUDCI ont été, particulièrement, nombreux en matière bancaire. Dans la mesure où il s'agit de proposer des standards ayant pour ambition de devenir des usages pour les parties, leur portée dépendra largement de l'utilisation que vont en faire les opérateurs, leur caractère de véritable règle ne pouvant découler que de l'adhésion des professionnels. Si certains de ces efforts de codifications sont restés lettre morte, d'autres ont une portée normative importante. Il convient donc de déterminer la portée normative de ces codifications

2

La portée normative de ces codifications.

748 – Le processus de formation des normes élaborées par les organismes institutionnels est à l'opposé des usages, puisqu'il consiste à fixer par écrit des instruments destinés aux professionnels sans que ceux-ci n'aient nécessairement été l'objet de pratiques répétées et généralisées. Les liens entre usages et codifications privées ne sont toutefois pas toujours faciles à discerner.

749 – Le caractère écrit de ces instruments leur confère nécessairement une certaine autorité dans la mesure où il permet de pallier un des inconvénients essentiels reproché aux usages, la difficulté à en déterminer précisément le contenu. Ces codifications privées n'ont pourtant en elles-mêmes aucune portée obligatoire (585) car elles sont le fait d'institutions privées n'ayant aucun pouvoir réglementaire. En effet, si le caractère normatif des usages n'est pas en principe lié à leur codification (586), cette dernière y contribue en pratique en facilitant leur connaissance.

750 – Les pratiques codifiées peuvent refléter deux réalités (587). En premier lieu, les codifications peuvent découler de l'observation des besoins de la pratique, et réaliser la

(585)– C. Kessedjian, *opcit*, p. 403.

(586)– Non seulement la codification ne modifie pas la nature du droit spontané, mais la codification est souvent l'occasion, sous couvert de vouloir faciliter la connaissance des usages, de créer des règles nouvelles, voir P. Deumier : *Le droit spontané*, *Economica* 2002, préface de Jean Michel Jacquet n° 389 et s.

(587)– J. M. Jacquet et P. Delebecque : *Droit du commerce international*, Dalloz 2^{ème}, Edition 2000, n° 146.

codification de pratiques qui se développent en dehors de tout cadre juridique connu. En second lieu, les organismes codificateurs proposent des standards ayant pour but de concilier les systèmes existants. Dans cette dernière hypothèse, le succès des pratiques codifiées dépend de la réception qu'en feront les professionnels, car ils sont dépourvus de toute force obligatoire lors de leur élaboration si les parties ne s'y réfèrent pas expressément. En revanche, lorsque les pratiques codifiées ou les contrats types proposés par les institutions spécialisées réalisent la mise en forme d'usages déjà observés et revêtus d'une force obligatoire pour les professionnels, leur codification permet aux professionnels d'y accéder facilement.

751 – Les difficultés proviennent de ce que cette distinction n'est pas toujours facile à tracer, comme l'illustre le sort des Règles et usances uniformes (RUU) relatives aux crédits documentaires. Si les premières versions des RUU pouvaient être considérées comme des standards proposés aux parties n'ayant pas le caractère de véritables usages, leur succès auprès des professionnels leur a finalement conféré un caractère véritablement normatif, qui s'est d'ailleurs traduit dans leurs dernières versions par la présence d'une disposition venant affirmer ce caractère en prévoyant que « Les Règles et Usances Uniformes relatives aux Crédits Documentaires (...) lient toutes les parties y intéressées, sauf dispositions contraires stipulées expressément dans le crédit ». Une disposition similaire est d'ailleurs contenue dans les règles uniformes relatives aux encaissements. Cette formule est surprenante puisqu'elle suppose que les règles élaborées par la CCI sont applicables en l'absence de toute manifestation de volonté des parties de s'y soumettre, alors même que la CCI est dépourvue de tout pouvoir législatif (588). Elle semble pourtant refléter l'attitude des professionnels et parfois même des autorités étatiques à l'égard de ces normes qui tendent à considérer que l'utilisation de ces instruments juridiques par les professionnels emporte soumission aux règles élaborées par la CCI, véritables usages, susceptibles de s'appliquer sans que les parties ne s'y soient expressément référées.

752 – Le caractère normatif n'est ainsi pas lié à la codification mais suppose leur diffusion et leur utilisation par les opérateurs bancaires qui sont seuls susceptibles de leur

(588)– J. Stoufflet, *opcit*, p. 683.

conférer un caractère général et obligatoire. Toutefois, lorsque ces conditions seront réunies, les usages ainsi codifiés auront une portée très large. La codification des usages permet en effet de les porter à la connaissance de tous, et de leur assurer une plus grande certitude, palliant ainsi les inconvénients des usages traditionnels. Ils peuvent alors être utilisés dans les rapports interbancaires comme dans les relations de clientèle et permettent aux juges de disposer d'une réglementation facilement accessible applicable à des instruments juridiques qui ne sont pas réglementés par les droits internes.

753 – Les règles nationales semblent ainsi se développer selon trois voies. Il y a d'abord des usages qui proviennent des habitudes prises spontanément par les opérateurs du commerce international. Une fois que ces derniers ont atteint un degré de maturité suffisant, ils sont codifiés par les praticiens eux-mêmes afin d'en favoriser la diffusion et donc la connaissance. Cependant, cet effort de codification ne prend pas en considération tous les intérêts en présence. C'est ainsi que des institutions internationales dont l'objet n'est pas de représenter une profession particulière, proposent aussi des codifications relatives aux opérations internationales de banque. Le bilan que l'on peut alors dresser est le suivant. Ces différentes sources nationales sont vigoureuses et rendent incontestablement de grands services à la pratique bancaire internationale. Toutefois, leur mode d'élaboration reste trop incertain par rapport aux sources classiques, ce qui rend leur normativité et leur connaissance relatives. Elles ont néanmoins le mérite d'offrir aux parties une riche palette de solutions pour régir la spécificité de leurs rapports et jouent un rôle déterminant dans la réglementation des contrats bancaires internationaux. Il convient à présent d'aborder les règles matérielles de source étatique applicables aux contrats bancaires internationaux.

Paragraphe II

Les règles matérielles de source étatique.

754 – Si la portée des règles matérielles de source étatique semble plus facile à établir que celle des règles nationales, "les règles matérielles propres aux contrats bancaires internationaux" élaborées dans un cadre national (A) ou interétatique (B) participent de manière plus modeste à l'unification des instruments juridiques propres aux contrats bancaires internationaux.

A

Les règles nationales.

755 – Les règles matérielles de droit international privé d'origine nationale sont rares et, lorsqu'elles existent, leur origine est jurisprudentielle et non législative. Elles visent, généralement, à écarter une disposition du droit interne considérée comme incompatible avec les exigences du commerce international et concernent essentiellement le droit de l'arbitrage international (589). Une de ces règles intéresse au premier chef les contrats bancaires, puisqu'il s'agit de la liberté du choix de la monnaie de compte dès lors que le contrat est international au sens économique du terme, dont le paiement réalise « un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières » (590). Si la liberté des clauses monétaires dans les contrats internationaux a été fondée dans l'arrêt *Messageries Maritimes* (591) sur l'ordre public international, on sait qu'en réalité, la Cour de Cassation avait entendu répondre à une exigence du commerce international en posant une règle de droit international privé matérielle (592).

756 – La validité des clauses monétaires dans les contrats internationaux a d'ailleurs été réaffirmée par la Cour de Cassation sans aucune référence à la notion d'ordre public international (593). Cette règle matérielle a par la suite été étendue par les tribunaux à tout paiement qui met en jeu les intérêts du commerce international (594).

(589)– Deux règles matérielles de droit international privé élaborées par la jurisprudence concernent l'arbitrage. Il s'agit de l'autonomie de la clause compromissoire lorsque l'arbitrage est international, Civ. 1, Gosset 7 Mai 1963, J.C.P. 1963.II.13405 note Goldman, J.D.I. 1964.82 note Bredin, R.C.D.I.P. 1963.615 note Motulsky. Toutefois, l'abandon de la méthode conflictuelle et l'affirmation de l'autonomie de la clause compromissoire comme une véritable règle matérielle de droit international privé apparaît plus nettement dans l'Arrêt Hecht, Civ. 1, 4 Juillet 1972, J.D.I. 1972.843, note Oppetit, R.C.D.I.P. 1974.82 note Level, P. Franceskakis : Chron. Rev. Arb. 1974.67. La Cour de Cassation a, également, fait de l'aptitude de l'Etat à compromettre une règle matérielle de droit international privé, voir Civ. 1, 2 Mai 1966, Galakis, R.C.D.I.P. 1967.533 note Goldman, J.D.I. 1966.648 note Level, G.A.D.I.P. n° 44.

(590)– Civ. 1, 17 Mai 1927, Pelissier du Besset, Gaz. Pal. 1927.2.153 concl. Matter, S.1927.1.289 note Esmein, D.P. 1928.1.25 note Capitant.

(591)– Civ., 21 Juin 1950, *Messageries Maritimes*, D.1951.749 note Hamel, S. 1951.1 note Niboyet, J.C.P. 1950.II.5812, R.C.D.I.P. 1950.609 note Batiffol, G.A.D.I.P. n° 22.

(592)– En ce sens, G.A.D.I.P. n° 22.

(593)– En ce sens, Civ. 1, 25 Mars 1981, Bull. n° 104, Civ. 1, 15 Juin 1983, J.C.P. 1984.II.14171 note Levy, R.T.D.C. 1984.721 obs. Mestre, Civ. 1, 13 Mai 1985, Bull. n° 146.

(594)– Civ. 1, 13 Mai 1985, Bull. n° 146.

757 – Cette définition du paiement international ne vise pourtant qu'à déterminer la liberté des parties d'insérer dans leurs contrats des clauses désignant une monnaie étrangère et non à régler toutes les questions posées par la monnaie de compte.

758 – L'origine jurisprudentielle d'une telle règle suppose que le juge ayant posé la règle soit saisi de la question. Sa portée est ainsi nécessairement limitée puisqu'elle impose la compétence du juge qui a posé la règle et sa saisine (595).

759 – Les règles matérielles de source nationale propres aux relations internationales sont ainsi limitées par leur objet. De plus, elles vont à l'encontre du rapprochement des systèmes juridiques voire de leur unification dans la mesure où elles sont posées par chaque Etat en fonction de ses intérêts (596). Leur rôle est ainsi nécessairement limité. En revanche, il est possible que se développent des règles matérielles créées dans un cadre conventionnel pour réglementer les contrats bancaires internationaux.

B

Les règles conventionnelles.

760 – La seconde source de règles matérielles résulte de traités internationaux qui sont seuls susceptibles d'aboutir à l'élaboration de règles uniformes répondant aux besoins des opérateurs du commerce international.

761 – Les Conventions internationales conduisent à deux types d'unifications. Certaines conventions visent à harmoniser le droit interne des pays parties au traité comme les opérations internationales. C'est le cas des Conventions de Genève relatives au chèque et aux effets de commerce. Elles ne concernent ainsi pas spécifiquement le droit international privé et peuvent être considérées comme des règles de droit interne (597). En revanche, certaines Conventions adoptent des règles matérielles communes pour les seules relations internationales. Seules ces dernières constituent des règles matérielles de droit international privé dans la mesure où les solutions qu'elles proposent sont exclusivement destinées à régir les contrats du commerce international.

(595)– Y. Loussouarn : « Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I. 1973, T. II, p. 270.

(596)– H. Batiffol, *opcit.*

(597)– En ce sens, H. Batiffol, *opcit.*

762 – L'unification internationale des règles matérielles par la voie interétatique présente des avantages indéniables. Elle permet de lever les obstacles liés aux divergences de solution des droits nationaux dans la mesure où elles ont en principe pour objectif de proposer une loi unique qui concilie les intérêts juridiques et économiques des différents systèmes juridiques. De plus, à la différence des règles élaborées par les banques, elles proposent des solutions qui prennent en considération l'intérêt de leurs clients. Enfin, à la différence des règles élaborées par des institutions purement privées ou des règles matérielles d'origine étatique, leur normativité s'inscrit dans les principes du droit international public. Par exemple, un fondement à leur application peut être trouvé dans la Convention de Rome, dont l'Article 21 réserve « l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie ». Par ces qualités, elles se présentent comme des règles adaptées sur le fond et se révèlent plus faciles à mettre en œuvre en raison de leur caractère officiel.

763 – Leur nombre et leur portée sont toutefois limités en raison des difficultés liées à leur adoption. La première difficulté concerne l'élaboration même de ces instruments, puisqu'elle impose une conciliation pas toujours facile à établir de systèmes juridiques différents et que le délai qui s'écoule entre le moment où le processus est lancé et le texte définitif est souvent très long. De plus, ces conventions sont nécessairement le fruit de compromis qui nuisent parfois à la cohérence de ces instruments. L'adoption d'un texte suppose bien souvent que des questions importantes soient laissées en suspens, ou que les Etats aient la faculté d'émettre des réserves sur certains points, l'harmonisation des droits nationaux n'étant alors que partielle. Elle ne permet ainsi pas d'effacer toutes les divergences existant entre les droits nationaux. Le meilleur exemple en est fourni par les Conventions de Genève relatives au chèque et à la lettre de change puisque faute d'accord sur l'ensemble des questions les concernant, elles ont été accompagnées de Conventions visant à unifier les règles de conflit de lois, elles-mêmes incomplètes. En outre, en présence de règles uniformes complètes, les règles ainsi adoptées peuvent faire l'objet de divergences d'interprétations.

764 – Malgré ces difficultés, de nombreux projets de Conventions ont cependant été élaborés en matière bancaire. La CNUDCI a notamment élaboré une Convention sur les effets de commerce internationaux du 9 Décembre 1988, une Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by du 11 Décembre 1995 (598), et une Convention sur la cession des créances dans le commerce international du 30 Janvier 2002 (599). Toutefois, aucune d'entre elles n'a été ratifiée. En effet, le succès de ces instruments dépend de leur ratification par les Etats. Or l'expérience prouve qu'il est bien difficile d'obtenir une large ratification de ces instruments et notamment d'obtenir l'accord à la fois des pays de droits continentaux et de ceux de Common Law dont les règles sont souvent assez différentes en matière bancaire. Par conséquent, ces efforts d'unification restent bien souvent lettre morte.

765 – En revanche, deux Conventions élaborées dans le cadre d'Unidroit et signées à Ottawa du 28 Mai 1988 relatives à l'affacturage et au crédit-bail international, ont été ratifiées par la France le 23 Septembre 1991 et sont entrées en vigueur le 1^{er} Mai 1995. La convention relative à l'affacturage prévoit des règles matérielles destinées à régir les opérations internationales d'affacturage et la Convention relative au crédit-bail prévoit des règles matérielles comme des règles de conflit de lois.

766 – Ces deux conventions ne peuvent toutefois pas prétendre réaliser une large unification des règles qui leur sont applicables non seulement parce que peu d'Etats ont ratifié ces conventions, mais également parce qu'elles ne réalisent qu'une harmonisation très partielle des règles applicables à ces opérations (600).

767 – Si beaucoup de Conventions internationales sont restées lettre morte faute d'avoir été ratifiées par les Etats, ou parce qu'elles ont un champ d'application restreint, elles peuvent néanmoins influencer les opérateurs du commerce international voire même les juges étatiques qui peuvent s'inspirer de leurs solutions pour résoudre les difficultés

(598)– J. Stoufflet : « La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by », *Revue Droit bancaire et de la bourse*, 1995.132.

(599)– J. Stoufflet : « Les contraintes juridiques actuelles », in *Cessions internationales de créances. Projet CNUDCI : état des lieux*, *Revue Droit bancaire et de la bourse*, Septembre-Octobre 1999.169.

(600)– Voir C. Gavaldà : « Le crédit-bail international », *T.C.F.D.I.P. 1988-1989*, Edition du CNRS, 1991.59.

propres à certains contrats, ou, tout au moins, mettre l'accent sur les difficultés soulevées par certaines techniques bancaires lorsqu'elles sont utilisées dans les relations transfrontières.

Conclusion du Chapitre I.

768 – L'activité bancaire internationale constitue un terrain particulièrement fertile au développement des règles matérielles de droit international privé en raison de l'inaptitude des droits internes à créer des instruments juridiques destinés au financement des opérations du commerce international et de la solidarité très forte qui unit les banquiers au-delà des frontières. L'unification des pratiques bancaires internationales est essentiellement le fait des établissements de crédit qui sont les mieux placés pour unifier les instruments juridiques nécessaires à leurs activités. De plus, le processus d'élaboration de ces normes nationales répond avec plus de facilité aux besoins de rapidité, de souplesse et de simplicité recherchés par les banques. Le dynamisme de ce droit corporatif est d'ailleurs en partie rendu possible par une attitude tolérante des Etats à l'égard de ces normes (601). Cette tolérance des Etats à l'égard de l'élaboration de normes propres au commerce international se mue parfois en une attitude de véritable coopération (602) qui permet l'harmonisation des solutions par voie conventionnelle. Les travaux des institutions internationales ayant vocation à élaborer des Conventions internationales, s'ils ne permettent pas toujours d'aboutir à une large ratification formelle de ces instruments, peuvent néanmoins inspirer les opérateurs eux-mêmes dans la réglementation de certaines pratiques ou attirer leur attention sur les difficultés susceptibles de se poser et ainsi également contribuer à enrichir les normes de source nationale. On arrive ainsi à une position équilibrée qui consiste à faire cohabiter les sources nationales avec les sources conventionnelles.

769 – Toutefois, si le contenu des règles nationales répond aux besoins de la pratique professionnelle, leur caractère non officiel rend délicat la détermination de leur force normative. A l'inverse, la coopération étatique aboutit à des instruments conventionnels dont l'application est facile à établir.

(601)– P. Fouchard : « L'Etat face aux usages du commerce international », T.C.F.D.I.P. 1973-1975.71, Dalloz 1977.

(602)– P. Fouchard, *opcit.*

Cependant leur défaut principal est de ne réaliser qu'une unification restreinte. Il convient désormais de présenter le fonctionnement de ces règles.

Chapitre II

Le fonctionnement des règles matérielles dans la réglementation des contrats bancaires internationaux.

770 – Si les règles matérielles sont nombreuses, elles ne constituent pas pour autant un système autonome. Ces règles sont nécessairement destinées à être reçues par les ordres juridiques étatiques (**Section I**). En fournissant directement la solution applicable au fond du litige dans des situations susceptibles de poser des conflits de lois, on pourrait penser que l'existence des règles matérielles conduit à évincer les règles de conflit de lois comme méthode de réglementation des situations internationales. Pourtant, si la multiplication des règles matérielles tend à limiter le rôle de la méthode conflictuelle pour régir les contrats bancaires internationaux, celle-ci n'en conserve pas moins un rôle indispensable (**Section II**).

Section I

La réception des règles matérielles par les ordres juridiques étatiques.

771 – Dans la mesure où les règles matérielles de source conventionnelle et étatique appartiennent aux ordres juridiques étatiques qui les ont établies ou ratifiées, la question de leur réception ne se pose pas. Il faut, en revanche, examiner la réception des règles d'origine nationales par les autorités étatiques (Paragraphe I). De plus, et quelle que soit la source des règles matérielles, leur application est nécessairement limitée aux aspects du contrat dont les parties ont la libre disposition en droit international privé et doit céder devant les règles internationalement impératives, qu'elles s'appliquent à titre de lois de police ou sur le fondement de l'exception d'ordre public (Paragraphe II).

Paragraphe I

La réception des règles matérielles anationales par les autorités étatiques.

772 – La portée normative des usages du commerce international doit être appréciée par la recherche concrète dans le droit positif de leur application. Si les sentences arbitrales constituent l'instrument privilégié d'une telle recherche (603), il nous semble que les réticences à admettre la normativité des usages commerciaux internationaux ne peuvent être levées que par la recherche de leur réception par les autorités étatiques en complément des sources étatiques du droit.

773 – Les usages bancaires internationaux ont vocation à être appliqués par les tribunaux étatiques. Le caractère normatif de ces usages aura une portée toute particulière s'ils sont appliqués sans que les parties ne s'y soient expressément référés (A). Toutefois, leur sphère d'influence ne se limite pas toujours à l'établissement de leur normativité dans les situations internationales, car les figures contractuelles créées par la pratique bancaire internationale peuvent également pénétrer les relations contractuelles purement internes (B).

A

La réception de ces règles par les tribunaux étatiques.

774 – Les tribunaux ont depuis longtemps eu à appliquer les usages locaux aux contrats bancaires internes unissant les établissements bancaires entre eux comme dans les relations de clientèle. L'application des usages trouve même un fondement textuel dans l'Article 1135 du Code Civil Français (dont s'est inspiré l'Article 107 du Code Civil Algérien) et constitue un phénomène présent dans nombre de systèmes juridiques (604). Leur contenu est parfois établi, en cas de litige, au moyen d'un parère délivré par le président de l'Association nationale des banques (605). Ils s'appliquent sans difficulté dans les relations

(603)– E. Loquin : « La réalité des usages du commerce international », Revue internationale de droit économique, 1989.163.

(604)– P. Fouchard : « L'Etat face aux usages du commerce international », T.C.F.D.I.P. 1973-1975.71, Dalloz 1977.

(605)– C. Gavalda et J. Stoufflet : Droit bancaire, Litec 5^{ème} Edition, 2002, n° 12, G. Ripert et R. Roblot : Traité de droit commercial, T. 2, 16^{ème} Edition par P. Delebecque et M. Germain, L.G.D.J. 2000, n° 2276.

interbancaires, mais ne sont opposables aux clients que dans la mesure où ces derniers en ont eu connaissance (606). Les usages commerciaux ordinaires sont toutefois intégrés dans l'ordre juridique de l'Etat dans lequel ils prennent place, tandis que l'usage du commerce international échappe en principe à tout ordre juridique étatique (607).

775 – Les juges étatiques peuvent être amenés à se prononcer sur la portée des usages bancaires internationaux à l'occasion de contentieux liés à leur applicabilité. Il convient toutefois de distinguer les règles qui s'appliquent à titre d'usages de celles qui s'appliquent simplement par la volonté des parties. En effet, lorsque les usages sont incorporés au contrat et nécessitent une manifestation de volonté expresse de la part de ceux qui entendent s'y soumettre, leur nature et leur force obligatoire n'est alors pas différente de celle de toute clause contractuelle, et leur caractère obligatoire est alors fondé sur l'Article 1134 du Code Civil. Il s'agit alors d'un simple effet du contrat, les règles ainsi établies ayant un caractère obligatoire pour les seules parties contractantes. En revanche, si les usages peuvent être appliqués sans être expressément incorporés au contrat, en l'absence de volonté des parties de s'y soumettre, il est alors possible de les considérer comme de véritables règles de droit à caractère général. Il s'agit alors de « règles auto-applicables aussi bien en l'absence de toute référence à elles faite par les parties contractantes qu'en l'absence d'une circonstance objective quelconque de nature à constituer un titre de leur application (608). En appliquant les usages bancaires internationaux en dehors de toute manifestation de volonté des parties, la jurisprudence contribue à leur conférer le caractère de véritables règles de droit.

776 – La jurisprudence française, reconduite en Algérie par la Loi du 31/12/1962, a reconnu la juridicité des usages du commerce internationaux (609) à l'occasion de voies de recours exercées devant une juridiction étatique à l'encontre de sentences arbitrales qui s'étaient fondées sur les usages du commerce international.

(606)– Com, 4 Mai 1999, D. Aff. 1999.939, obs. X.D., Revue de droit bancaire et de la bourse Juillet-Août 1999, obs. Credot et Gérard, Defrénois 1999 Art. 37041, n° 73, p. 997, obs. Delebecque, R.T.D.Com. 1999.731, obs. Cabrillac.

(607)– E. Loquin, *opcit.*

(608)– J. M. Jacquet : *Principe d'autonomie dans les contrats internationaux*, Paris, 1983, *Economica*, p. 197.

(609)– B. Oppetit : « La coutume en droit privé », *Droits* n° 3, 1986.39.

777 – L'applicabilité des usages par les arbitres n'est ainsi pas subordonnée à l'existence d'un accord exprès des parties (610) et si l'Article 1496 du NCPCF (dont s'est encore inspiré l'Article nouveau 1050 du code Algérien de procédure civile et administrative) dispose que : l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, la Cour de cassation considère que l'arbitre statue en droit lorsqu'il se réfère à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales » (611). Toutefois, l'application des usages du commerce international par les arbitres ne suffit pas à leur conférer une normativité au sein même des ordres juridiques étatiques. En effet, si la clause d'arbitrage permet l'application de normes non identifiées lors de la conclusion du contrat, le contrôle judiciaire exercé sur les sentences arbitrales par les juridictions étatiques est limité à la procédure et à la conformité de la sentence à l'ordre public. Il ne s'agit dès lors que d'une reconnaissance indirecte de ces règles par les ordres juridiques étatiques.

778 – Si le contentieux post-arbitral semble être un terrain particulièrement propice à la reconnaissance des usages du commerce international, les juridictions étatiques sont également amenées à se prononcer directement sur la juridicité de ces usages en dehors de tout contentieux arbitral. Il arrive que les juridictions étatiques se réfèrent à ces usages sans préciser que les parties s'y soient référées. Les litiges relatifs à l'exécution de crédits documentaires en fournissent les meilleurs exemples. Deux Arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 Octobre 1981 (612) et du 7 Octobre 1987 (613) ont ainsi utilisé comme visa les RUU relatives aux crédits documentaires aux côtes de l'Article 1134 du Code Civil, ainsi élevées au rang de véritables normes, dont l'application est soumise au contrôle de la Cour régulatrice, contredisant ainsi l'assimilation du statut devant

(610)– P. Fouchard : « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales* », Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec 1982.66.

(611)– P. Fouchard, *opcit*, et Civ. 1, 22 Octobre 1991, Valenciana, J.D.I. 1992.177 note Goldman, rejetant le pourvoi contre Paris, 13 Juillet 1989, Rev. Arb. 1990.663 note Lagarde, J.D.I. 1990.443 note Goldman, R.C.D.I.P. 1990.305 note Oppetit.

(612)– Com., 14 Octobre 1981, D. 1982.301 note Vasseur, J.C.P. 1982.II.19815 note Gavalda et Stoufflet, Banque 1982.524, note L. M. Martin.

(613)– Com., 7 Octobre 1987, J.C.P. 1988.II.20928 note Stoufflet.

le juge étatique des usages du commerce international à celui de la loi étrangère (614).

Toutefois, la portée de ces décisions est limitée étant donné que les contrats à l'origine de ces décisions contenaient une référence expresse aux RUU.

779 – Deux décisions rendues en matière de crédit documentaire paraissent en revanche beaucoup plus significatives, puisqu'elles ont appliqué des usages bancaires internationaux sans que les parties ne s'y soient expressément référées. La Cour d'appel de Paris (615) à propos d'un litige intervenu entre la banque émettrice et la banque notificatrice d'un crédit documentaire a estimé que les intérêts de retard « doivent être calculés en fonction du London Inter Bank Offered Rate (Libor), taux consacré par l'usage dans les opérations bancaires internationales de nature contractuelle », sans aucune référence aux règles de conflit de lois ou aux règles du droit interne, et en l'absence de toute référence au libor dans le contrat unissant les banques. Tout récemment la Cour d'Appel de Lyon, dans un Arrêt du 22 Octobre 1999 (616) a appliqué comme une évidence les RUU relatives aux crédits documentaires à un litige opposant le donneur d'ordre et la banque ayant confirmé le crédit. Elle a appliqué les règles CCI sans rechercher si la loi applicable au contrat permettait de s'y référer et sans même préciser si le contrat de crédit faisait expressément référence à ces usages. Cette décision est d'autant plus remarquable qu'elle impose ainsi aux parties à la convention n'ayant pas la qualité de banquiers l'application de ces règles alors même qu'elles n'ont pas à ce titre adhéré directement ou par l'intermédiaire d'une association professionnelle aux RUU et que le contrat ne prévoit pas explicitement leur application.

780 – Une décision rendue à propos d'un contrat de swap est également remarquable à cet égard. Le Tribunal de commerce de Paris, dans une décision du 28 Octobre 1992 (617) a appliqué des usages codifiés à un contrat de swap sans même rechercher la loi applicable à cette opération.

(614)– F. Osman : Les principes généraux de la *lex mercatoria*, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 1992, préface Eric Loquin, p. 445 et s.

(615)– Paris, 21 Septembre 1989, J.D.I. 1990.116, note Pascal Angel.

(616)– Lyon, 22 Octobre 1999, J.D.I. 2000.761 note Stoufflet.

(617)– P. Bloch : « Actualité, Droit bancaire international », Revue de droit bancaire et de la bourse Mars/Avril 1994.91.

Dans cette espèce, non seulement le tribunal n'a pas recherché la loi applicable au contrat de swap pour déterminer les règles de droit auquel ce dernier devait être soumis, mais il s'est directement fondé sur les conditions générales de l'AFB pour les opérations d'échange de devises pour définir l'opération des parties et en fixer le régime juridique alors même que les parties n'y avaient pas fait référence. Les juges ont probablement eu en l'espèce une approche tout à fait pragmatique de la situation ; rappelons combien la détermination objective de la loi applicable à un contrat de swap peut être hasardeuse, tout comme peut l'être l'application du droit commun des obligations à une institution si particulière en l'absence de toute réglementation de son régime juridique en droit interne. L'instrument le plus facile à utiliser était alors constitué par les usages codifiés de l'AFB, plus adaptés à la technique contractuelle des parties. La prise en compte de ces usages codifiés s'avère par conséquent particulièrement utile au juge lorsqu'il est confronté à des situations qui ne sont pas réglementées par le droit étatique.

781 – Les tribunaux étatiques admettent ainsi la juridicité de certains usages du commerce international et le caractère normatif de réglementations purement contractuelles. Les exemples d'une telle application rencontrés en jurisprudence concernent des institutions créées de toutes pièces par la pratique bancaire internationale et dont le régime juridique n'est pas réglementé par les droits internes. Les usages constituent alors un instrument précieux pour le juge qui peut se référer à des pratiques codifiées fixant le régime juridique d'une figure contractuelle inconnue du droit interne plutôt que de se lancer dans une recherche parfois difficile de la loi applicable au contrat, et à l'application du droit commun des obligations pas toujours adapté aux particularités des contrats bancaires internationaux.

782 – Toutefois, si l'opposabilité des usages du commerce international ne suscite pas de difficultés spécifiques dans les relations interbancaires dans la mesure où ces usages ont naturellement vocation à les régir, leur opposabilité à l'égard des clients des banques dépend en principe comme en droit interne, de leur connaissance par le contractant auquel ils sont opposés.

On peut pourtant penser que s'agissant d'opérations issues de la pratique internationale, non réglementées en droit interne, la connaissance précise des usages par le client n'est pas toujours nécessaire, au moins lorsqu'il s'agit d'une entreprise. Ainsi, il serait possible d'opposer au donneur d'ordre ou au bénéficiaire d'un crédit documentaire les RUU sans que ces dernières n'aient été expressément incorporées au contrat.

C'est d'ailleurs en ce sens que se prononcent les RUU elles-mêmes et dans ces circonstances que l'Arrêt de la Cour d'Appel de Lyon du 22 Octobre 1999 les a appliquées.

783 – L'applicabilité des usages internationaux par les juges étatiques devrait donc pouvoir se développer à l'occasion d'opérations qui ne sont pas réglementées par le droit interne et dont le contenu est facile à établir. Les pratiques bancaires internationales s'immiscent également dans les relations bancaires purement internes et contribuent au développement de nouvelles figures contractuelles dont le législateur peut même dans certaines hypothèses fixer le régime juridique.

B

La réception des usages bancaires internationaux par le droit interne.

784 – Les usages bancaires internationaux ont naturellement vocation à influencer les contrats bancaires internes dans la mesure où les banques sont à l'origine de leur création et de leur régime juridique et utilisent les techniques contractuelles qu'elles ont créées pour les situations internationales dans des contrats internes (**1**). Leur développement dans les relations contractuelles internes peut également conduire le juge à en préciser le régime juridique (**2**) ou le législateur à introduire une réglementation de ces opérations en droit interne (**3**).

1

Réception par les opérateurs

785 – Certaines figures contractuelles créées par les banques sont exclusivement destinées à se développer dans le cadre de relations internationales car directement liées au marché financier international, comme les contrats d'euro-crédits, ou ont vocation à exclusivement accompagner les opérations d'exportation comme le crédit acheteur.

En revanche, d'autres techniques créées par la pratique bancaire internationale ont également vocation à pénétrer les relations purement internes, en raison des avantages qu'elles présentent sur les figures contractuelles réglementées par le droit interne.

786 – L'exemple le plus marquant est fourni par toutes les formes de garanties autonomes, développées par la pratique financière anglo-saxonne, qu'il s'agisse d'engagements moins contraignants pour le garant comme les lettres d'intention ou d'engagements plus rigoureux comme les garanties à première demande, développées en réaction à une trop forte protection de la caution en droit interne et au régime trop rigide qu'il propose (618). Les préoccupations des banquiers qui ont justifié le développement des garanties à première demande par préférence au cautionnement sont multiples. En principe, le donneur d'ordre ne peut retirer son engagement. Le garant, généralement une banque, n'est tenu que dans les termes et conditions de la garantie et n'a pas à s'immiscer dans les relations entre les parties au contrat de base. La sécurité qu'assure la garantie à première demande dans les transactions internationales est aussi utile aux contrats purement internes. Le fondement essentiel qui est l'indépendance de la garantie est tout à fait transposable aux relations contractuelles purement internes (619). Leur succès en droit interne ne peut qu'être constaté et si la rigueur d'un tel engagement est discutée lorsqu'il est souscrit par de simples particuliers, il ne suscite en principe pas de difficultés lorsque l'engagement est souscrit par un établissement de crédit pour un professionnel (620). Les lettres d'intention ne sont elles pas fournies par les banques puisqu'elles en sont normalement les bénéficiaires. Dans les relations équilibrées des grands groupes de société avec les banques qui les financent, les sociétés-mères acceptent de s'engager auprès de leur filiale sans pour autant prendre l'engagement d'une caution ou d'un garant à première demande et éviter les autorisations et les inscriptions comptables imposées par le droit des sociétés en matière de cautionnement (621). Si en pratique, la portée juridique de ces lettres est très variable, leur reconnaissance en tant « qu'usages bancaires français » a été

(618)– J. J. Daigre : « Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie, La revanche de la liberté », C.D.E. 6-1992, p. 6.

(619)– M. Cabrillac et C. Mouly : Droit des sûretés, Litec 6^{ème} Edition, 2002, n° 468.

(620)– P. Simpler et P. Delebecque : Les sûretés, la publicité foncière, 3^{ème} Edition, Dalloz, 2000.

(621)– J. J. Daigre, opcit.

officialisée par un parère du 30 Octobre 1973 délivré par le Président de l'A.F.B (622).

787 – Les contrats de swaps, notamment de swaps de taux d'intérêts sont également utilisés dans les relations purement internes (623) car ils permettent de tirer avantage des différences de taux d'intérêts applicables à des débiteurs de différentes qualités.

788 – Dès lors que les créations de la pratique bancaire internationale se développent dans les relations contractuelles internes, les juges peuvent être amenés à se prononcer sur la validité ou l'exécution de ces figures contractuelles et contribuent peu à peu à leur donner un véritable statut juridique en droit interne.

2

Réception par le juge.

789 – La jurisprudence est confrontée à l'application de ces figures contractuelles dans des situations purement internes dès lors que les opérateurs les utilisent. Si le principe de la liberté contractuelle autorise en principe les banquiers à introduire toutes les figures contractuelles en droit interne, la généralité de l'application de certaines figures en droit interne dépasse largement la dimension d'un simple phénomène individuel (624). La jurisprudence est ainsi amenée à se prononcer sur la qualification, la validité ou le régime juridique de ces figures contractuelles qui ne sont pas réglementées par le droit interne.

Ce phénomène est une fois de plus parfaitement illustré par le succès rencontré par les lettres d'intention ou les garanties à première demande en droit interne (625).

790 – Ces pratiques créées pour faire face aux besoins de financement et de garantie des entreprises commerciales réalisant des opérations à l'étranger sont maintenant également utilisées dans le cadre de relations purement internes et viennent largement concurrencer le modèle traditionnel de sûreté personnelle réglementée en droit interne

(622)– M. Cabrillac et C. Mouly, *opcit*, n° 474.

(623)– Voir notamment Paris, 27 Février 2001, *somm.* J. L. Guillot, *Banque et droit*, Janvier-Février 2001.53. T.G.I. Paris, 30 Mars 2001, *obs.* J. J. Daigre et H. De Vauplane, *Chron. financière et boursière*, *Banque et Droit*, Juillet-Août 2001.40.

(624)– En ce sens à propos des garanties indépendantes, P. Thierry : *Sûretés et publicité foncière*, 2^{ème} Edition PUF 1998, n° 98.

(625)– J. Stoufflet : « Garantie bancaire internationale », *Jcl. Banque et Crédit*, Fasc. 610.

qu'est le cautionnement. Ainsi, la Cour de cassation a admis dans l'ordre interne l'utilisation de la garantie à première demande (626), même si elle semble plus exigeante pour en admettre le caractère indépendant et éviter sa requalification en cautionnement dans le cadre de relations internes (627).

Ces garanties peuvent même être souscrites par des personnes non commerçantes pourvu qu'elles respectent l'exigence de mention écrite prévue par l'Article 1326 du Code Civil (628).

791 - La jurisprudence a naturellement vocation à être saisie de litiges concernant la qualification ou l'exécution des figures contractuelles créées par la pratique dès lors que ces dernières se généralisent en droit interne. Devant la généralisation de ces pratiques contractuelles, le législateur a été amené à intervenir lui aussi.

3

Réception par le législateur.

792 – S'interroger sur la réception de ces usages bancaires internationaux par le législateur peut a priori surprendre. En effet, on pourrait s'attendre de la part de ce dernier à une certaine réticence voire à une certaine hostilité à l'égard des prétentions des banques à élaborer des règles de droit qui leur sont propres, portant ainsi atteinte à son monopole législatif (629). En réalité, le législateur se montre pragmatique, c'est ce qu'atteste son attitude de tolérance, de coopération voire même « d'appropriation » (630) des pratiques utilisées par les banques.

793 – Ainsi, l'attitude de tolérance s'exprime de la manière suivante : le législateur adapte le cadre des réglementations impératives aux opérations bancaires internationales de nature contractuelle créées par la pratique.

(626)– Com., 13 Décembre 1983, D. 1984.420 note Vasseur.

(627)– J. Stoufflet, *opcit*, p. 39.

(628)– Com., 22 Novembre 1996, R.T.D.C. 1997.183, obs. Bandrac.

(629)– Pour une telle analyse, P. Fouchard : L'Etat face aux usages du commerce international, T.C.F.D.I.P. 1973-1975, Dalloz 1977.71.

(630)– P. Fouchard, *opcit*, p. 54.

Le législateur est par exemple intervenu en matière de swaps, afin que ces pratiques se conforment aux règles impératives comptables, monétaires ou fiscales prescrites pour des opérations financières proches de ces dernières.

794 – Le législateur peut également manifester une attitude de coopération : il n'intervient pas que pour protéger ses intérêts mais également pour conforter la sécurité juridique de ces pratiques ou favoriser leur réalisation.

795 – Le législateur peut ainsi être amené à adapter les textes de droit civil pour permettre le développement de certaines techniques bancaires. Ainsi coupant court à la discussion sur le caractère commutatif ou aléatoire des contrats de swaps (631) et afin que ces derniers ne risquent pas d'être soumis à l'Article 1965 du Code Civil qui interdit l'exécution forcée des jeux et paris, diverses réformes législatives se sont efforcées d'exclure l'application de cet article aux instruments financiers à terme. Cette exclusion a été expressément prévue par l'Article 46 I de la loi du 2 Juillet 1996 devenu l'Article L 432-20 du Code monétaire et financier. Ce dernier dispose que « les parties ne sauraient pour se soustraire aux obligations qui résultent d'instruments à terme se prévaloir de l'Article 1965 du Code Civil alors même que ces opérations se résoudraient par le paiement d'une simple différence », (afin de permettre l'éventuelle exécution forcée de ce type d'engagements). De même, les emprunts à l'étranger peuvent bénéficier d'un régime fiscal particulier afin de favoriser l'accès des nationaux au marché international (632).

796 – La réaction du législateur peut dans certains cas aller beaucoup plus loin et « s'approprier » ces usages. Il peut ainsi introduire dans les droits nationaux des usages commerciaux qui se sont formés en dehors du cadre étatique en s'appropriant ces techniques contractuelles par la réglementation de leurs éléments constitutifs et de leur régime juridique.

(631)– En faveur de la qualification de contrat commutatif au motif qu'il n'existe pas en matière de swaps « d'événement incertain » mais une simple incertitude relative à la détermination de la quotité de la prestation, voir J. J. Daigre et H. De Vauplane, obs. sous Paris, 19 Mars 2002, Chron. financière et boursière, Banque et Droit, Juillet-Août 2002.24.

(632)– A. Jacquemont : « L'émission des emprunts euro-obligataires. Pouvoir bancaire et souverainetés étatiques », Paris, Librairies Techniques, 1976, n° 324 et s.

L'exemple le plus ancien et le plus marquant est fourni par la lettre de change, conçue par les marchands et les banquiers du Moyen âge pour effectuer les règlements d'une place à une autre dans le cadre des contrats de change. Son succès dans le commerce purement interne a conduit les législateurs nationaux à en fixer le régime en raison de son rôle dans les économies nationales (633). La lettre de change est depuis lors l'objet d'un régime juridique complet en droit interne.

797 – De même, postérieurement aux premières opérations de « leasing » réalisées, pratique importée des Etats-Unis, le législateur a introduit une réglementation du crédit-bail, pratique qui s'était développée dans les pays anglo-saxons avant de connaître un développement important en droit Français. Nombre de dispositions ont par la suite défini les éléments constitutifs des opérations de crédit-bail, imposé aux sociétés proposant ce type de contrats de se soumettre au statut des établissements de crédit et prévu les conditions dans lesquelles un crédit-bail, peut être cédé, les règles gouvernant l'opposabilité du contrat de crédit-bail aux tiers, notamment en cas de faillite. Toutefois, l'appropriation par le législateur de pratiques bancaires internationales conduit non seulement à transformer la nature de ces règles mais également à figer leur contenu, rendant difficile leur évolution et leur adaptation. Cette cristallisation des usages conduit ainsi à recréer une certaine diversité susceptible de poser des questions de conflit de lois (634).

798 – Si les usages bancaires internationaux ont un caractère normatif indéniable en matière de contrats bancaires internationaux et peuvent même pénétrer les relations contractuelles internes, le fondement de leur application réside dans la liberté contractuelle octroyée aux parties pour la réglementation de leurs contrats et ne saurait créer un ordre juridique complet affranchi des contraintes étatiques.

(633)– H. De Vries : « Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales », Mélanges Frédéric Eisenmann, CCI. 115.

(634)–P. Bloch : « Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales », Etude comparative de droit cambiaire français et américain, Economica 1986, préface Philippe Fouchard, n° 8.

Paragraphe II

Les limites à l'application des règles matérielles.

799 – Aussi large que puisse être la portée des règles matérielles, les contrats bancaires internationaux créés en dehors de tout cadre étatique ne sauraient s'affranchir totalement des contraintes étatiques. La combinaison de la liberté contractuelle et de la loi d'autonomie donnent aux banques une grande latitude dans l'élaboration de figures contractuelles nouvelles adaptées à leurs besoins. Toutefois, les instruments juridiques ainsi créés doivent nécessairement se soumettre aux lois de police et aux règles jugées d'ordre public par le for compétent.

Si ces contraintes se manifestent essentiellement devant les juges étatiques ces impératifs doivent également être pris en compte par les arbitres (635).

800 – Les contraintes sont relativement faibles lorsque les banques agissent sur le marché des euro-devises, dans la mesure où le marché financier international échappe largement au contrôle des Etats. Néanmoins, deux éléments restreignent nécessairement leur liberté. En premier lieu, les opérations réalisées en euro-devises se réfèrent nécessairement à une monnaie nationale en l'absence de monnaie transnationale, et sont ainsi éventuellement soumises aux décisions émanant de l'Etat émetteur de la monnaie utilisée pour les transactions auxquelles elles se livrent. En second lieu, les banques comme les emprunteurs agissant sur le marché financier international sont nécessairement implantées dans des lieux où les autorités étatiques ont généralement les moyens de faire respecter les lois de police, notamment les dispositions d'ordre monétaire, fiscales ou d'éventuelles mesures ponctuelles d'embargo qui peuvent s'imposer aux banques comme à leurs cocontractants situés sur leur territoire (636). A fortiori, toute opération internationale de banque, quelle que soit sa localisation doit en principe se conformer aux règles

(635)– Voir J.B. Racine : « L'arbitrage commercial international et l'ordre public », L.G.D.J. 1999, Préface Philippe Fouchard et C. Seraglini : « Lois de police et justice arbitrale internationale », Dalloz 2000, préface Pierre Mayer.

(636)– Blaise et P. Fouchard : « La valeur juridique de la syndication », in Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques 1981.155, E. Loquin : « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational ». in Droit et Monnaie, Etats et espace monétaire transnational, Litec 1988.425.

internationalement impératives qui revendiquent leur application à titre de lois de police.

801 – Ces contraintes existent également pour les opérations ayant fait l'objet de conventions internationales. Ainsi, la Convention d'Ottawa relative au crédit-bail n'exige pas que le crédit-bailleur ait le statut d'établissement de crédit. Toutefois, le crédit-bail étant nécessairement réalisé par un établissement ayant ce statut, tout établissement proposant des contrats de crédit-bail sur le sol Algérien devra nécessairement se soumettre à ce statut.

802 – Plus généralement, si la cohésion du milieu bancaire conduit à des pratiques uniformes, le droit corporatif créé par les banques pour unifier les pratiques internationales ne les dispense évidemment pas de respecter les législations sur les ententes (637), les règles relatives à la protection du client ou plus spécialement du consommateur et bien évidemment les libertés individuelles des clients (638).

803 – Les pratiques bancaires internationales jouent un rôle décisif dans la réglementation des opérations internationales de banque et se développent de façon dynamique grâce à une attitude compréhensive des autorités étatiques. Il reste que leur champ d'application est toutefois nécessairement limité aux questions que les Etats n'entendent pas régir de manière impérative au nom de leur souveraineté en matière économique et monétaire.

(637)– B. Sousi-Roubi : « Droit bancaire européen », Dalloz 1995, n°689 et a, Le secteur bancaire et la concurrence, Cahiers AEDBF, Bruylant 1997. L'application des dispositions communautaires sur les ententes aux accords interbancaires suscite encore nombre de questions. Le principe de l'application du droit des ententes communautaires aux accords bancaires a été affirmé par un arrêt de la C.J.C.E. de 1981, voir C.J.C.E., Züchner, 14 Juillet 1981, aff 172/80, Recueil p. 2021, Revue de la Banque 1982.87, R.T.D.E. 1982,745. Toutefois, aucune décision n'a été rendue sur la question de savoir si des règles et pratiques uniformes appliquées par la totalité des banques ou une grande partie d'entre elles constituent des pratiques tombant sous le coup de l'Article 81 du Traité de Rome (ex-Article 85). Cette question avait pourtant été posée à la Cour de justice par des juridictions Italiennes mais les affaires ont par la suite été radiées, la Cour de justice n'ayant pas eu depuis l'occasion de répondre à cette question.

(638)- Pour une appréciation critique de la possibilité pour les banques de prendre en compte la nationalité d'un demandeur de crédit en matière de « scoring », pratique permettant d'évaluer les éventuelles difficultés de recouvrement des créances et qui commande généralement la décision d'octroi ou de refus d'un prêt, voir M Audit : Note sous CE, 30 octobre 2001, D. 2002.1869.

804 – Si les règles matérielles doivent ainsi nécessairement respecter l'application des dispositions internationalement impératives applicables aux contrats en cause, elles ne sont pas non plus susceptibles d'évincer la méthode conflictuelle, les procédés directs de réglementation des opérations internationales devant nécessairement être combinés avec les règles de conflit de lois.

Section II

Les rapports des règles matérielles et des règles de conflit de lois.

805 – Constituant des règles directement applicables au fond du litige, les règles matérielles pourraient apparaître comme un procédé éliminant le conflit de lois, mécanisme indirect de réglementation des litiges privés internationaux. L'application de règles uniformes a normalement vocation à supprimer les divergences existant entre les législations nationales et à réduire par conséquent le champ d'application de la méthode conflictuelle (**Paragraphe I**), mais les règles matérielles ne sauraient pour autant éliminer la méthode conflictuelle, dont le rôle demeure irréductible (**Paragraphe II**),

Paragraphe I

Réduction du champ d'application de la méthode conflictuelle

par les règles matérielles.

806 – Il est incontestable que les règles matérielles, quelle que soit leur source ont vocation à réduire le champ d'application de la méthode conflictuelle. En effet, lorsque les banquiers utilisent des instruments juridiques dont le régime juridique résulte de règles matérielles de droit international privé uniformément admises, il n'existe pas de divergences de législations justifiant le recours aux règles de conflit de lois. Il a d'ailleurs déjà été souligné que les banquiers négligeaient parfois de désigner la loi applicable pour plusieurs raisons. Dans les rapports interbancaires, les banquiers utilisent des pratiques standardisées, connaissent les usages de leur profession et n'insèrent pas toujours de clause de choix de la loi dans leurs contrats pour les opérations importantes de clientèle ; la rédaction très détaillée des contrats peut également les laisser penser que la désignation de la loi d'un Etat est inutile. La rareté des litiges devant les juridictions étatiques portant sur les questions de conflit de lois semble d'ailleurs confirmer l'effacement de cette méthode. Elle est d'ailleurs alimentée par l'attitude des juges, qui, en présence d'usages codifiés, ont tendance à se contenter de les appliquer sans recourir à la désignation de la loi applicable au contrat.

807 – Toutefois, et même dans la mesure où les contrats sont complets et détaillés, le recours à la méthode conflictuelle est inéluctable, qu'il s'agisse de fonder l'application des règles matérielles ou de compléter et d'interpréter ces dernières dans la mesure où elles ne constituent pas un système juridique complet et autonome.

Si l'application des règles matérielles rend souvent inutile le recours à la méthode conflictuelle en dehors de toute situation litigieuse, elle ne saurait s'effacer dès lors que la situation devient contentieuse.

Paragraphe II

La nécessaire articulation des règles matérielles et des règles de conflit de lois.

808 – La méthode conflictuelle n'est en réalité jamais évincée par les règles matérielles de droit international privé. La désignation de la loi applicable au contrat bancaire selon les principes de rattachement de la Convention de Rome est toujours indispensable en présence de règles matérielles (**A**) et l'application de la loi ainsi désignée constitue fréquemment un complément nécessaire à l'application des règles matérielles (**B**).

A

L'application des règles matérielles n'exclut pas la désignation de la loi applicable.

809 – L'application des règles matérielles nationales n'exclut en principe pas la désignation de la loi applicable au contrat dans la mesure où ce dernier est nécessairement régi par la loi d'un Etat en vertu des principes de la Convention de Rome (**1**). L'application des règles matérielles de source étatique laisse également subsister la méthode conflictuelle même si elle peut lui ôter une partie de son intérêt pratique (**2**).

1

Subordination des règles nationales à la loi d'un Etat.

810 – Les décisions ayant appliqué des usages professionnels en dehors de toute manifestation de volonté des parties de s'y soumettre concernent essentiellement des figures contractuelles issues de la pratique internationale, qui ne sont pas réglementées par les droits étatiques et qui ont fait l'objet de codifications privées.

Les juges se dispensent parfois de rechercher la loi applicable au contrat et appliquent directement ces usages (639). On ne saurait toutefois déduire de ces décisions l'existence d'un système juridique complet anational qui dispense les parties ou le juge de recourir à une loi étatique, dans la mesure où une telle possibilité a été expressément écartée par le droit positif.

811 – En effet, l'application d'un contrat soumis aux seuls principes et usages du commerce international ne peut se concevoir que lorsqu'il s'accompagne d'un recours, à l'arbitrage. L'hypothèse du contrat sans loi a été condamnée par la jurisprudence internationale, la Cour de cassation ayant jugé que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat » (640). De même, la Convention de Rome prévoit de manière implicite que le choix des parties doit nécessairement porter sur une loi étatique (641) alors même que les parties manifesteraient leur volonté de se soustraire à toute loi étatique en se référant aux seuls usages du commerce international ; Une telle clause n'exclurait pas la soumission du contrat à une loi étatique dès lors que des juridictions étatiques sont saisies d'une telle question. Le contrat serait ainsi régi selon les principes de rattachement déterminant la loi applicable à défaut de choix. L'application des usages du commerce international ou de la *lex mercatoria* en vertu d'une clause du contrat ne peut ainsi se concevoir que dans les limites prévues par la *lex contractus*. Les usages du commerce international ne peuvent ainsi qu'être incorporés au contrat et ne peuvent constituer un système juridique qui régit le contrat même si les juges, en présence d'usages bancaires internationaux, se dispensent parfois de désigner la loi applicable au contrat et les appliquent directement.

(639)– Voir Stoufflet, « Le crédit documentaire », Librairies Techniques, 1957, n° 114 et s.

(640)– Civ. 21 Juin 1950, Messageries Maritimes, D. 1951.749 note Hamel.

(641)– En ce sens, P. Mayer et V. Heuze : « Droit international privé », 7^{ème} Edition, Montchrestien 2001, n° 702 et S. P. Lagarde : « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Janvier 1980 », R.C.D.I.P. 1991.287, F. Rigaux : « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Cah. dr. eur 1988.306.

812 – Si les usages ayant fait l’objet de codifications privées semblent complets et peuvent répondre à la plupart des difficultés susceptibles de se poser, le choix de la loi applicable au contrat à titre de *lex contractus* demeure indispensable, le recours aux usages du commerce international n’étant en principe rendu possible que si la loi applicable au contrat le permet (642).

2

L’articulation des règles matérielles de source étatique et des règles de conflit de lois.

813 – Nombre de travaux doctrinaux se sont attachés à démontrer soit l’indépendance (643) soit la soumission (644) des règles matérielles de droit international privé aux règles de conflit de lois (645). Il convient d’apprécier la pertinence de ces analyses à propos des règles matérielles d’origine nationale (**a**) et d’origine conventionnelle (**b**).

a

Les règles nationales.

814 – Les seules règles matérielles de droit international privé identifiables en droit ont été élaborées par la jurisprudence. Leur application ne dépend en principe pas de la loi normalement applicable au contrat. L’applicabilité de ces règles est subordonnée à ce que la situation en cause entre dans le champ d’application que s’est fixée la règle mais pas à une règle de conflit de lois proprement dite. Ainsi, la liberté des clauses monétaires est toujours possible lorsque l’opération en cause met en jeu les intérêts du commerce international, sans que son application ne passe par la recherche de la loi normalement applicable au contrat (646). Comme en matière de lois de police, l’autorité qui a édicté la norme détermine de manière unilatérale son champ d’application dans l’espace mais ne s’interroge pas sur la loi normalement applicable au contrat en cause.

(642)– E. Loquin : « Où en est la *lex mercatoria* ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn, Litec, 2000.23.

(643)– En ce sens, M. Simon-Depitre « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *R.C.D.I.P.*, 1974.591, B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *T.C.F.D.I.P. Journée du cinquantenaire*. Edition du CNRS 1989.121.

(644)– En ce sens, P. Mayer et V. Heuze, *opcit.* N° 136.

(645)– Pour une position médiane, F. Deby-Gérard : « Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux », *Dalloz* 1973, Préface Berthold Goldman n° 121 et s.

(646)– En ce sens, *Civ. 1*, 15 Juin 1983, *Jcp.* 1984.11.14171, note Levy.

815 – Outre les inconvénients déjà signalés relatifs à l'élaboration de règles matérielles dans ce cadre, on peut s'interroger sur la pérennité des règles matérielles de droit international privé de source nationale après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. En effet, cette dernière ne prévoit aucune disposition permettant l'application des règles matérielles de droit international privé nationales. Deux fondements sont cependant concevables pour fonder leur application.

816 – Il est tout d'abord possible d'envisager leur application au titre de l'Article 7 de la Convention de Rome, dans la mesure où les règles matérielles de droit international privé, comme les lois de police, ont en principe vocation à s'appliquer indépendamment de la loi normalement applicable au contrat (647). Toutefois, si le mécanisme d'application est similaire à celui des lois de police car il conduit normalement à l'application d'une règle sans passer par sa désignation par la règle de conflit de lois, le but visé par les règles matérielles de droit international privé est à l'opposé de celui des lois de police. En effet, il ne s'agit pas ici d'étendre l'application d'une loi interne impérative mais d'écarter une disposition impérative du droit interne au profit d'une règle plus libérale propre aux relations internationales, objectif peu compatible avec la finalité visée par l'Article 7. Une telle application constituerait ainsi un détournement de la règle dans la mesure où ce mécanisme est en principe réservé aux lois de police et n'est pas en principe destiné à servir l'application de règles propres aux relations internationales.

817 – Il est également possible de concevoir, comme l'avait fait l'Arrêt *Messageries Maritimes* de n'appliquer les règles matérielles que si le résultat auquel conduit l'application de la *lex contractus* est contraire à l'ordre public international. L'Article 17 de la Convention de Rome prévoit expressément cette possibilité en disposant que « 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 ». L'application de cette règle matérielle de droit international privé ne devrait intervenir qu'à titre exceptionnel comme mécanisme d'éviction de la *lex contractus* lorsque cette dernière

(647)– H. Synvet : « Les lois de police applicables aux opérations bancaires », Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin 1993.15.

manque sur cette question de libéralisme au point de heurter la conception nationale de l'ordre public en matière de contrat international (648). Toutefois, fonder l'application de la validité des clauses monétaires sur l'ordre public international encourt les critiques déjà formulées à propos de l'Arrêt Messageries Maritimes, à savoir qu'il est difficile de justifier l'application d'une règle au fondement de l'ordre public lorsque le droit interne préconise la solution exactement inverse de celle-ci. La question du devenir des règles matérielles de droit international privé sous l'empire de la Convention de Rome pose ainsi un problème auquel cette dernière ne fournit aucune réponse pleinement satisfaisante, le maintien des solutions antérieures à la Convention ne pouvant trouver à s'appliquer que par un fondement assez critiquable.

818 – En tout état de cause, si le juge qui applique une règle matérielle de droit international privé qu'il a édictée ne se préoccupe pas de la désigner par une règle de conflit de lois et devait maintenir les solutions antérieures à la Convention de Rome, leur application ne peut remettre en cause le système conflictuel en raison de leur portée par nature très limitée.

819 – En effet, l'application de telles règles suppose que le juge national auteur de la règle soit saisi de la question. Cependant, la nécessaire compétence du juge Algérien pour appliquer une telle règle ne permet pas d'affirmer la subordination ou l'indépendance de celles-ci aux règles de conflit de lois. De plus, l'application de ces règles suppose nécessairement un lien suffisamment étroit avec le for pour justifier leur application. Enfin, leur application ne concerne que des aspects très limités de la relation contractuelle qui ne sauraient exclure la désignation de la loi applicable au contrat.

b

Les règles conventionnelles

820 – La Convention de Rome contient des dispositions propres à régler les rapports

(648)– C'est en ces termes que l'Arrêt Messageries Maritimes s'est prononcé : « si cette règle est une règle matérielle de droit international privé par nature, l'éviction de la loi étrangère normalement compétente ne se fera dans la pratique que si elle prohibe les clauses monétaires », Voir en ce sens la note de Messieurs Lequette et Ancel, G.A.D.I.P. n° 22, spéc. n° 16, P. Lerebours-Pigeonnière : « « A propos du contrat international », J.D.I 1951.5.

qu'elle entretient avec d'autres instruments du droit conventionnel. L'Article 21 de la Convention de Rome réserve ainsi « l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie ». Ainsi, la Convention de Rome ménage expressément l'application d'autres conventions internationales ratifiées par les Etats parties à la Convention.

821 – A priori, l'application d'une convention internationale ayant harmonisé des règles de fond devrait conduire à l'élimination du conflit de lois dans la mesure où l'intérêt de la recherche de la loi applicable suppose que les législations en présence sont différentes (649). Il a de plus été affirmé qu'en présence d'un texte international, les juges des Etats signataires devaient directement appliquer le texte international en tant que tel et non en tant qu'élément du droit interne d'un Etat signataire désigné par une règle de conflit de lois.

Toutefois, cette élimination ne peut réellement se concevoir qu'en présence de situations présentant des liens avec des Etats ayant ratifié la Convention applicable à la situation en cause. Les conventions internationales déterminent, normalement leur champ d'application et rendraient ainsi inutile la désignation d'un droit interne par une règle de conflit de lois, le Traité étant directement applicable à la situation en cause. Si ce schéma peut se concevoir en présence de Conventions internationales destinées exclusivement à régir certaines situations internationales clairement définies qui sont appliquées directement par les tribunaux des Etats signataires (650) l'indépendance des règles matérielles par rapport aux règles de conflit de lois trouverait en pratique vite ses limites.

822 – En tout état de cause, considérer les règles matérielles de source conventionnelle comme un procédé évinçant la méthode conflictuelle suppose l'indépendance des règles matérielles par rapport aux ordres juridiques étatiques.

(649)– Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », R.C.A.D.I., 1973, T. II, p. 270.

(650)– En ce sens, à propos de la Convention de Bruxelles du 29 Avril 1961 relative au transport par mer de passagers, voir P. Lagarde : « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? (A propos de l'Arrêt Hocke de la Section commerciale du 4 Mars 1963) », R.C.D.I.P. 1964-235.

En effet, la véritable question que pose le problème de la combinaison des règles matérielles de source conventionnelle et des règles de conflit de lois est de savoir si une convention internationale peut être appliquée comme un texte international indépendamment des ordres juridiques nationaux ou doit être considérée comme une pièce du droit interne n'ayant de valeur normative à l'égard des individus que parce que les organes étatiques l'ont introduite dans leur droit interne. La méthode conflictuelle n'est ainsi jamais éliminée puisque les règles édictées dans le cadre d'une convention internationale font ainsi partie intégrante des règles nationales des Etats qui l'ont ratifiée et ne peuvent être rendues applicables que par la désignation de la loi de ces derniers en vertu des règles de conflit de lois.

823 – Les règles matérielles de droit international privé ne conduisent ainsi pas à l'élimination de la méthode conflictuelle et leur application est toujours subordonnée à leur désignation par la règle de conflit de lois. De plus, le rôle des règles de conflit de lois ne se limite pas à rendre applicables les règles matérielles conventionnelles, mais le droit ainsi désigné a vocation à compléter les règles matérielles applicables à la situation en cause.

B

La vocation subsidiaire du droit étatique.

824 – Les règles matérielles, aussi complètes soient-elles, ne peuvent appréhender toutes les questions susceptibles de surgir à propos d'un contrat bancaire et peuvent parfois poser des problèmes d'interprétation. L'application du droit interne rendu applicable par la règle de conflit de lois permet ainsi de répondre aux lacunes des règles matérielles ou d'obtenir l'exécution forcée de ces règles (**1**) et de répondre aux problèmes d'interprétation qu'elles sont susceptibles de susciter (**2**).

1

La nécessité de pallier les lacunes et les carences des règles matérielles.

825 – Les règles matérielles, quelle que soit leur source, ne peuvent constituer un système juridique complet.

De plus, alors même que les règles matérielles fournissent des réponses propres à résoudre les difficultés posées par les parties, les sanctions ou l'exécution forcée de ces règles passent nécessairement par le recours au droit interne qui se présente comme un instrument subsidiaire.

Les contrats les plus détaillés, les codifications d'usages ayant remporté un large succès ou les conventions internationales ne peuvent pas toujours envisager toutes les difficultés susceptibles de surgir à propos de la formation ou de l'exécution de ces contrats. Alors même que les RUU relatives aux crédits documentaires apparaissent comme un modèle en matière d'usages codifiés, tant en raison de son contenu que de sa portée, il a déjà été démontré (651) que cette institution ne saurait réaliser l'élimination de tout rattachement à un droit étatique. On pourrait admettre que la seule référence aux principes du commerce international ou à des modèles tels que les principes Unidroit ou du droit européen des contrats serait susceptible de résoudre ces questions. Cette hypothèse est envisageable en matière d'arbitrage, mais impossible devant les juges étatiques en raison de la nécessaire soumission du contrat à une loi étatique. Certaines questions échappent toujours aux usages du commerce international comme la capacité des contractants, les vices du consentement, les pouvoirs des organes ou représentants des sociétés commerciales (652). De même, certaines difficultés liées à l'exécution des contrats internationaux sont nécessairement résolues selon le droit applicable à la situation en cause.

826 – Les lacunes des règles matérielles ne pourront être complétées que par le recours à la loi normalement applicable au contrat en vertu des règles de conflit de lois. Toutefois, les Conventions d'Ottawa relatives à l'affacturage et au crédit-bail retiennent une solution originale puisqu'elles prévoient que les questions qui ne sont pas expressément tranchées par les Conventions seront réglées « selon les principes généraux dont elles s'inspirent » (653).

(651)– J. Stoufflet, *opcit*, n° 119.

(652)– P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec 1982.125.

(653)– Article 4§2 de la Convention relative à l'affacturage et 6§2 de la Convention relative au crédit-bail. Pour le texte complet de ces Conventions, J.D.I. 1995.1057 et 1069.

Elles prévoient néanmoins qu'à défaut de tels principes, les questions non tranchées par la Convention seront réglées conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

827 – En effet, seuls les ordres juridiques nationaux constituent un corps complet de règles susceptibles de répondre aux questions qui n'ont pas été expressément réglées par les règles matérielles de droit international privé.

Le point faible des règles matérielles de droit international privé réside essentiellement dans la sanction qui accompagne leur non-respect par les parties.

N'étant pas accompagnées d'un ordre juridictionnel destiné à assurer le respect des obligations qu'elles imposent aux parties, l'exécution forcée des obligations ainsi constatées par le juge ou les arbitres ne peut en tout état de cause qu'être obtenue par l'obtention de titres exécutoires nécessairement délivrés par des autorités étatiques qui seules disposent d'un pouvoir de contrainte.

2

L'interprétation des règles matérielles.

828 – Dès lors que l'unification législative ne s'accompagne pas d'une unification juridictionnelle, mais que l'application des règles matérielles demeure le fait des juridictions nationales, il est possible qu'apparaissent des divergences dans l'interprétation de la loi uniforme (654).

829 – Dans cette hypothèse, deux solutions s'offrent aux juges : appliquer la convention internationale, le juge interprétant la disposition en cause selon ses propres conceptions, ou rechercher la loi applicable au contrat selon la règle de conflit de lois du for et se référer à l'interprétation du Traité telle qu'elle résulte de la loi ainsi désignée.

830 – La Cour de cassation (655) a eu l'occasion de se prononcer sur cette question à propos de l'interprétation divergente faite par les juridictions françaises et allemandes de

(654)– P. Lagarde, « Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? (à propos de l'Arrêt Hocke de la Section Commerciale du 4 Mars 1963), R.C.D.I.P. 1964.235.

(655)– Com., 4 Mars 1963, Hocke, Jcp. 1963.II.13376, note Lescot, J.D.I. 1964.806, note Goldman.

l'Article 31, Alinéa 4 de la Convention de Genève du 7 Juin 1930 relative à la lettre de change et au billet à ordre. Elle s'est prononcée en faveur de la seconde solution, en retenant l'interprétation donnée par la jurisprudence allemande, choix justifié par la compétence de la loi allemande.

831 – Certaines conventions prévoient l'interprétation de leurs dispositions en fonction du seul texte de la convention, excluant en principe la possibilité d'interprétations nationales de leur contenu. Ainsi, les Conventions d'Ottawa relatives au crédit-bail et à l'affacturage retiennent en principe une interprétation autonome de leurs dispositions. Elles donnent des directives d'interprétation, prévoyant qu'il sera tenu compte de leur objet et de leurs buts tels qu'ils sont énoncés dans les préambules, de leur caractère international, de la nécessité de promouvoir leur interprétation uniforme ainsi que de la nécessité d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international (656). Ces directives ne permettent toutefois pas d'exclure des éventuelles divergences d'interprétation dès lors que les juridictions des différents Etats peuvent avoir à connaître de l'application des dispositions de ces conventions. Il semble en effet assez utopique d'imaginer la possibilité d'une interprétation uniforme lorsque l'unification législative ne s'accompagne pas d'une unification juridictionnelle, seule apte à garantir une interprétation unique du texte en cause.

832 – Dans la mesure où l'application de la loi uniforme résulte nécessairement de sa désignation par une règle de conflit de lois, il apparaît plus conforme aux prévisions des parties en cas de divergences d'interprétation de retenir la solution préconisée par la loi interne compétente, solution retenue par l'Arrêt Hocke, plutôt que de se fier à l'interprétation du for. Le recours au droit ainsi désigné par les règles de conflit de lois est ainsi indispensable en présence de règles matérielles de droit international privé qui ne constituent pas un système indépendant des ordres juridiques étatiques, puisqu'il appartient à ces derniers de les appliquer, de les compléter et de les interpréter.

(656)– C. Gavaldà : « Crédit-bail », Rép. International, Dalloz 1998, n° 50.

Conclusion du Chapitre II

833 – La portée des règles matérielles est particulièrement importante en matière bancaire dans la mesure où les règles destinées à s'appliquer aux contrats bancaires internationaux ne sont généralement pas dans une situation de concurrence avec les ordres juridiques étatiques mais réglementent des instruments juridiques inconnus des droits internes. Elles constituent "la méthode de réglementation" la plus apte à répondre aux besoins des banques lorsque leur activité accompagne les contrats du commerce international, pour les financer, les garantir ou assurer les paiements transfrontières.

834 – Si les règles matérielles de droit international privé sont particulièrement nombreuses en matière de contrats bancaires internationaux et jouent un rôle prépondérant, elles ne sauraient toutefois pas exclure la recherche de la loi applicable et l'application du droit étatique dès lors que des litiges se présentent devant les juridictions étatiques. Le recours à la méthode conflictuelle est alors indispensable à la mise en œuvre des règles matérielles autant que comme complément aux règles de fond directement applicables à la situation en cause.

Conclusion du Titre II

835 – L'origine internationale de la banque et le caractère coutumier et professionnel de la réglementation bancaire favorisent le développement des règles matérielles, dont les sources et la portée sont très variées. Le financement et l'exécution des opérations de commerce internationales pour lesquelles l'intervention des banques est incontournable offrent ainsi un îlot de résistance à l'immixtion croissante des réglementations de source étatique et communautaires dans la réglementation des contrats bancaires internationaux.

836 – Seules les banques sont en mesure de créer les normes adaptées à leurs besoins. Si elles semblent les plus compétentes pour développer dans des conditions satisfaisantes les opérations bancaires destinées à répondre aux besoins du commerce international, elles ne sauraient toutefois constituer un véritable ordre juridique bancaire anational. Les règles anationales doivent nécessairement se concilier avec les ordres juridiques étatiques.

Leur coexistence harmonieuse avec les ordres juridiques étatiques ne peut être réalisée qu'à deux conditions. En premier lieu, elles ne doivent pas être ignorées par les instruments du droit conventionnel visant à harmoniser les solutions de conflit de lois, puisque leur application par les juridictions étatiques suppose leur combinaison avec les règles de conflit de lois et avec les règles étatiques ainsi désignées qui en sont le complément nécessaire. En second lieu, leur développement et leur épanouissement n'est possible que si l'intervention de l'Etat se limite à leur imposer le respect de ses législations les plus impératives, fiscales ou monétaires, en les ajustant aux exigences qu'elles requièrent et en adaptant la réglementation des catégories contractuelles classiques à ces techniques originales afin de permettre leur utilisation dans des conditions de sécurité juridique satisfaisantes.

Conclusion de la deuxième partie.

837 – De façon frappante, les procédés directs de réglementation des contrats bancaires internationaux sont par nature totalement opposés. Les intérêts très nombreux de l'Etat en matière bancaire peuvent être pris en charge par la méthode des lois de police. A l'inverse, la nécessaire liberté et le respect des intérêts des professionnels indispensables au développement de l'activité internationale des banques sont assurés par les règles matérielles de droit international privé. Loin de s'exclure, ces deux méthodes permettent de concilier ces intérêts antagonistes de manière relativement satisfaisante. D'une part, si elle constitue un important facteur de perturbation du jeu des conflits de lois, la mise en œuvre des lois de police doit être souple et raisonnable, afin de ne pas priver le consommateur de toute protection et l'Etat des intérêts inhérents à sa souveraineté. D'autre part, les règles matérielles témoignent de la liberté qui doit être laissée aux professionnels pour déterminer eux-mêmes des principes de solution adaptés à leurs besoins.

838 – Ces procédés directs de réglementation permettent la prise en charge d'intérêts importants et contradictoires, et jouent un rôle particulièrement opportun en raison de la spécificité de l'activité bancaire. Toutefois, leur faiblesse réside dans leur incapacité à constituer un corps de règles complet susceptible de répondre à l'ensemble des questions posées par la réglementation internationale des opérations de banque et doivent se combiner avec la méthode conflictuelle, indispensable pour répondre aux questions créées par leur internationalité.

Conclusion Générale

839 – Au terme de cette étude, il paraît indéniable que la matière bancaire offre un réceptacle privilégié au pluralisme des sources et des méthodes du droit international privé. La combinaison et l’articulation entre elles jettent toute la lumière sur les intérêts divergents, voire antagonistes, qui innervent le droit bancaire international privé. Cette situation s’explique par les caractéristiques contradictoires des contrats bancaires internationaux qu’il est bien difficile de concilier.

840 – Ces contrats spécifiques relèvent indiscutablement du “principe de la règle d’autonomie” qui permet en principe une liberté plus importante qu’en droit interne aux parties.

841 – Deux méthodes sont alors possibles pour assurer le respect de ces intérêts étatiques en matière de contrats bancaires internationaux.

842 – La première méthode consiste à faire prendre en charge ces objectifs par les règles de conflit de lois elles-mêmes, en renonçant à leur neutralité, en adoptant des solutions de conflit de lois teintées d’objectifs substantiels. C’est dans cette voie que s’est engagée la Convention de Rome du 19 Juin 1980 en prévoyant des dispositions spéciales en matière de contrats conclus par les consommateurs. Dans le même esprit, afin d’assurer l’effectivité de la protection accordée par les directives communautaires aux consommateurs européens, les autorités communautaires multiplient les dispositions visant à assurer l’efficacité de cette protection dans les contrats transfrontières. Toutefois, la multiplication de ces dispositions dont le champ d’application comme la mise en œuvre engendrent trop d’incertitudes se révèle finalement peu adaptée aux particularités du commerce de banque pour plusieurs raisons.

843 – En premier lieu, la massification et la nécessaire standardisation des opérations de banque requièrent plus que toute autre activité la prévisibilité des solutions que la multiplication des règles de conflit de lois spéciales et applicables à certaines catégories de contrat ou même à certains aspects de la relation contractuelle ne permet pas d’assurer de manière satisfaisante.

De fait, le développement du commerce de banque transfrontière ne peut être réalisé avec la sécurité juridique qu'il exige en raison de la diversité et du caractère souvent trop complexe de ces règles. En second lieu, la protection des consommateurs, objectifs de ces textes, n'est pas assurée de manière, toujours, efficace car la mise en œuvre de ces dispositions s'avère aléatoire et donc assez imprévisible. Enfin, les exigences légitimes des clients des banques qui imposent de leur faire bénéficier d'une protection étendue ne passent pas nécessairement par une distinction entre les consommateurs et les autres clients des banques. Le développement en droit interne des dispositions qui visent à protéger les clients indépendamment de leur qualité l'atteste largement. Le caractère vital du recours aux services bancaires par l'ensemble des opérateurs économiques, consommateurs ou professionnels, les place nécessairement en position d'infériorité. Dans ces conditions, les intérêts multiples, voire confus, des autorités communautaires et nationales en matière bancaire ne sauraient être pris en charge par les règles de conflit de lois dans la mesure où, en prenant en charge ces intérêts, elles perdent leur vertu essentielle d'assurer la cohérence et la prévisibilité des solutions, d'une part, et ne coïncident pas toujours avec les intérêts du droit interne, d'autre part.

844 – Ces inconvénients imposent d'assurer le respect de ces intérêts par une autre méthode. Dans ces conditions, la méthode des lois de police semble mieux adaptée à ces exigences. La recherche de l'identification des lois de police a permis de montrer qu'il est finalement possible de recenser sans trop de difficultés les dispositions qui relèvent de cette catégorie. En outre, une définition précise des critères justifiant leur mise en œuvre, la possibilité pour les juges d'appliquer non seulement les lois de police du for, mais aussi les lois de police communautaires et les lois de police étrangères, et leur nécessaire soumission à la mise en œuvre des libertés communautaires, relativisent les critiques de nationalisme dont elles font généralement l'objet. Si les règles de conflit de lois à caractère substantiel ont pour effet de remettre en cause les principes de rattachement normalement applicables aux opérations de banque, le maintien de solutions neutres et abstraites, dont les excès peuvent être corrigés par l'application à titre de lois de police de dispositions répondant à des finalités diverses, permet de répondre aux préoccupations des autorités nationales et communautaires d'assurer le respect de l'intérêt général, comme les intérêts particuliers des

contractants dans les relations transfrontières, et semble capable de prendre en charge ces intérêts.

845 – Enfin, les contrats bancaires sont des contrats proposés par un milieu professionnel homogène dont les intérêts dépassent largement le cadre des frontières traditionnelles. Les techniques bancaires ont toujours été mises au point par les banques elles-mêmes qui demeurent les mieux placées pour évaluer leurs besoins. Ce caractère coutumier et professionnel des sources des contrats bancaires s'épanouit naturellement dans le cadre de leurs activités internationales en raison de la liberté et de la souplesse qui président les relations commerciales internationales.

846 – Ainsi, aucune des méthodes du droit international privé isolément ne permet de prendre en charge tous les intérêts qu'impose l'activité internationale des banques. Dans ces conditions, l'étude successive de l'application des différentes méthodes du droit international privé aux contrats bancaires internationaux a permis de montrer que la coexistence de ces méthodes permet d'assurer dans des conditions relativement satisfaisantes la conciliation de ces intérêts.

847 – En matière contractuelle, la méthode conflictuelle elle-même, procédé indirect de réglementation des situations internationales, doit nécessairement se présenter de manière simple afin d'assurer la prévisibilité des solutions. En revanche, la spécificité que présentent les contrats bancaires internationaux impose de faire intervenir des procédés directs de réglementation, qu'il s'agisse d'imposer le respect des intérêts de plus en plus variés des Etats comme du droit communautaire ou ceux des opérateurs eux-mêmes. L'étude des contrats bancaires internationaux se révèle ainsi comme un "laboratoire privilégié" où peuvent cohabiter dans une harmonie relative, grâce à la coexistence des méthodes, les exigences toujours plus complexes que le droit a pour mission de prendre en charge.

Annexe

I

Règles uniformes pour les garanties contractuelles : Brochure n° 325 du 1^{er} Août 1978 de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I) (657).

Les garanties de soumission, de bonne exécution et de remboursement dans le cadre des programmes de travaux à l'étranger constituent, aujourd'hui, un trait important des pratiques commerciales internationales.

Pendant quelques 12 années, les commissions bancaires et de pratiques commerciales de la C.C.I se sont attachées à harmoniser les modalités selon lesquelles ces garanties sont émises. Les résultats de leurs travaux sont, maintenant, publiés sous la forme de ces « Règles Uniformes pour les garanties contractuelles ».

L'objectif de ces Règles est de réaliser un juste équilibre entre les intérêts légitimes des parties en cause : le bénéficiaire, le donneur d'ordre et le garant. Elles ont été mises au point en liaison étroite, avec d'autres organismes internationaux concernés, notamment, la commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Article 1

Champ d'application.

1. Ces règles s'appliquent à toute garantie, cautionnement, sûreté ou engagement similaire, quelle que soit son appellation ou sa description (« la garantie »), qui indique qu'il est soumis aux règles uniformes pour les garanties de soumission, de bonne exécution et de remboursement (« garanties contractuelles ») de la chambre de commerce internationale (publication n° 325) et tient, de ce fait, chacune des parties à moins qu'il n'ait été, expressément, stipulé, autrement, dans la garantie ou dans tout amendement apporté à celui-ci.
2. lorsqu'une de ces règles est contraire à une disposition de la loi applicable à la garantie à laquelle les parties ne peuvent déroger, cette disposition prévaut.

(657)– Cf. Fatiha Taleb, Droit applicable au contrat international de commerce et règlement des différends par les méthodes de l'arbitrage dans le commerce international, Oran, 2004, p. 127 et s.

Article 2

Définitions.

Au sens de ces règles :

- a. **« garantie de soumission »** désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (« le garant »), à la demande d'un soumissionnaire (« le donneur d'ordre »), ou pris sur les instructions d'une banque, d'une compagnie d'assurances ou d'une autre partie habilitée à cet effet par le donneur d'ordre (« la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'une partie ayant émis un appel d'offres (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige – en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations découlant de sa soumission – à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué.
 - b. **« garantie de bonne exécution »** désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (« le garant »), à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un autre entrepreneur (« le donneur d'ordre »), ou pris sur les instructions d'une banque, d'une compagnie d'assurances ou d'une autre partie habilitée à cet effet par le donneur d'ordre « la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige – au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas dûment un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (« contrat ») – à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué ou, si la garantie le prévoit, au choix du garant, à assurer l'exécution du contrat.
 - c. **« garantie du remboursement »** désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie (« le garant »), à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un autre entrepreneur (« le donneur d'ordre »), ou pris sur les instructions d'une banque, d'une compagnie d'assurances ou d'une autre partie habilitée à cet effet par le donneur d'ordre « la partie donnant les instructions ») vis-à-vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage (« le bénéficiaire »), par lequel le garant s'oblige – au cas où le donneur d'ordre
-

omettrait de rembourser, conformément, aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (« contrat »), toute somme ou sommes avancée(s) ou payée(s) par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursée(s) par ailleurs – à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué.

Article 3

Obligations du garant vis-à-vis du bénéficiaire.

1. Le garant ne peut être obligé vis-à-vis du bénéficiaire qu'en fonction des conditions de la garantie et des présentes règles et pour un montant ne dépassant pas celui indiqué dans la garantie.
2. Le montant indiqué dans la garantie ne sera pas réduit en raison d'une exécution partielle du contrat, à moins que la garantie ne le spécifie.
3. Le garant peut, seulement, invoquer les moyens de défense fondés sur les conditions de la garantie ou qui sont accordés par les présentes règles.

Article 4

Date limite des demandes.

Si une garantie ne spécifie pas la date limite de réception des demandes par le garant, cette date limite (date de validité) est réputée fixée :

- a. dans le cas d'une garantie de soumission, à l'issue d'une période de six mois après la date d'émission de la garantie ;
 - b. dans le cas d'une garantie de bonne exécution, à l'issue d'une période de six mois à partir de la date prévue au contrat pour la livraison ou l'achèvement des travaux ou après tout report de ladite date, ou un mois après l'expiration de toute période de garantie stipulée, expressément, couverte par la garantie de bonne exécution ;
 - c. dans le cas d'une garantie de remboursement, à l'issue d'une période de six mois à partir de la date prévue au contrat pour la livraison ou l'achèvement des travaux ou après tout report de ladite date.
-

Si la date de validité tombe un jour férié, elle se trouve reportée au premier jour ouvrable suivant.

Article 5

Validité de la garantie.

1. si le garant n'a reçu aucune demande au plus tard à la date de validité, ou si une demande présentée au titre de la garantie a été satisfaite, de sorte que ne subsiste aucun droit du bénéficiaire à ce titre, la garantie cesse d'être valable.
2. Nonobstant les dispositions de l'Article 4, dans le cas des garanties de soumission :
 - a. Une garantie de soumission cesse d'être valable dès que le bénéficiaire a, par l'adjudication du marché, accepté la soumission du donneur d'ordre de la garantie et si le contrat écrit l'exige ou dans l'hypothèse où aucun contrat n'a été signé si l'appel d'offre l'exige, dès que le donneur d'ordre fournit une garantie de bonne exécution ou, au cas où une telle garantie n'est pas requise, dès la signature du contrat par le donneur d'ordre.
 - b. Une garantie de soumission cesse, également, d'être valable, si et lorsque le marché auquel elle se réfère est adjugé à un autre soumissionnaire, que ce dernier remplisse ou non les obligations mentionnées au paragraphe 2 (a) du présent article.
 - c. Une garantie de soumission cesse, également, d'être valable au cas où le bénéficiaire déclare, expressément, qu'il n'a pas l'intention d'adjuger le marché.

Article 6

Restitution de la garantie.

Lorsqu'une garantie cesse d'être valable en vertu de ses propres termes et conditions ou des présentes règles, le fait de conserver le document dans lequel est incorporée la garantie, ne confère, par lui-même, aucun droit au bénéficiaire et celui-ci doit restituer sans délai le document au garant.

Article 7

Amendements aux contrats et garanties.

1. une garantie de soumission n'est valable qu'au regard de la soumission d'origine du donneur d'ordre et ne s'applique pas si un amendement est apporté à cette soumission, et elle n'est pas non plus valable au delà de la date de validité indiquée dans la garantie ou prévue par les présentes règles, à moins que le garant n'ait notifié au bénéficiaire par écrit ou par câble, télégramme ou télex que la garantie s'appliquait nonobstant ou que la date de validité n'ai été prorogée.
2. une garantie de bonne exécution ou de remboursement peut indiquer qu'elle ne sera pas valable au regard d'un quelconque amendement au contrat ou que tout amendement à celui-ci devra être notifié au garant pour approbation. A défaut, d'une telle stipulation, la garantie est valable au regard des obligations du donneur d'ordre, telles qu'elles sont indiquées dans le contrat et de tout amendement apporté à celui-ci. Toutefois, la garantie ne saurait être valable pour un montant supérieur à celui qui y est indiqué, ou au delà de la date de validité mentionnée ou prévue par les présentes règles, à moins que le garant n'ait notifié au bénéficiaire par écrit ou par câble, télégramme ou télex que le montant a été porté à un chiffre donné ou que la date de validité a été prorogée.
3. aucun amendement aux conditions de la garantie effectué par le garant ne sera opposable au bénéficiaire sans son accord et au donneur d'ordre ou à la partie donnant les instructions sans que l'un ou l'autre, selon le cas, ait donné son accord.

Article 8

Présentation de la demande.

1. une demande au titre d'une garantie doit être présentée au garant par écrit ou par câble, télégramme ou télex au plus tard à la date de validité indiquée dans la garantie ou prévue par les présentes règles.
-

2. dès réception d'une demande, le garant doit, immédiatement, la notifier au donneur d'ordre ou à la partie donnant des instructions, selon le cas, ainsi que toute documentation fournie à l'appui.
3. Aucune demande ne sera honorée si :
 - a. elle n'est pas formulée, et reçue selon les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus ; et
 - b. elle n'est pas étayée par la documentation visée dans la garantie ou prévue par les présentes règles ; et
 - c. cette documentation n'est pas présentée dans le délai suivant la réception de la demande que précise la garantie, ou à défaut d'une telle précision, dès que possible, ou encore, s'il s'agit d'une documentation provenant du bénéficiaire lui-même, au plus tard, dans les six mois à compter de la réception de la demande.

En toute circonstance, une demande devra être rejetée si la garantie a cessé d'être valable en vertu des dispositions qu'elle contient ou des présentes règles.

Article 9

Documentation à fournir à l'appui de la demande.

Si la garantie ne spécifie pas la documentation à produire à l'appui de la demande ou indique, seulement, que le bénéficiaire devra présenter une déclaration faisant état de sa demande, le bénéficiaire devra fournir

- a. dans le cas d'une garantie de soumission, une déclaration indiquant que la soumission du donneur d'ordre a été acceptée et que ce dernier, soit, n'a pas signé le contrat, soit, n'a pas soumis de garantie de bonne exécution comme il était prévu dans l'appel d'offres, ainsi qu'une déclaration adressée au donneur d'ordre, confirmant son accord pour soumettre tout différend ou toute réclamation du donneur d'ordre, tendant à se faire rembourser par le bénéficiaire tout ou partie de la somme versée au titre de la garantie, au tribunal ou à l'instance arbitrale stipulée dans l'appel d'offres, ou en l'absence d'une telle stipulation ou d'un autre
-

accord, à un arbitrage, conformément, au règlement de la cour d'arbitrage de la C.C.I ou aux règles d'arbitrage de la CNUDCI, au gré du donneur d'ordre.

- b. Dans le cas d'une garantie de bonne exécution, ou d'une garantie de remboursement, soit une décision judiciaire, ou une sentence arbitrale justifiant la demande, soit l'approbation écrite du donneur d'ordre concernant la demande et son montant.

Article 10

Loi applicable.

Si la garantie n'indique pas la loi qui la régit, la loi applicable est celle du lieu d'établissement du garant. Si le garant a plus d'un établissement, la loi applicable est celle du lieu de la succursale qui a émis la garantie.

Article 11

Règlement des différends.

1. tout différend découlant de la garantie peut être porté devant une instance arbitrale sur la base d'un accord conclu entre le garant et le bénéficiaire, selon le règlement de la cour d'arbitrage de la C.C.I, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou selon tout autre règlement d'arbitrage auquel le garant et le bénéficiaire se seront référés.
 2. si un différend entre le garant et le bénéficiaire soumis à l'arbitrage a trait aux droits et obligations du donneur d'ordre ou de la partie donnant les instructions, ces derniers auront le droit d'intervenir dans la procédure d'arbitrage.
 3. si le garant et le bénéficiaire n'ont pas conclu d'accord d'arbitrage ou accepté la compétence d'un tribunal déterminé, tous différends surgissant entre eux à propos de la garantie seront réglés exclusivement par le tribunal compétent du pays du lieu de l'établissement du garant ou, si le garant a plus d'un établissement, par le tribunal compétent du pays de son principal établissement ou, au gré du bénéficiaire, par le tribunal compétent du lieu de la succursale qui a émis la garantie.
-

Annexe

II

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires,

Brochure n° 400 du 1^{er} Janvier 1984

de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) (658).

Les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ont été publiées pour la première fois en 1933. Des révisions ont été publiées en 1951, 1962 et 1974.

Cette révision a été adoptée par le conseil de la C.C.I en Juin 1983 et publiée pour la première fois sous le numéro 400, en Janvier 1984.

Cette version française est la traduction officielle du texte anglais original, également, publié par ICC Publishing. Certaines traductions dans différentes autres langues sont disponibles auprès des comités nationaux.

Les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ont été mises au point par la commission de techniques et pratiques bancaires.

Cette commission réunit des banquiers du monde entier :

- elle définit, harmonise et simplifie les pratiques et les termes internationaux utilisés dans le secteur bancaire ;
- elle exprime le point de vue des banquiers auprès des organisations intergouvernementales concernées, la commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) par exemple ;
- elle constitue le point de rencontre des banquiers de tous les pays auxquels elle offre la possibilité d'un dialogue sur des problèmes communs.

Chaque comité national peut nommer des membres pour la commission bancaire et les vingt autres commissions de la C.C.I. Ces commissions traitent de la plupart des sujets relatifs au commerce international.

Des séminaires et conférences sur des aspects pratiques de l'application des règles et usances sont également organisés chaque année dans de nombreux pays : pour toute information s'adresser aux comités nationaux.

Les Lettres de crédit s'établissent dans le monde entier par le biais des règles et usances relatives aux crédits documentaires.

Cette annexe donne la version complète et officielle du texte révisé en 1983, qui a reçu l'approbation du conseil de la C.C.I le 21 Juin 1983. Cette nouvelle version est entrée en vigueur le 1^{er} Octobre 1984.

A. Dispositions générales et définitions.

Article 1

Les présents articles s'appliquent à tous les crédits documentaires, y compris, dans la mesure où ils seraient applicables, aux lettres de crédit stand-by, et lient toutes les parties intéressées, sauf s'il en est convenu, autrement, de façon expresse. Ils seront réputés partie intégrante de tout crédit du fait qu'il y est stipulé que celui-ci est soumis aux règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, révision 1983, Publication CCI n° 400.

Article 2.

Aux fins des présents articles, les expressions « crédit(s) documentaire(s) » et « lettre(s) de crédit stand-by », utilisées dans le présent texte, (abrégées ci-après en « crédit(s) »), qualifient tout arrangement quelle qu'en soit la dénomination ou description, en vertu duquel une banque (la banque émettrice), agissant à la demande et sur instructions d'un client (le donneur d'ordre) :

- i. est tenue d'effectuer un paiement à un tiers (bénéficiaire) ou à son ordre, ou de payer ou accepter des effets de commerce (traites) tirés par le bénéficiaire, ou
-

- ii. autorise une autre banque à effectuer le dit paiement, ou à payer, accepter ou négocier lesdits effets de commerce (traites),

contre remise des documents stipulés, pour autant que les conditions du crédit soient respectées.

Article 3.

Les crédits sont, par leur nature, des transactions distinctes des ventes ou autre(s) contrat(s) qui peuvent en former la base mais qui ne concernent les banques en aucune façon et ne sauraient les engager, même si le crédit inclut une référence à un tel contrat, et quelle que soit cette référence.

Article 4.

Dans les opérations de crédit, toutes les parties intéressées ont à considérer les documents à l'exclusion des marchandises, services et/ou autres prestations auxquels les documents peuvent se rapporter.

Article 5.

Toute instruction relative à l'émission d'un crédit, les crédits eux-mêmes, toute instruction en vue d'amender ceux-ci, et les amendements eux-mêmes, doivent être complets et précis.

Pour éviter toute confusion et tout malentendu, les banques décourageront toute tendance à inclure, trop de détails dans le crédit ou dans tout amendement à celui-ci.

Article 6.

Le bénéficiaire d'un crédit ne peut en aucun cas se prévaloir des rapports contractuels existant entre les banques ou entre le donneur d'ordre et la banque émettrice.

B. Forme et notification des crédits.**Article 7.**

- a. Les crédits peuvent être
 - i. soit révocables,
 - ii. soit irrévocables.
- b. Tout crédit doit, par conséquent, indiquer, clairement, s'il est révocable ou irrévocable.
- c. A défaut de pareille indication, le crédit sera considéré comme révocable.

Article 8.

Un crédit peut être notifié au bénéficiaire par l'intermédiaire d'une autre banque (banque notificatrice), sans engagement de la part de la banque notificatrice, sauf pour cette banque à apporter un soin raisonnable à vérifier l'authenticité apparente du crédit qu'elle notifie.

Article 9.

- a. un crédit révocable peut être amendé ou annulé par la banque émettrice à tout moment et sans que le bénéficiaire en soit averti au préalable.
 - b. Toutefois, la banque émettrice doit :
 - i. Rembourser la succursale ou la banque auprès de laquelle un crédit révocable a été rendu réalisable par paiement à vue, acceptation ou négociation, si cette succursale ou cette banque a procédé à un paiement, à une acceptation ou à une négociation contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les conditions du crédit avant d'avoir reçu l'avis d'amendement ou d'annulation.
 - ii. rembourser la succursale ou la banque auprès de laquelle un crédit révocable a été rendu réalisable par paiement différé si cette succursale ou cette banque a levé des documents présentant l'apparence de conformité avec les conditions du crédit, avant d'avoir reçu l'avis d'amendement ou d'annulation.
-

Article 10.

- a. un crédit irrévocable constitue pour la banque émettrice, pour autant que les documents stipulés soient remis et que les conditions de crédit soient respectées, un engagement ferme :
- i. si le crédit est réalisable par paiement à vue, de payer ou de faire effectuer le paiement ;
 - ii. si le crédit est réalisable par paiement différé, de payer, ou de faire effectuer le paiement à la date ou aux dates déterminables, conformément, aux stipulations du crédit ;
 - iii. si le crédit est réalisable par acceptation d'accepter les traites tirées par le bénéficiaire si le crédit stipule qu'elles doivent être tirées sur la banque émettrice, ou d'assumer la responsabilité de leur acceptation et de leur paiement à échéance si le crédit stipule qu'elles doivent être tirées sur le donneur d'ordre ou sur tout autre tiré stipulé dans le crédit ;
 - iv. si le crédit est réalisable par négociation, de payer sans recours contre les tireurs et/ou porteurs de bonne foi, la ou les traites tirées par le bénéficiaire, à vue ou à terme, sur le donneur d'ordre ou sur tout autre tiré mentionné dans le crédit autre que la banque émettrice, elle-même, ou de pourvoir à la négociation par une autre banque et de payer comme prévu, ci-dessus, si cette négociation n'est pas effectuée ;
- b. lorsqu'une banque émettrice autorise, ou invite une autre banque à confirmer un crédit irrévocable, et que cette autre banque a ajouté sa confirmation, cette confirmation constitue un engagement ferme de la part de la banque qui confirme, s'ajoutant à celui de la banque émettrice, pour autant que les documents stipulés soient remis et que les conditions du crédit soient respectées ;
- i. si le crédit est réalisable par paiement à vue de payer ou de faire effectuer le paiement ;
 - ii. si le crédit est réalisable par paiement différé, de payer ou de faire effectuer le paiement à la date ou aux dates déterminables, conformément, aux stipulations du crédit ;
-

- iii. si le crédit est réalisable par acceptation d'accepter les traites tirées par le bénéficiaire, si le crédit stipule qu'elles doivent être tirées sur la banque émettrice, ou d'assumer la responsabilité de leur acceptation et de leur paiement à échéance si le crédit stipule qu'elles doivent être tirées sur le donneur d'ordre ou sur tout autre tiré stipulé dans le crédit ;
 - iv. si le crédit est réalisable par négociation, de négocier sans recours contre les tireurs et/ou porteurs de bonne foi, la ou les traites tirées par le bénéficiaire, à vue ou à terme, sur la banque ou sur le donneur d'ordre ou sur tout autre tiré mentionné dans le crédit autre que la banque confirmatrice elle-même ;
- c. si une banque est autorisée ou invitée par la banque émettrice à ajouter sa confirmation à un crédit et qu'elle n'est pas disposée à le faire, elle devra informer sans retard la banque émettrice. Sauf si la banque émettrice en dispose, autrement, dans son autorisation ou demande de confirmation, la banque notificatrice notifiera le crédit au bénéficiaire sans ajouter sa confirmation.
- d. de tels engagements ne peuvent être amendés ou annulés sans l'accord de la banque émettrice, de la banque qui confirme (le cas échéant) et du bénéficiaire. L'acceptation partielle d'amendements contenus dans un seul et même avis d'amendement n'aura d'effet qu'avec le consentement de toutes les parties citées ci-dessus.

Article 11.

- a. Tout crédit doit, clairement, indiquer s'il est réalisable par paiement à vue, par paiement différé, par acceptation ou par négociation.
 - b. Tout crédit doit désigner la banque (banque désignée) autorisée à effectuer le paiement (banque qui paie), à accepter les traites (banque négociatrice), sauf si le crédit autorise la négociation par n'importe quelle banque (banque négociatrice).
 - c. Sauf si la banque désignée est la banque émettrice, elle-même, ou la banque qui confirme, la désignation par la banque émettrice n'entraîne pour la banque désignée aucun engagement de payer, d'accepter ou de négocier.
-

- d. En désignant une banque autre qu'elle-même ou en autorisant la négociation par n'importe quelle banque ou en autorisant ou en invitant une banque à ajouter sa confirmation, la banque émettrice permet à cette banque d'effectuer le paiement, d'accepter ou de négocier, selon le cas, contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les conditions du crédit et s'engage à rembourser cette banque, conformément, aux dispositions des présents articles.

Article 12.

- a. Quand une banque émettrice charge une banque (banque notificatrice), par un quelconque mode de télétransmission, de notifier un crédit ou un amendement relatif à un crédit et que la lettre de confirmation doit être l'instrument permettant l'utilisation du crédit, ou donnant effet à l'amendement, cette télétransmission doit spécifier « détails suivent » (ou, une expression similaire), ou indiquer que la lettre de confirmation sera l'instrument permettant l'utilisation du crédit, où donnant effet à l'amendement. La banque émettrice doit transmettre, sans délai, à cette banque notificatrice l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement.
 - b. La télétransmission sera considérée comme l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement et aucune lettre de confirmation ne sera expédiée, sauf si la mention « détails suivent » (ou une expression similaire) figure dans la télétransmission, ou s'il y est précisé que la lettre de confirmation sera l'instrument permettant l'utilisation du crédit ou donnant effet à l'amendement.
 - c. Une télétransmission destinée par la banque émettrice à servir d'instrument permettant l'utilisation du crédit doit indiquer, clairement, que le crédit est soumis aux règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, révision 1983, Publication CCI n° 400.
 - d. Si une banque utilise les services d'une autre banque ou d'autres banques (banque notificatrice) pour faire notifier le crédit au bénéficiaire, elle devra, également, utiliser les services de cette même banque, ou de ces mêmes banques pour la notification de tous amendements.
-

- e. Les banques seront responsables de toutes conséquences résultant de l'inobservation par elles des procédures énoncées aux précédents paragraphes.

Article 13.

Quand une banque est chargée d'émettre, de confirmer ou de notifier un crédit dont les termes sont similaires à ceux d'un crédit, précédemment, émis, confirmé ou notifié (crédit similaire) et que le précédent crédit a subi un ou des amendements, il est entendu que le crédit similaire ne comprendra aucun de ces amendements, sauf si les instructions spécifient, clairement, le ou les amendement(s) applicable(s) au crédit similaire. Les banques décourageront les instructions d'émettre, confirmer ou notifier un crédit de cette façon.

Article 14.

Si la banque requise d'émettre, confirmer, notifier ou amender un crédit reçoit des instructions incomplètes, ou imprécises, elle peut adresser au bénéficiaire un avis préliminaire à titre de simple information et sans encourir de responsabilité. Le crédit ne sera émis, confirmé, notifié ou amendé que lorsque la banque aura reçu les informations nécessaires et si la banque est, alors, disposée à agir sur ces instructions. Les banques fourniront sans délai les informations nécessaires.

C. Responsabilités.

Article 15.

Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit. Les documents qui, en apparence, sont incompatibles entre eux seront considérés comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les conditions du crédit.

Article 16.

- a. Si une banque autorisée à cet effet effectue un paiement, ou s'engage à effectuer un paiement différé ou accepte ou négocie contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les conditions du crédit, la partie qui a donné cette
-

autorisation doit rembourser la banque qui a effectué le paiement, ou s'est engagée à effectuer un paiement différé, ou a accepté, ou négocié, et doit lever les documents.

- b. Si, à la réception des documents, la banque émettrice considère qu'ils ne présentent pas l'apparence de conformité avec les conditions du crédit, elle doit décider, sur la seule base de ces documents, ou de les refuser comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les conditions du crédit.
 - c. La banque émettrice aura un délai raisonnable pour examiner les documents et décider, comme prévu, ci-dessus, s'il y a lieu de lever ou de refuser les documents.
 - d. Si la banque émettrice décide de refuser le document, elle doit, immédiatement, le notifier par télécommunication ou, si ce n'est pas possible, par d'autres moyens rapides, à la banque dont elle a reçu les documents (banque remettante), ou au bénéficiaire si elle a reçu les documents, directement, de celui-ci. Cette notification doit indiquer les irrégularités en raison desquelles la banque émettrice refuse les documents et elle doit, également, indiquer que les documents sont tenus à la disposition du présentateur (banque remettante, ou bénéficiaire, selon le cas) ou qu'elle les lui retourne. La banque émettrice aura, alors, le droit de réclamer à la banque remettante la restitution de tout remboursement pouvant avoir été effectué à cette banque.
 - e. Si la banque émettrice n'agit pas, conformément, aux dispositions des paragraphes (c) et (d) du présent article et/ou ne tient pas les documents à la disposition du présentateur ou ne les lui retourne pas, la banque émettrice ne pourra plus faire valoir que les documents ne sont pas conformes aux conditions du crédit.
 - f. Si la banque remettante attire l'attention de la banque émettrice sur des irrégularités apparaissant dans les documents, ou bien, informe la banque émettrice qu'elle a payé, contracté un engagement de paiement différé, accepté ou négocié sous réserve, ou contre une lettre de garantie relative à ces irrégularités, la banque émettrice ne sera pas, pour autant, dégagée d'aucune de ses obligations découlant d'une disposition quelconque du présent article. De telles réserves, ou garanties, n'affectent que les relations entre la banque remettante et
-

la partie envers qui la réserve a été faite, ou de qui ou pour le compte de qui, la garantie a été obtenue.

Article 17.

Les banques n'assument aucune responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification, la portée légale d'aucun document, ni quant aux conditions générales et/ou particulières stipulées dans les documents ou y surajoutées ; elles n'assument, également, aucune responsabilité quant à la désignation, la quantité, le poids, la qualité, le conditionnement, l'emballage, la livraison, la valeur, ou l'existence des marchandises représentées par un document quel qu'il soit, ni encore, quant à la bonne foi ou aux actes et/ou omissions, à la solvabilité, à l'accomplissement des obligations, ou à la réputation des expéditions, transporteurs ou assureurs de la marchandise, ou de toute autre personne quelle qu'elle soit.

Article 18.

Les banques n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences des retards et/ou pertes que pourraient subir dans leur transmission tous messages, lettres ou documents, ni quant aux retards, à la mutilation, ou autres erreurs pouvant se produire dans la transmission de toute télécommunication. Les banques n'assument aucune responsabilité quant aux erreurs de traduction, ou d'interprétation de termes techniques, et elles se réservent le droit de transmettre les termes des crédits sans les traduire.

Article 19.

Les banques n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences pouvant résulter de l'interruption de leurs activités provoquée par des émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et tous cas de force majeure, ou toute autre cause indépendante de leur volonté, ainsi que par des grèves ou lock-outs. Sauf autorisation expresse les banques ne s'engageront à effectuer aucun paiement différé, ni n'effectueront aucun paiement, aucune acceptation ou négociation après avoir repris leurs activités, dans le cas de crédits venus à expiration au cours d'une telle interruption de leurs activités.

Article 20.

- a. Les banques utilisant les services d'une autre banque, ou d'autres banques pour donner suite aux instructions du donneur d'ordre le font pour le compte et aux risques de ce donneur d'ordre.
- b. Les banques n'assument aucune responsabilité au cas où les instructions qu'elles transmettraient ne seraient pas suivies, même, si elles ont pris elles-mêmes l'initiative du choix de cette autre ou de ces autres banques.
- c. Le donneur d'ordre devra assumer toutes les obligations et responsabilités découlant des lois et usages dans les pays étrangers, et indemniser les banques de toutes conséquences pouvant en résulter.

Article 21.

- a. Si une banque émettrice entend que le remboursement auquel a droit une banque qui paie, accepte ou négocie, soit obtenu par cette banque auprès d'une autre succursale ou bureau de la banque émettrice ou d'une banque tierce (toutes, ci-après, désignées comme banque de remboursement) elle doit fournir à cette banque de remboursement, en temps utile, les instructions ou autorisations appropriées lui permettant d'honorer ces demandes de remboursement et sans y mettre la condition que la banque qui est en droit de réclamer le remboursement ait à certifier à la banque de remboursement que les conditions du crédit ont été respectées.
 - b. Une banque émettrice ne sera dégagée d'aucune de ses obligations de rembourser, elle-même, si le remboursement n'est pas effectué par la banque de remboursement.
 - c. La banque émettrice sera responsable envers la banque qui paie, accepte, ou négocie, de toute perte d'intérêt et si le remboursement n'est pas effectué, dès la première demande présentée à la banque de remboursement, ou de toute autre manière prévue dans le crédit, ou par accord mutuel, selon le cas.
-

D. Documents.**Article 22.**

- a. Toute instruction relative à l'émission d'un crédit, les crédits, eux-mêmes, et, le cas échéant, toute instruction, en vue d'amender ceux-ci et les amendements, eux-mêmes, doivent spécifier, avec précision, le ou les documents contre lesquels le paiement, l'acceptation ou la négociation seront effectués.
- b. Des termes tels que « première classe », « bien connu », « qualifié », « indépendant », « officiel » ou termes similaires ne devront pas être employés pour désigner l'émetteur de tout document à remettre en vertu du crédit. Si de tels termes sont incorporés dans les conditions du crédit, les banques accepteront les documents y relatifs tels qu'ils seront présentés pourvu qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les autres conditions de crédit.
- c. Sauf si le crédit en dispose, autrement, les banques accepteront comme originaux les documents produits, ou apparaissant comme ayant été produits :
 - i. Par des systèmes reprographiques,
 - ii. Par des systèmes automatisés ou informatisés ou comme résultat de tels systèmes,
 - iii. Sous forme de copies au carbone,
S'ils sont marqués comme originaux, pour autant que de tels documents paraissent avoir été authentifiés, chaque fois, que cela est nécessaire.

Article 23.

Lorsque des documents autres que les documents de transport, les documents d'assurance et les factures commerciales sont exigés, le crédit stipulera par qui de tels documents doivent être émis et leur libellé, ou les données qu'ils doivent contenir. Si le crédit ne le stipule pas, les banques accepteront ces documents tels qu'ils leur seront présentés, pour autant que les données qu'ils contiennent permettent d'établir la relation entre les marchandises et/ou services auxquels ils se réfèrent et ceux auxquels se rapportent la (les) facture(s) commerciale(s) présentée(s) ou auxquels se rapporte le crédit si le crédit

ne stipule pas la présentation d'une facture commerciale.

Article 24.

Sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques accepteront un document portant une date d'émission antérieure à celle du crédit pourvu que ce document soit présenté dans les délais fixés par le crédit et les présents articles.

D.1. Documents de transport (document indiquant la mise à bord ou l'expédition ou la prise en charge).

Article 25.

Sauf si un crédit exigeant un document de transport stipule comme tel un connaissement maritime (connaissement maritime, ou connaissement couvrant le transport de mer) ou un récépissé postal, ou un certificat d'expédition par poste :

- a. Les banques accepteront, sauf stipulation contraire, dans le crédit, un document de transport qui :
 - i. apparaît comme ayant été émis par un transporteur dénommé, ou son agent et
 - ii. indique selon le cas l'expédition ou la prise en charge des marchandises, ou la mise à bord et
 - iii. consiste dans le jeu complet des originaux émis et destinés au chargeur s'il a été émis plus d'un original et
 - iv. satisfait à toutes les autres prescriptions du crédit.
 - b. Sous réserve de ce qui précède et sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques ne refuseront pas un document de transport qui :
 - i. Porte un intitulé tel que « connaissement de transport combiné », « document de transport combiné », « connaissement de transport combiné ou connaissement de port à port », ou tout titre, ou combinaison de titres ayant une intention, ou un effet similaire, et/ou
-

- ii. Indique certaines ou toutes les conditions de transport par référence à une source ou à un document autre que le document de transport, lui-même, (document de transport « short » (abrégé) ou sans verso), et/ou
 - iii. Indique un lieu de prise en charge différent du port d'embarquement, et/ou un lieu de destination finale différent du port de débarquement, et/ou
 - iv. S'applique à des cargaisons telles que celles chargées en conteneurs ou sur palettes, et moyens similaires, et/ou
 - v. Contient l'indication « prévu » (« intended ») ou un terme similaire concernant le navire, ou un autre moyen de transport et/ou port d'embarquement et/ou de débarquement.
- c. Sauf stipulation contraire dans le crédit, en cas de transport par mer ou par plusieurs modes de transport, mais comprenant un transport par mer, les banques refuseront un document de transport qui
- i. Indique qu'il est soumis à une charte partie et/ou
 - ii. Indique que le navire transporteur a pour seul mode de propulsion la voile.
- d. Sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques refuseront un document de transport émis par un transitaire, sauf s'il s'agit du connaissement de transport combiné FIATA approuvé par la chambre de commerce internationale, ou si le document indique qu'il a été émis par un transitaire agissant en qualité de transporteur ou d'agent d'un transporteur dénommé.

Article 26.

Si un crédit exigeant un document de transport stipule comme tel un connaissement maritime :

- a. Les banques accepteront, sauf stipulation contraire, dans le crédit, un document qui :
- i. apparaît comme ayant été émis par un transporteur dénommé, ou son agent et
 - ii. indique que les marchandises ont été embarquées, ou mises à bord d'un navire dénommé et
-

- iii. consiste dans le jeu complet des originaux émis et destinés au chargeur s'il a été émis plus d'un original et
 - iv. satisfait à toutes les autres prescriptions du crédit.
- b. Sous réserve de ce qui précède et sauf stipulation contraire dans le crédit les banques ne refuseront pas un document qui :
- i. Porte un intitulé tel que « connaissance de transport combiné », « document de transport combiné », « connaissance de transport combiné ou connaissance de port à port », ou tout titre ou combinaison de titres ayant une intention, ou un effet similaire, et/ou
 - ii. Indique certaines, ou toutes les conditions de transport par référence à une source, ou à un document autre que le document de transport, lui-même, (document de transport « short » (abrégé) ou sans verso), et/ou
 - iii. Indique un lieu de prise en charge différent du port d'embarquement, et/ou un lieu de destination finale différent du port de débarquement, et/ou
 - iv. S'applique à des cargaisons telles que celles chargées en conteneurs ou sur palettes, et moyens similaires.
- c. Sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques refuseront un document qui :
- i. Indique qu'il est soumis à une charte partie, et/ou
 - ii. Indique que le navire transporteur a pour seul mode de propulsion la voile et/ou
 - iii. Contient l'indication « prévu » (« intended ») ou un terme similaire concernant :
 - Le navire et/ou le port d'embarquement sauf si le document porte une annotation de mise à bord selon l'Article 27 (b), et indique, également, le port d'embarquement réel, et/ou
 - le port de débarquement – sauf si le lieu de destination finale indiqué sur le document est différent du port de débarquement, et/ou
 - iv. est émis par un transitaire, sauf s'il indique qu'il a été émis par ce transitaire agissant en qualité de transporteur, ou d'agent d'un transporteur dénommé.
-

Article 27.

- a. Sauf si le crédit exige, expressément, un document de transport à bord, ou sauf incompatibilité avec une ou plusieurs stipulations du crédit ou avec l'article 26, les banques accepteront un document de transport indiquant que les marchandises ont été prises en charge, ou reçues pour embarquement.
- b. L'embarquement ou la mise à bord d'un navire peuvent être prouvés, soit par un document de transport portant une mention indiquant l'embarquement sur un navire dénommé, ou la mise à bord d'un navire dénommé, soit, dans le cas d'un document de transport stipulant « reçu pour embarquement », par une annotation de mise à bord sur le document de transport, signée ou paraphée et datée par le transporteur ou son agent, et la date de cette annotation sera considérée comme la date d'embarquement ou de mise à bord sur le navire dénommé.

Article 28.

- a. Dans le cas d'un transport par mer ou par plusieurs modes de transport, mais comprenant un transport par mer, les banques refuseront un document de transport mentionnant que les marchandises sont, ou seront chargées en pontée, sauf si le crédit l'autorise, expressément.
- b. Les banques ne refuseront pas un document de transport comportant une disposition autorisant le transport des marchandises en pontée, pourvu qu'il ne mentionne pas, expressément, que les marchandises sont, ou seront chargées en pontée.

Article 29.

- a. Aux fins du présent article, il faut entendre par « transbordement » le transfert et le rechargement en cours de transport entre le port d'embarquement, ou le lieu d'expédition, ou de prise en charge et le port de débarquement, ou le lieu de destination, soit d'un moyen de transport, ou navire à un autre moyen de transport, ou navire relevant du même mode de transport, soit d'un mode de transport à un autre mode de transport.
-

- b. Sauf si le transbordement est interdit par les conditions du crédit, les banques accepteront des documents de transport indiquant que les marchandises seront transbordées, à condition que le transport entier soit couvert par un seul et même document de transport.
- c. Même si le transbordement est interdit par les conditions du crédit, les banques accepteront tout document de transport qui :
 - i. Contient les conditions imprimées indiquant que le transporteur a le droit de transborder, ou
 - ii. Stipule, ou indique que le transbordement aura lieu, ou pourra avoir lieu, lorsque le crédit prévoit un document de transport combiné, indique un transport d'un lieu de prise en charge à un lieu de destination finale, par différents modes de transport y compris le transport par mer, à condition que le transport entier soit couvert par un seul et même document de transport, ou
 - iii. Stipule, ou indique que les marchandises sont transportées en conteneur(s), remorque(s), « LASH barge(s) » (barges destinées à être chargées sur un porte-barges) et/ou moyen(s) semblable(s) et qu'elles seront transportées du lieu de prise en charge au lieu de destination finale dans le(s) même(s) conteneur(s), remorque(s), « LASH barge(s) » et/ou moyen(s) semblable(s), sous couvert d'un seul et même document de transport ;
 - iv. Stipule, ou indique comme lieu de réception et/ou, de destination finale « C.F.S » (container freight station = station fret conteneur) ou « C.Y » (container yard = aire conteneur) au (ou dépendant du) port d'embarquement et/ou port de destination.

Article 30.

Si le crédit prescrit l'envoi des marchandises par voie postale et exige un récépissé postal, ou certificat d'expédition par poste, les banques accepteront un tel récépissé, ou certificat, s'il apparaît qu'il a été estampillé, ou, autrement, authentifié et daté du lieu d'où le crédit stipule que les marchandises doivent être expédiées.

Article 31.

- a. Sauf stipulation contraire dans le crédit, ou incompatibilité avec l'un quelconque de documents présentés en vertu du crédit, les banques accepteront les documents de transport mentionnant que le fret, ou les frais de transport (ci-après, qualifiés de « fret ») doivent, encore, être payés.
- b. Si un crédit stipule que le document de transport doit indiquer que le fret a été payé, ou payé d'avance, les banques accepteront un document de transport sur lequel figure une mention indiquant, clairement, le paiement, ou le paiement d'avance du fret, que ce soit à l'aide d'un cachet, ou autrement, ou sur lequel le paiement du fret est indiqué par d'autres moyens.
- c. La mention « fret payable d'avance » ou « fret à payer d'avance » ou une mention similaire – si elle apparaît sur les documents de transport – ne sera pas acceptée comme preuve du paiement du fret.
- d. Les banques accepteront des documents de transport faisant mention, à l'aide d'un cachet ou autrement, de frais s'ajoutant au fret, tels que des frais ou des débours ayant trait au chargement, au déchargement ou à des opérations similaires, sauf si les conditions du crédit interdisent, expressément, de telles mentions.

Article 32.

Sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques accepteront des documents de transport portant au recto une clause telle que « poids et décomptes des expéditeurs », « ship-per's load and count », « déclaré contenir aux dires du chargeur », ou mention similaire.

Article 33.

Sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques accepteront des documents de transport indiquant comme expéditeur de la marchandise une partie autre que le bénéficiaire du crédit.

Article 34.

- a. Un document de transport net est un document qui ne porte pas de clauses ou annotations surajoutées constatant, expressément, l'état défectueux de la marchandise et/ou de l'emballage.
- b. Les banques refuseront les documents de transport portant de pareilles clauses ou annotations, sauf si le crédit indique, expressément, les clauses ou annotations qui peuvent être acceptées.
- c. Les banques considéreront qu'une condition du crédit exigeant que le document de transport porte la mention « net à bord » est respectée si ce document de transport répond aux conditions du présent article et de l'article 27 (b).

D.2. Documents d'assurance.**Article 35.**

- a. Les documents d'assurance doivent être ceux que stipule le crédit et être émis et/ou signés par des compagnies d'assurance ou autres assureurs, ou par leurs agents.
- b. Les notes de couverture (arrêtées) émises par des courtiers ne seront pas acceptées, sauf si cela est, expressément, autorisé dans le crédit.

Article 36.

Sauf stipulation contraire dans le crédit, ou sauf s'il ressort du ou des document(s) d'assurance que la couverture prend effet au plus tard à la date de mise à bord ou d'expédition ou de prise en charge de la marchandise, les banques refuseront des documents d'assurance présentés portant une date postérieure à la date de mise à bord ou d'expédition ou, de prise en charge de la marchandise indiquée sur le ou les documents de transport.

Article 37.

- a. Sauf stipulation contraire dans le crédit, le document d'assurance doit être libellé dans la monnaie du crédit.
- b. Sauf stipulation contraire dans le crédit, la valeur minimum de couverture souscrite que le document d'assurance doit indiquer est, selon le cas, la valeur CAF (coût, assurance, fret... port de destination désigné) ou CIP (fret/port payé, assurance comprise, jusqu'à... point de destination désigné) de la marchandise, majorée de 10%. Toutefois, si les banques ne peuvent déterminer la valeur CAF ou CIP, selon le cas, d'après les documents présentés, elles accepteront comme valeur minimum le montant le plus élevé entre le montant pour lequel le paiement, l'acceptation ou la négociation, est demandé en vertu du crédit et le montant de la facture commerciale.

Article 38.

- a. Les crédits devraient stipuler le type d'assurance requis et, le cas échéant, les risques additionnels qui doivent être couverts. Des termes imprécis tels que « risques habituels » ou « risques courants » ne devraient pas être employés ; s'ils sont utilisés, les banques accepteront les documents d'assurance tels que présentés, sans assumer de responsabilité pour tout risque non couvert.
- b. A défaut d'instructions spécifiques dans le crédit, les banques accepteront les documents d'assurance tels que présentés, sans assumer de responsabilité pour tout risque non couvert.

Article 39.

Lorsqu'un crédit stipule « assurance contre tous risques » les banques accepteront un document d'assurance contenant n'importe quelle clause, ou annotation « tous risques », que ce titre en soit ou non « tous risques », même s'il indique que certains risques sont exclus, sans assumer aucune responsabilité pour tout risque non couvert.

Article 40.

Les banques accepteront un document d'assurance indiquant que la couverture est soumise à franchise, qu'il s'agisse d'une franchise atteinte ou d'une franchise déduite, sauf s'il est, expressément, stipulé dans le crédit que l'assurance ne doit prévoir aucun pourcentage de franchise.

D.3. Facture commerciale.**Article 41.**

- a. Sauf stipulation contraire dans le crédit, les factures commerciales doivent être établies au nom du donneur d'ordre.
- b. Sauf stipulation contraire dans le crédit, les banques peuvent refuser les factures commerciales établies pour un montant supérieur à celui autorisé par le crédit. Cependant, si une banque autorisée à payer, à s'engager, à effectuer un paiement différé, accepter, ou négocier dans le cadre d'un crédit, accepte de telles factures, sa décision engagera toutes les parties, pourvu que ladite banque n'ait pas payé, pris l'engagement d'effectuer un paiement différé, accepté ou négocié pour un montant supérieur à celui permis par le crédit.
- c. la description des marchandises figurant dans les factures commerciales doit correspondre avec celle du crédit. Sur tous les autres documents, les marchandises peuvent être décrites en termes généraux qui ne soient pas incompatibles avec la description qu'en donne le crédit.

D.4. Autres documents.**Article 42.**

Si un crédit exige une attestation, ou une certification de poids dans le cas de transports autres que par mer, les banques accepteront une estampille de pesage, ou une déclaration de poids apparaissant comme ayant été apposée sur le document de transport par le transporteur ou par son agent, sauf si le crédit mentionne, expressément, que l'attestation, ou la certification de poids doit être donnée sous forme d'un document

distinct.

E. Dispositions diverses

Quantité et montant

Article 43.

- a. Les expressions « environ », « circa » ou similaires employées en ce qui concerne le montant du crédit, ou la qualité, ou le prix unitaire, mentionnées dans le crédit, seront interprétées comme permettant un écart maximum de 10 %, en plus ou en moins, sur le montant, la quantité ou le prix unitaire auxquels elles s'appliquent.
- b. Sauf si un crédit stipule qu'il ne doit être livré ni plus ni moins, que la quantité de marchandise prescrite, un écart de 5 % en plus ou en moins sera admis, même si les expéditions partielles ne sont pas autorisées, mais, toujours, sous réserve que le montant des tirages ne dépasse pas le montant du crédit. Cette tolérance ne s'applique pas au cas où le crédit spécifie la quantité par un nombre donné d'unités d'emballages, ou d'articles individualisés.

Article 44.

- a. Les tirages et/ou expéditions partiels sont autorisés sauf stipulation contraire dans le crédit.
 - b. Des expéditions par mer ou par plusieurs modes de transport, mais comprenant le transport par mer, faites sur le même navire et pour le même voyage, ne seront pas considérées comme des expéditions partielles, même si les documents de transport indiquant la mise à bord portent des dates d'émission différentes et/ou indiquent des ports d'embarquement différents.
 - c. Des expéditions effectuées par la poste ne seront pas considérées comme expéditions partielles si les récépissés postaux ou les certificats d'expédition par poste apparaissent avoir été estampillés, ou autrement, authentifiés à la même date sur la place d'où le crédit stipule que les marchandises doivent être expédiées.
-

- d. Des expéditions effectuées par des modes de transport autres que ceux décrits aux paragraphes (b) et (c) du présent article ne seront pas considérées comme expéditions partielles, à condition que les documents de transport soient émis par un seul et même transporteur, ou par son agent et indiquent la même date d'émission, le même lieu d'expédition, ou de prise en charge des marchandises et la même destination.

Tirages et/ou expéditions fractionnés.

Article 45.

Si des tirages et/ou expéditions fractionnés dans les périodes déterminées sont stipulés dans le crédit et qu'une fraction n'est pas utilisée et/ou expédiée dans la période autorisée pour cette fraction, le crédit cesse d'être valable pour cette fraction et pour toute fraction subséquente, sauf stipulation contraire dans le crédit.

Date extrême de validité et présentation.

Article 46.

- a. Tout crédit doit stipuler une date extrême de validité pour la remise des documents pour paiement, acceptation, ou négociation.
- b. Sous réserve des dispositions de l'Article 48 (a), les documents doivent être remis, au plus tard, à cette date extrême de validité.
- c. Si une banque émettrice mentionne que le crédit sera valable « pour une durée d'un mois », « pour une durée de six mois », ou expressions similaires, mais ne spécifie pas la date de départ et ce délai, la date d'émission du crédit par la banque émettrice sera réputée être le premier jour à partir duquel ce délai commence à courir. Les banques décourageront toute tendance à vouloir indiquer, de cette façon, la date d'expiration du crédit.
-

Article 47.

- a. Outre la stipulation d'une date limite pour la présentation des documents, tout crédit exigeant un ou des documents de transport devra, également, prévoir une période, expressément, définie à compter de la date d'émission du ou des documents de transport au cours de laquelle le ou les documents devront être présentés pour paiement, acceptation ou négociation. A défaut de stipulation d'une telle période, les banques refuseront les documents qui leur seront présentés plus de 21 jours après la date d'émission du, ou des documents de transport. Dans tous les cas, cependant, les documents ne pourront pas être présentés après la date d'expiration du crédit.
- b. Aux fins des présents articles la date d'émission d'un document de transport sera réputée être :
- i. Dans le cas d'un document de transport faisant la preuve de l'expédition, ou de la prise en charge, ou de la réception de marchandises pour expédition par un mode de transport, autre que le transport par voie aérienne, la date d'émission qu'indique le document de transport, ou la date du timbre de réception qui y est apposé, si cette dernière est postérieure ;
 - ii. Dans le cas d'un document de transport faisant la preuve d'un transport par voie aérienne, la date d'émission qu'indique ce document ou, si le crédit stipule que le document de transport doit indiquer la date effective de vol, la date de vol effective qu'indique le document de transport;
 - iii. Dans le cas d'un document de transport faisant la preuve de la mise à bord d'un navire dénommé, la date d'émission du document de transport, ou, dans le cas d'une annotation de mise à bord conforme à l'Article 27 (b), la date de cette annotation ;
 - iv. Dans les cas où s'applique l'article 44 (b), la date, déterminée, comme prévu, ci-dessus, du plus récent parmi les documents de transport émis.
-

Article 48.

- a. Si la date d'expiration du crédit et/ou le dernier jour de la période de présentation des documents à compter de la date d'émission du, ou des documents de transport, stipulée dans le crédit, ou déterminée selon l'Article 47, tombe un jour où la banque à laquelle les documents doivent être présentés est fermée pour des raisons autres que celles qui sont visées par l'Article 19, la date d'expiration stipulée et/ou le dernier jour de la période de présentation des documents à compter de la date d'émission du, ou des documents de transport, selon le cas, sera reporté(e) au premier jour ouvré suivant où ladite banque sera ouverte.
- b. La date extrême de mise à bord, ou d'expédition, ou de prise en charge ne sera pas prorogée à la suite du report de la date d'expiration du crédit et/ou de la période de présentation des documents à compter de la date d'émission aux termes du présent article. Si une telle date extrême pour expédition n'est pas stipulée dans le crédit, ou un amendement apporté au dit crédit, les banques refuseront les documents de transport indiquant une date d'émission postérieure à la date d'expiration que stipulent le crédit, ou un amendement apporté au crédit.
- c. La banque à laquelle les documents sont présentés, le premier jour ouvré suivant devra joindre aux documents son attestation que les documents ont été présentés dans le délai prorogé aux termes de l'Article 48 (a) des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Révision 1983, Publication CCI n° 400.

Article 49.

- a. Les banques ne sont pas obligées d'accepter la présentation de documents en dehors des heures d'ouverture de leurs guichets.

Mise à bord, envoi et prise en charge (expédition).**Article 50.**

- a. Sauf stipulation contraire dans le crédit, l'expression « expédition » utilisée pour déterminer la date la plus proche et/ou la date extrême d'expédition sera comprise comme incluant les expressions « mise à bord », « envoi » et « prise en charge »).
-

- b. La date d'émission du document de transport, déterminée, conformément, à l'Article 47 (b), sera considérée comme la date d'expédition.
- c. Des expressions telles que « promptement », « immédiatement », « le plus tôt possible » ou expressions similaires ne devraient pas être utilisées. Si elles sont employées, les banques les interpréteront comme stipulant que l'expédition doit être effectuée dans les trente jours de la date d'émission du crédit par la banque émettrice.
- d. S'il est fait usage de l'expression « le ... ou vers le ... » ou d'une mention similaire, les banques l'interpréteront comme stipulant que l'expédition doit être effectuée dans une période allant de cinq jours avant à cinq jours après la date indiquée, les jours limites inclus.

Termes de temps.

Article 51.

Les mots « au », « jusqu'au », « depuis » et expressions similaires, employés pour définir toute limite de temps mentionnée dans le crédit doivent se comprendre comme comportant l'inclusion de la date indiquée. Les mots « après le » doivent se comprendre comme excluant la date mentionnée.

Article 52.

Les expressions « première moitié », « seconde moitié » d'un mois devront s'entendre comme allant, respectivement, du 1^{er} au 15 inclus et du 16 au dernier jour d'un mois inclus.

Article 53.

Les expressions « commencement », « milieu » ou « fin » d'un mois devront s'entendre comme allant, respectivement, du 1^{er} au 10 inclus, du 11 au 20 inclus et du 21 au dernier jour du mois inclus.

F. Transfert.

Article 54.

- a. Un crédit transférable est un crédit en vertu duquel le bénéficiaire a le droit de demander à la banque chargée d'effectuer le paiement ou l'acceptation ou à toute banque habilitée à effectuer la négociation, qu'elle permette l'utilisation du crédit, en totalité ou en partie, par un ou plusieurs tiers (seconds bénéficiaires).
- b. Un crédit ne peut être transféré que s'il est, expressément, qualifié de « transférable » par la banque émettrice. Des termes tels que « divisible », « fractionnable », « assignable » ou « transmissible » n'ajoutent rien à la signification du terme « transférable » et ne devront pas être utilisés.
- c. La banque requise d'opérer le transfert, qu'elle ait, ou non, confirmé le crédit, n'aura aucune obligation d'effectuer un tel transfert si ce n'est dans les limites et les formes auxquelles elle aura, expressément, consenti.
- d. Sauf stipulation contraire, les frais de banque afférents aux transferts sont à la charge du premier bénéficiaire. La banque qui transfère n'aura aucune obligation d'effectuer le transfert tant que ces frais ne lui auront pas été payés.
- e. Un crédit transférable ne peut être transféré qu'une seule fois. Des fractions d'un crédit transférable (n'excédant pas au total le montant du crédit) peuvent être transférées, séparément, à condition que les expéditions partielles ne soient pas interdites, et l'ensemble de ces transferts sera considéré comme ne constituant qu'un seul transfert du crédit.

Le crédit ne peut être transféré que dans les conditions spécifiées au crédit d'origine à l'exception du montant du crédit, des prix unitaires qui y sont indiqués, de la période de validité, de la date limite de présentation des documents selon l'Article 47 et du délai d'expédition qui, conjointement, ou séparément, peuvent être réduits.

Le pourcentage pour lequel la couverture d'assurance doit être effectuée peut être augmenté afin d'atteindre le montant de couverture stipulé dans le crédit d'origine ou les présents articles.

En outre, le nom du premier bénéficiaire peut être substitué à celui du donneur d'ordre, mais si, selon le crédit d'origine, le nom du donneur d'ordre doit apparaître sur un quelconque document autre que la facture, cette exigence doit être respectée.

- f. Le premier bénéficiaire a le droit de substituer ses propres factures (et traites si le crédit stipule que des traites doivent être tirées sur le donneur d'ordre) en échange de celles du second bénéficiaire pour des montants ne dépassant pas le montant initial stipulé dans le crédit et pour les prix unitaires initiaux si le crédit en stipule.

Lors d'une telle substitution de factures (et traites), le premier bénéficiaire peut se faire régler en vertu du crédit la différence existant, le cas échéant, entre ses propres factures et celles du second bénéficiaire.

Lorsqu'un crédit a été transféré et que le premier bénéficiaire doit fournir ses propres factures (et traites) en échange des factures (et traites) du second bénéficiaire mais qu'il ne le fait pas sur première demande, la banque qui paie, accepte ou négocie a le droit de remettre à la banque émettrice les documents reçus en vertu du crédit, y compris les factures (et traites) du second bénéficiaire, et ce, sans encourir de responsabilité envers le premier bénéficiaire.

- g. Sauf stipulation contraire dans le crédit, le premier bénéficiaire d'un crédit transférable peut demander que le crédit soit transféré à un second bénéficiaire, dans le même pays, ou dans un autre pays.

En outre, sauf stipulation contraire dans le crédit, le premier bénéficiaire aura le droit de demander que le paiement, ou la négociation soit effectué au second bénéficiaire sur la place où le crédit a été transféré jusque y compris la date d'expiration du crédit d'origine, et ce, sans préjudice du droit du premier bénéficiaire de substituer, par la suite, ses propres factures et traites (le cas échéant) à celles du second bénéficiaire, et de réclamer toute différence qui lui serait due.

Article 55.

Le fait qu'un crédit ne soit pas désigné, comme transférable n'affecte pas le droit du bénéficiaire de céder tout droit de créance qu'il a obtenu, ou pourrait obtenir en vertu de ce crédit, conformément, aux dispositions de la loi applicable.

Annexe

III

Règles uniformes relatives aux encaissements : Brochure n° 322 du 1^{er} Janvier 1979

de la Chambre de Commerce Internationale : C.C.I (659).

Dispositions Générales et définitions.

- A. Les dispositions générales et définitions et les articles qui suivent s'appliquent à tout encaissement tel que défini en (B) ci-après, et lient toutes les parties intéressées, à moins qu'il n'en soit convenu autrement, de façon expresse, ou que ces dispositions générales, définitions et articles ne soient contraires aux dispositions d'une législation et /ou réglementation nationale, provinciale ou locale auxquelles il ne peut être dérogé.
- B. Dans ces dispositions, définitions et articles :
1. i. "Encaissement" signifie le traitement par les banques, selon les instructions reçues, de documents tels que définis en (ii), ci-après, aux fins
 - a. d'en obtenir l'acceptation et/ou, selon le cas, le paiement, ou
 - b. de remettre des documents commerciaux contre l'acceptation et/ou, selon le cas, contre paiement, ou
 - c. de remettre des documents à d'autres conditions.
 - ii. L'expression "documents" vise des documents financiers et / ou les documents commerciaux.
 - a. L'expression "documents financiers" vise des lettres de change, billets à ordre, chèques reçus de paiement ou autres instruments analogues utilisés pour obtenir le paiement de sommes d'argent.
 - b. L'expression "documents commerciaux" vise des factures, documents d'expéditions, documents de propriété, ou autres documents analogues, ou tout autre document, quel qu'il soit, autres que les documents financiers.

(659)– Cf. Fatiha Taleb, *opcit*, p. 170 et s.

iii. L'expression "encaissement simple" vise un encaissement de documents financiers non accompagnés de documents commerciaux.

- iv. L'expression "encaissement documentaire" vise un encaissement de
- a. documents financiers accompagnés de documents commerciaux,
 - b. documents commerciaux, non, accompagnés de documents financiers.

2. Les "parties y intéressées" sont :

- i. Le "donneur d'ordre", c'est-à-dire le client qui confie l'opération d'encaissement à sa banque ;
- ii. La "banque remettante", c'est-à-dire la banque à laquelle le donneur d'ordre a confié l'opération d'encaissement ;
- iii. La "banque chargée de l'encaissement", c'est-à-dire toute banque autre que la banque remettante intervenant dans l'opération d'encaissement ;
- iv. La "banque présentatrice", c'est-à-dire la banque chargée de l'encaissement effectuant la présentation au tiré.

2. Le tiré est celui à qui la présentation doit être faite selon l'ordre d'encaissement.

C. Tout document envoyé à l'encaissement doit être accompagné d'un ordre d'encaissement comportant des instructions, complètes et précises. Les banques ne sont autorisées à agir que selon les instructions données dans cet ordre d'encaissement, et, conformément, aux présentes règles. Si une banque ne peut, pour une raison quelconque, se conformer aux instructions données dans l'ordre d'encaissement qu'elle a reçu, elle doit en aviser, immédiatement, la partie qui lui a adressé l'ordre d'encaissement.

Responsabilités.

Article 1.

Les banques doivent agir de bonne foi et avec un soin raisonnable.

Article 2.

Les banques doivent vérifier que les documents reçus paraissent correspondre à ceux énumérés dans l'ordre d'encaissement et doivent aviser, immédiatement, la partie qui leur a adressé l'ordre d'encaissement de tout document manquant.

L'obligation d'examen des documents par les banques ne va pas au-delà.

Article 3.

Aux fins d'exécuter les instructions du donneur d'ordre, la banque remettante utilisera comme banque chargée de l'encaissement :

- i. la banque nommée par le donneur d'ordre, ou en l'absence d'une telle nomination,
- ii. toute banque, de son choix, ou choisie par une autre banque, dans le pays où a lieu le paiement, ou l'acceptation, selon le cas.

Les documents à l'ordre d'encaissement peuvent être envoyés à la banque chargée de l'encaissement, directement, ou par l'intermédiaire d'une autre banque.

Les banques utilisant les services d'autres banques pour donner suite aux instructions d'un donneur d'ordre le font pour le compte et aux risques de ce dernier.

Le donneur d'ordre assumera toutes obligations imposées par les lois ou usages étrangers et sera tenu de garantir les banques contre toute responsabilité pouvant en résulter.

Article 4.

Les banques, intervenant dans un encaissement n'assument aucune responsabilité, ni quant aux conséquences des retards et/ou pertes que pourraient subir dans leur transmission, tous messages, lettres ou documents, ni quant au retard, à la mutilation, ou autre erreur pouvant se produire dans la transmission de câbles, télégrammes, télex, ou communications par système électronique, ni quant aux erreurs de traduction, ou d'interprétation de termes techniques.

Article 5.

Les banques intervenant dans un encaissement n'assument aucune responsabilité en ce qui concerne les conséquences pouvant résulter de l'interruption de leur propre activité, provoquée par des émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et tout cas de force majeure, ou toute autre cause indépendante de leur volonté, ainsi que par des grèves ou lockouts.

Article 6.

Les marchandises ne doivent pas être envoyées, directement, à l'adresse d'une banque, ou placées sous sa responsabilité, sans un accord préalable de la part de cette banque.

Dans le cas de marchandises envoyées, directement, à l'adresse d'une banque, ou placées sous sa responsabilité pour livraison au tiré contre paiement, acceptation, ou sous d'autres conditions, la banque ne sera, nullement, tenue, en l'absence d'un accord préalable, de prendre livraison des marchandises, l'expéditeur continuant à en assumer le risque et la responsabilité.

Présentation**Article 7.**

Les documents doivent être présentés au tiré sous la forme dans laquelle ils ont été reçus, sous cette réserve que la banque remettante et la banque chargée de l'encaissement sont autorisées à apposer tous les timbres nécessaires, aux frais du donneur d'ordre, sauf instructions contraires, et à procéder à tout endos nécessaire, ou à placer tout cachet, ou autres marques, ou symboles d'identification exigés, ou habituels dans l'opération d'encaissement.

Article 8.

Les ordres d'encaissement doivent porter l'adresse complète du tiré, ou du domicile où la présentation devra être effectuée.

Si l'adresse est incomplète, ou inexacte, la banque chargée de l'encaissement pourra, sans obligation, ni responsabilité de sa part, rechercher l'adresse exacte.

Article 9.

Dans le cas de documents payables à vue, la banque présentatrice doit effectuer la présentation au paiement sans délai.

Dans le cas de documents payables à usance, la banque présentatrice doit, dans le cas où l'acceptation est requise, effectuer cette présentation pour acceptation sans délai, et dans le cas où le paiement est requis, les présenter au paiement, au plus tard, à la date d'échéance appropriée.

Article 10.

Dans le cas d'un encaissement documentaire incluant une lettre de change payable à une date ultérieure, l'ordre d'encaissement doit préciser si les documents commerciaux seront remis au tiré contre acceptation (D/A) ou contre paiement (D/P).

A défaut d'une telle précision, les documents commerciaux ne seront délivrés que contre paiement.

Paiement.

Article 11.

Dans le cas de documents payables dans la devise du pays de paiement (monnaie locale), la banque présentatrice ne devra, sauf instructions contraires, dans l'ordre d'encaissement, remettre les documents au tiré que contre paiement en monnaie locale dont il sera possible de disposer, immédiatement, conformément, aux instructions données dans l'ordre d'encaissement.

Article 12.

Dans le cas de documents payables dans une devise autre que celle du pays de paiement (monnaie étrangère), la banque présentatrice ne devra, sauf instructions

contraires, dans l'ordre d'encaissement, remettre les documents au tiré que contre paiement en monnaie particulière dont il sera possible de disposer, immédiatement, conformément, aux instructions données dans l'ordre d'encaissement.

Article 13.

En ce qui concerne les encaissements simples, des paiements partiels ne peuvent être acceptés que dans la mesure et dans les conditions où ils sont autorisés par la législation du pays de paiement. Les documents ne seront délivrés au tiré que lorsque son paiement, intégral aura été reçu.

En ce qui concerne les encaissements documentaires, des paiements partiels ne peuvent être acceptés que s'ils sont, expressément, autorisés dans l'ordre d'encaissement. Néanmoins, sauf instructions contraires, la banque présentatrice ne délivrera les documents au tiré qu'après réception de l'intégralité du paiement.

En toute hypothèse, des paiements partiels ne seront acceptés qu'à condition que les dispositions des Articles 11 ou 12, selon le cas, soient observées. Le paiement partiel, s'il est admis, sera traité, conformément, aux dispositions de l'Article 14.

Article 14.

Les montants encaissés, (après déduction des frais, commission et/ou frais d'encaissement et/ou d'autres frais, le cas échéant) doivent être mis, sans retard, à la disposition de la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement selon les instructions de l'ordre d'encaissement

Acceptation

Article 15.

La banque présentatrice est tenue de veiller à ce que la forme de l'acceptation de la lettre de change apparaisse comme complète et exacte, mais ne sera pas responsable de l'authenticité de toute signature, ni du pouvoir de tout signataire d'apposer sa signature pour acceptation.

Billets à ordre, reçus et autres instruments similaires.**Article 16.**

La banque présentatrice n'est responsable de l'authenticité d'aucune signature, ni du pouvoir de tout signataire d'apposer sa signature sur un billet à ordre, un reçu, ou autre instrument similaire.

Protêt.**Article 17.**

L'ordre d'encaissement doit donner des instructions précises concernant le protêt (ou tout autre procédure légale en tenant lieu) en cas de non-acceptance, ou de non-paiement.

En l'absence de telles instructions expresses, les banques chargées de l'encaissement n'ont aucune obligation de faire protester les documents, (ou de les assujettir à une autre procédure légale tenant lieu de protêt) pour non-paiement, ou non-acceptation.

Toutes commissions et/ou frais exposés par les banques à l'occasion d'un tel protêt, ou autre procédure légale seront supportés par le donneur d'ordre.

Besoin (représentant du donneur d'ordre) et protection des marchandises.**Article 18.**

Si le donneur d'ordre désigne un représentant (besoin) pour agir en cas de non-acceptation et/ou de non-paiement, l'ordre d'encaissement doit indiquer ses pouvoirs d'une manière claire et précise.

En l'absence d'une telle indication, les banques n'accepteront aucune instruction de la part du représentant du donneur d'ordre

Article 19.

Les banques n'ont aucune obligation de prendre des mesures quelconques concernant les marchandises qui donnent lieu à un encaissement documentaire.

Néanmoins, si les banques prennent des mesures pour la protection des marchandises, qu'elles en aient reçu l'instruction ou non, elles n'assument aucune responsabilité quant au sort et/ou l'état des marchandises, ni pour toute action et/ou omission de la part de tiers chargés de leur surveillance et/ou de leur protection. Toutefois, la banque chargée de l'encaissement doit, immédiatement, aviser la banque qui a expédié l'ordre d'encaissement de toute mesure prise.

Toute commission et/ou frais exposés par les banques, à l'occasion de toute action tendant à la protection de la marchandise, seront supportés par le donneur d'ordre.

Avis de sort, etc.

Article 20.

Les banques chargées de l'encaissement doivent traiter l'avis de sort, conformément, aux règles suivantes :

- i. **Forme des avis.** Tous avis, ou informations, envoyés par la banque chargée de l'encaissement à la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement doivent comporter toutes les précisions utiles, y compris, dans tous les cas, le numéro de référence donné par cette dernière banque à l'ordre d'encaissement.
 - ii. **Méthode des avis.** A défaut d'instructions précises, la banque chargée de l'encaissement est tenue d'envoyer par le courrier, le plus, rapide tous avis à la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement, mais si la banque chargée de l'encaissement estime qu'il y a urgence, des méthodes plus rapides telles que câbles, télégrammes, télex, communication par système électronique peuvent être utilisées aux frais du donneur d'ordre.
 - iii. **a) Avis de paiement.** La banque chargée de l'encaissement est tenue d'envoyer sans délai, à la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement, un avis de paiement détaillant le ou les montant(s) encaissé(s), après déduction des frais d'encaissement et/ou des commissions et/ou d'autres frais, le cas échéant, et la méthode de dispositions des fonds.
-

b) Avis d'acceptation. La banque chargée de l'encaissement est tenue d'envoyer, sans délai, à la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement, un avis d'acceptation.

c) Avis de non-paiement ou de non-acceptation. La banque chargée de l'encaissement est tenue d'envoyer, sans délai, à la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement un avis de non-paiement, ou un avis de non-acceptation.

La banque présentatrice devrait s'efforcer de déterminer les raisons du non-paiement ou de la non-acceptation et en informer la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement.

A la réception de cet avis, la banque remettante est tenue d'émettre, dans un délai raisonnable, des instructions appropriées, en ce qui concerne le traitement qu'il convient d'appliquer aux documents. Si la banque présentatrice ne reçoit pas de telles instructions dans un délai de 90 jours après envoi de l'avis de non-paiement, ou de non-acceptation, les documents peuvent être retournés à la banque ayant expédié l'ordre d'encaissement.

Intérêts, commissions et frais.

Article 21.

Si l'ordre d'encaissement prescrit la perception d'intérêts, non, incorporés dans le(s) document(s) financier(s) qui, éventuellement, l'accompagne/ent et si le tiré refuse de payer ces intérêts, la banque présentatrice peut délivrer le(s) document(s) contre paiement, ou acceptation, selon le cas, sans percevoir ces intérêts, à moins que l'ordre d'encaissement n'indique, expressément, qu'il n'est pas possible de renoncer à ces intérêts. Lorsque des intérêts doivent être perçus, l'ordre d'encaissement doit indiquer leur taux et la période couverte.

En cas de refus de paiement des intérêts, la banque présentatrice doit en informer la banque qui lui a envoyé l'ordre d'encaissement.

Si les documents comprennent un document financier dans lequel est incorporé une clause d'intérêt inconditionnelle, le montant des intérêts est considéré comme compris dans le montant des documents à encaisser.

En conséquence, le montant des intérêts est payable, en plus du montant principal indiqué sur le document financier et il n'est pas possible d'y renoncer sauf autorisation dans l'ordre d'encaissement.

Article 22.

Si l'ordre d'encaissement prescrit que les frais d'encaissement et/ou commissions seront supportés par le tiré et si le tiré refuse de les payer, la banque présentatrice peut délivrer le(s) document(s) contre paiement, ou acceptation, suivant le cas, sans percevoir, ni frais d'encaissement, ni commissions, à moins que l'ordre d'encaissement n'indique expressément qu'il n'est pas possible de renoncer à ces frais d'encaissement et/ou commissions. En cas de refus de paiement des frais d'encaissement et/ou commissions, la banque présentatrice doit en informer la banque qui lui a envoyé l'ordre d'encaissement.

Chaque fois, qu'il est ainsi renoncé aux frais d'encaissement et/ou commissions, ils seront, alors, à la charge du donneur d'ordre et pourront être déduits des sommes encaissées.

Lorsqu'un ordre d'encaissement interdit la renonciation aux frais d'encaissement et/ou aux commissions, ni la banque remettante, ni la banque chargée de l'encaissement, ni la banque présentatrice ne sera responsable des retards et des frais pouvant résulter de cette interdiction.

Article 23.

Dans tous les cas où, selon les termes mêmes d'un ordre d'encaissement, ou en vertu des présentes règles, les commissions et/ou frais d'encaissement, et/ou d'autres frais doivent être supportés par le donneur d'ordre, la/les banque(s) chargée(s) de l'encaissement aura(auront) le droit de recouvrer, rapidement, le montant de ses (leurs) commissions et frais auprès de la banque ayant envoyé l'ordre d'encaissement, et la banque remettante aura le droit de recouvrer, rapidement, auprès du donneur d'ordre, en sus de toutes sommes, ainsi, payées, ses propres commissions et frais, indépendamment, du sort de l'encaissement.

Bibliographie

I

Ouvrages Généraux.

- Arminjon (P.), Précis de droit international privé commercial, Paris 1948.
 - Batiffol (H.) et Lagarde (P.), Droit international privé, L.G.D.J., T. 1, 8^{ème} Edition par P. Lagarde 1993.
 - Bencheneb, Les mécanismes juridiques dans les relations internationales de l'Algérie, OPU, Alger, 1984.
 - Cabrillac (H.), Introduction au droit bancaire, Dalloz 1965.
 - Carreau (D.) et Juillard (P.), Droit international économique, L.G.D.J., 4^{ème} Edition 1998.
 - Chehata, La théorie de l'obligation en droit musulman Hanéfite, Sirey, Paris, 1969.
 - De Vauplane (H.) et Bornet (J.P.), Droit des marchés financiers, 3^{ème} Edition, Litec 2001.
 - El Korichi, La notion de contrat international, Rennes, 1962.
 - Gavalda (C.) et Stoufflet (J.), Droit bancaire, Litec 5^{ème} Edition 2002.
 - Grua (F.), Les contrats de base de la pratique bancaire, Litec 2000.
 - Hamel (J.), Banques et opérations de banque, Rousseau 1943.
 - Loussouarn (Y.) et Bourel (P.), Droit international privé, Dalloz 7^{ème} Edition, 2001.
 - Loussouarn (Y.) et Bredin (J.D.), Droit du commerce international, Sirey 1969.
 - Bonneau (T.), Droit bancaire, 5^{ème} Edition, Paris, 2003.
 - Aynes (L.), Le contrat de financement, Litec, 2006.
 - Issad (M.), Droit international privé, OPU, Alger, 1980.
 - Mentalechta (M.), L'arbitrage commercial en droit Algérien, OPU, Alger, 1983.
 - Mattout (J.P.), Droit bancaire international, Banque Editeur, 3^{ème} Edition 2004.
 - Sidi Ali Boukrami, Les mécanismes monétaires et financiers internationaux, ENAP, 1986.
 - Taleb (F.), Droit applicable au contrat international de commerce et règlement des différends par les méthodes d'arbitrage dans le commerce international, Oran 2004.
 - Taleb (F.), Particularisme des contrats bancaires et contentieux contractuels, SIBF, Alger, 1998.
-

- Taleb (F.), L'internationalisation des activités bancaires et les nouvelles politiques bancaires, Oran, 2005.
- Taleb (F.), Les règles matérielles propres aux opérations internationales de banque et le financement des activités internationales », Oran, 2008.
- Terki (W.), Les sociétés étrangères en Algérie, OPU, 1976.
- Rives-Lange (J.L.) et Contamine-Raynaud (M.), Droit bancaire, Dalloz, 6^{ème} Edition 1995.
- Sousi-Roubi (B.), Droit bancaire européen, Dalloz 1995.
- Vasseur (M.), Droit et économie bancaires, Fasc. I à IV, Les cours du droit, 1987.
- Zaki (A.), L'Etat et l'arbitrage, OPU, Alger, 1979.

II

Ouvrages Spéciaux – Monographies – Thèses – Cours.

- Chardin (N.), Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Thèse, Paris, 1988.
 - Batiffol (H.), Les conflits de lois en matière de contrats, Etude de droit international privé comparé, Sirey 1938.
 - Batiffol (H.), Le pluralisme des méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I., 1973, T. II, p. 74.
 - Benlhafsi, Système bancaire et circuit financier dans les PVD, le cas de l'Algérie », Thèse, Paris, 1988.
 - Bismuth (J.L.), Etude de problèmes monétaires dans les contrats privés internationaux, Thèse dactyl. Paris, 1973.
 - Bloch (P.), Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales, Etude comparative de droit cambiaire français et américain, Economica 1986, préface Philippe Fouchard.
 - Boucard (F.), Les obligations d'information et de conseil du banquier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, préface Dominique Legeais.
 - Boulat (P.A.) et Chabert (P.Y.), Les swaps, technique contractuelle et régime juridique, Masson 1992.
-

- Bureau (H.), *Le droit de la consommation transfrontière*, Litec 1999, préface Jean Calais-Auloy.
 - Carreau (D.), *Le système monétaire international privé*, R.C.A.D.I. 1998, T. 274, p. 213.
 - Chemaly (R.), *Conflits de lois en matière d'effets de commerce*, R.C.A.D.I. 1988, T. II, p. 347.
 - Chilstein (D.), *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Dalloz 2003, préface Pierre Mayer.
 - Choinel (A.), *Le système bancaire et financier, Approches françaises et européenne*, Revue Banque éditeur 2002.
 - David (R.), *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Economica 1987.
 - Deby-Gérard (F.), *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz 1973, préface Berthold Goldman.
 - Eck (J.P.), *Recherches sur les paiements privés internationaux*, Thèse Droit dactyl. Paris 1962.
 - El Nasser, *Les structures bancaires en Arabie Saoudite*, Thèse, Dijon, 1986.
 - Freymond (P.), *Questions de droit bancaire international*, R.C.A.D.I. 1970, T. 3, p. 1.
 - Hachem (M.L.), *Recherches sur la loi applicable aux opérations internationales de banque*, Thèse dactyl. Paris 1973.
 - Hamel (J.), *Les formes internationales de crédit bancaires*, R.C.A.D.I. 1935, T. 1, p. 205.
 - Jacquemont (A.), *L'émission des emprunts euro-obligataires, Pouvoir bancaire et souverainetés étatiques*, Paris, Librairies Techniques, 1976.
 - Jacquet (J.M.), *Principe d'autonomie dans les contrats internationaux*, Economica 1983.
 - Kharasse (A.), *L'activité des banques depuis 1974, essai de qualification des opérations mondobancaires* », Thèse, Paris 10, 1983.
 - Kassis (A.), *Théorie générale des usages du commerce*, L.G.D.J., 1984.
 - Khairallah (G.), *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica 1984, préface Henri Batiffol.
 - Lagarde (P.), *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, R.C.A.D.I. 1986, T. I, p. 9.
-

- Lalive (P.), Tendances et méthodes en droit international privé, R.C.A.D.I., 1977, T. II, p. 1.
 - Malaurie (P.), Le droit monétaire dans les relations privées internationales, R.C.A.D.I. 1978, T. II, p. 26.
 - Morel – Maroger (J.), Les opérations de banque en DIP, Thèse, Paris, 2003.
 - Moschetto (B.) et Plagnol (A.), Les activités bancaires internationales, PUF, Que sais-je ? 1976.
 - Muir-Watt (H.), La fonction de la règle de conflit de lois, Thèse dactyl. Paris II, 1985.
 - Osman (F.), Les principes généraux de la lex mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, L.G.D.J. 1992, préface Eric Loquin.
 - Prüm (A.), Les garanties à première demande, Litec 1994, préface B. Teyssié.
 - Ranouil (V.), L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept, P.U.F. 1980.
 - Salama (A.K.), Les conflits de lois en matière de prêts internationaux (Etude de droit international privé français et égyptien), Thèse dactyl. Paris X, 1981.
 - Schnitzer (A.F.), Les contrats internationaux en droit international privé Suisse, R.C.A.D.I. 1986, T. I, p. 541.
 - Stoufflet (J.), Le crédit documentaire, préface Berthold Goldman, Librairies Techniques, 1957.
 - Taleb, Loi d'autonomie et contrats bancaires internationaux, en particulier les crédits internationaux, Thèse, Paris, 1990.
 - Teyssie (B.), Les groupes de contrats, L.G.D.J. 1975, préface Jean-Marc Mousseron.
 - Toubiana (A.), Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (Contrats internationaux et dirigisme étatique), Dalloz 1972, préface Henri Batiffol.
 - Van Hecke (G.), Problèmes juridiques des emprunts internationaux, Bibliotheca Visseriana, Leyde, Edition E.J. Brill 1955.
 - Vasseur (M.), Les transferts internationaux de fonds, R.C.A.D.I. 1993, T. II, p. 117.
 - Zein (Y.), Les pools bancaires, aspects juridiques, Economica 1998, préface Christian Larroumet.
-

III

Articles – Communications – Chroniques – Comptes rendus d'ouvrages.

- Althaus (W.), La Convention de Rome et les relations tripartites, in La Convention de Rome, Application aux opérations de bancaires, Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin, 1993.40.
 - Bachelot (Y.), Credot (F.J.), Leclercq (P.), Martin (D.) et Synvet (H.), L'application internationale de la législation sur l'usure, Revue de droit bancaire et de la bourse, Mai-Juin 1990.101.
 - Blaise (J.B.) et Fouchard (P.), La valeur juridique de la syndication, in Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques 1981.155.
 - Bloch (P.), La sous-participation bancaire, in Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques, 1981.243.
 - Bloch (P.), La coordination de la Convention de Rome avec d'autres règles de conflit, in La Convention de Rome, Application aux opérations bancaires, Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin 1993.5.
 - Bonelli (F.), La Convention de Rome du 19 Juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires, R.D.A.I. 1985.389.
 - Bouretz (E.), La syndication indirecte, Revue de droit bancaire et financier, Septembre-Octobre 2002.293.
 - Burdeau (G.), Les euros-crédits, l'apparition des contrôles étatiques, in Les euro-crédits, Un instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques, 1981.369.
 - Burnside (A.), La Convention de Rome, Application aux opérations bancaires ; La loi applicable aux opérations de crédit à la consommation, Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin 1993.19.
 - Cabrillac (H.), Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires, Mélanges Roger Secretan, Montreux 1964.1.
-

- Carreau (D.), La souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du XX^e siècle, Mythe ou réalité ?, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec 2001.491.
 - Contamine-Raynaud (M.), Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français, in Etudes dédiées à René Roblot, L.G.D.J. 1984.413.
 - Daigre (J.J.), Aspects de droit international et de droit comparé en matière de cartes de paiement et de crédit, in Les nouveaux moyens de paiement, Droit, argent et libertés, 17^{ème} Congrès des Huissiers de Justice, Economica 1986.131.
 - De Vauplane (H.), Le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers, in Le droit des affaires du XXI^e siècle, Colloque des 27 et 28 Juin 2000, R.J.Com. n° Spécial, Janvier 2001.187.
 - Eck (J.P.), Relations financières avec l'étranger, Rép. International, Dalloz 1998.
 - Fouchard (P.), L'Etat face aux usages du commerce international, T.C.F.D.I.P. 1973-1975, Dalloz 1977.71.
 - Fouchard (P.), Les usages, l'arbitre et le juge, in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec 1982.66.
 - Fouchard (P.), La loi française et les opérations bancaires liées à l'activité internationale, in La loi française et l'activité internationale des entreprises, R.J.Com. n° Spécial, Février 1984.68.
 - Fouchard (P.), Exposé de synthèse, in Les opérations internationales de banque, R.J.Com. Février 1985.115.
 - Gavalda (C.), Les succursales bancaires en droit international et spécialement en droit communautaire, D.P.C.I. 1985.427.
 - Gianviti (F.), Réflexions sur l'Article VIII 2b des Statuts du Fonds Monétaire International, R.C.D.I.P. 1973.471.
 - Gianviti (F.), Le blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis (executive order du 14 Novembre 1979), R.C.D.I.P. 1980.279.
 - Gianviti (F.), Le contrôle des changes étranger devant le juge national, R.C.D.I.P. 1980.479.
 - Goldman (B.), Frontières du droit et lex mercatoria, Archives de philosophie du droit 1964.177.
-

- Goldman (B.), La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : Réalité et perspectives, J.D.I. 1979.475.
 - Jacquet (J.M.), L'incorporation de la loi dans le contrat, T.C.F.D.I.P. 1993-1994, Pedone 1996.23.
 - Issad (M.), Le nouvel ordre économique, Colloque international du 11 au 14 Octobre 1976, Université d'Alger.
 - Kahn (P.), Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience française, in Le contrat économique international, Bruylant et Pedone, 1975.171.
 - Kegel (G.), Les opérations de banque en droit international privé allemand, Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1965.208.
 - Lagarde (P.), Le dépeçage dans le droit international privé des contrats, Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 1975.649.
 - Lagarde (P.), Approche critique de la lex mercatoria, in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offerts à Berthold Goldman, Litec 1982.125.
 - Lagarde (P.), Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 Janvier 1980, R.C.D.I.P. 1991.287.
 - Lagarde (P.), La Convention de Rome, in La Convention de Rome, Application aux opérations bancaires, Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin 1993.1.
 - Le Gall (J.P.), La fiscalité des opérations de banque internationales, in Les opérations de banque internationales, R.J.Com. Février 1985.98.
 - Loquin (E.), Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational, in Droit et Monnaie, Etats et espace monétaire transnational sous la direction de Philippe Kahn, Litec 1988.425.
 - Loquin (E.), Où en est la lex mercatoria ?, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Litec 2001.23.
 - Loussouarn (Y.), L'intervention obligatoire de la loi française, in La loi française et l'activité internationale des entreprises, R.J.Com. Février 1984.21.
 - Mahiou, Tiers ordre juridique, Rev. Alg. Relat. Int., n° 1, 1^{er} Trimestre 1986, p. 24.
-

- Mattout (J.P.), Opérations d'échange de taux d'intérêts et de devises, Banque Janvier 1987.24.
 - Meyrier (F.), Les contrats d'échanges de devises et de taux d'intérêts (swaps), D.P.C.I. 1986.9.
 - Oppetit (B.), Le contrat d'émission d'euro-obligations, in Les euro-obligations, Eurobonds, Librairies Techniques, 1972.58.
 - Oppetit (B.), La coopération interbancaire internationale, T.C.F.D.I.P. 1975-1977, Edition du CNRS, 1979.81.
 - Pelichet (M.), Garanties bancaires et conflits de lois, R.D.A.I. 1990.335.
 - Pelichet (M.), Garanties indépendantes, Rép. International, Dalloz 1998.
 - Pühr (C.), La constitution du syndicat, in Les euro-crédits, Un Instrument du système bancaire pour le financement international, Librairies Techniques 1981.107.
 - Radicati Di Brozolo (L.), La loi applicable aux contrats interbancaires selon la Convention de Rome du 19 Juin 1980, in La Convention de Rome, Application aux opérations bancaires, Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin 1993.32.
 - Stoufflet (J.), L'ouverture de crédit en droit international privé, J.D.I. 1966.582.
 - Stoufflet (J.), Les conflits de lois en matière de crédit bancaire, T.C.F.D.I.P., 1966-1969, Dalloz 1970.91.
 - Stoufflet (J.), Le particularisme des contrats bancaires, in Etudes offertes à Alfred Jauffret, 1974.635.
 - Stoufflet (J.), L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire, in Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec 1982.361.
 - Stoufflet (J.), La garantie bancaire à première demande, J.D.I. 1987.265.
 - Synvet (H.), Les lois de police applicables aux opérations bancaires, in La Convention de Rome, Application aux opérations bancaires, Colloque AEDBF, Banque et Droit, Juin 1993.15.
 - Taleb (F.), place de la sécurité du produit dans la qualité et politiques de protection du consommateur, in l'obligation de sécurité, colloque international, Université Montesquieu, Bordeaux IV, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac 2003.
-

- Taleb (F.), La lex mercatoria et son application dans l'arbitrage commercial international, in l'arbitrage commercial international à l'aube du III^{ème} millénaire, Colloque international, Université d'Oran, 17-18 Mai 2003.
- Van Hecke (G.), Crédits bancaires et conflits de lois, D.P.C.I. 1977.497.
- Vareilles-Sommières (P.), Un droit international privé européen ?, in Le droit privé européen, Economica, 1998.136.

IV

Liste des décisions citées.

1

Jurisprudence française.

- Req., 16 Janvier 1861, Lizardi, D.P. 1861.1.193.
 - Civ., 17 Mai 1927, Pelissier du Besset, Gaz. Pal. 1927.2.153, concl. Matter.
 - Civ., 21 Juin 1950, Messageries Maritimes, R.C.D.I.P. 1950.609, note Batiffol.
 - Civ. 1, Gosset 7 Mai 1963, J.C.P. 1963.II.13405 note Goldman.
 - Civ., 28 Mai 1963, Chaplin, J.D.I. 1963.1004 note Goldman.
 - Civ. 1, 2 Mai 1966, Galakis, R.C.D.I.P. 1967.553 note Goldman.
 - Civ. 1, 16 Octobre 1967, Janda, D. 1968.445 note Mezger.
 - Civ. 1, 1^{er} Juillet 1981, Total Afrique, J.D.I. 1982.148 note Bourel.
 - Com., 14 Octobre 1981, D. 1982.301 note Vasseur.
 - Com., 11 Mai 1982, D. 1983.271 note Witz.
 - Com., 20 Décembre 1982, D. 1983.365 note Vasseur, Rev. Arb. 1984.477 note B. Moreau.
 - Civ. 1, Cressot, 20 Octobre 1987, R.C.D.I.P. 1988.540 note Lequette.
 - Paris, 21 Septembre 1989, J.D.I. 1990.116, note Pascal Ancel.
 - Civ. 1, 9 Octobre 1990, R.C.D.I.P. 1991.341 note Muir-Watt.
 - Civ. 1, 22 Octobre 1991, Valenciana, J.D.I. 1992.177 note Goldman.
 - Paris, 15 Juin 1994 BCCI, J.D.I. 1994.1011 note A. Jacquemont.
 - Civ. 1, 9 janvier 1996, R.C.D.I.P. 1996.731 note Gaudemet-Tallon.
 - Civ. 1, 3 Décembre 1996, J.C.P. 1997.II.22827 note Muir-Watt.
-

- Civ. 1, 10 Juin 1997, Contrats, conc., consom. Jcp. 1997 n° 157, obs. G. Raymond.
- Com., 20 Octobre 1998, Sté Parodi c/ Banque A. de Bary, D. 1999.10 note Sousi-Roubi.
- Com., 20 Octobre 1998, Seyve c/Banque IPPA, R.T.D.Com. 1999.166 obs. M. Cabrillac.
- Civ. 1, 13 Mars 1999, Contrats, conc., consom., Jcp. 1999, n° 166 obs. G. Raymond.
- Paris, 17 Septembre 1999, Contrats, conc., consom., Hors-Série Décembre 2000, n° 38, obs. G. Raymond.
- Civ. 1, 19 Octobre 1999, J.D.I. 2000.328 note Racine, D. 2000.765 note Mathias Audit.
- Paris, 14 Juin 2000, D. 2000, p. 452 obs. Synvet.
- Pau, 1^{er} Mars 2001, D. 2002, somm. p. 639, note Synvet.
- T.G.I. Paris, 30 Mars 2001, obs. J.J. Daigre et H. De Vauplane, Chron. financière et boursière, Banque et Droit, Juillet-Août 2001.40.
- Com. 4 Juin 2002, Revue de droit bancaire et financier, Juillet-Août 2002.181, obs. Crédot et Gérard.
- C.J.C.E. Dassonville, 11 Juillet 1974, Aff. 8/74, Recueil p. 837.
- C.J.C.E. Von Binsbergen, 3 Décembre 1974, Aff. 33/74, Recueil p. 1299.
- C.J.C.E. Marshall, 26 Février 1986, Aff. 152/84, Recueil p. 723.
- C.J.C.E. Arblade, 23 Novembre 1999, Aff. C-369/96 et C-376/96, Recueil I, p. 8498, R.C.D.I.P. 2000.710 note Fallon, J.D.I. 2000.493 note Luby.
- C.J.C.E. Ingmar, 9 Novembre 2000, Aff. C-381-98, R.C.D.I.P. 2001.107 note Idot, J.D.I. 2001.511 note Jacquet.

2

Jurisprudence étrangère.

- Cour d'Appel de New York, 8 juillet 1959, R.C.D.I.P. 1962.62 note Loussouarn.
 - Cour d'Appel du Luxembourg, 16 Mars 1983, D. 1983, IR 299, obs. Vasseur.
 - Tribunal Fédéral Suisse, 11 Janvier 1989, D. 1992 somm. 308, obs. Vasseur.
 - Cour fédérale d'Allemagne, 8^{ème} Ch. Civ., 19 Mars 1997, R.C.D.I.P. 1998.610 note Lagarde.
-

V**Jurisprudence bancaire Algérienne consultée.**

- Affaire n° 6614 du 12/11/2001 – Union Bank contre le Gouverneur de la Banque d’Algérie, Revue du Conseil d’Etat n° 6-2005, p. 61 : « Le recours contre le refus d’agrément ».
- Arrêt CE 08/05/2000, n° 2138 entre l’Union Bank et la Banque d’Algérie, Revue du Conseil d’Etat n° 6-2005, p. 7 : « Annulation d’une décision émanant de la direction de contrôle des changes de la Banque d’Algérie portant retrait à titre provisoire et conservatoire avec effet immédiat de la “qualité d’intermédiaire agréé”, accordée à la demanderesse par décision n° 02-95 du 08/05/1995.

VI**Codes divers.**

- Code civil Français, 103^{ème} Edition, Dalloz, 2004, Paris.
 - Code monétaire et financier français, Litec Lexis Naxis, Edition 2006, Paris.
 - Code Français de procédure civile, Dalloz, 2007, Paris.
 - Code de la banque et code des assurances (Algériens), Berti Editions, Alger 2004.
 - Code Bancaire (Algérien), Houma Editions, Alger 2007.
 - Code (Algérien) de procédure civile et administrative (texte intégral de la loi n° 08-09 du 25 Février 2008), Berti Editions, Alger, 2008.
 - Code Civil Algérien (Algérien), Nouvelle Edition revue et corrigée, 2009-2010, Berti Editions, Alger, 2009.
 - Code de Commerce (Algérien), Nouvelle Edition revue et corrigée, 2009-2010, Berti Editions, Alger, 2009.
-

Index

Les numéros qui y sont indiqués

renvoient à la numérotation des paragraphes principaux du mémoire.

• C	<ul style="list-style-type: none"> ○ Contrat bancaire de prêt interne 379 ○ Contrats interbancaires 282 ○ Convention de Rome du 19 Juin 1980 252 ○ Coordination de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 avec d'autres règles de conflit 311
• D	<ul style="list-style-type: none"> ○ Domaine de la loi du contrat bancaire international 111
• F	<ul style="list-style-type: none"> ○ Fonctionnement des règles matérielles 770
• L	<ul style="list-style-type: none"> ○ Lois de police 478
• M	<ul style="list-style-type: none"> ○ Mise en œuvre des lois de police 617
• P	<ul style="list-style-type: none"> ○ Principes généraux de solutions de conflit de lois 63
• R	<ul style="list-style-type: none"> ○ Rattachement des principaux contrats bancaire internationaux 90 ○ Règles matérielles. 699

Table des matières

	Pages
Résumé du mémoire	IV
Sommaire	VI
Abréviations utilisées	VIII
Introduction Générale	1
Chapitre Préliminaire – Esprit et méthodes du droit international privé.	18
Section I - La méthode conflictuelle.	19
Section II - La méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles et sa portée.	20
Sous/Section I - La méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles.	20
Paragraphe I - Les règles matérielles d'origine nationale.	21
Paragraphe II - Les Règles matérielles d'origine internationale.	23
A - Les Règles matérielles issues des traités.	24
B - Les Règles matérielles issues d'autres sources internationales.	24
1 - L'arbitrage international.	24
2 - La pratique internationale.	26
Sous/Section II - La portée de la méthode fondée sur l'élaboration de règles matérielles.	27
Conclusion du Chapitre Préliminaire.	31
Première Partie - Contrats bancaires internationaux et règles de conflit de lois.	34
Titre I - Détermination et domaine de la loi applicable aux contrats bancaires internationaux selon les principes classiques du droit international privé	36
Sous/Titre I - Détermination de la loi applicable aux contrats bancaires internationaux	36
Chapitre I - Les principes généraux de solutions de conflit de lois en matière bancaire	38
Section I - La loi de la banque, loi du contrat.	39
Section II - La loi de la banque, loi nécessaire.	42
Section III - La loi de la banque, lex Mercatoria.	44
Section IV - Détermination de la loi de la banque : Filiales, Succursales des banques étrangères en France.	50

	Pages
Section V - Détermination de la loi de la banque. Succursales des banques étrangères en Algérie.	52
Paragraphe I - La loi applicable aux conventions passées par les banques étrangères établies en Algérie.	55
A - Compétence de principe de la loi Algérienne pour les opérations traitées en Algérie par un établissement bancaire situé sur le territoire Algérien.	55
B - Compétence exceptionnelle de la loi étrangère.	57
Paragraphe II - Exécution des opérations des banques étrangères en Algérie.	58
Section VI - La loi de la banque, loi de police.	60
Conclusion du Chapitre I	61
Chapitre II - Le rattachement des principaux contrats bancaires internationaux.	63
Section I - Les comptes bancaires.	63
Paragraphe I - Généralités.	63
Paragraphe II - Formation du contrat de compte.	63
Paragraphe III - Le fonctionnement du compte	65
Paragraphe IV - La clôture du compte.	65
Section II - Les opérations du crédit bancaire.	66
Paragraphe I - Les crédits par caisse.	66
A - Avance.	66
B - Ouverture de crédit.	67
C - Escompte.	67
D - Incidence des sûretés.	67
E - Lettre de crédit.	68
Paragraphe II - Les crédits par signature.	68
A - Généralités	68
B - Crédit d'acceptation.	69
C - Cautionnement bancaire.	69
D - Crédit documentaire.	70
Paragraphe III - Opérations bancaires diverses et compétence générale de la loi de la banque.	71

	Pages
Conclusion du Chapitre II	73
Conclusion du Sous/titre I	73
Sous/Titre II - Domaine de la loi du contrat bancaire international.	75
Chapitre I - Formation du contrat bancaire international.	79
Section I - Conditions de forme	80
Paragraphe I - La loi applicable à la forme	81
Paragraphe II - Domaine de la loi applicable à la forme.	84
Section II - Conditions de fond.	86
Paragraphe I - Le consentement des parties.	86
A - Controverses doctrinales.	89
B - La jurisprudence.	93
C - Le droit positif Algérien.	94
Paragraphe II - La capacité des parties.	96
Paragraphe III - L'objet du contrat	100
A - La jurisprudence.	101
B - La doctrine.	102
C - Le droit positif Algérien.	103
Paragraphe IV - La cause.	105
A - La jurisprudence.	105
B - La doctrine.	106
C - Le droit positif Algérien.	111
Paragraphe V - La nullité du contrat et la prescription de l'action en nullité.	111
Conclusion du Chapitre I	114
Chapitre II - Effets du contrat bancaire international.	115
Section I - L'exécution.	118
Paragraphe I - La force obligatoire du contrat.	119
1 - L'interprétation du contrat.	120
2 - Etendue des prestations dues.	121
3 - Révision et résiliation du contrat.	122
Paragraphe II - L'effet relatif du contrat bancaire.	126

	Pages
1 - La stipulation pour autrui.	127
2 - Parties et représentation.	128
3 - Les ayants-cause.	129
Paragraphe III - La monnaie de paiement.	130
A - Monnaie de compte.	131
1 - Licéité de la clause relative à la monnaie de compte.	131
2 - Détermination de la monnaie de compte et interprétation du contrat.	137
B - Monnaie de règlement.	139
C - L'intervention du contrôle des changes.	141
Section II - L'inexécution du contrat.	145
Paragraphe I - La responsabilité contractuelle.	146
A - Conditions de la responsabilité contractuelle.	146
1 - La faute, le cas fortuit et la force majeure.	146
2 - La mise en demeure.	147
B - Dommages-intérêts compensatoires et moratoires.	148
C - Clauses relatives à la responsabilité du débiteur.	150
Paragraphe II - Résolution du contrat et exception d'inexécution.	151
A - Résolution du contrat.	151
B - Exception d'inexécution.	154
Conclusion du Chapitre II.	155
Conclusion du Sous/Titre II	156
Conclusion du Titre I	156
Titre II - L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats bancaires internationaux en général.	158
Chapitre I - L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire transfrontalier conclu avec un client d'un autre pays après la deuxième directive de coordination bancaire.	162
Section Préliminaire - La deuxième directive de coordination bancaire	163
Section I - Les principes contenus dans la Convention de Rome du 19 Juin 1980.	165
Paragraphe I - Champ d'application de la Convention de Rome.	167

	Pages
A - Règles uniformes concernant la loi applicable.	167
B - L'application de la loi du pays du consommateur (Article 5).	168
Paragraphe II - La priorité du droit communautaire.	169
Section II - La compatibilité de la loi applicable et du droit communautaire.	169
Paragraphe I - La reconnaissance mutuelle de la loi du pays d'origine.	169
A - Contenu du principe.	170
B - Principe non contradictoire avec les règles de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux.	170
Paragraphe II - L'application de la loi d'intérêt général du pays d'accueil.	171
A - Le principe.	171
B - La notion d'intérêt général.	172
Conclusion du Chapitre I.	173
Chapitre II - L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 aux contrats interbancaires.	174
Section I - Les rapports interbancaires qui ressemblent aux rapports avec les clients non bancaires.	176
Section II - Les rapports interbancaires pour lesquels il est difficile de déterminer la prestation caractéristique.	180
Conclusion du Chapitre II	184
Chapitre III - La coordination de la convention de Rome du 19 Juin 1980 avec d'autres règles de conflit.	186
Section I - L'éviction de la convention de Rome.	189
1 - Les termes du débat.	193
2 - Les conventions relatives à certains contrats bancaires internationaux.	194
Section II - L'intervention de la Convention de Rome.	195
Paragraphe I - Sur le plan géographique.	196
Paragraphe II - Sur le plan matériel	198
Conclusion du Chapitre III.	200
Chapitre IV - L'application de la Convention de Rome du 19 Juin 1980 au contrat bancaire de prêt international réalisé avec le client (consommateur de crédit).	201

	Pages
Section Préliminaire - La notion de contrat bancaire de prêt interne.	201
Sous/Section I - Les conséquences de la qualité professionnelle du prêteur sur le contrat bancaire de prêt interne.	206
Sous/Section II - La définition du consommateur.	209
Section I - Les règles de principe.	211
Paragraphe I - Choix par les parties de la loi applicable.	212
Paragraphe II - Détermination objective de la loi à défaut de choix.	214
Section II - Les règles dérogatoires.	216
Paragraphe I - La protection des consommateurs.	216
A - L'état actuel de l'Article 5.	216
1 - Dérogation à l'autonomie de la volonté.	217
2 - Le domaine d'application de la protection de l'Article 5.	219
B - La réforme de l'Article 5	222
Paragraphe II - Les lois de police	226
Paragraphe III - Les règles communautaires internationalement impératives protégeant les consommateurs.	229
Conclusion du Chapitre IV	233
Conclusion du Titre II	234
Conclusion de la Première Partie.	235
Deuxième Partie - Contrats bancaires internationaux et méthodes concurrentes.	240
Titre I - Contrats bancaires internationaux et lois de police.	241
Chapitre I - Identification des lois de police susceptibles d'évincer la loi normalement applicable aux contrats bancaires internationaux.	244
Section Préliminaire - Le concept et le particularisme des lois de police.	245
Sous/Section I - Le concept de lois de police.	245
Paragraphe I - Les critères formalistes.	245
Paragraphe II - Les critères techniques.	248
1 - Lois de police et lois territoriales.	249
2 - Lois de police et lois d'ordre public.	250
Paragraphe III - Les critères finalistes.	251

	Pages
1 - Lois de police et lois politiques.	251
2 - Lois de police et lois d'application immédiate.	253
Sous/Section II - Le particularisme des lois de police.	255
Paragraphe I - Détermination du champ d'application des lois de police locales.	256
Paragraphe II - Application des lois de police étrangères.	261
Section I - Identification des lois de police Algériennes applicables aux contrats bancaires internationaux.	263
Paragraphe I - Les lois de police Algériennes d'application immédiate (protectrices de l'intérêt général monétaire et financier).	264
Paragraphe II - Les textes réglementaires Algériens participant des lois de police (protecteurs des intérêts économiques nationaux notamment des consommateurs).	266
Paragraphe III - Les textes réglementaires Algériens participant des lois de police (protégeant les intérêts politiques, financiers et fiscaux de l'Etat et assurant la sécurité de sa nation et des autres nations).	269
Section II - Identification des lois de police communautaires applicables aux contrats bancaires internationaux.	269
Sous/Section I - Le principe de l'éviction de la loi du contrat bancaire international par les lois de police.	271
Sous/Section II - L'ampleur de l'éviction de la loi du contrat bancaire international par les lois de police.	277
Conclusion du Chapitre I.	281
Chapitre II - Mise en œuvre des lois de police applicables aux contrats bancaires internationaux.	283
Section I - La mise en œuvre des lois de police Algériennes applicables aux contrats bancaires internationaux.	283
Paragraphe I - La loi de police Algérienne est la loi du for.	283
Paragraphe II - La loi de police est une loi étrangère.	285
Paragraphe III - Conflit de lois de police.	290
Section II - La mise en œuvre des lois de police communautaires.	292

	Pages
Sous/Section I - Les critères entraînant l'application des lois de police communautaires et les modalités d'application de ces lois.	292
Paragraphe I - Les critères entraînant l'application des lois de police communautaires.	292
A - L'applicabilité des lois de police subordonnée à la désignation du droit d'un Etat tiers.	293
B - L'exigence d'un lien étroit entre la situation en cause et le territoire communautaire.	294
Paragraphe II - Les modalités d'application des lois de police communautaires.	295
Sous/Section II - L'application des lois de police étrangères.	296
Paragraphe I - L'application des lois de police étrangères aux termes de l'Article 7	
Paragraphe 1 de la Convention de Rome.	297
Paragraphe II - Les dispositions spécifiques au contrôle des changes : l'Article VIII 2b des statuts du Fonds Monétaire International.	303
Conclusion du Chapitre II	307
Conclusion du Titre I	308
Titre II - Contrats bancaires internationaux et règles matérielles propres (de droit international privé).	310
Chapitre I - Le développement des règles matérielles dans les contrats bancaires internationaux.	311
Section I - Les facteurs du développement des règles matérielles.	311
Paragraphe I - Les facteurs liés aux carences et aux lacunes de l'Etat.	311
A - Le recul de la souveraineté étatique en matière économique et monétaire.	312
B - L'inadaptation des instruments juridiques étatiques ou interétatiques.	315
Paragraphe II - Les facteurs liés aux besoins du milieu bancaire.	318
A - La cohésion du milieu bancaire.	318
B - Les intérêts communs des banques	321
Section II - Les modes d'édiction des règles matérielles.	322
Paragraphe I - Les règles matérielles nationales.	323
A - Les usages du droit bancaire international.	324

	Pages
B - Les codifications professionnelles.	326
C - Les codifications institutionnelles.	328
1 - Les organismes codificateurs.	328
2 - La portée normative de ces codifications.	331
Paragraphe II - Les règles matérielles de source étatique.	333
A - Les règles nationales.	334
B - Les règles conventionnelles.	335
Conclusion du Chapitre I.	338
Chapitre II - Le fonctionnement des règles matérielles dans la réglementation des contrats bancaires internationaux.	339
Section I - La réception des règles matérielles par les ordres juridiques étatiques.	339
Paragraphe I - La réception des règles matérielles anationales par les autorités étatiques.	340
A - La réception de ces règles par les tribunaux étatiques.	340
B - La réception des usages bancaires internationaux par le droit interne.	345
1 - Réception par les opérateurs	345
2 - Réception par le juge.	347
3 - Réception par le législateur.	348
Paragraphe II - Les limites à l'application des règles matérielles.	351
Section II - Les rapports des règles matérielles et des règles de conflit de lois.	354
Paragraphe I - Réduction du champ d'application de la méthode conflictuelle par les règles matérielles.	354
Paragraphe II - La nécessaire articulation des règles matérielles et des règles de conflit de lois.	355
A - L'application des règles matérielles n'exclut pas la désignation de la loi applicable.	355
1 - Subordination des règles anationales à la loi d'un Etat.	355
2 - L'articulation des règles matérielles de source étatique et des règles de conflit de lois.	357
a - Les règles nationales.	357

	Pages
b - Les règles conventionnelles	359
B - La vocation subsidiaire du droit étatique.	361
1 - La nécessité de pallier les lacunes et les carences des règles matérielles.	361
2 - L'interprétation des règles matérielles.	363
Conclusion du Chapitre II	365
Conclusion du Titre II	365
Conclusion de la deuxième partie.	367
Conclusion Générale	368
Annexe I - Règles uniformes pour les garanties contractuelles : Brochure n° 325 du 1er Août 1978 de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I).	371
Annexe II - Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Brochure n° 400 du 1er Janvier 1984 de la Chambre de Commerce International (C.C.I)	378
Annexe III - Règles uniformes relatives aux encaissements : Brochure n° 322 du 1er Janvier 1979 de la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I)	407
Bibliographie	417
I - Ouvrages Généraux.	417
II - Ouvrages Spéciaux – Monographies – Thèses – Cours.	418
III - Articles – Communications – Chroniques – Comptes rendus d'ouvrages.	421
IV - Liste des décisions citées.	425
1 - Jurisprudence française.	425
2 - Jurisprudence étrangère.	426
V - Jurisprudence bancaire Algérienne consultée.	427
VI - Codes divers.	427
Index - Les numéros qui y sont indiqués renvoient à la numérotation des paragraphes principaux du mémoire.	428