



LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MAROCAIN : DE LA CONSÉCRATION AUX ENTRAVES

PRINCIPLE OF AUTONOMY IN PRIVATE INTERNATIONAL MOROCCAN LAW: FROM CONSECRATION TO LIMITS

Amal FGUGUISSE

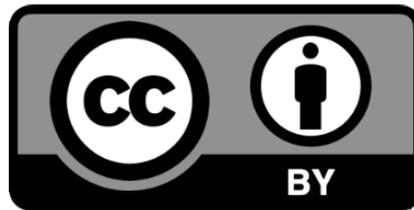
Doctorante en droit privé

Laboratoire de recherche : « ESSOR » Droit, Philosophie et Société

Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales de Fès

Université Sidi Mohammed Ben Abdellah, Fès

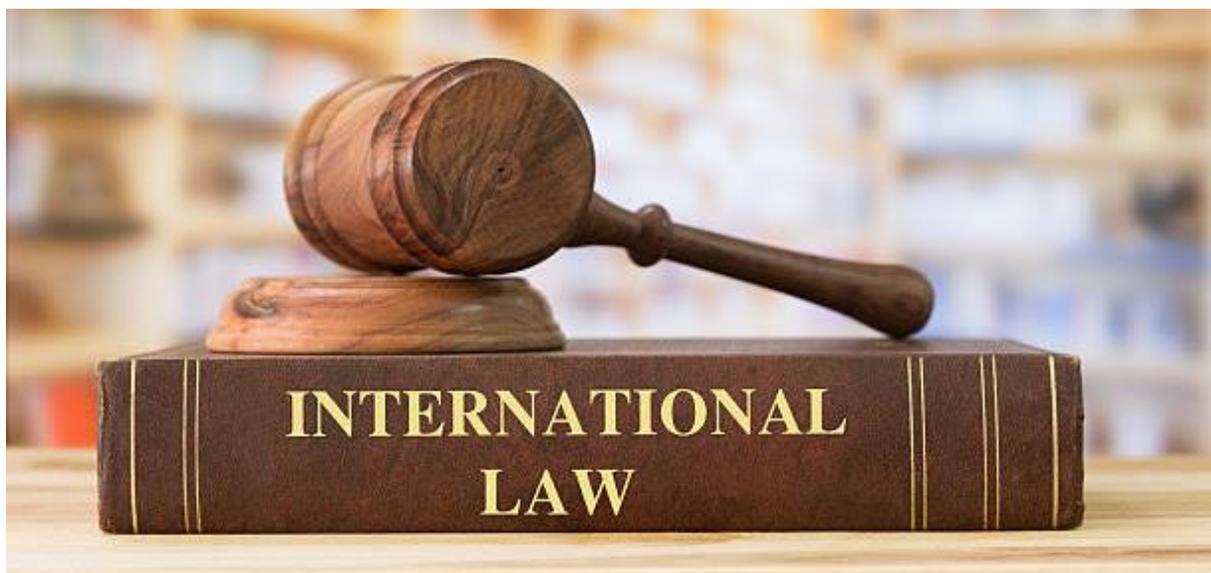
Amal.fguiguise@usmba.ac.ma



REVUE DROIT & SOCIÉTÉ
ISSN : 2737-8101
Éditée Par
SOCIAL AND MEDIA STUDIES
INSTITUTE

LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ MAROCAIN :

DE LA CONSÉCRATION AUX ENTRAVES



Résumé

L'objectif de cet article est de déterminer le rôle attribué au principe de la loi d'autonomie dans la résolution des différends découlant des contrats internationaux. Ce travail de recherche porte sur l'analyse de la consécration légale de la loi d'autonomie par le droit marocain et le Règlement de Rome I. Dans cette perspective, cette recherche tente de déterminer les entraves empêchant l'application d'une loi étrangère au prisme du droit marocain et du Règlement de Rome I.

Mots clés : Autonomie de la volonté, droit international privé marocain, Règlement de Rome I, contrat international.

Amal FGUGUISSE

Doctorante en droit privé
Université Sidi Mohammed Ben
Abdellah, Fès

PRINCIPLE OF AUTONOMY IN PRIVATE INTERNATIONAL MOROCCAN LAW: FROM CONSECRATION TO LIMITS

Abstract

The aim of this article is to determine the role attributed to the principle of autonomy in the resolution of disputes arising from international contracts. This article focuses on how moroccan private international law and Rome I regulation devote the legal consecration of the law of autonomy. From this perspective, the paper attempts to determine the obstacles preventing the application of a foreign law through the prism of moroccan private international law and the Rome regulation on the applicable law to contractual obligations.

Keywords: Principle of autonomy, private international Moroccan law, Rome I Regulation, international contact.

Amal FGUISSE

PhD student in private law
Sidi Mohammed Ben Abdellah
University, Fez

INTRODUCTION

L'objectif de cet article est la détermination du rôle attribué à la volonté des parties dans les contrats internationaux. Pour ce faire, nous allons porter attention à la souveraineté du juge marocain quant à l'application du principe de la loi d'autonomie et mettre en lumière les différentes entraves qui freinent l'application d'une loi tierce choisie par les contractants. Nous allons localiser notre étude dans un contexte géographique particulier, celui du Maroc, en comparant sa législation avec le droit communautaire, notamment, le Règlement de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Pourquoi un tel intérêt? En effet, les parties doivent être, particulièrement, vigilantes s'elles souhaitent protéger leur droit. La manière, la plus solide, de protection de ces droits est, outre la précision exacte de l'étendue des droits, le choix de la loi applicable en cas de litige. Il est donc fondamental de stipuler dans son contrat la loi applicable, en cas de litige.

Choisir la loi applicable à son contrat, c'est choisir la loi la plus convenable dont les parties ont eu déjà connaissance des

dispositions. Quelle est donc la place attribuée au principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé marocain? Pour répondre à cette problématique, faudrait savoir si toutes les lois sont applicables, notamment devant le juge marocain? N'existe-t-il pas de limite quant au choix de la loi applicable? Quid de l'autonomie de la volonté? Comment le législateur marocain l'interprète-t-il? La jurisprudence marocaine consacre-t-elle une place à la loi d'autonomie? Sur le plan international, comment le Règlement de Rome I consacre-t-il le principe de la liberté contractuelle? Quelles sont les limites édictées par ce Règlement?

Pour répondre à ces interrogations, nous nous proposons de développer, successivement, le rôle attribué à la volonté des parties (I), et les entraves qui freinent l'application des lois choisies de pleine volonté par les parties (II).

Pour mener à bien notre travail de recherche, nous utiliserons la méthode de droit comparé d'un point de vue micro-juridique pour comparer la consécration du principe de la loi d'autonomie par le droit marocain et par le Règlement de Rome I. Nous emploierons dans ce sens la méthode fonctionnelle, orientée en fonction du

problème, pour réserver à la finalité des règles juridiques une place prépondérante. Une analyse critique nous permettra également d'apprécier les règles de droit édictées par chacun des systèmes juridiques comparés.

I. Rôle attribué à la volonté des parties

Étymologiquement, l'autonomie de la volonté désigne le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi (Ranouil, 1980). Selon la pensée métaphysique, l'autonomie de la volonté est le libre choix qu'à l'Homme de se donner comme sienne la loi morale et de s'y soumettre (Ranouil, 1980). Le concept de l'autonomie de la volonté est « [...] de toujours choisir de telle sorte que les maximes de notre choix soient comprises en même temps comme lois universelles dans ce même acte de vouloir » (Kant, 1785).

En tant que concept doctrinal, l'autonomie de la volonté désigne, juridiquement, que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs ; elle est l'organe créateur du droit (Gounot, 1912).

L'intérêt de l'autonomie de la volonté en droit international privé est de fixer le statut international du contrat et satisfaire à une exigence propre au droit international privé, et non aux objectifs substantiels immédiats des contractants (Jacquet, 2011). Foelix est le promoteur et le premier détracteur du terme « autonomie » (Jacquet, 2011). Mais c'est Brocher, professeur à l'université de Genève, qui le premier, dans son cours de droit international privé publié en 1883, rapproche le mot d'autonomie à celui de volonté (Jacquet, 2011). Le professeur Brocher avait écrit ceci : « si, dans le contrat, la volonté individuelle pouvait apparaître comme souveraine, se suffisant à elle-même et se dirigeant par sa propre autonomie, il faudrait [...] lui attribuer

une compétence lui appartenant en propre et résoudre les conflits qui pourraient surgir d'une telle position. Nous ne croyons pas à tels conflits, parce que nous sommes persuadés que cette volonté ne cesse pas un instant de se trouver sous la dépendance de la loi... Cette autonomie émane de la loi » (Brocher, 2016).

Comme tout contrat, ceux internationaux sont soumis au principe de l'autonomie de la volonté (El Ayoubi, 2016). En l'absence de cette volonté, le contrat sera régi par la loi élue par le *for*. Comment le juge marocain applique-t-il aux contrats internationaux le principe de l'autonomie de la volonté ?

1. Consécration légale de la loi d'autonomie selon le droit marocain

La loi d'autonomie est consacrée par la majorité des systèmes étrangers en matière contractuelle (Battifol, 1938). En droit marocain, la loi désignée par les parties est proclamée, solennellement, par le premier alinéa de l'article 13 du Dahir sur la Condition Civile des français et étrangers au Maroc (D.C.C) qui, très nettement, dispose : « *Les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer* ».

Resté à l'écart de toute refonte émanant du législateur marocain, le D.C.C constitue le droit international privé marocain (Benboubker, 2019).

1.1 Consécration légale de la loi d'autonomie selon l'article 13 du D.C.C

De grande culture sociologique et juridique, M. Decroux Paul a traité, avec beaucoup de ténacité et de probité dans la recherche, le sujet de l'autonomie de la

volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain (Decroux, 1952).

M. Decroux a, soigneusement, analysé les dispositions du D.C.C. Selon M. Decroux, l'article 13 du D.C.C ; « l'imperméable au temps » comme le nomme le professeur Benboubker Samira (Benboubker, 2019), est une reproduction presque littérale d'un texte, adopté à la session de Florence de 1908 par l'Institut de Droit international (Decroux, 1952).

L'originalité de l'article 13 du D.C.C mérite d'être mise en lumière. Contrairement aux systèmes juridiques contemporains où le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle tire ses origines de la jurisprudence, au Maroc ce principe est consacré textuellement, ce qui lui accorde une force et une portée très large (Decroux, 1952). Mais cette portée recouvre-t-elle toutes les relations contractuelles, ou uniquement celles où au moins une partie est étrangère ? L'esprit du législateur de 1913 est-il valable pour le temps actuel ?

Monsieur Baalouk, sous la direction du professeur Loussouarn Yvon, a traité cette question dans sa thèse sur « la loi applicable aux contrats en droit international privé marocain ». Eu égard au contexte politique de l'époque où il rédigeait sa thèse, Monsieur Baalouk (Baalouk, 1984) s'exprimait dans les termes suivants : «... le législateur de 1913 n'avait certainement pas entendu en faire bénéficier les ressortissants de l'État protégé ; les contrats passés entre marocains relevaient en effet, exclusivement, du droit interne car, initialement, la règle de l'article 13 comme d'ailleurs celle du D.C.C tout entier avait pour seul destinataires les ressortissants des puissances étrangères » (Baalouk, 1984). Il conclut que le terme « parties » revient exclusivement sur les parties « étrangères ». Cependant cette

interprétation restrictive pourrait revêtir un sens plus étroit (Baalouk, 1984).

Il s'avère donc que le législateur marocain, à travers l'article 13 du D.C.C consacre, amplement, le principe de l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement, apte à résoudre le problème des conflits de lois dans les contrats internationaux (Tabit, 2009).

1.2 Consécration doctrinale et jurisprudentielle du principe de la loi d'autonomie

Au Royaume du Maroc, la règle de l'autonomie de la volonté dans le domaine contractuel n'est pas un simple principe du droit interne. Cette règle est basée sur le droit conventionnel international qui régit le pays (Kamdem, 1999).

La doctrine marocaine estime, dans son ensemble, que le principe de l'autonomie de la volonté édicté par l'article 13, alinéa premier du D.C.C devrait être interprété dans un sens très large (Baalouk, 1984). Ainsi, les parties à un contrat international sont libres de choisir la loi qui leur semble, la loi qui leur convient. Telle est l'opinion de quelques auteurs qui ont analysé l'étendue de l'article 13 alinéa premier du D.C.C. (Decroux, 1952 ; Bourely, 1963).

M. Decroux dans son ouvrage sur l'autonomie de la volonté, en analysant les arrêts rendus par la Cour d'Appel de Rabat avait déduit que : « la règle de l'autonomie de la volonté s'applique plus largement et avec beaucoup de force et de portée au Maroc qu'en France » (Decroux, 1952).

Rejoignant l'avis de M. Decroux, M. Bourely estime que : « le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté du choix de la loi... de fond régissant les contrats demeure intact au Maroc » (Bourely, 1963).

Allant plus loin, M. Sefrioui affirme que les parties contractantes doivent avoir l'entière liberté de contracter suivant la loi de leur choix. Selon cet auteur, le principe de l'autonomie de la volonté doit être entendu dans son sens le plus extensif (Sefrioui, 1973). Dans cette même lancée, le professeur Moussa Abboud affirme que la règle de l'autonomie de la volonté est consacrée textuellement. C'est la raison pour laquelle, ajoute-t-il, que les parties peuvent soumettre leur contrat à la loi de leur choix (Abboud, 1975).

S'inspirant de l'approche libérale du principe de l'autonomie de la volonté, la jurisprudence marocaine a, généralement, interprété le principe de la liberté contractuelle énoncé par l'article 13 du D.C.C dans un sens très extensif. Les parties à un contrat international doivent, en principe, avoir la liberté de choisir de bon gré la loi qui leur convient (Baalouk, 1984).

Les juridictions n'acceptaient aucune limite à la volonté des parties édictée par l'article 13 alinéas premiers du D.C.C. Ce texte devait être interprété dans son sens le plus large, celui de la pleine autonomie (Baalouk, 1984).

Les premières décisions paraissent en effet en ce sens. La Cour d'appel de Rabat, dans son arrêt précité du 28 mars 1928, déclarait que : « *par cette dispositions expresse de la Charte du droit international au Maroc, le législateur a voulu que les français et les étrangers fussent entièrement libres de contracter suivant la loi de leur choix* » (Decroux, 1952).

Selon le même arrêt, la Cour d'Appel de Rabat s'était donc prononcée, fermement, en faveur de la conception de l'autonomie absolue de la volonté : la liberté des parties ne devait subir aucune limite quant à son exercice. (Référence de l'arrêt)

D'ailleurs, c'est à la suite de cette décision tranchante que la Cour de Rabat avait, manifestement, fait de la volonté son propre législateur, en ce sens que la loi impérative applicable au contrat dépend de cette volonté même (Decroux, 1952).

2. Rôle attribué à la volonté des parties par le Règlement de Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Après avoir analysé la place du principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé marocain, il est primordial d'analyser ce principe sous le prisme des conventions internationales, notamment, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, devenue le Règlement de Rome I du 17 juin 2008. L'objectif donc de ce paragraphe est de savoir comment le Règlement de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles consacre-t-il le principe de l'autonomie de la volonté en cas de choix exprès des parties après un bref historique et délimitation du champ d'application dudit Règlement.

2.1 Règlement de Rome

I : naissance et champ d'application

La Convention de Bruxelles de 1968 relative à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale comporte dans son texte, des articles permettant au demandeur de choisir entre plusieurs tribunaux. Cette liberté accordée aux demandeurs les a conduits à choisir les tribunaux d'un État membre plutôt que ceux d'un autre pour la seule raison que la loi applicable dans celui-ci lui serait plus favorable. Pour pallier à des peines jugées relativement

lourdes, l'harmonisation des règles attributives de compétence au sein de la Communauté européenne s'imposait¹; laquelle harmonisation, par l'effet de la Convention de Bruxelles, avait éprouvé le besoin de remédier à la diversité des règles de conflit de lois (Audit, 2000). C'est pour combler ce vide que fut adoptée la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles devenue par la suite le Règlement de Rome I.

Dans leur rapport relatif à la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles publié le 31 octobre 1980, MM Giuliano Mario et Lagarde Paul énoncent que : « *Le but essentiel de la présente convention est d'introduire dans le droit national des États membres de la Communauté économique européenne un ensemble de règles uniformes sur la loi applicable aux obligations contractuelles ainsi que sur certaines questions générales de droit international privé dans la mesure où ces questions se rattachent à la matière de ces obligations* » (Giuliano & Lagarde, 1980).

Le Règlement de Rome I s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale (Art 1 du Règlement de Rome I)². Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives (Art 5 du Règlement de Rome I).

En se basant sur l'article 65 de la Convention Européenne, la Convention de Rome a été transformée en règlement, dit Règlement «Rome I» applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. Entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, la

¹ Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), présentée par la Commission, Bruxelles, le 15.12.2005.

² Art 1 du Règlement de Rome I.

Convention de Rome revêt un caractère universel : son texte s'applique quelle que soit la loi applicable au contrat, même si cette loi n'est pas celle d'un État de l'Union européenne (Art 2 du Règlement de Rome I).

Le Règlement de Rome I accorde une place importante au principe de la loi d'autonomie qui offre aux parties la latitude de désigner la loi applicable au contrat (Chouireb, 2009). En outre, il permet, expressément, le dépeçage, la désignation tardive de la loi applicable ainsi que le changement de désignation en tout temps par les parties (Art 7 du Règlement de Rome I). Le recours à des facteurs subsidiaires de rattachement n'étant envisagé qu'en l'absence de choix du droit applicable³.

2.2 Autonomie de la volonté : la clef de voûte du Règlement de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles

La pièce angulaire du règlement Rome I est le principe de l'autonomie de la volonté (Jafferli, 2013). Les parties sont donc libres de choisir la loi applicable à leur convention. L'expression de ce choix doit respecter certaines limites que nous étudierons dans les lignes qui suivent.

La relation entre la loi choisie et le contrat : Le Règlement de Rome I n'exige aucun lien entre le contrat et la loi choisie. Le Règlement de Rome I « *entretient [...] une conception particulièrement libérale du principe de l'autonomie de la volonté. [...]. Les parties peuvent choisir dans l'immense catalogue regroupant l'ensemble des lois des États celle dont le contenu est le plus apte à satisfaire leurs intérêts* » (Loquin & Kessedjian, 2001). L'existence et la validité du consentement

³ Cette hypothèse sera traitée dans notre prochain travail de recherche.

des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les articles 10, 11 et 13 du Règlement de Rome I (Art 3 du Règlement de Rome I).

Le choix de la loi applicable peut porter sur la totalité ou seulement sur une partie du contrat : Le Règlement de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles consacre le principe de l'autonomie de la volonté⁴. Les parties sont libres de choisir la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat⁵. Ce choix peut être exprès ou résulter « *de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* »⁶. Cependant, selon Gaudemet-Tallon « *la lisière entre les deux hypothèses peut apparaître délicate en pratique ; le juge ne pourra se contenter d'une reconstruction de ce que les parties ont pu raisonnablement vouloir (volonté hypothétique), mais ne devra admettre l'existence d'un choix de loi que s'il considère qu'il a véritablement été effectué par les parties même sans l'avoir expressément formulé (volonté tacite, mais certaine)* » (Gaudemet-Tallon, 2009).

Le choix de la loi applicable peut être rectifié à tout moment. L'alinéa 2 de l'article 3 du Règlement de Rome I permet aux parties de convenir, à tout moment, de soumettre leur contrat à une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat ne porte pas atteinte aux droits

⁴ Selon l'art 3 du Règlement de Rome I : « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ».

⁵ Art 3 al 1, 3^{ème} phrase de Règlement de Rome I sur la loi applicable.

⁶ Art 3 al 1, 2^{ème} phrase de Règlement de Rome I sur la loi applicable.

des tiers⁷ et n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11 du Règlement de Rome I qui exige le respect des conditions de forme de la loi qui régit le contrat au fond en vertu dudit règlement ou de la loi du pays dans lequel le contrat a été conclu⁸.

Le choix de la loi applicable peut être postérieur à la conclusion du contrat. Les parties ont la latitude de soumettre, après naissance d'un litige, leur contrat à une loi de leur choix.

Néanmoins, la rareté de cette situation s'explique, malheureusement, par une méconnaissance des règles du droit international privé, de sorte que l'existence d'un choix certain du droit applicable paraît être exclue (Rigaux & Fallon, 2005). S'il constate que les parties ont négligé d'insérer la clause de la loi compétente, le juge doit donc élever d'office celle-ci en respectant les droits de la défense (Rigaux & Fallon, 2005).

II. Les limites du principe de la loi d'autonomie

Lorsque la loi d'autonomie conduit à l'application d'une loi étrangère, le contenu de celle-ci est étranger pour le juge qui se voit contraint à « un saut dans l'inconnu » (Remy, 2008). Un contrôle du droit étranger s'impose afin de vérifier son contenu et lui accorder pleins effets (Remy, 2008). Selon le droit marocain, cette démarche sera exploitée amplement à travers les notions d'ordre public et de fraude à la loi.

1. Selon le droit marocain

Désignée par les parties, la loi insérée dans le contrat doit s'appliquer sans aucune

⁷ Art 3 al 2, 2^{ème} phrase du Règlement de Rome I.

⁸ Art 11 al 1, 1^{ère} phrase du Règlement de Rome I.

entrave. Mais ce serait au détriment de l'avis du juge du *for*, insatisfait des résultats « choquants » que pourrait avoir l'application des lois étrangères.

L'éviction de la loi étrangère, librement choisie par les parties, au profit de la loi du juge à travers l'éviction de l'ordre public est une limite au principe de la loi d'autonomie (Al-Saktani, 2020).

1.1 L'ordre public : une limite au principe de la loi d'autonomie

La doctrine affirme qu'en droit international privé, l'exception d'ordre public est un mécanisme permettant au juge d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat contraire aux principes du *for* (Guillaumé, 2012). Le professeur Lagarde affirmait qu'en droit international privé, il faut analyser l'ordre public comme « une exception à la règle de conflit » (Lagarde, 1959), parce qu'il ne s'agit pas de choisir entre deux dispositions matérielles comme c'est le cas en droit interne (Ramirez, 2019).

Dans sa thèse sur l'ordre public et le contrat, le professeur Philippe Malaurie considère l'ordre public comme étant « [...] *le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité à ces règles établies pour sauvegarder des intérêts, même particuliers, considérés comme essentiels à la paix et à la prospérité du groupe, ou destinés à protéger et promouvoir les valeurs essentielles de la collectivité* » (Malaurie, 1953).

En droit international privé marocain, le concept « d'ordre public » est l'effet d'une évolution historique importante qu'il importe d'analyser avant d'aborder l'effet de l'exception à l'ordre public.

La notion d'ordre public à l'ère du protectorat. Consacrée textuellement, l'exercice du principe de l'autonomie de la volonté ne devait subir, au Royaume du Maroc, aucune limite. La loi étrangère désignée par la règle de conflit devait, au sens de l'article 13 du D.C.C qui n'y apporte aucune limite, bénéficier d'un respect absolu. La notion d'ordre public est donc incompatible avec l'esprit de l'article 13 du D.C.C (Moutaki, 2017). Telle était la conviction de la doctrine française à l'époque du protectorat, écrit le professeur Moutaki Karim. Selon la jurisprudence de l'époque du protectorat, au Royaume du Maroc, il n'y a pas lieu de faire appel à la notion d'ordre public. Cette notion peut avoir lieu en France, mais elle ne peut avoir aucun effet au Maroc (Moutaki, 2017).

Dans le même sens, le professeur Geoffre de Lapradelle estime « *qu'au Maroc la notion d'ordre public est écartée de la construction d'un système dont le point de départ est la personnalité de la loi issue de l'exterritorialité des capitulations* » (Baalouk, 1984).

Après l'indépendance. La doctrine, juste après l'indépendance voyait en quasi-totalité que l'ordre public devait puiser l'ensemble de ses lois dans les préceptes de la religion islamique appliquée au fil des siècles passés, à tel point de devenir non seulement un référent, mais aussi un réel constituant de l'identité des marocains. C'est le fait qui a été corroboré dans le discours d'ouverture de l'année judiciaire 1967-1968 : « le Maroc a eu son indépendance, a instauré ses lois et a unifié ses tribunaux. Par conséquent, tous les arguments avancés pour justifier un tel écart en vue d'éliminer la composante islamique de l'arsenal juridique marocain sont repoussées (Moutaki, 2017).

L'ordre public après la Constitution de 2011 : le passage à l'ordre public

économique, social et politique. La Constitution de 2011 consacre, bel et bien, la notion d'ordre public dont les règles juridiques s'en inspirent pour leur légitimité. Cette norme juridique suprême du Royaume du Maroc est ambivalente dans la mesure où elle protège les deux volontés : il y a à la fois l'omniprésence des lois islamiques et l'engagement du Maroc auprès des instances mondiales en matière des droits de l'Homme que le Royaume est censé respecter, coûte que coûte, dans ses dimensions humaines et internationales. Il va sans dire que le fait d'être signataire de ces traités ne contredit en rien l'adoption de l'islam comme religion de l'État et la *charia* comme source de législation, étant donné que les instances à l'échelle planétaire ont insisté sur le fait de prendre en considération les particularités, les lois en vogue, l'ordre public et l'intérêt général de chaque pays dans l'exercice des individus de leurs droits et libertés (article 29 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme)⁹.

⁹ L'article 29 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dispose : « 1. *L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible.*
2. *Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique.*
3. *Ces droits et libertés ne pourront, en aucun cas, s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies* ».

C'est ce qui explique les changements importants qu'a connus l'ordre public marocain depuis le protectorat, notamment, en ce qui concerne l'état civil des étrangers et des français au Maroc. Par ailleurs, la doctrine marocaine, longtemps écartée par son homologue française a commencé depuis les années 30 du siècle dernier à occulter les lois étrangères sous prétexte de la présence d'un droit général qui lui est propre. Après la Constitution de 2011, l'ordre public marocain a bâti son existence sur des bases économiques, sociales, politiques et sur les principes de la religion islamique (Moutaki, 2017).

Certes, le Maroc n'échappe pas à ce principe, mais la question qui se pose est celle de savoir si le juge marocain doit, obligatoirement, écarter l'application entière de la loi étrangère contraire à son ordre public ou se contenter uniquement de la part de cette loi qui choque son ordre public ? Sur ce point, les avis ne sont pas unanimes, notamment, en l'absence de la déclaration d'un texte légal exprès.

En effet, une loi ne peut prétendre s'appliquer à une situation juridique que si elle est étroitement liée avec celle-ci. Nonobstant, une interrogation suscite beaucoup d'intérêt ; la loi du *for* est-elle toujours la loi la plus efficace à s'appliquer quand la loi étrangère désignée par les parties est écartée ? Le professeur Bernard Audit répond par « *la substitution de la loi du for est admise car par hypothèse présente un lien suffisant avec l'ordre juridique du for pour qu'elle soit soumise à ses autorités* » (Audit, 2010). Il s'agit donc de « l'effet de substitution » ou autrement appelé « l'effet positif » de l'ordre public. Par contre, « l'effet négatif » survient quand « *l'application de la loi étrangère dans une situation juridique conduit à un effet contraire à l'ordre public interne. Dans une telle situation, le renvoi ne serait plus pris en compte. Lorsqu'il s'agit de l'effet négatif, l'ordre public ne vise pas le*

contenu de la loi étrangère applicable, mais ses effets » (Erdem, 1998). Quant à M^{me} Delphine Cocteau-Senn, elle déclare dans thèse dirigée sous la direction du professeur Lagarde qu'elle n'admet la substitution que si « *le rapport s'est créé dans l'ordre juridique exogène selon des conditions équivalentes à celles qui auraient présidé à sa formation dans l'ordre juridique compétent pour régir l'effet recherché* » (Cocteau-Senn, 2001).

Concernant la jurisprudence marocaine, les arrêts rendus dans ce sens sont très rares, mais optent pour la substitution partielle. En effet, l'arrêt du 31 octobre 1930 énonce « [...] seuls devaient être écartés les effets des contrats touchant aux bonnes mœurs et à la sureté de l'État suivant la conception que s'en fait le souverain du pays ». Pour la Cour, l'ordre public intervient pour écarter les « seuls effets » du contrat jugés choquants pour le juge marocain ; les autres effets restent valables conformément à la loi étrangère normalement applicable.

Monsieur Zriouil Mohammed, professeur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Meknès estime qu'il faut évincer seulement les dispositions dont le contenu est contraire à l'ordre public marocain. Le professeur précise qu'il faut limiter la substitution de la *lex fori* aux dispositions choquante pour l'ordre public marocain (Zriouil, 2018). Le professeur Mahrouk Mohammed rejoint l'avis du professeur Zriouil en précisant que l'ordre public ne suspend pas l'application de toute la loi étrangère, mais seulement la partie qui le contredit. En guise de pratique, la loi écartée est substituée par celle qui correspond en matière de la loi du juge du *for* (Mahrouk, 2019).

1.2 La fraude à la loi

La fraude à la loi est l'une des expressions, les plus utilisées, aussi bien en droit interne

qu'en droit privé international (Cornut, 2004) où elle « aurait acquis ses lettres de noblesse » (Cornut, 2004). Le professeur Mayer l'a définie « *comme une action ou un comportement volontaire destiné à provoquer la compétence d'une loi sans que soient créés les liens objectifs qui normalement la justifient* » (Mayer, 1977).

Selon le professeur Jean Vidal, l'un des auteurs français principaux à avoir analysé le principe de la fraude à la loi : « *Il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* » (Romain, 2000).

Le célèbre arrêt de la princesse de Bauffremont qui cherchait à se faire passer pour allemande afin d'éluider la loi française sur le statut personnel, rendu par la Cour de cassation le 18 mars 1978, est considéré par une partie de la doctrine comme la décision fondatrice de la notion de fraude à la loi en droit international privé français (Ancel & Lequette, 2006)¹⁰. Cet arrêt constitue une hypothèse de fraude par manipulation du critère de rattachement.

La jurisprudence marocaine ne nous offre pas un exemple d'application de la théorie de la fraude à la loi, du moins à notre connaissance. Une telle théorie aurait-elle une chance de se voir appliquée abstraction faite de l'origine légale de la règle de conflit énoncée par l'article 13 du D.C.C ?

Monsieur Baalouk en essayant de prendre une position par la négative a écrit la chose suivante : « *nous pouvons avancer au moins un argument qui nous semble de*

¹⁰ Pour le texte intégral de l'arrêt, veuillez visiter le lien suivant : <https://mafr.fr/fr/article/cour-de-cassation-chambre-civile-2/>.

taille à fortifier cette dernière, et qui tient au fait que, dans le système marocain de droit international privé [...] le choix laissé aux parties à une convention d'ordre international reste illimité quant à portée effective » (Baalouk, 1984).

La fraude à la loi, telle que définie par de nombreux auteurs demeure incompatible avec l'esprit de l'article 13 du D.C.C qui laisse aux contractants le libre choix de la loi qui bonne leur semble. Aussi devons-nous s'interroger sur les effets de l'exception de la fraude à la loi ?

Inopposabilité de l'acte. L'acte frauduleux ainsi que les actes qui en découlent sont déclarés inopposables par les juges du for (Brière, 2017). La difficulté est de déterminer ce qui est inopposable. Est-ce l'acte frauduleux tout entier ou seulement les conséquences frauduleuses que l'intéressé se proposait de lui faire produire ? La distinction entre ces deux sanctions peut-être illustrée en se référant à l'affaire Princesse de Bauffremont (Loussouarn et al., 2013). Les juges français ne pouvaient pas annuler la naturalisation accordée par un État étranger et le second mariage contracté par la princesse de Bauffremont (Brière, 2017). Dans l'affaire Caron, les juges français ont estimé que le montage réalisé n'avait pas d'effet en France. Les enfants ont ainsi obtenu les deux tiers de l'immeuble en indivision, ce qui correspondait à leurs parts en tant qu'héritiers réservataires selon la loi française (Brière, 2017).

2. Les limites de la loi d'autonomie en vertu du Règlement de Rome I

Les limites de la loi d'autonomie édictée par le Règlement de Rome I peuvent être réparties en deux. Il s'agit de l'internationalité du contrat et des dispositions impératives qui elle-même revêt un caractère international.

2.1 Internationalité du contrat

Sur le plan juridique, le professeur et le savant, le doyen Battifol, considère le contrat international lorsque « *par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plusieurs systèmes juridiques* » (Batiffol, 1960).

Dans la même veine, le professeur Audit estime que le contrat international est « *celui qui présente lui-même et directement un élément de rattachement avec l'étranger* » (Audit, 2010).

Sur le plan économique, le contrat international est le contrat qui résulte de toute opération qui implique « *un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières* »¹¹.

Selon les articles 1 alinéa 1 et 3 alinéa 3 du Règlement de Rome I, son application n'est pas dédiée, uniquement, aux contrats ayant des éléments de rattachement avec au moins deux États, mais s'applique également aux situations juridiques comportant un conflit de lois même si tous les points de rattachement sont situés dans un seul État.

Considéré comme inconcevable, le Règlement de Rome I permet, selon les professeurs Mayer Pierre, Heuzé Vincent et Remy Benjamin, aux parties de faire naître un conflit de lois dans un contrat interne, en le soumettant à une loi étrangère (Mayer et al., 2019). Ainsi, le contrat devient international grâce à la clause désignant une loi étrangère.

¹¹ L'arrêt Pélissier du Besset, Cass. Civ. 17 mai 1927.

L'exigence du caractère international du contrat est soit explicite soit implicite. Il est explicite lorsque les conventions de droit international privé l'énoncent¹², et implicite parce que les conventions internationales n'interviennent qu'aux situations juridiques internationales. Conséquence inévitable de cette exigence, l'internationalité du contrat ne saurait dépendre de l'accord sur le choix de la loi compétente¹³. De ce fait, l'insertion dans un contrat interne d'une clause de la loi compétente est prohibée, ou est assujettie à des conditions plus restrictives telles que celles prévues par le Règlement de Rome I qui prévoit que « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés [...] dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* » (Symeonides, 2013).

En effet, le principe de la loi d'autonomie a toujours été lié à celui de contrat objectivement international (Symeonides, 2013). Or, la solution adoptée par le Règlement de Rome I est selon ses rapporteurs « l'effet d'un compromis » (Neumayer, 1957). Le professeur Neumayer a distingué entre les dispositions internationalement impératives des autres. Sa distinction est reprise par le professeur Mayer, qui a énoncé la différence entre les règles internationalement impératives et les règles simplement impératives (Cohen, 2015). Il n'y a donc pas à craindre les faits

¹² Le cas du premier art de la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

¹³ Le cas de l'art 48 du Projet de codification uruguayen qui prévoit qu'un contrat ne peut être « internationalisé » par la simple autonomie de volonté des parties.

malhonnêtes des contractants, vu que les dispositions impératives de l'État auquel le contrat se rattache, exclusivement, sont applicables.

Les dispositions impératives

Les dogmes de liberté contractuelle et d'égalité des contractants sont influencés par les évolutions économiques et sociales ; En réalité, les parties ne négocient pas sur le même pied d'égalité et certaines stipulations contractuelles sont loin d'être librement consenties. Ce constat a favorisé l'avènement des dispositions impératives protectrices des intérêts de la partie jugée « faible » (De Page, 1951).

La notion des dispositions impératives revêt deux acceptions distinctes. Au sens large, les dispositions impératives « *couvrent toutes les lois auxquelles il n'est pas permis de déroger et qui font donc obstacle à l'autonomie de la volonté, par opposition aux dispositions supplétives qui ne sont contraignantes qu'à défaut de volonté contraire* » (Zuylén, 2013). Au sens étroit, les dispositions impératives protègent les intérêts privés de la partie « faible » tandis que l'ordre public concerne l'intérêt général (Zuylén, 2013).

« **Dispositions simplement impératives** » et « **dispositions internationalement impératives** ». Comme mentionnée ci-haut, les professeurs Mayer, Heuzé et Benjamin, sur la base des travaux du professeur Neumayer ont présenté une distinction entre « dispositions simplement impératives » et « dispositions internationalement impératives ». Leur distinction est en harmonie avec les dispositions du Règlement de Rome I¹⁴. En fait, « *les dispositions simplement impératives ne sont impératives qu'à l'intérieur d'un ordre juridique déterminé* »

¹⁴ La lecture des articles 3 al 3 et l'art 9 du Règlement de Rome I illustre, parfaitement, cette distinction.

supposé globalement applicable au contrat» (Mayer et al., 2019). Elles servent à la protection de la partie « faible » du contrat. Elles sont la pièce angulaire d'un système contractuel considéré par le législateur comme un mécanisme indivisible. Cependant, l'application internationale de ce système contractuel dépend du jeu de la règle de conflit, abstraction faite si la conception d'une autre loi triomphe (Niboyet, 1998). Elles ne manifestent leur impérativité que si le système auquel elles appartiennent est déclaré compétent (Mayer et al., 2019).

Les « dispositions internationalement impératives »¹⁵ s'appliquent indépendamment de leur désignation par une règle de conflit. Selon M. Francescakis, les lois de police sont celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (Francescakis, 1970). Les lois d'application immédiate sont impératives dans l'absolu, elles motivent elles-mêmes leurs propres compétences (Mayer et al., 2019).

Ainsi, le principe de la loi d'autonomie connaît en vertu du Règlement de Rome I deux entraves : respect des « dispositions impératives du for » (Art 3 al 3 du Règlement de Rome I) et le respect des « dispositions impératives étrangères » (Art 9 du Règlement Rome I).

Conclusion

Contrairement aux systèmes juridiques contemporains où le principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle tire ses origines de la jurisprudence, en droit international privé marocain, ce principe est consacré textuellement par l'article 13 du D.C.C qui

s'applique lorsqu'un élément d'extranéité est présent. Cette consécration textuelle accorde une force et une portée très large au principe de l'autonomie de la volonté. Il s'avère donc qu'au Maroc, le législateur, la jurisprudence et la doctrine, à travers l'article 13 du D.C.C consacrent, amplement, le principe de l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement, apte à résoudre le problème des conflits de lois dans les contrats internationaux.

S'agissant du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'autonomie de la volonté constitue sa pièce angulaire. Selon ce Règlement, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur convention. L'expression de ce choix doit respecter certaines limites. Il s'agit de l'internationalité du contrat et des dispositions impératives qui elle-même revêt un caractère international.

La mission du juge se complique lorsque la volonté des parties de retenir une loi tierce n'est pas expresse ou carrément ignorée d'où la nécessité de faire appel à des indices objectifs de rattachement que nous allons analyser dans notre prochain travail de recherche.

¹⁵ Communément appelées « lois de police » ou « lois d'application immédiate ».

Bibliographie

Abboud M. (1975). « *Muhadarat fi al-qanun al-duwali al-khass* » (Cours de droit international privé).

Al-Saktani A. (2020). « Al-tahkim al-tijari bi al-maghrib min khilal al-ijtihad al-qadaii : dirasat tahlilia w muqaranatan linidam al-tahkim al-tijarii bi al-maghrib fi daw-ae al-ijtihad al-qadayii » (L'arbitrage commercial au Maroc à travers la jurisprudence judiciaire : Une étude analytique et comparative). *Revue des professions juridiques et judiciaires*, (5-6), pp. 191.

Audit, B. (2000). *Droit international privé*, Économica.

Audit, B. (2010). *Droit international privé*, Économica.

Ayoubi M. (2016). « *Dawr mabda sultan al-iiradat fi tahdid al-qanun al-wajib al-tatbiq ealaa euqd al-tijarat al-iliktruniati* » (Rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination de la loi applicable dans les contrats du commerce électronique). *Revue Al Manara des études juridiques et administratives*, (12), pp. 44.

Baalouk B. (1984). *La loi applicable aux contrats en droit international privé marocain*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université de Paris II, Paris (France).

Battifol, H. (1938). *Les conflits de lois en matière de contrat : Étude de droit international privé comparé*, Librairie du recueil Sirey.

Battifol, H. (1960). Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats. Dans. *Mélanges offerts à Jacques Maury*, (pp 39-58). Dalloz et Sirey.

Benboubker, S. (2019). La convergence des règles de conflit avec l'acquis communautaire : l'avènement d'un renouveau du droit international privé marocain ?. Dans Ouhida J. *Le Dahir sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc après plus de cent ans d'application* (pp. 197). Publication du centre.

Bourelly, M. (1963). Nouveaux aspects du droit international privé marocain, *RMD*, p. 8.

Brière, C. (2017). *Cours de droit international privé*, Gualino.

Brocher, C. (2016). *Cours de droit international privé, principes consacrés par le droit positif français Tome 2 Éd 1882*, Hachette BNF.

Chouireb, K. (2009). « *Al-qanun al-wajib al-tatbiq ealaa al-eaqd al-tijarii al-duwali* » (La loi applicable sur le contrat international). Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université d'Alger Ben Youssef Ben Khadda, Alger (Algérie).

Cocteau-Senn, D. (2001). *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris (France).

Cohen, C. (2015). *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université Panthéon-Assas, Paris (France).

Cornut, E. (2004). *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon (France).

De Page, H. (1951). *L'évolution du principe de l'autonomie de la volonté dans les lois des 30 avril 1951 sur les baux commerciaux et 7 juillet 1951 sur les baux à ferme*, *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, Palais des académies.

Decroux, P. (1952). *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*. Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris.

Erdem, E. (1998). L'ordre public dans le droit du commerce international : *Journées Libanaises de l'Association Henri Capitant*, Tome XLIX, (pp. 1).

Franceskakis P. (1990) Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public?. Dans *Travaux du comité français de droit international privé 1966-1969* (pp.149-178).

Gaudemet-Tallon, H. (2009). Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable », *JurisClasseur Droit international* , Paris, LexisNexis.

Giuliano, M., Lagarde P. (1980). *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*.

Guillaumé, J. (2012). Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? . Dans *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe* (pp. 295).

Gounot, E. (1912). *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université de Bourgogne, Dijon (France).

Jacquet, M. (2011). La théorie de l'autonomie de la volonté. Dans S. Corneloup & N. Joubert, *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*. (pp. 2). Litec.

Jafferli, R. (2013). Actualité jurisprudentielle dans le domaine du droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (2007-2012). Dans A. Nuyts (dirs), *Actualités en droit international privé* (pp. 135-199). Bruylant.

Kamdem, I-F. (1999). L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, *Les cahiers de droit*, 40(3), pp. 647.

Kant, E. (1785). *Fondements de la métaphysiques des mœurs*. Traduction de V. Delbos (1862-1916). Éditions Les Échos du Maquis.

Lagarde, P. (1959). *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Thèse d'État en Droit Privé : Université de Paris, Paris (France).

Loquin, É., Kessedjian C. (2001). La mondialisation du droit, *Litec-CREDIMI*, 53(4), pp. 98.

Loussouarn, Y., Bourel, P., & Vareilles-Sommières, P., (2013). *Droit international privé*. Dalloz.

Mahrouk M. (2019). « *Al-wajiz fi 'ahkam al-qanon al-duwali al-khas : dirasat fi tanazue al-qawanin w al-jinsia wifqa akhir al-taedilat* » (*Précis du droit international privé : étude de conflits de lois et la nationalité selon les dernières modifications*). Matba'at Al-najah al-jadida.

Malaurie P. (1953). *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé. France, Angleterre, Urss*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université de Paris, Paris (France).

Mayer P. (1977). *Droit international privé*, Montchrestien.

Mayer, P., Heuzé, V., & Remy, B., (2019). *Droit international privé*. LGDJ.

Moutaki K. (2017). « *Tatawur al-nidam al-aaam wa atharoh fi al-qanon al-duwlii al-khas* » (Évolution de l'ordre public et son impact en droit international privé). *Revue de justice civile*, (14), pp. 24.

Neumayer, K. (1957). Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, *Rev. crit. D.I.P*, (46), pp. 579.

Niboyet M-L. (1998). Contrats internationaux , *Juris-Classeur Droit International*,fasc.552-10 à 552-40.

Ramirez Reyes, S. (2019). *L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain*. Thèse de Doctorat en Droit Privé : Université Panthéon-Sorbonne Paris I, Paris (France).

Ranouil, V. (1980). *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. PUF.

Remy, B. (2008). *Exception d'ordre public et mécanisme de lois de police en droit international privé*. Dalloz.

Rigaux, F., Fallon M. (2005). *Droit international privé*, *Larcier*, p. 264.

Romain, J-F. (2000). Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (« *Fraus omnia corrumpit*»), *Bruyant*.

Sefrioui, H. (1973). *La condition des étrangers au Maroc*. Casablanca Dar El Kitab.

Symeonides, S. (2013). L'autonomie de la volonté dans les principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, *Rev. crit. D.I.P*, (4), pp. 816.

Zuylen, J-V. (2013). Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté. Dans, *Les sources du droit revisitées*, (pp. 847-888). Anthemis.

Tabite M-M. (2009). « Al-qanon al-motabaq ealaa tanfid al-eaqd al-dawli » (La loi applicable sur l'exécution du contrat international). *Revue marocaine des études juridiques et judiciaires*, (1), pp. 115.

Zriouil M. (2020). « *Muhadarat fi al-qanun al-duwali al-khass* » (*Leçons en droit international privé*).

Remy, B. (2008). *Exception d'ordre public et mécanisme de lois de police en droit international privé*. Dalloz.