I

(Communications)

CONSEIL

RAPPORT

concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (1)

par Mario Giuliano professeur à l'université de Milan (auteur de l'introduction et des commentaires des articles 1^{er}, 3 à 8, 10, 12 et 13)

> et Paul Lagarde professeur à l'université de Paris I (auteur des commentaires sur les articles 2, 9, 11 et 14 à 33)

⁽¹⁾ Le texte de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles est paru au *Journal officiel des Communautés européennes* n° L 266 du 9 octobre 1980. La convention, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, a été signée le même jour par les plénipotentiaires des sept États membres suivants: Belgique, république fédérale d'Allemagne, France, Irlande, Italie, Luxembourg et Pays-Bas.

SOMMAIRE

CC	NSIDÉRAT	IONS INTRODUCTIVES	Pages	
1.	Proposition des gouvernements des pays du Benelux à la Commission des Communa			
	tés européennes		4	
2.	Examen de la proposition par la Commission et ses suites			
3.	Attitude favorable des États membres à la recherche de règles uniformes de conflits, détermination des priorités dans cette recherche et constitution du groupe de travail pour l'étude et l'élaboration de ces règles			
4.	Organisation, progression et premiers résultats des travaux du groupe à la fin de 1972			
5.	Réexamen des travaux du groupe à la lumière des observations des gouvernements aussi bien des membres originaires que des nouveaux membres de la Communauté économique européenne et résultats atteints en février 1979			
6.	Mise au point définitive de la convention dans le cadre du Conseil des Communautés européennes			
7.	Aperçu des sources internes et du caractère des règles en vigueur dans les États membres des Communautés européennes en matière de loi applicable aux obligations contrac-			
			8	
		verselle des règles uniformes	9	
signification dans l'œuvre d'unification juridique déjà ent		ère normalement général des règles uniformes de la convention et sur leur dans l'œuvre d'unification juridique déjà entreprise dans le domaine du tional privé		
TI	TRE PREMII	ER: Champ d'application des règles uniformes		
	Article 1er	: Champ d'application	10	
		Caractère universel		
	Atticle 2.	Caractere universer		
TI	TRE II: Règ	gles uniformes		
	Article 3:	Liberté de choix	15	
	Article 4:	Loi applicable à défaut de choix	18	
	Article 5:	Contrats conclus par les consommateurs	23	
	Article 6:	Contrat individuel de travail	25	
	Article 7:	Lois de police	26	
	Article 8:	Consentement et validité au fond	28	
	Article 9:	Forme	29	
	Article 10:	Domaine de la loi du contrat	32	
	Article 11:	Incapacité	33	
	Article 12:	Cession de créance	34	
	Article 13:	Subrogation	34	
	Article 14:	Preuve		
	Article 15:			
	Article 16:	Ordre public	. 37	
	Article 17:	Application dans le temps		
		Interprétation uniforme		

		Pages
Article 19:	Systèmes non unifiés	38
Article 20:	Priorité du droit communautaire	38
Article 21:	Relations avec d'autres conventions	39
Article 22:	Réserves	39
TITRE III: Cla	nuses finales	
Article 23:	Adoption unilatérale par un État contractant d'une nouvelle règle de conflit	40
Articles 24 et 25:	Nouvelles conventions	40
Article 26:	Révision	41
Articles 27 à 33:	Clauses protocolaires usuelles	41
Protocole re	elatif à l'article 169 de la loi danoise sur le droit de la mer	42
NOTES		43
LISTE DES PAI	RTICIPANTS	48

CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES

1. Proposition des gouvernements des pays du Benelux à la Commission des Communautés européennes

Le 8 septembre 1967, le représentant permanent de la Belgique adressait à la Commission, au nom de son gouvernement et de ceux du royaume des Pays-Bas et du grand-duché de Luxembourg, une invitation à réaliser avec les experts des États membres et sur la base du projet de convention belgo-néerlandais luxembourgeois l'unification du droit international privé et la codification des règles de conflit de lois au sein de la Communauté.

Cette suggestion procédait du souci de supprimer les inconvénients qui résultent de la diversité des règles de conflit, notamment dans le domaine du droit des contrats. Il s'y ajoutait un certain élément d'urgence, compte tenu des réformes susceptibles d'intervenir dans certains États membres et, en conséquence, du risque de figer plus nettement les divergences existantes.

Selon M. Th. Vogelaar, directeur général du marché intérieur et du rapprochement des législations à la Commission, dans l'allocution d'ouverture qu'il adressa, en tant que président, aux experts gouvernementaux du 26 au 28 février 1969: «C'est à une unification complète des règles de conflit que cette proposition devrait normalement aboutir. Ainsi, dans chacun de nos six pays, à la place des règles de conflit actuelles et en dehors des cas d'application des conventions internationales liant tel ou tel État membre, ce seraient des règles de conflit identiques qui entreraient en vigueur tant dans les relations intéressant les États membres entre eux que dans les relations affectant les États n'appartenant pas à la Communauté. Cette solution conduirait à la création d'un corps commun des règles juridiques unifiées couvrant le territoire des États membres de la Communauté. Le grand avantage de cette proposition est, sans nul doute, que le niveau de la sécurité juridique en serait élevé, la confiance dans la stabilité des relations juridiques renforcée, les accords sur la compétence en fonction du droit applicable facilités, et la protection des droits acquis pour l'ensemble du droit privé accrue. Par rapport à l'unification du droit substantiel, l'unification des règles de conflit de lois apparaît plus facilement réalisable, surtout dans le domaine du droit patrimonial, parce que les règles de conflit ne concernent que les relations juridiques qui comportent un élément international» (1).

2. Examen de la proposition par la Commission et ses suites

Dans l'examen de la proposition des gouvernements des pays du Benelux, la Commission arriva à la conclusion que, au moins dans quelques domaines particuliers du droit international privé, l'harmonisation des règles de conflit serait de nature à faciliter le fonctionnement du marché commun.

L'allocution précitée de M. Vogelaar nous offre un aperçu des considérations qui ont amené la Commission à cette conclusion; et cela vaut la peine de les rappeler.

«Selon la lettre et l'esprit du traité instituant la Communauté économique européenne, l'harmonisation s'est vu reconnaître la fonction de rendre possible ou de faciliter dans le domaine économique la création des conditions juridiques semblables à celles qui caractérisent un marché intérieur. Je comprends que l'on puisse diverger d'opinion quant à la délimitation précise des disparités qui produisent directement leurs effets sur le fonctionnement du marché commun et celles qui ne les produisent qu'indirectement. Toujours est-il qu'il existe des domaines juridiques dans lesquels les différences entre les ordres juridiques nationaux et l'absence de règles de conflit unifiées entravent certainement entre les États membres la circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux.

D'aucuns préféreront à l'harmonisation des règles de conflit l'harmonisation ou l'unification du droit substantiel. Celle-ci est déjà intervenue comme on sait dans divers domaines. Cependant, l'harmonisation du droit substantiel n'arrive pas toujours à suivre le rythme de l'abolition des frontières économiques. Dès lors, aussi longtemps que le droit substantiel n'est pas unifié, on rencontrera toujours le problème du droit applicable. Avec l'accroissement des relations de droit privé par-dessus les frontières augmente le nombre des litiges dans lesquels la question du droit à appliquer doit être résolue.

En même temps augmente le nombre des cas dans lesquels les tribunaux ont à appliquer un droit étranger. La convention signée le 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale règle d'une manière uniforme la compétence internationale des tribunaux au sein de la Communauté. Elle doit permettre de faciliter et d'accélérer le déroulement de nombre de procès civils et de procédures d'exécution. D'autre

part, elle permet aussi aux parties dans beaucoup de matières de conclure des conventions attributives de compétence et de choisir entre plusieurs tribunaux. Ceci peut conduire à ce que la préférence soit donnée au tribunal d'un État dont le droit paraît devoir offrir une meilleure issue au procès. Pour prévenir ce forum shopping, renforcer la sécurité juridique et prévoir plus facilement le droit qui sera appliqué, il serait souhaitable que les règles de conflit soient unifiées dans les domaines d'importance économique particulière, de telle manière que le même droit trouve application quel que soit l'État où la décision est rendue.

En résumé, trois considérations dominantes dictent notre proposition d'harmoniser les règles de conflit pour quelques types bien définis de rapports juridiques. La première nous est donnée par l'histoire du droit international privé: vouloir tout unifier est une entreprise trop hardie et de trop longue durée. La seconde est la nécessité de renforcer rapidement la sécurité juridique dans certains secteurs de grande importance économique. La troisième est le souci de prévenir une aggravation des disparités entre les règles de droit international privé des divers États membres» (2).

C'est justement en s'inspirant de ces considérations que la Commission adressa aux États membres l'invitation pour une réunion d'experts afin de permettre de se faire une idée complète de l'état actuel du droit en la matière et de décider si et dans quelle mesure une harmonisation ou une unification du droit international privé au sein de la Communauté aurait dû être entreprise. L'invitation était accompagnée d'un questionnaire tendant à faciliter la discussion (3).

3. Attitude favorable des États membres à la recherche de règles uniformes de conflits, détermination des priorités dans cette recherche et constitution du groupe de travail pour l'étude et l'élaboration de ces règles

La réunion à laquelle il vient d'être fait allusion s'est tenue du 26 au 28 février 1969. Elle permit de faire un premier bilan de la situation quant aux perspectives et à l'intérêt éventuel d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'unification des règles de conflit des États membres des Communautés européennes (4).

Ce n'est pourtant que lors de la réunion suivante du 20 au 22 octobre 1969 que les experts gouvernementaux purent se prononcer d'une façon précise tant sur l'opportunité et le domaine de l'harmonisation à réaliser que sur la procédure et l'organisation des travaux à entreprendre.

En ce qui concerne l'opportunité, les délégations des États membres, à la seule exception de la délégation allemande, se déclarèrent fondamentalement d'accord sur leur utilité pour renforcer la sécurité juridique dans la Communauté. La délégation allemande de son côté, tout en faisant part de quelques hésitations qui s'étaient manifestées dans les milieux scientifiques et d'affaires à ce sujet, déclara que cette divergence de vues n'était pas telle qu'elle dût dans l'immédiat influencer la suite des travaux.

En ce qui concerne le domaine de l'harmonisation, on reconnut que, sans préjudice de développements ultérieurs, il était opportun de se consacrer d'abord aux matières les plus liées au bon fonctionnement du marché commun en attribuant spécifiquement ce caractère:

- à la loi applicable aux biens corporels et incorporels:
- à la loi applicable aux obligations contractuelles et extra-contractuelles:
- 3. à la loi applicable à la forme des actes juridiques et à la preuve;
- aux questions générales sur les rubriques précédentes (renvoi, qualification, application de la loi étrangère, droits acquis, ordre public, capacité, représentation).

Quant à la base juridique des travaux, à l'unanimité les délégations ont estimé que l'harmonisation envisagée, sans se rattacher expressément aux dispositions de l'article 220 du traité CEE, serait le prolongement naturel de la convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements.

Enfin, quant à la procédure à mettre en œuvre, toutes les délégations ont considéré qu'il était opportun de suivre la même procédure que celle suivie lors des travaux concernant les conventions de l'article 220, déjà signées ou encore en cours d'élaboration, et de rechercher les moyens les plus appropriés pour accélérer le cours des travaux (5).

Les résultats de cette réunion furent soumis, par la direction générale du marché intérieur et du rapprochement des législations, à la Commission, lui proposant de solliciter l'accord des États membres pour la poursuite des travaux et la préparation d'un avant-projet de convention portant loi uniforme sur certaines matières relevant du droit international privé.

La Commission se conforma à ladite proposition. Et le comité des représentants permanents, lors de sa réunion du 15 janvier 1970, conféra expressément au groupe le mandat de poursuivre ses travaux en matière d'harmonisation des règles de droit international privé, étant entendu que l'avant-projet ou les avant-projets à élaborer seraient consacrés en priorité aux quatre secteurs indiqués précédemment.

Faisant suite à la décision susmentionnée du comité des représentants permanents, le groupe, au cours de sa réunion des 2 et 3 février 1970, procéda à l'élection de son président en la personne de M. P. Jenard, directeur d'administration au ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur de la Belgique, ainsi que de son vice-président en la personne du professeur Miccio, conseiller à la Cour de cassation italienne.

Quant aux rapporteurs, compte tenu de la décision déjà prise dans le courant de la réunion précédente au sujet de la répartition en quatre secteurs des matières à examiner par priorité, le groupe adopta le principe que, afin d'accélérer les travaux, chacun des quatre secteurs aurait son rapporteur et qu'ils seraient désignés comme suit:

- en ce qui concerne la loi applicable aux biens corporels et incorporels, par la délégation allemande;
- en ce qui concerne la loi applicable aux obligations contractuelles et extra-contractuelles, par la délégation italienne;
- en ce qui concerne la loi applicable à la forme des actes juridiques et à la preuve, par la délégation française;
- 4. en ce qui concerne les questions générales, par la délégation néerlandaise en accord avec les délégations de la Belgique et du Luxembourg.

Par l'effet de ces désignations, le groupe procéda ensuite à la nomination des rapporteurs dans les personnes du professeur K. Arndt, Oberlandsgerichtspräsident a. D.; du professeur M. Giuliano, de l'université de Milan; du professeur P. Lagarde, de l'université de Paris I; de M. Th. van Sasse van Ysselt, directeur au ministère de la justice des Pays-Bas.

Au cours de la même réunion, on aborda également d'autres problèmes. On examina notamment la nature de la convention à élaborer, au sujet de laquelle la grande majorité des délégués se sont prononcés en faveur d'une convention à vocation universelle, non liée à la réciprocité, la méthode de travail, la participation aux travaux d'observateurs de la conférence de droit international privé de La Haye et de la commission Benelux pour l'unification du droit (6).

4. Organisation, progression et premiers résultats des travaux du groupe à la fin de 1972

Le point de départ des travaux du groupe remonte à l'examen et à la discussion des questionnaires établis

par les rapporteurs, MM. Giuliano, Lagarde et van Sasse van Ysselt, dans leurs domaines respectifs. Cette discussion eut lieu lors d'une réunion des rapporteurs tenue, sous la présidence de M. Jenard, du 1^{er} au 4 juin 1970. Au cours de cette réunion, les trois questionnaires firent l'objet d'une analyse assez large, portant non seulement sur les règles de conflit (nationales ou conventionelles) en vigueur dans les États membres de la Communauté mais aussi sur les tendances évolutives qui s'étaient déjà manifestées dans la jurisprudence et la doctrine de certains pays ou qu'il aurait été opportun de prendre en considération par rapport à certaines exigences contemporaines de la vie internationale. L'analyse orale dont on vient de parler a été intégrée, d'ailleurs, par les réponses écrites que chaque rapporteur a données, sur la base de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine de son propre pays (dans le cas particulier de M. van Sasse, des trois pays du Benelux) aux questionnaires établis par ses collègues et par lui-même (7).

C'est en fonction de ce travail préparatoire et du matériel ainsi acquis que chacun des rapporteurs a été à même de présenter un rapport intermédiaire, accompagné d'une proposition d'articles relatifs à la matière considérée, qui avait pour but de fournir les bases de travail des réunions du groupe. Il a été convenu que ces réunions seraient consacrées à l'examen du rapport de M. Giuliano sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles ainsi qu'aux questions faisant l'objet des rapports de M. Lagarde et de M. van Sasse van Ysselt dans la mesure où ces questions se seraient rattachées à la matière traitée par M. Giuliano.

Quant au rapport de M. Arndt sur la loi applicable aux biens corporels et incorporels, il a été convenu que ce rapport serait discuté ultérieurement, du fait que M. Arndt a expliqué qu'une étude comparative des principaux droits des sûretés devrait précéder son rapport et que la nécessité d'une telle étude a été en principe reconnue.

En faisant abstraction de la réunion des rapporteurs du mois de juin 1970, le déroulement des travaux a absorbé entièrement et intensément onze réunions plénières du groupe, chaque réunion ayant la durée moyenne de cinq jours(8).

Au cours de sa réunion du mois de juin 1972, le groupe a terminé l'élaboration d'un avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles et a pris la décision de soumettre le texte du projet de convention, de même que les rapports qui ont été mis au point lors d'une réunion des rapporteurs tenue les 27 et 28 septembre 1972, au comité des représentants permanents en vue de leur transmission aux gouvernements des pays membres de la Communauté (9).

5. Réexamen des travaux du groupe à la lumière des observations des gouvernements aussi bien des membres originaires que des nouveaux membres de la Communauté économique européenne et résultats atteints en février 1979

Comme il résulte des observations qui précèdent, l'avant-projet de 1972 portait non seulement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, mais aussi sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Il donnait en même temps des solutions en ce qui concerne la loi régissant la forme des actes juridiques et la preuve, ainsi que les questions d'interprétation des règles uniformes et leur rapport avec d'autres règles de conflit d'origine internationale: évidemment dans la mesure où ces questions se rattachaient à l'objet de l'avant-projet.

À la suite de l'adhésion, en 1973, du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande aux Communautés européennes, la Commission élargit le groupe en y introduisant les experts gouvernementaux des nouveaux membres, et le comité des représentants permanents a conféré au groupe ainsi élargi le mandat de réexaminer l'avant-projet de convention, que la Commission lui avait transmis à la fin de 1972, à la lumière des observations des gouvernements aussi bien des membres originaires que des nouveaux membres des Communautés européennes. Le groupe a nommé comme vice-président le professeur Philip.

Le réexamen de l'avant-projet, cependant, n'a pu être entrepris immédiatement. La nécessité de laisser aux experts des nouveaux membres le temps indispensable pour consulter leurs gouvernements respectifs et les milieux intéressés, d'une part, les incertitudes politiques survenues dans le Royaume-Uni au sujet de son adhésion aux Communautés européennes (incertitudes qui ne furent tranchées que par le référendum de 1975), d'autre part, ont eu pour conséquence de réduire sensiblement, sinon de suspendre, l'activité de groupe durant une période d'environ trois ans. C'est seulement à la fin de 1975 que le groupe a pu pratiquement reprendre ses travaux et se consacrer à l'élaboration de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Lors de sa réunion du mois de mars 1978, le groupe a décidé, en effet, de limiter la convention actuelle aux seuls contrats et d'entamer les négociations pour l'élaboration d'une deuxième convention sur les obligations non contractuelles après l'élaboration de la première. La majorité des délégations a estimé que, pour des raisons de temps, mieux valait terminer en premier lieu la partie relative aux obligations contractuelles.

Le réexamen de l'avant-projet initial, avec la limitation à laquelle il vient d'être fait allusion, s'est déroulé dans le courant de quatorze réunions plénières du groupe ainsi que de trois réunions consacrées spécialement aux problèmes des contrats de transport et d'assurance, chacune des réunions plénières ayant une durée de deux à cinq jours (10). Au cours de la réunion du mois de février 1979, le groupe a terminé l'élaboration du projet de convention, a décidé la procédure à suivre pour la transmission du projet au Conseil avant la fin du mois d'avril et a chargé les professeurs Giuliano et Lagarde d'établir le rapport, qui a été ensuite mis au point lors d'une réunion des rapporteurs tenue du 18 au 20 juin 1979, à laquelle ont pu se joindre un expert par délégation, et a été successivement transmis au Conseil et aux gouvernements par le président Jenard.

6. Mise au point définitive de la convention dans le cadre du Conseil des Communautés européennes

Le 18 mai 1979, M. Jenard, président du groupe d'experts, avait transmis le projet de convention au président du Conseil des Communautés européennes en formulant le souhait que les gouvernements fassent part de leurs observations sur ce projet avant la fin de l'année pour que la convention puisse être conclue avant la fin de l'année 1980.

Le 20 juillet 1979, c'est encore M. Jenard qui a transmis au président du Conseil le projet de rapport relatif à la convention, lequel représentait le stade antérieur au présent rapport.

Le secrétariat général du Conseil a reçu des observations écrites de la part des gouvernements belge, néerlandais, danois, irlandais, allemand, luxembourgeois et britannique. Par ailleurs, le 17 mars 1980, la Commission a adopté un avis relatif au projet de convention, qui a été publié au *Journal officiel des Com*munautés européennes n° L 94 du 11 avril 1980.

Le 16 janvier 1980, le comité des représentants permanents a créé un groupe ad hoc «droit international privé» chargé d'un double mandat consistant à:

- mettre au point le texte final de la convention à la lumière des observations présentées par les gouvernements des États membres,
- examiner le problème de l'attribution et des limites d'une compétence éventuelle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'interprétation de la convention.

Le groupe ad hoc a tenu deux sessions, la première du 24 au 28 mars et la seconde du 21 au 25 avril 1980, sous la présidence de M. Brancaccio, du ministère italien de la justice (11). Se fondant sur les observations écrites présentées par les gouvernements et sur d'autres observations formulées oralement au cours

des travaux, le groupe est parvenu à un accord global sur les dispositions de fond de la convention et sur le texte du rapport qui s'y trouve joint.

Les seuls problèmes restés en suspens au niveau du groupe avaient trait à la position de la convention au regard de l'ordre juridique communautaire. À cet égard, il s'agissait notamment de déterminer le nombre de ratifications nécessaires pour permettre l'entrée en vigueur de la convention et de rédiger une déclaration des gouvernements des États membres concernant l'attribution de compétences à la Cour de justice.

Après une série de délibérations au sein du comité des représentants permanents, qui ont progressivement permis d'opérer un certain rapprochement des points de vue, la présidence du Conseil a estimé que les conditions politiques étaient réunies pour que les ministres de la justice examinent les points de désaccord, avec des chances appréciables de réussite, à l'occasion d'une session spéciale du Conseil qui a été convoquée à Rome le 19 juin 1980.

Cette réunion a été l'occasion d'une ultime négociation dont est résulté un accord pour fixer à sept le nombre des États membres devant obligatoirement ratifier la convention afin que celle-ci puisse entrer en vigueur. En outre, un accord est intervenu sur le texte d'une déclaration commune relative à l'interprétation de la convention par la Cour de justice, déclaration qui reprend littéralement ce qui a été dit par les gouvernements des six Etats membres originaires de la Communauté lors de la conclusion de la convention d'exécution de Bruxelles du 27 septembre 1968. En adoptant cette déclaration, les représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil ont en outre chargé le groupe ad hoc «droit international privé», mis en place au Conseil, de rechercher les moyens de mettre en œuvre le point 1 de la déclaration et de leur faire rapport à ce sujet avant le 30 juin 1981.

À l'issue de ces délibérations, le président en exercice du Conseil, M. Tommaso Morlino, ministre italien de la justice, a constaté l'accord des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil sur les points suivants:

- le texte de la convention et ceux des deux déclarations communes jointes sont adoptés,
- la convention est ouverte à la signature à compter du 19 juin 1980,
- la convention et le rapport qui s'y trouve joint sont publiés au Journal officiel des Communautés européennes.

Ce même 19 juin, la convention a été signée par les plénipotentiaires de la Belgique, de la république fédérale d'Allemagne, de la France, de l'Irlande, de l'Italie, du Luxembourg et des Pays-Bas.

7. Aperçu des sources internes et du caractère des règles en vigueur dans les États membres des Communautés européennes en matière de loi applicable aux obligations contractuelles

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.

Sans entrer dans les détails du droit positif, et en nous réservant d'y revenir dans le commentaire des règles uniformes, il est opportun de donner dès maintenant un bref aperçu des sources internes et du caractère des règles de conflit qui sont actuellement en vigueur dans les pays de la Communauté dans le domaine couvert par la convention. Cet aperçu permet de se rendre compte aussi bien de l'intérêt que des difficultés de l'œuvre d'unification entreprise par le groupe et dont la présente convention n'est qu'un premier résultat.

Parmi les neuf États membres de la Communauté, ce n'est qu'en Italie qu'on relève la présence d'un ensemble de règles de conflit édictées par le législateur et couvrant presque entièrement la matière visée par la convention. Il s'agit essentiellement des articles 17 deuxième alinéa, 25, 26, 30 et 31 des dispositions sur la loi en général, constituant l'introduction au code civil de 1942, ainsi que des articles 9 et 10 du code de la navigation de 1942.

Dans tous les autres États de la Communauté, au contraire, l'ensemble des règles de conflit sur la loi applicable aux obligations contractuelles n'est fondé que sur des règles coutumières ou sur des règles d'origine jurisprudentielle, que la doctrine a grandement contribué à développer et à harmoniser entre elles.

La situation, telle qu'on vient de l'exposer, n'a pas été substantiellement modifiée, ni par le projet de loi français complétant le code civil en matière de droit international privé (de 1967), ni par le traité Benelux portant loi uniforme relative au droit international privé, signé à Bruxelles le 3 juillet 1969. Sans aucun doute, des deux textes constituent un effort intéressant de codification des règles de conflit et, dans le cas des pays du Benelux, également d'uniformisation de ces règles sur le plan interétatique et le groupe n'a pas manqué de tenir compte, au cours de ses travaux, des résultats de cet effort. La mise en vigueur du traité Benelux n'a cependant pas été poursuivie et il ne semble pas que le projet de loi français doive aboutir dans un prochain avenir.

8. Vocation universelle des règles uniformes

Dès le début de ses travaux, le groupe s'est déclaré en faveur de règles uniformes qui s'appliqueraient aussi bien aux ressortissants des États membres et aux personnes domiciliées ou résidant à l'intérieur de la Communauté qu'aux ressortissants des États tiers et aux personnes qui y sont domiciliées ou qui y résident. Les dispositions de l'article 2 concrétisent cette vocation universelle de la convention.

Il est apparu au groupe que l'objet des travaux devrait essentiellement être de formuler des règles générales comme il en existe dans les dispositions législatives actuellement en vigueur en Italie, ainsi que dans le traité Benelux et dans le projet français. Dans une telle perspective, ces règles générales qui deviendraient le droit commun de chacun des États membres pour les règlements des conflits de lois ne porteraient pas atteinte à la réglementation détaillée de questions bien délimitées issues d'autres travaux, en particulier de ceux de la conférence de La Haye de droit international privé. La réserve de l'application de ces conventions particulières est assurée par la disposition de l'article 21.

9. Sur le caractère normalement général des règles uniformes de la convention et sur leur signification dans l'œuvre d'unification juridique déjà entreprise dans le domaine du droit international privé

Dès le début de ses travaux d'autre part, le groupe a été aussi amené à se prononcer sur le caractère et la portée des règles uniformes de conflit qu'il allait élaborer. Ces règles devaient-elles être des règles de caractère général, destinées à s'appliquer indifféremment à tous les contrats ou était-il préférable de scinder la réglementation concernant les obligations contractuelles en une série de règles spécifiques pour les différentes catégories de contrats, ou encore était-il opportun de s'en tenir à une solution intermédiaire, en adoptant des règles générales et en les complétant par quelques règles spécifiques pour certaines catégories de contrats?

La solution initialement préconisée par le rapporteur s'inspirait justement de la dernière possibilité. Elle prévoyait que, à défaut de choix explicite ou implicite des parties, le contrat serait régi, sous réserve des dispositions réglant spécifiquement certaines catégories de contrats, par une même loi.

Lorsque le groupe a abordé la question de savoir s'il était opportun ou non de compléter les règles générales sur la détermination de la loi applicable au contrat par quelques règles spécifiques au sujet de certaines catégories de contrats, il est apparu clairement que la question ne présentait plus l'intérêt qu'elle avait dans le cadre des propositions initiales du rapporteur. La formulation du texte de l'article 4, tel qu'il a été finalement retenu par le groupe, notamment en raison de sa souplesse, permettait en effet de donner des solutions satisfaisantes pour la plupart des contrats dont la loi applicable formait l'objet de règles spécifiques de conflit dans les propositions du rapporteur. C'est pour cela que le groupe n'a assorti la règle de l'article 4 que de quelques exceptions, notamment celles des articles 5 et 6 concernant, à défaut de choix explicite ou implicite des parties, la loi applicable respectivement à certains contrats conclus par les consommateurs et aux contrats de travail.

Ce caractère normalement général des règles uniformes a comporté la nécessité d'accompagner les règles de quelques exceptions et de laisser au juge une certaine marge d'appréciation quant à l'application de ces exceptions dans chaque cas d'espèce. On reviendra sur cet aspect dans le commentaire de plusieurs articles qui va suivre dans le chapitre III du présent rapport.

Ainsi qu'il est déclaré dans le préambule, en concluant la présente convention, les neuf États parties au traité instituant la Communauté économique européenne manifestent leur souci de poursuivre, dans le domaine du droit international privé, l'œuvre d'unification juridique déjà entreprise dans la Communauté, notamment en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements. La question de l'adhésion des États tiers n'est pas réglée dans la convention (voir p. 41, antépénultième alinéa).

TITRE PREMIER

CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES UNIFORMES

Article 1er

Champ d'application

1. Ainsi que le prévoit l'article 1^{er} paragraphe 1, en principe les règles uniformes de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.

Il importe de souligner que les règles uniformes de la convention ne sont applicables aux obligations susmentionnées que dans les situations comportant un conflit de lois. Cette précision a pour but de mieux définir l'objet propre des règles uniformes de la convention. On sait que la loi applicable aux contrats et aux obligations qu'ils engendrent n'est pas toujours celle du pays où les problèmes de leur interprétation ou de leur exécution sont mis en cause. Il y a des situations où cette loi n'est pas considérée par le législateur ou par la jurisprudence comme la mieux adaptée à régir le contrat et les obligations qui en résultent. Il s'agit des situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité par rapport à la vie sociale interne d'un pays (par exemple: le fait qu'une partie ou toutes les parties au contrat sont des nationaux étrangers ou des personnes domiciliées à l'étranger; le fait que le contrat a été conclu à l'étranger, le fait que l'une ou plusieurs des prestations des parties sont à exécuter dans un pays étranger, etc.) donnant aux systèmes juridiques de plusieurs pays vocation à s'y appliquer. C'est justement dans ces situations que les règles uniformes sont destinées à trouver application.

D'autre part, le libellé actuel du paragraphe 1 signifie que les règles uniformes doivent s'appliquer dans tous les cas où la situation litigieuse donnerait lieu à un conflit entre deux ou plusieurs systèmes juridiques. Les règles uniformes s'appliquent également lorsque ces systèmes juridiques coexistent à l'intérieur d'un même État (voir l'article 19 paragraphe 1). La question de savoir si un contrat est régi par la loi anglaise ou bien par la loi écossaise relève donc du domaine de la convention, sous réserve de l'article 19 paragraphe 2.

2. Le principe consacré au paragraphe 1 subit pourtant un ensemble de restrictions.

Tout d'abord, puisque la présente convention ne vise que la loi applicable aux obligations contractuelles, il est évident que la matière relative aux droits réels et intellectuels n'est pas couverte par ces dispositions. Cette précision avait été prévue expressément dans un article de l'avant-projet initial. Mais le groupe a estimé qu'il était superflu de répéter la précision dans le texte actuel; d'autant plus que cette précision aurait comporté la nécessité de rappeler les différences existant entre les divers systèmes juridiques des pays membres de la Communauté.

3. Il y a ensuite les restrictions énumérées dans l'article 1^{er} paragraphe 2.

Il s'agit d'abord [lettre a)] de l'état et de la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11. Il s'agit ensuite [lettre b)] des obligations contractuelles concernant les testaments et successions, les régimes matrimoniaux, 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. Par cette énumération, le groupe a entendu exclure du domaine de la convention l'ensemble du droit de la famille.

En ce qui concerne les obligations alimentaires, au sens de l'article 1^{er} de la convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, le groupe a estimé que l'exclusion devrait viser les contrats que des personnes — soumises à une obligation légale alimentaire — font en vue de l'exécution de cette obligation. Toutes les autres obligations contractuelles, même si elles ont pour objet l'entretien d'un membre de la famille à l'égard duquel il n'existe pas d'obligation légale alimentaire, tombent au contraire dans le champ d'application de la convention.

À la différence de ce qui a été dit dans l'article 1^{er} paragraphe 2 de l'avant-projet initial, le libellé actuel du paragraphe 2 sous b) n'exclut pas d'une manière générale la matière des donations. La majorité des délégations s'est prononcée pour l'inclusion des donations qui dérivent d'un contrat dans le champ d'application de la convention, même lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre familial, sans pour autant être couvertes par le droit de la famille. Restent donc en dehors du champ d'application des règles uniformes les seules donations contractuelles affectées par le droit de la famille, des régimes matrimoniaux ou des successions.

Le groupe a été unanime pour affirmer que les questions relatives à la garde des enfants sont exclues du champ d'application de la convention, étant donné qu'elles relèvent du domaine de l'état et de la capacité des personnes. Mais le groupe n'a pas jugé opportun de mentionner cette exclusion dans le texte même de la convention afin d'éviter une interprétation a contrario de la convention du 27 septembre 1968.

Pour écarter toute possibilité de mauvaise interprétation, le présent libellé des lettres a) et b) emploie la même terminologie que celle qui est employée dans la convention de 1968 en matière de compétence judiciaire et d'exécution des jugements.

4. Le paragraphe 2 sous c) exclut du champ d'application des règles uniformes en premier lieu les obligations nées de lettres de change, chèques et billets à ordre.

En maintenant cette exclusion, qui d'ailleurs était déjà prévue dans l'avant-projet initial, le groupe a estimé que les dispositions de la convention n'étaient pas adaptées pour régir ce genre d'obligation. Leur inclusion aurait impliqué en tout cas l'élaboration de règles spéciales de nature assez compliquée. Les conventions de Genève auxquelles sont parties plusieurs États membres de la Communauté règlent d'ailleurs la plus grande partie de ces domaines. Enfin, ces obligations sont considérées par certains États membres de la Communauté comme des obligations non contractuelles.

La lettre c) exclut également d'autres instruments négociables dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments découlent de leur caractère négociable. Lorsqu'une obligation est transférable, mais que le document dans lequel elle est consignée n'est pas considéré comme un instrument négociable, ce document n'entre pas dans le cadre de l'exclusion. Il en résulte que des documents tels que les connaissements et les documents similaires qui sont émis en relation avec des contrats de transport, les obligations, les cautionnements, les lettres de garantie, les warrants et les récépissés délivrés par les magasins généraux ne sont exclus sur la base de la lettre c) que s'ils peuvent être considérés comme des instruments négociables et, même dans ce cas, l'exclusion ne s'applique qu'en ce qui concerne les obligations découlant de leur caractère négociable. Par ailleurs, ni les contrats sur la base desquels ces instruments sont émis, ni les contrats pour l'achat et la vente de tels instruments ne sont exclus. La question de savoir si un document a ou non un caractère négociable ne relève pas de la convention mais de la loi du for (y compris ses règles en matière de droit international privé).

5. Sont également exclues du champ d'application de la convention les conventions d'arbitrage et d'élection de for [lettre d)].

La question de savoir s'il fallait ou non exclure les conventions d'élection de for a été vivement débattue

par le groupe. La majorité s'est finalement prononcée dans le sens de l'exclusion pour les raisons suivantes: la matière relève du domaine de la procédure et fait partie de l'administration de la justice (fonction publique de l'État); des règles en la matière auraient pu mettre en danger la ratification de la convention. On a également relevé ques les règles sur la compétence juridictionnelle sont d'ordre public et que pour l'autonomie de la volonté il ne reste qu'une place marginale. Chaque tribunal est obligé d'apprécier la validité de la convention d'élection de for par rapport à son propre droit et non pas par rapport à la loi choisie. Étant donné le caractère de ces dispositions et leur diversité quant au fond, aucune règle de conflit ne pourra conduire à une solution uniforme. Par ailleurs, ces règles seraient de toute façon condamnées à l'échec si les litiges étaient portés devant un tribunal d'un pays tiers. On a aussi fait remarquer que, pour les relations intracommunautaires, les questions les plus importantes (validité de la clause et forme) sont réglées par l'article 17 de la convention du 27 septembre 1968. Les questions restées en suspens, notamment celles relatives au consentement, ne se posent pratiquement pas compte tenu du fait que l'article 17 prescrit la forme écrite pour ces accords. Les délégations qui étaient d'avis que les conventions d'élection de for devraient relever du champ d'application de la convention ont souligné que la question de la validité de telles conventions serait souvent réglée par application de la loi régissant le reste du contrat dans lequel figure ladite convention et que, par conséquent, elle devrait être régie par la même loi que le contrat. Dans certains systèmes juridiques, la convention d'élection de for est elle-même considérée comme un contrat et l'on recourt, pour déterminer la loi applicable à ce contrat, aux règles normales de conflit de lois.

En ce qui concerne les conventions d'arbitrage, certaines délégations, notamment la délégation britannique, avaient proposé de ne pas exclure de la convention l'accord d'arbitrage en tant que tel. On a fait valoir que l'accord d'arbitrage ne diffère pas des autres accords en ce qui concerne les aspects contractuels, et que certaines conventions internationales ne règlent pas les problèmes de la loi applicable aux accords d'arbitrage tandis que d'autres le font d'une manière inadéquate. Les conventions internationales ne sont pas ratifiées d'ailleurs par tous les pays membres de la Communauté et, même si c'était le cas, le problème ne serait pas résolu car ces conventions ne sont pas d'application universelle. On a ajouté qu'il n'y aurait pas d'unification à l'intérieur de la Communauté sur ce point très important pour le commerce international.

D'autres délégations, notamment les délégations allemande et française, se sont déclarées contre la proposition britannique, en faisant valoir en particulier que: il faut éviter de multiplier les conventions existantes dans cette matière; le dépeçage est en principe admis dans le projet et la clause d'arbitrage est autonome; la difficulté d'appliquer la notion de liens plus étroits aux accords d'arbitrage; la difficulté de séparer les aspects procéduraux et ceux contractuels en la matière; la complexité de la matière, où les propositions avancées par les experts sont très divergentes; étant donné que les questions procédurales et celles relatives à l'arbitrabilité seraient de toute façon exclues, la seule question à régler serait celle du consentement: la Chambre de commerce internationale, dont tout le monde connaît la grande expérience en la matière, n'a pas senti le besoin d'une réglementation ultérieure.

Compte tenu du fait que les solutions envisageables et envisagées en général pour l'arbitrage sont très complexes et très divergentes, un délégué a proposé d'étudier cette matière séparément et de consacrer les résultats éventuels dans un protocole. Le groupe a retenu cette proposition et a, dès lors, exclu les conventions d'arbitrage du champ d'application des règles uniformes, quitte à revenir sur ces problèmes ainsi que sur celui des accords d'élection du for une fois terminée l'élaboration de la convention.

L'exclusion des conventions d'arbitrage concerne non seulement les aspects procéduraux mais également la formation, la validité et les effets de ces conventions. Dans le cas où la clause d'arbitrage fait partie intégrante d'un contrat, l'exclusion ne porte que sur la clause elle-même et non sur l'ensemble du contrat. Cette exclusion n'empêche pas que les clauses en question soient prises en considération aux fins de l'article 3 paragraphe 1.

6. Le paragraphe 2 sous e) dispose que les règles uniformes ne s'appliquent pas aux questions relevant du droit des sociétés, associations ou personnes morales, telles que la constitution, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, associations et personnes morales, ainsi que la responsabilité personnelle légale des associés et des organes pour les dettes de la société, association ou personne morale.

Cette exclusion n'implique aucunement une sousévaluation de l'importance de cette matière dans la vie économique des pays membres de la Communauté. Il s'agit en effet d'une matière qui, par son importance économique et par la place qu'elle tient dans plusieurs dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne, semble bien présenter tous les titres pour ne pas être écartée des travaux communautaires dans le domaine de l'unification du droit international privé, notamment dans le domaine des conflits de lois ayant trait aux relations économiques. Nonobstant les considérations qui précèdent, même dans son avant-projet initial, le groupe n'avait pas jugé opportun d'inclure la matière des sociétés, associations et personnes morales dans le champ d'application de la convention, surtout en raison des travaux en cours à ce sujet dans le cadre des Communautés européennes (12).

En confirmant cette exclusion, le groupe a précisé qu'elle vise tous les actes de nature complexe (contractuels, administratifs, enregistrement) nécessaires à la création d'une société, ou réglant sa vie interne ou sa dissolution, c'est-à-dire des actes qui relèvent du droit des sociétés.

Par contre, tous les actes ou contrats préliminaires dont le seul but est de créer des engagements entre les parties intéressées (promoteurs) en vue de constituer une société ne sont pas couverts par l'exclusion.

Il peut s'agir d'une société ou d'une association avec ou sans personnalité juridique, avec ou sans but lucratif. Compte tenu des divergences existant en la matière, il pourra se vérifier que certaines relations seront considérées comme relevant du droit des sociétés ou pourraient être assimilées à celles visées par le droit des sociétés (par exemple: société de droit civil, nicht-rechtsfăhiger Verein, partnership, vennootschap onder firma, etc.) dans certains pays et pas dans d'autres. Un caractère de flexibilité a été donné à la règle pour respecter la diversité des droits nationaux.

Par «fonctionnement interne» on envisage par exemple: la convocation d'assemblées, le droit de vote, le quorum nécessaire, la nomination des cadres organiques de la société, etc. La dissolution peut comprendre soit la fin de la société prévue par le statut ou en application du droit des sociétés, soit la disparition de la société par fusion ou par un autre mode semblable.

À la demande de la délégation allemande, le groupe a étendu l'exlusion de la lettre e) à la responsabilité personnelle des associés et des organes ainsi qu'à la capacité juridique des sociétés. La proposition de mentionner également de manière expresse la fusion et le groupement des sociétés n'a pas été, en revanche, retenue par le groupe, la majorité des délégations étant d'avis que la fusion et le groupement des sociétés étaient déjà visés dans la rédaction actuelle.

En ce qui concerne la capacité juridique, il est à préciser qu'on se réfère à des limitations qui peuvent être imposées aux sociétés par la loi, par exemple en matière d'acquisition de biens immobiliers. Il ne s'agit pas du dépassement des pouvoirs des organes de la société qui relève de la lettre f).

7. La solution retenue au paragraphe 2 sous f) comporte l'exclusion du champ d'application des règles uniformes de la question de savoir si un intermédiaire peut engager envers les tiers la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ou si un organe d'une société, d'une association ou d'une personne morale peut engager envers les tiers cette société, association ou personne morale.

L'exclusion vise uniquement les relations entre le représenté et les tiers et plus particulièrement la question de savoir si le représenté a pu être engagé envers les tiers par les actes accomplis par l'intermédiaire dans des cas concrets. Elle ne vise pas les autres volets de la matière complexe de la représentation, qui couvre aussi les relations entre le représenté et l'intermédiaire, d'une part, et les relations entre l'intermédiaire et les tiers. L'exclusion est justifiée par le fait que, dans le cas d'espèce, le principe de l'autonomie de la volonté peut difficilement être admis. Par contre, les relations entre le représenté et l'intermédiaire et entre l'intermédiaire et les tiers ne présentent aucune particularité par rapport aux autres obligations et sont donc incluses dans le champ d'application de la convention, dans la mesure où elles sont de nature contractuelle.

- 8. L'exclusion visée au paragraphe 2 sous g) a pour objet les trusts, tels qu'ils sont conçus par les pays de Common Law. On a employé justement le mot anglais «trust» pour bien définir la portée de l'exclusion. Par contre, les institutions semblables de droit continental tombent sous le coup de la convention, car elles sont normalement d'origine contractuelle. Le juge aura cependant la possibilité de les assimiler à celles de la Common Law lorsqu'elles présentent les mêmes caractéristiques.
- 9. D'après le paragraphe 2 sous h), les règles uniformes ne s'appliquent pas à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'article 14.

Cette exclusion ne semble pas exiger de commentaires. La portée et la mesure dans laquelle l'exclusion subit une limitation feront l'objet d'un commentaire sous l'article 14.

10. La question de savoir s'il fallait inclure ou exclure du champ d'application des règles uniformes la matière des contrats d'assurance a été discutée longuement par le groupe. La solution finalement retenue a été celle qui figure dans le paragraphe 3.

D'après ce paragraphe, les dispositions de la convention ne s'appliquent pas aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés dans les territoires des États membres de la Communauté économique euro-

péenne. L'exclusion dont il est question tient compte des travaux en cours au sein de la Communauté en matière d'assurances. Les règles uniformes s'appliquent donc aux contrats d'assurance qui couvrent des risques situés en dehors desdits territoires. Les États sont pourtant libres d'appliquer des règles inspirées de celles de la convention même aux risques situés dans la Communauté, sous réserve de la réglementation communautaire qui sera établie.

Les contrats d'assurance, dans la mesure évidemment où ils couvrent des risques situés en dehors de la Communauté, peuvent également tomber, le cas échéant, sous le coup de l'article 5 de la convention.

Pour déterminer si un risque est situé dans les territoires des États membres de la Communauté, le dernier membre de phrase du paragraphe 3 dit que le juge applique sa loi interne. Cette expression s'entend des règles en vigueur dans le pays du juge à l'exclusion des règles de droit international privé ainsi que le précise l'article 15 de la convention.

11. D'après l'article ler paragraphe 4, l'exclusion du paragraphe 3 ne concerne pas les contrats de réassurance. En effet, ces contrats ne posent pas les mêmes problèmes que ceux soulevés par les contrats d'assurance où les exigences de protection des assurés doivent nécessairement être prises en considération. Les règles uniformes s'appliquent donc aux contrats de réassurance.

Article 2

Caractère universel

Cet article souligne le caractère universel des règles uniformes contenues dans la présente convention. Celle-ci ne s'applique pas seulement dans les situations comportant des éléments de rattachement avec l'un ou l'autre des États contractants. Elle a une vocation universelle en ce sens que les règles de conflit qu'elle édicte peuvent conduire à l'application de la loi d'un État non partie à la convention. À titre d'exemple, les parties à un contrat peuvent choisir, en vertu de l'article 3, la loi d'un État tiers, et, à défaut de choix, cette même loi pourra être appliquée au contrat, en vertu des articles 4 et 5, si c'est avec cet État que le contrat présente les liens les plus étroits. En d'autres termes, la présente convention est une loi uniforme de droit international privé qui se substituera, dans la matière qu'elle couvre et sous réserve des autres conventions auxquelles les États contractants sont parties (voir l'article 21), aux règles de droit international privé en vigueur dans chacun des États contractants.

La solution est conforme à celle qui a été retenue par la plupart des conventions de La Haye relatives aux conflits de lois (stricto sensu). La rédaction suit celles des conventions de La Haye élaborées au cours de la treizième session (conventions du 14 mars 1978 sur les régimes matrimoniaux, article 2, et sur les contrats d'intermédiaires, article 4).

TITRE II

RÈGLES UNIFORMES

Article 3

Liberté de choix

1. La règle énoncée à l'article 3 paragraphe 1, d'après laquelle le contrat est régi par la loi choisie par les parties, ne constitue que la réaffirmation d'une règle consacrée à l'heure actuelle dans le droit international privé de tous les États membres de la Communauté ainsi d'ailleurs que dans la plupart des droits des autres pays.

En droit français, la règle qui confère aux parties ce pouvoir (ou cette autonomie de la volonté, selon l'expression courante) est fondée sur une jurisprudence remontant à l'arrêt rendu le 5 décembre 1910 par la Cour de cassation dans l'affaire American Trading Company contre Quebec Steamship Company Limited. Le projet de loi français de 1967, ayant pour objet de compléter le code civil en matière de droit international privé, ne fait que confirmer l'état du droit français en la matière, lorsqu'il établit, à l'article 2312 premier alinéa: «Le contrat de caractère international et les obligations qui en résultent, sont soumis à la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer».

L'affermissement de la règle dans la jurisprudence française a été accompagné par une évolution correspondante de la doctrine. Les auteurs contemporains les plus éminents se déclarent fondamentalement en faveur du principe de l'autonomie de la volonté des parties quant à la détermination de la loi applicable au contrat ou quant à la localisation du contrat dans une sphère juridique déterminée selon l'opinion d'une partie de la doctrine (13).

Il en est de même en ce qui concerne le droit de la république fédérale d'Allemagne, où la matière des obligations contractuelles n'a pas été réglée par le législateur lors de la rédaction définitive de la loi d'introduction de 1896. La règle conférant aux parties le pouvoir de désigner la loi applicable à leur contrat est pourtant fondée sur une jurisprudence qui s'est développée et affermie au cours des dernières décennies, nonobstant l'opposition de la grande majorité de la doctrine antérieure. La doctrine contemporaine, de toute façon, partage entièrement la solution retenue par la jurisprudence (14).

À la différence de ce qui est arrivé en France et en république fédérale d'Allemagne, le principe de l'autonomie de la volonté des contractants a été, dès 1865, expressément consacré par le législateur italien dans les dispositions préliminaires du code civil. Il trouve actuellement son fondement dans l'article 25 premier alinéa des dispositions préliminaires du code civil de 1942, où l'autonomie de la volonté des parties quant au choix de la loi applicable à leur contrat est formellement admise ainsi que dans les articles 9 et 10 du code de la navigation, où il est prévu que le pouvoir des parties quant à la désignation de la loi applicable peut s'exercer aussi dans les contrats de travail du personnel navigant et dans les contrats d'utilisation de navires, de bateaux ou d'aéronefs. Selon l'opinion prépondérante en doctrine et selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la loi applicable au contrat doit être déterminée, d'abord sur la base de la volonté manifestée par les parties à cet égard; ce n'est qu'à défaut d'une telle désignation que la loi du contrat sera déterminée par les facteurs de rattachement prévus dans les dispositions susmentionnées (15).

En ce qui concerne la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas, la règle de l'autonomie de la volonté des contractants quant au choix de la loi applicable a été également sanctionnée par la pratique judiciaire et la doctrine contemporaine.

Dans son arrêt du 24 février 1938 dans l'affaire SA Antwerpia contre ville d'Anvers, la Cour de cassation de Belgique, en des termes manifestement inspirés de l'arrêt français du 5 décembre 1910, a affirmé pour la première fois que «la loi applicable aux contrats, tant pour leur formation que pour leurs conditions et effets, (est) celle que les parties ont adoptée» (16). De leur côté, plusieurs auteurs belges ont contribué à l'affermissement théorique et pratique de la règle (17).

Aux Pays-Bas, c'est avec l'arrêt du 13 mai 1966 dans l'affaire Alnati que le Hoge Raad a donné, pour ainsi dire, la dernière touche à l'évolution de la jurisprudence en la matière. En effet, les arrêts précédents de la Cour suprême ainsi que les divergences existantes en doctrine quant à la portée précise de la règle de l'autonomie de la volonté, n'auraient pas encore permis de caractériser avec suffisamment de certitude l'état du droit néerlandais en la matière (18).

De toute façon, le traité Benelux de 1969 portant loi uniforme relative au droit international privé, même si sa mise en vigueur n'a pas été poursuivie par les États signataires, constitue une manifestation significative de leur présente attitude en ce domaine. L'article 13 premier alinéa de la loi uniforme dispose en effet: «Les contrats sont régis par la loi choisie par les parties, tant en ce qui concerne les dispositions impératives que les dispositions supplétives.»

Le droit anglais reconnaît aux parties à un contrat la liberté de choisir la loi qui doit le régir (the proper law of the contract). Ce principe de liberté de choix est fondé sur la jurisprudence (19). Dans l'affaire Vita Food Products Inc. contre Unus Shipping Co. Ltd (20), lord Wright a indiqué que le choix des parties doit être fait de bonne foi et conforme à la loi et qu'il peut y être dérogé pour des raisons d'ordre public. Dans certains domaines, la liberté de choix des parties est soumise à des limites légales (20a), dont les plus importantes concernent les clauses d'exonération (20b).

Le droit écossais va dans le même sens (20c) et le droit irlandais s'inspire des mêmes principes que les systèmes juridiques anglais et écossais.

En droit anglais (et la situation est semblable en droit écossais et en droit irlandais), lorsque les parties n'ont pas mentionné expressément la loi régissant leur contrat (20d), le tribunal examine si l'on peut déduire des termes du contrat quelle est la loi choisie par les parties. Le cas le plus fréquent où le tribunal peut être amené à déduire le choix de la loi qu'il convient d'appliquer est celui où le contrat comporte une clause d'arbitrage ou une clause attributive de juridiction dans laquelle un pays déterminé est désigné comme le siège de l'instance arbitrale ou juridictionnelle. Une telle clause permet de faire valoir qu'il convient d'appliquer la loi du pays choisi comme loi régissant le contrat en question. Toutefois, cette déduction n'est pas décisive et elle peut être infirmée sur la base de toute interprétation en sens inverse que l'on peut donner des autres dispositions du contrat et de tous autres éléments connexes et pertinents (20e).

Enfin, en ce qui concerne le Danemark, le principe de l'autonomie de la volonté des contractants quant au choix de la loi applicable à leur contrat paraît avoir déjà inspiré plusieurs opinions de juges de la Cour suprême dans le courant de ce siècle. De toute façon, le principe oriente aujourd'hui la jurisprudence de ce pays, ainsi qu'il résulte de l'arrêt de 1957 dans l'affaire Baltica contre M. J. Vermaas Scheepvaartbedrijf, avec le plein appui de la doctrine (21).

2. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties quant au choix de la loi applicable est consacré également tant par la jurisprudence arbitrale que par les traités internationaux ayant pour objet l'unification de certaines règles de conflit en matière de contrats.

La règle, qui avait déjà été évoquée en 1929 par la Cour permanente de justice internationale dans son

arrêt sur l'affaire des Emprunts brésiliens (22), inspire très clairement la sentence rendue par le tribunal arbitral le 29 août 1958 dans l'affaire Saudi Arabia contre Arabian American Oil Company (Aramco), où il est dit que «les principes de droit international privé à consulter pour déterminer la loi applicable sont ceux de l'autonomie de la volonté, en vertu desquels il faut, dans une convention avant un caractère international, appliquer en premier lieu la loi expressément choisie par les parties ...» (23). Pareillement, dans le jugement arbitral prononcé le 15 mars 1963 dans l'affaire Sapphire International Petroleums Limited contre National Iranian Oil Company, l'arbitre unique, M. Cavin, relève que c'est la volonté des parties qui détermine la loi applicable en matière contractuelle (24). La même règle a été réaffirmée par l'arbitre unique M. Dupuy dans la sentence qu'il a rendue le 19 janvier 1977 dans l'affaire république arabe de Lybie contre California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company (25).

En ce qui concerne les traités internationaux, la règle de l'autonomie de la volonté a été retenue dans la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue à La Haye le 15 juin 1955, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1964. L'article 2 de cette convention, qui est en vigueur entre plusieurs pays européens, dispose que: «La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes».

La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, conclue à Genève le 21 avril 1961, entrée en vigueur le 7 janvier 1964, dispose, à son article VIII, que «les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige».

Du même principe s'inspire également la convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, entrée en vigueur le 14 octobre 1966, lorsqu'elle établit, à son article 42, que «le tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties».

La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation déclare, à son article 5, que «la loi interne choisie par les parties régit les rapports de représentation entre le représenté et l'intermédiaire» (26).

3. Le choix des parties doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Cette précision, qui se dégage de l'article 3 paragraphe 1 deuxième membre de phrase, comporte une conséquence importante.

Le choix de la loi par les parties résulte souvent d'une clause expresse du contrat, mais la convention admet la possibilité que le juge puisse, en considération de l'ensemble des circonstances de la cause, constater que les parties ont fait un véritable choix de la loi encore qu'il ne soit pas expressément déclaré dans le contrat. Par exemple, le contrat peut être un contrattype régi par un système juridique particulier même s'il n'y a pas de déclaration expresse sur ce point: par exemple, une police d'assurance maritime de Lloyds. Dans d'autres cas, le fait qu'un contrat antérieur entre les parties au contrat contenait un choix exprès de la loi peut permettre au juge de n'avoir aucun doute que le contrat sera régi par la même loi précédemment choisie, même si la clause de choix de la loi a été omise dans des circonstances qui ne font pas apparaître un changement d'attitude entre les parties. Dans quelques cas encore, le choix du for d'un certain pays peut révéler sans ambiguïté que les parties ont voulu que le contrat soit régi par la loi du for, à condition que ceci soit compatible avec les autres dispositions du contrat ou avec l'ensemble des circonstances de la cause. De même, des références faites dans un contrat à des articles déterminés du code civil français peuvent permettre au juge de n'avoir aucun doute que les parties ont délibérément choisi le droit français, bien que ce choix n'ait pas été expressément effectué. Parmi les autres éléments qui peuvent pousser le juge à conclure qu'un choix véritable de la loi a été effectué, on peut encore mentionner un choix exprès de la loi intervenu dans des relations du même ordre entre les mêmes parties ou bien le choix d'un lieu où les litiges doivent être tranchés par voie d'arbitrage dans des circonstances faisant apparaître que l'arbitre appliquera la loi en vigueur dans ce lieu.

Il est clair en tout cas que le membre de phrase auquel on vient de faire allusion n'autorise aucunement le juge à supposer un choix de la loi par les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire. Dans ce cas, le contrat est régi par les dispositions de l'article 4 de la présente convention.

4. Le dernier membre de phrase de l'article 3 paragraphe 1 admet que le choix des parties quant à la loi applicable peut porter sur la totalité du contrat ou sur une partie de celui-ci seulement. Sur la question de l'admission du dépeçage, plusieurs experts ont fait remarquer que le contrat devrait, en principe, être régi par une loi unique, à moins que ce contrat — en apparence unique - ne se compose en réalité de plusieurs contrats ou parties détachables et indépendantes l'une de l'autre du point de vue juridique et économique. Pour ces experts, aucune référence au dépeçage n'aurait dû être faite dans le texte même de la convention. Pour d'autres experts, en revanche, le dépeçage est directement lié au principe de l'autonomie de la volonté et pourrait donc être difficilement interdit. Toutefois, en cas de dépeçage, le choix doit être cohérent, c'est-à-dire concerner des éléments du

contrat qui peuvent être régis par des lois différentes sans donner lieu à des résultats contradictoires. Par exemple, la clause d'indexation peut être soumise à une loi différente, par contre la résolution du contrat pour inexécution ne pourrait sans doute pas être soumise à deux lois différentes, l'une pour le vendeur et l'autre pour l'acheteur. Si les lois choisies ne peuvent pas se combiner d'une manière cohérente, il faut revenir à l'article 4 de la convention.

Quant au risque que le dépeçage soit effectué pour échapper à certaines dispositions impératives, il peut être neutralisé, selon l'avis de ces experts, grâce à l'article 7. Ces mêmes experts ont fait valoir aussi que le dépeçage ne devrait pas être limité aux cas du choix explicite de la loi.

La solution retenue à l'article 3 paragraphe 1 dernière phrase s'inspire justement de cet ordre d'idée. Le groupe n'a pas retenu l'idée que d'un choix partiel de la loi il soit possible pour le juge de tirer une présomption en faveur d'une loi unique appelée à régir le contrat dans son ensemble. Une telle idée pourrait induire en erreur dans les situations où les parties auraient conclu un accord sur le choix de la loi uniquement sur un point particulier. Par contre, dans le cas du choix partiel, il faut revenir à l'article 4.

5. L'article 3 paragraphe 2 première phrase reconnaît aux parties la plus grande liberté quant au moment où le choix de la loi applicable peut intervenir

Ce choix peut intervenir aussi bien au moment de la conclusion du contrat qu'à une date antérieure ou postérieure. La deuxième phrase du paragraphe 2, de son côté, reconnaît également aux parties la plus grande liberté quant à la modification du choix de la loi applicable qu'elles auraient effectué précédemment.

La solution retenue par le groupe dans le paragraphe 2 ne correspond que partiellement à ce qui semble être l'état actuel du droit des pays membres de la Communauté en la matière.

Tant en république fédérale d'Allemagne qu'en France, en effet, le choix par les parties de la loi applicable paraît bien pouvoir intervenir même après la conclusion du contrat et les tribunaux déduisent parfois la loi applicable de l'attitude des parties au cours de la procédure lorsqu'elles se réfèrent d'un commun accord apparent à une loi déterminée. Le pouvoir des parties de modifier la désignation de la loi applicable à leur contrat paraît également et très largement admis (27).

La jurisprudence néerlandaise s'est, elle aussi, orientée dans le même sens (28).

Par contre, en Italie, dans son arrêt du 28 juin 1966 n° 1680 dans l'affaire Assael Nissim contre Crespi, la Cour de cassation (chambres réunies) a déclaré que «le choix des parties quant à la loi applicable n'est pas admissible dans le cas où il aurait été effectué postérieurement à la stipulation du contrat» (29).

D'après ladite conclusion, qui n'est pas approuvée par toute la doctrine italienne (30), le choix des parties ne pourrait intervenir qu'au moment de la conclusion du contrat. Une fois que la loi applicable a été choisie, les parties n'auraient plus la possibilité de se mettre d'accord sur la désignation d'une loi autre que celle qu'elles avaient désignée au moment de la conclusion du contrat.

Dans le droit de l'Angleterre et du pays de Galles, de l'Écosse, de l'Irlande du Nord et de l'Irlande, il n'y a pas d'autorité incontestée en ce qui concerne la loi applicable à la possibilité de changer la loi du contrat.

6. La solution libérale ainsi adoptée par le groupe paraît bien correspondre à une exigence de cohérence. Une fois accepté le principe de l'autonomie de la volonté, et compte tenu de ce que l'exigence d'une désignation par les parties de la loi applicable peut s'imposer aussi bien au moment même que postérieurement à la conclusion du contrat, il apparaît tout à fait logique que le pouvoir des parties ne soit pas limité au seul moment de la conclusion du contrat. Il en est de même en ce qui concerne la modification, par un nouvel accord entre les parties, de la loi qu'elles avaient précédemment choisie.

Quant à la manière selon laquelle la modification du choix de la loi pourrait se faire, il est tout à fait naturel que cette modification soit soumise aux mêmes règles que le choix initial.

Si le choix ou la modification du choix de la loi applicable intervient au cours de la procédure, la question se pose de savoir dans quelles limites ce choix ou cette modification pourra utilement intervenir. Cependant, la question relève du droit national de la procédure et c'est uniquement en conformité de ce droit qu'elle devra être tranchée.

7. L'article 3 paragraphe 2 dernière phrase précise que la modification de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens d'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers. Cette réserve portant sur la validité formelle du contrat a pour but d'éviter que l'accord entre les parties de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant n'entraîne des doutes sur la validité du contrat dans la période précédant l'accord entre les parties. La réserve des droits des tiers paraît tout à fait justifiée. Dans certains systèmes juridiques, un tiers peut avoir acquis des droits à la suite d'un contrat conclu entre deux autres personnes. Ces

droits ne peuvent être affectés par un changement ultérieur du choix de la loi applicable.

8. L'article 3 paragraphe 3 prévoit que le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne saurait, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées «dispositions impératives».

Cette solution est le résultat d'un compromis entre deux orientations qui se sont vivement opposées au sein du groupe: d'une part, le désir de certains experts de limiter la liberté de choix des parties consacrée dans cet article par un correctif tendant à préciser que le choix d'une loi étrangère ne suffirait pas en soi pour permettre l'application de cette loi si la situation au moment du choix n'impliquait pas un autre élément d'extranéité, d'autre part, la préoccupation d'autres experts, notamment des experts britanniques, qu'un tel correctif aurait pu par trop entraver la liberté des parties même dans des situations où leur choix apparaissait justifié, fait de bonne foi et pouvant satisfaire des intérêts dignes de protection. Ces experts, en particulier, ont fait valoir que des dérogations au principe de la liberté de choix des parties ne devraient être autorisées que dans des circonstances exceptionnelles, comme par exemple dans le cas de l'application des règles impératives d'une loi autre que la loi choisie par les parties; ils ont aussi donné plusieurs exemples dans lesquels le choix par les parties d'une loi étrangère était pleinement justifié, bien que la situation ne présentât apparemment aucun autre élément d'extranéité.

Le groupe a reconnu le bien-fondé de la préoccupation dont on vient de parler, tout en maintenant le principe que le choix par les parties d'une loi étrangère, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un seul pays, ne saurait porter atteinte aux dispositions impératives de la loi de ce pays.

9. L'article 3 paragraphe 4 se borne à renvoyer aux dispositions établies aux articles 8, 9 et 11 en ce qui concerne les questions relatives à l'existence et à la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable. Nous reviendrons donc sur ces questions dans les commentaires desdits articles.

Article 4

Loi applicable à défaut de choix

1. À défaut de choix explicite ou implicite des parties, la détermination de la loi applicable aux contrats ne s'opère pas à l'heure actuelle d'une façon uniforme dans les systèmes juridiques des États membres de la Communauté (31).

En droit français et en droit belge, il n'y a pas lieu de faire de différence entre volonté implicite et volonté hypothétique (ou présumée) des parties. En l'absence d'un choix exprès de la loi applicable, les tribunaux recherchent les divers indices susceptibles de faire ressortir la localisation du contrat dans tel ou tel pays. Cette localisation et entendue tantôt d'une façon subjective comme l'équivalent de ce qu'aurait été probablement la volonté des parties si elle s'était déclarée, tantôt d'une façon objective comme l'équivalent du pays avec lequel l'opération présente le lien le plus étroit (32).

La conception objective paraît rencontrer de plus en plus l'appui de la doctrine et de la jurisprudence. En s'inspirant de cette conception, dans son arrêt du 27 janvier 1955 (Société Jansen contre Société Heurtey), la cour de Paris affirmait que, à défaut de manifestation de la volonté des parties, la loi applicable «est déterminée de façon objective par la circonstance que le contrat se trouve, de par sa contexture et son économie, localisé dans un certain pays, ce lien avec lequel l'opération conventionnelle entretient le rapport le plus étroit étant celui où doit s'accomplir la prestation spécifique du contrat en question, en exécution de l'obligation caractéristique de sa nature» (33).

Et c'est toujours cette façon de concevoir la localisation du contrat qui est évoquée, en des termes manifestement inspirés de l'arrêt précité, à l'article 2313 deuxième alinéa du projet français, où il est dit que, à défaut de volonté manifestée par les parties, «le contrat est régi par la loi avec laquelle il présente, par son économie, et notamment par le lieu principal de son exécution, le lien le plus étroit».

De même, en droit allemand, la solution retenue par les tribunaux pour la détermination de la loi du contrat en l'absence de choix des parties, se base largement sur la recherche des indices susceptibles de faire ressortir la hypothetischer Parteiwille, la volonté présumée des parties, en tenant compte des intérêts généraux en jeu dans chaque cas d'espèce. Si cette recherche n'aboutit pas à un résultat, la loi applicable au contrat, d'après la jurisprudence allemande, est déterminée par le lieu de son exécution, plus exactement par le lieu de l'exécution de chacune des obligations résultant du contrat, car les tribunaux allemands estiment que, si les diverses obligations d'un contrat sont à exécuter dans des pays différents, chaque obligation est régie par la loi du pays de son exécution (34).

En droit anglais, lorsque les parties n'ont pas expressément choisi la loi applicable et qu'aucun choix ne peut être déduit, la loi applicable au contrat est le système juridique avec lequel la transaction présente le lien le plus étroit et le plus réel (35). En pareil cas, le juge ne cherche pas à établir avec certitude les intentions réelles des parties contractantes, vu que lesdites intentions n'existent pas, mais il doit s'efforcer «de déterminer pour les parties quel est le droit qu'une personne juste et raisonnable aurait dû avoir à l'esprit si elle avait pensé à la question au moment de la conclusion du contrat» (36). En menant cette recherche, le tribunal doit envisager toutes les circonstances de la cause. Aucun élément n'est décisif en soi. Il convient, au contraire, de tenir compte de toute une série d'éléments, tels que, par exemple, le lieu de résidence ou d'activité des parties, le lieu d'exécution du contrat, le lieu de conclusion, ainsi que la nature et l'objet du contrat.

Le droit écossais aborde la question d'une manière semblable (^{36a}) tout comme le droit irlandais.

En droit italien, où la volonté présumée des parties ne joue aucun rôle, la solution du problème qui nous occupe a été donnée expressément et directement par le législateur. À défaut de loi choisie par les parties, les obligations résultant du contrat sont régies par les lois suivantes:

- a) les contrats de travail à bord de navires ou d'aéroness étrangers, par la loi nationale du navire ou de l'aérones (article 9 du code de la navigation);
- b) les contrats de louage, d'affrètement et de transport dans la navigation maritime, intérieure et aérienne, par la loi nationale du navire ou de l'aéronef (article 10 du code de la navigation);
- c) tous les autres contrats, par la loi nationale des contractants, si elle leur est commune, autrement, par la loi du lieu où le contrat a été conclu (article 25 premier alinéa des dispositions préliminaires du code civil).

Les lois susmentionnées ne s'appliquent qu'à titre subsidiaire; elles ne s'appliquent qu'à défaut de volonté manifestée par les parties quant à la loi applicable. C'est justement en ce sens que se prononce la jurisprudence italienne. Et c'est toujours dans le même sens que se prononce la doctrine (37).

Pour terminer ce bref aperçu, il ne nous reste qu'à rappeler les dispositions de l'article 13 troisième et quatrième alinéas du traité Benelux de 1969 non entré en vigueur. D'après le troisième alinéa, à défaut de choix par les parties, «le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les rapports les plus étroits». D'après la quatrième alinéa, «lorsqu'il est impossible de déterminer ce pays, le contrat est régi par la loi du pays où il a été conclu». On peut relever dans la jurisprudence néerlandaise une tendance à formuler des règles de référence particulières pour

certains types de contrats (voir Journal du droit international, 1978, p. 336 et Netherlands International Law Revue, 1974, p. 315). Il s'agit notamment du contrat de travail, du contrat d'intermédiaire et du contrat de transport.

L'aperçu qui précède a mis en évidence que, à la seule exception de l'Italie, où la loi applicable à titre subsidiaire au contrat est déterminée une fois pour toutes par des rattachements fixes et rigides, tous les autres pays de la Communauté ont préféré et préfèrent s'en tenir à une solution plus souple, laissant au juge la tâche d'individualiser dans chaque cas d'espèce, parmi les divers éléments du contrat et les circonstances de la cause, le rattachement prépondérant et décisif pour la détermination de la loi applicable au contrat.

2. Après avoir examinè le pour et le contre des solutions actuellement retenues par les législateurs et la jurisprudence des pays membres de la Communauté et après avoir analysé tout un éventail de notions et de formulations alternatives présentées tant par le rapporteur que par plusieurs délégués, le groupe a pu se mettre d'accord sur la règle uniforme consacrée à l'article 4.

Le paragraphe 1 de cet article établit que, à défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Aux fins de déterminer le pays avec lequel le contrat est le plus étroitement lié, on peut également prendre en considération des éléments qui sont intervenus après la conclusion du contrat.

En vérité, au début du paragraphe 1, on ne parle pas du défaut de choix par les parties, mais on emploie l'expression «dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3». L'emploi de cette expression se justifie par ce qui a été dit au point 4 du commentaire de l'article 3.

La souplesse du principe général ainsi posé par le paragraphe 1 est pourtant sensiblement tempérée par les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 ainsi que par une admission très limitée du dépeçage (paragraphe 1 in fine).

3. D'après l'article 4 paragraphe 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. 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 doit être fournie par un

établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement. Cette présomption de l'article 4 paragraphe 2 peut être écartée par le paragraphe 5 du même article.

L'ordre d'idées dont la disposition du paragraphe 2 s'inspire n'est certes pas inconnu des spécialistes. Il constitue l'aboutissement d'une tendance qui s'est développée de plus en plus dans la doctrine ainsi que dans la jurisprudence de nombre de pays au cours des dernières décennies (38). La soumission du contrat, en l'absence de choix des parties, à la loi de la prestation caractéristique permet en effet de concrétiser le rattachement du contrat de l'intérieur et non de l'extérieur par des éléments qui ne sont pas en relation avec l'essence de l'obligation, tels que la nationalité des contractants ou le lieu de conclusion.

Il est possible d'ailleurs de faire remonter la conception de la prestation caractéristique à une idée plus générale encore, à savoir l'idée que cette prestation vise la fonction que le rapport juridique en cause exerce dans la vie économique et sociale du pays. La conception de la prestation caractéristique permet, en substance, de rattacher le contrat au milieu socio-économique dans lequel il va s'insérer.

L'individualisation de la prestation caractéristique d'un contrat ne soulève évidemment aucune difficulté dans le cas des contrats unilatéraux. Par contre. dans le cas des contrats bilatéraux (synallagmatiques) par lesquels les contractants se chargent mutuellement de prestations réciproques, la contre-prestation d'une des parties, dans l'économie moderne, consiste habituellement en argent. Cette prestation n'est donc pas caractéristique du contrat. C'est la prestation pour laquelle le paiement est dû, c'est-à-dire, selon les différentes catégories de contrats, le transfert de la propriété, la livraison d'objets mobiliers corporels, l'attribution de l'usage d'une chose, la fourniture d'un service, du transport, de l'assurance, de l'activité bancaire, de la caution, etc., qui constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle.

Quant à la localisation dans l'espace de la prestation caractéristique du contrat, il est tout à fait naturel que le pays où la partie qui doit fournir cette prestation a sa résidence habituelle, son administration centrale (s'il s'agit d'une société, association ou personne morale) ou son établissement — suivant qu'il s'agit d'une prestation fournie dans l'exercice ou en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle — l'emporte sur le pays de l'exécution, bien entendu, au cas où ce dernier est un pays autre que celui de la résidence habituelle ou de l'administration centrale ou de l'établissement. En effet, dans la perspective qui inspire la solution retenue par le groupe, c'est seulement le lieu de la résidence habituelle ou de l'admi-

nistration centrale ou de l'établissement de la partie fournissant la prestation caractéristique qui apparaît décisif pour la localisation.

C'est ainsi par exemple que, dans un contrat bancaire, c'est la loi du pays de l'établissement bancaire avec lequel l'opération s'effectue qui régira normalement le contrat. C'est ainsi que, dans un contrat de vente commercial, c'est la loi de l'établissement du vendeur qui régira le contrat. C'est encore ainsi, pour donner un autre exemple, que, dans un contrat de représentation conclu en France entre un agent commercial belge et une société française, la prestation caractéristique étant celle fournie par l'agent, ce contrat sera régi par la loi belge si c'est en Belgique que l'agent a son établissement (39).

En conclusion, la disposition de l'article 4 paragraphe 2 concrétise et objective la notion en soi trop vague de «liens les plus étroits». Elle apporte en même temps une considérable simplification dans la détermination de la loi applicable au contrat à défaut de choix par les parties. Le lieu où l'acte a été accompli devient sans importance. On n'a plus besoin de déterminer le lieu de conclusion du contrat, avec toutes les difficultés et les problèmes de qualification que cette détermination soulève dans la pratique. La recherche du lieu d'exécution ou des différents lieux d'exécution ainsi que leur qualification devient superflue.

Pour chaque catégorie de contrats, c'est la prestation caractéristique qui est en principe seule décisive dans la mise en œuvre de la présomption en vue de déterminer la loi applicable et ce même dans les situations de certains contrats, comme celui de cautionnement, où la prestation caractéristique est toujours celle de la caution, qu'il s'agisse de son rapport avec le débiteur principal ou avec le créancier.

Pour parer à l'éventualité de conflits mobiles dans l'application du paragraphe 2, il a été précisé que le pays de la résidence habituelle ou de l'administration centrale ou du principal établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique est le pays où cette partie a respectivement sa résidence habituelle, son administration centrale ou son établissement au moment de la conclusion du contrat.

Selon le dernier membre de phrase du paragraphe 2, si le contrat prescrit que la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays de cet autre établissement.

4. L'article 4 paragraphe 3 établit que la présomption du paragraphe 2 ne joue pas dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble. Dans ces cas, il est

présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble.

Il est opportun de préciser que la disposition en question n'établit qu'une présomption en faveur de la loi du pays où est situé l'immeuble. En d'autres termes, il s'agit d'une présomption qui, comme d'ailleurs la présomption du paragraphe 2, pourrait aussi être contredite si les circonstances de la cause l'exigeaient.

La présomption dont on parle pourrait être rejetée, à titre d'exemple, dans le cas où deux personnes résidant en Belgique devaient faire un contrat pour la location d'une maison de vacances à l'île d'Elbe (Italie). Dans un tel cas, on pourrait penser que le contrat présente les liens les plus étroits non pas avec l'Italie, mais avec le pays de résidence des contractants.

Enfin, il convient également de souligner que la disposition du paragraphe 3 n'entend pas couvrir les contrats ayant pour objet la construction ou la réparation d'immeubles.

L'objet principal de ces contrats est en effet la construction ou la réparation plutôt que l'immeuble luimême.

5. Après avoir longuement et vivement discuté la question, le groupe a décidé d'inclure les contrats de transport dans le champ d'application de la convention. Cependant, le groupe n'a pas estimé approprié de soumettre le contrat de transport de marchandises à la présomption du paragraphe 2 compte tenu des particularités de ce type de transport. Le contrat de transport de marchandises est donc soumis à une présomption propre, établie au paragraphe 4. Cette présomption peut être écartée par l'article 4 paragraphe 5.

D'après ce paragraphe, dans le contrat de transport de marchandises, si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays. Le terme «expéditeur» vise en général toute personne remplissant la fonction de livrer les marchandises au transporteur (afzender, aflader, verzender, mittente, caricatore, etc.).

La présomption du paragraphe 4 se fonde donc sur une combinaison de critères de rattachement. Pour parer à l'éventualité de conflits mobiles dans l'application du paragraphe, il a été précisé, dans le texte même, que la référence au pays dans lequel le transporteur a son établissement principal doit s'entendre comme se rapportant à l'établissement du transporteur au moment de la conclusion du contrat.

Pour l'application de ce paragraphe, il semble que les lieux de chargement et de déchargement à prendre en considération soient ceux prévus au moment de la conclusion du contrat.

D'autre part, il arrive souvent dans les contrats de transport qu'une personne qui s'engage à transporter des marchandises pour une autre personne ne les transporte pas elle-même, mais fasse effectuer ce transport par un tiers. Dans l'article 4 paragraphe 4, l'expression «le transporteur» signifie la personne partie au contrat qui s'engage à transporter les marchandises, qu'il le fasse lui-même ou qu'il le fasse faire par une autre personne.

La troisième phrase du paragraphe 4 précise d'autre part que, aux fins de l'application dudit paragraphe, sont considérés comme contrats de transport de marchandises les contrats d'affrètement pour un seul voyage ou d'autres contrats lorsqu'ils ont principalement pour objet de réaliser un transport de marchandises. La rédaction du paragraphe 4 vise à rendre clair que les contrats d'affrètement doivent être considérés comme étant des contrats de transport de marchandises dans la mesure où tel est leur objet.

6. Le contrat de transport de passagers reste donc assujetti à la présomption générale, plus exactement à la présomption de l'article 4 paragraphe 2.

Cette solution a été adoptée par le groupe à la majorité. Certaines délégations s'étaient prononcées, en effet, en faveur de la présomption spéciale consacrée au paragraphe 4 et avaient fait valoir que, comme pour les autres types de transport, la nécessité s'imposait d'une combinaison de critères de rattachement, car la seule référence au lieu où le transporteur (qui fournit la prestation caractéristique) a son siège risque de ne pas être un critère de rattachement significatif, et elles ont cité, à titre d'exemple, le cas d'un transport de passagers français ou anglais entre Londres et Paris effectué par une ligne aérienne américaine. On a aussi fait valoir que, dans un contrat mixte (passagers et marchandises), on aurait l'inconvénient de l'application de deux lois différentes.

Les autres délégations se sont déclarées pourtant contre la présomption spéciale, en développant notamment les arguments suivants: l'application aux mêmes passagers de plusieurs lois entraînerait de graves complications; étant donné la structure du paragraphe 4, ce paragraphe ne s'appliquerait presque jamais au transport de passagers et ainsi on retomberait régulièrement sur l'article 4 paragraphe 1, qui ne donne pas au juge des critères de décision suffisamment précis; les contrats de transport prévoient normalement une clause attributive des compétences juridictionnelles en faveur du tribunal du siège du transporteur, et le paragraphe 2 permettrait justement de faire coïncider la loi applicable et le for compétent.

Il est opportun de préciser, de toute façon, que, dans la recherche des lieux avec lesquels le contrat présente les liens les plus étroits, le juge ne pourra pas exclure le pays où le transporteur a son siège.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que, au cours de la discussion des problèmes relatifs au transport, le groupe n'a pas manqué de signaler à plusieurs reprises la primauté des conventions internationales en la matière.

7. Dans le cas où la prestation caractéristique ne peut être déterminée, l'article 4 paragraphe 2 devient inapplicable. Dans ce cas, on retombe sous le chef du paragraphe 1, c'est-à-dire que le contrat sera régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

L'article 4 paragraphe 5 en dispose justement ainsi dans la première partie de son libellé.

Mais ce paragraphe prévoit également la possibilité d'écarter les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays. Dans ce cas, il est fait application de la loi de cet autre pays.

La raison d'être de cette dernière disposition est la suivante. Étant donné le caractère tout à fait général de la règle de conflit consacrée dans l'article 4, qui ne subit de dérogations qu'en matière de contrats conclus par les consommateurs et de contrats de travail, il a paru indispensable d'envisager la possibilité d'appliquer une loi autre que celles auxquelles se réfèrent les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 toutes les fois qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

La disposition de l'article 4 paragraphe 5 laisse évidemment au juge une certaine marge d'appréciation quant à la présence, dans chaque cas d'espèce, de l'ensemble des circonstances qui justifient la nonapplication des présomptions des paragraphes 2, 3 et 4. Mais il s'agit là de l'inévitable contrepartie d'une règle de conflit à caractère général, destinée à s'appliquer à presque toutes les catégories de contrats.

8. L'article 4 paragraphe 1 admet sous certaines conditions le dépeçage du contrat. La dernière phrase de ce paragraphe dispose en effet que, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

La discussion de la question au sein du groupe a démontré qu'aucune délégation ne souhaitait encourager le dépeçage. Toutefois, la majorité des experts était favorable à laisser ouverte la possibilité d'un dépeçage par le juge à condition qu'il le fasse à titre exceptionnel et pour une partie autonome et séparable, par rapport au contrat et non au litige, qui présenterait un lien plus étroit avec un autre pays (par exemple, contrats de coopération, contrats complexes).

Sur la question de savoir s'il fallait ou non faire mention de la possibilité du dépeçage dans le texte même de la convention, la majorité des délégations s'est prononcée en faveur d'une telle mention. On a fait valoir, en particulier, qu'une simple mention dans le rapport aurait été insuffisante, car dans certains pays de la Communauté il n'existe pas l'habitude de tenir compte du rapport. Par ailleurs, on a fait également valoir qu'une insertion dans le texte diminuerait les risques d'une application divergente de la convention sur ce point, car le texte préciserait les conditions d'admission du dépeçage.

Le libellé de la dernière phrase du paragraphe 1 consacre justement cet ordre d'idée. Les mots «à titre exceptionnel» sont à interpréter dès lors dans le sens que le juge doit recourir au dépeçage le moins fréquemment possible.

9. Il est opportun de préciser que les présomptions prévues à l'article 4 paragraphes 2, 3 et 4 ne sont que des présomptions simples.

Article 5

Contrats conclus par les consommateurs

- 1. L'article 5 de la convention établit une règle spécifique de conflit pour certains contrats conclus par les consommateurs. La majorité des experts qui ont participé aux travaux du groupe depuis 1973 ont estimé en effet que la protection du consommateur but poursuivi à l'heure actuelle par plusieurs législateurs nationaux entraînait soit un renversement du critère de rattachement prévu à l'article 4, soit des modifications à la liberté de choix prévue à l'article 3. En effet, d'une part, le choix des parties ne saurait porter atteinte aux dispositions impératives de l'État où le consommateur a sa résidence habituelle; d'autre part, dans ce type de contrats c'est la loi de l'acheteur (partie la plus faible) qui devrait normalement l'emporter sur celle du vendeur.
- 2. La définition du contrat conclu par un consommateur correspond à celle de l'article 13 de la con-

vention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Elle devrait être interprétée à la lumière de l'objectif visé qui est de protéger la partie la plus faible, et en conformité avec d'autres instruments internationaux qui visent le même objectif, comme la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions. Ainsi, la majorité des délégations a estimé qu'en règle générale elle ne s'appliquera que lorsqu'une personne qui fournit des objets mobiliers corporels ou des services ou qui accorde un crédit agit dans le cadre de son activité professionnelle. De même, la règle ne s'applique pas aux contrats conclus par des commerçants, industriels ou personnes exerçant une profession libérale (par exemple: médecins) qui achètent des appareils ou qui obtiennent des services pour l'exercice de leurs activités professionnelles. Si une telle personne agit pour partie dans le cadre de son activité professionnelle et pour partie en dehors de ce cadre, la situation ne relève du champ d'application de l'article 5 que si elle agit pour l'essentiel en dehors du cadre de son activité professionnelle. Lorsque le destinataire de l'objet mobilier corporel, du service ou du crédit a, en fait, agi pour l'essentiel en dehors du cadre de son activité professionnelle, mais que l'autre partie n'en avait pas connaissance et, en tenant compte de tous les éléments, ne pouvait pas en avoir connaissance, la situation est exclue du champ d'application de l'article 5. Ainsi, si le destinataire de l'objet mobilier corporel ou du service se présente comme un professionnel et commande, par exemple, des objets susceptibles de servir effectivement à l'exercice de sa profession sur du papier à en-tête professionnel, la bonne foi de l'autre partie est protégée et l'affaire ne sera pas régie par l'article 5.

La règle couvre les ventes à crédit comme celles au comptant, mais sont exclues les ventes de titres. Le groupe a expressément évité de définir d'une façon plus spécifique le «contrat de consommateur» pour ne pas tomber en conflit avec les différentes définitions déjà données par les législateurs nationaux. La règle s'applique également à la fourniture de services tels que l'assurance ainsi qu'à la fourniture d'objets mobiliers corporels.

3. Le paragraphe 2 consacre le principe selon lequel le choix de la loi dans un contrat conclu par les consommateurs ne peut pas priver le consommateur de la protection qui lui est accordée par la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Toutefois, ce principe ne s'appliquera que sous certaines conditions définies dans les trois tirets du paragraphe 2.

Le premier tiret traite de situations dans lesquelles le commerçant a fait des démarches pour vendre ses objets mobiliers corporels ou services dans le pays où réside le consommateur. Il doit, entre autres, couvrir les ventes par correspondance et le démarchage. Le commerçant doit donc avoir fait certains actes tels que la publicité par la presse ou la radiotélévision ou par le cinéma, par catalogues spécialement dirigés vers ce pays, ou bien il doit avoir fait des propositions d'affaires individuellement par le biais d'un agent ou colporteur. Si par exemple un Allemand conclut un contrat en répondant à une annonce publiée par une société française dans un journal allemand, ce contrat est couvert par la règle spéciale. Si par contre un Allemand répond à une annonce parue dans des journaux américains, même s'ils sont vendus en république fédérale d'Allemagne, la règle en question ne s'applique pas, à moins que l'annonce ne soit parue dans les éditions spéciales de ce journal destinées aux pays européens. Dans ce dernier cas, le vendeur aura effectué une publicité spéciale destinée au pays de l'acheteur.

Le groupe a expressément adopté les mots «actes nécessaires» afin de ne pas toucher au problème classique de la détermination du lieu de conclusion du contrat. Cette question est particulièrement délicate pour les situations visées, car il s'agit de contrats internationaux normalement conclus par correspondance. Le mot «acte» comprend notamment un écrit ou une démarche quelconque faits à la suite d'une offre ou d'une publicité.

Conformément au deuxième tiret, l'article 5 s'applique à toutes les situations dans lesquelles le commerçant ou son représentant ont reçu la commande du consommateur dans le pays où ce dernier a sa résidence habituelle. Cette disposition est parallèle à celle de l'article 3 paragraphe 2 de la convention de La Haye de 1955 applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Le premier et le deuxième tiret se recoupent en grande partie. Toutefois, le chevauchement n'est pas parfait. Par exemple, le deuxième tiret s'applique à des situations dans lesquelles le consommateur s'est adressé luimême au stand d'une société étrangère dans une foire ou une exposition organisée dans le pays du consommateur ou à une succursale ou une agence stables d'une société étrangère établies dans le pays du consommateur, même si la société étrangère n'a pas fait de publicité dans le pays du consommateur sous une forme couverte par le premier tiret. Le mot «représentant» doit couvrir toutes les personnes agissant au nom du commerçant.

Le troisième tiret traite d'une situation qui est assez particulière, mais à propos de laquelle la majorité des délégations a estimé qu'il était manifestement nécessaire de protéger le consommateur en vertu des dispositions de l'article 5. Il couvre ce que l'on peut décrire comme des ventes effectuées dans le cadre d'excursions transfrontières, à savoir, par exemple, une situation dans laquelle le propriétaire d'un magasin situé dans un pays A organise à l'intention des consommateurs des voyages en car d'une journée dans un pays voisin B, dans le but essentiel d'inciter les consommateurs à effectuer des achats dans son ma-

gasin. C'est une pratique très répandue dans certaines régions. Cette situation n'est pas couverte par le premier tiret, car, en vertu de celui-ci, le consommateur doit avoir effectué dans son propre pays toutes les démarches nécessaires de sa part pour la conclusion du contrat. Le troisième tiret, contrairement aux autres dispositions du paragraphe 2, est limité aux contrats concernant la vente d'objets mobiliers corporels. La condition selon laquelle le voyage a été organisé par le vendeur ne doit pas être comprise le sens étroit que le vendeur devrait avoir assuré luimême le transport. Il suffit que le vendeur ait organisé le voyage au moyen d'un accord conclu avec la compagnie de transport.

Pour décrire les situations dans lesquelles l'article 5 s'applique aux contrats conclus par les consommateurs, le groupe ne s'en est pas tenu au texte de l'article 13 paragraphe 1 de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions tel qu'il est modifié par la convention d'adhésion. D'une part, l'article 5 ne contient pas de dispositions particulières concernant les contrats de vente et de prêt à tempérament. D'autre part, l'article 13 de la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution ne contient pas de dispositions parallèles à celles de l'article 5 paragraphe 2 deuxième et troisième tirets.

4. L'article 5 paragraphe 3 apporte à son tour une dérogation à l'article 4 de la convention. D'après ce paragraphe, en effet, nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, les contrats conclus par un consommateur «sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article».

Le libellé du paragraphe 3 est suffisamment clair et n'exige pas de considérations supplémentaires.

5. En vertu de son paragraphe 4, l'article 5 ne s'applique pas: a) aux contrats de transport ni b) aux contrats portant sur des prestations de services fournies exclusivement dans un pays autre que celui où réside le consommateur. L'exclusion des contrats de transport se justifie par le fait que les mesures de protection particulières prévues à l'article 5 ne sont pas appropriées pour régir les contrats de ce type. De même, dans le cas des contrats portant sur des prestations de service (par exemple, hébergement à l'hôtel ou cours de langues) qui sont fournies exclusivement en dehors de l'État où réside le consommateur, celuici ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que la loi de son État d'origine soit appliquée par dérogation aux règles générales des articles 3 et 4. Dans les cas visés sous b), le contrat présente des liens plus étroits avec l'État où réside l'autre partie contractante, même si cette dernière a accompli un des actes

décrits au paragraphe 2 (par exemple, publicité) dans l'État de résidence du consommateur.

6. Le paragraphe 5 a pour but d'assurer que l'article 5, nonobstant les exclusions prévues au paragraphe 4, s'apliquera aux contrats relatifs aux voyages organisés (package tours), c'est-à-dire aux contrats ordinaires conclus avec des touristes et combinant transport et hébergement pour un prix forfaitaire. Si, dans le cadre d'un tel voyage organisé, le transport aller est assuré à partir du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, le contrat ne serait pas exclu sur la base du paragraphe 4. Par conséquent, l'importance du paragraphe 5 réside en ce qu'il a pour but d'assurer également l'application de l'article 5 dans des situations où le premier service fourni, dans le cadre d'un voyage organisé, est d'assurer le transport aller à partir d'un autre pays. Toutefois, il est clair que l'article 5 s'applique uniquement aux voyages organisés qui remplissent les conditions générales énoncées aux paragraphes 1 et 2, c'est-à-dire lorsque le contrat peut être considéré comme un contrat de consommateur et qu'il est souscrit dans l'une des situations mentionnées au paragraphe 2.

En rédigeant le paragraphe 5, le groupe a rencontré des difficultés pour définir l'expression «voyage organisé» (package tour). Il s'est limité à une définition qui souligne les principaux éléments de ce type de contrat bien connu dans la pratique, laissant aux tribunaux le soin de résoudre tout problème éventuel quant à sa délimitation exacte. L'hébergement qui constitue une part du voyage organisé doit normalement être distinct du transport et le paragraphe 5 ne s'appliquerait donc pas à la fourniture d'une couchette ou d'un wagon-lit.

Article 6

Contrat individuel de travail

1. Le réexamen de la règle spécifique de conflit en matière de contrats de travail a amené le groupe à remanier profondément le présent article, qui figurait déjà (comme article 5) dans l'avant-projet initial, ainsi qu'à rapprocher son schéma de celui de l'article 5 actuel, ayant pour objet les contrats conclus par les consommateurs.

Il s'agissait en effet, dans un cas comme dans l'autre, de donner une réglementation plus appropriée à des matières où les intérêts d'un des contractants ne se posent pas sur le même plan que ceux de l'autre et d'assurer en même temps, par le biais d'une telle réglementation, une protection plus adéquate à la partie qui est à considérer, d'un point de vue socio-économique, comme la partie la plus faible dans la relation contractuelle.

2. Sur la base de ces considérations, l'article 6 paragraphe 1 établit une limitation à la liberté de choix par les parties de la loi applicable, qui est consacrée dans l'article 3 de la convention, en affirmant que dans les contrats de travail ce choix «ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article».

Le sens de ce texte est le suivant.

Si la loi applicable en vertu du paragraphe 2 accorde aux travailleurs une protection plus grande que celle résultant du droit choisi par les parties, il n'en résulte pas que le choix de cette loi soit inefficace dans son ensemble. Au contraire, dans ce cas, la loi choisie reste en principe applicable. Dans la mesure où les dispositions du droit applicable en vertu du paragraphe 2 protègent mieux les travailleurs que la loi choisie, par exemple en accordant un délai de préavis plus long, ces dispositions écartent les dispositions correspondantes de la loi choisie, et s'appliquent à leur place.

Les dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger sont non seulement les dispositions relatives au contrat de travail proprement dit, mais également les dispositions telles que celles concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs qui sont qualifiées dans certains États membres de dispositions de droit public.

Il résulte en particulier de ce texte que, si la loi du pays désigné par l'article 6 paragraphe 2 rend obligatoires pour l'employeur dans ce pays les conventions collectives de travail, le travailleur ne pourra être privé de la protection que lui accordent ces conventions collectives par le choix de la loi d'un autre État dans le contrat individuel de travail.

L'article 6 au demeurant s'applique aux contrats individuels de travail et non aux conventions collectives. En conséquence, le fait qu'un contrat de travail est régi par un droit étranger ne peut pas affecter les pouvoirs qu'une organisation syndicale de travailleurs pourrait tirer des conventions collectives en vigueur dans son pays.

Le libellé actuel de l'article 6 parle de contrat de travail au lieu de parler de relation de travail comme le faisait l'avant-projet initial. Toutefois, il est opportun de préciser que la règle de l'article 6 couvre également le cas des contrats nuls, ainsi que les relations de travail de pur fait, notamment celles se caractérisant par un non-respect des dispositions contractuelles imposées par la loi en vue de la protection des travailleurs.

3. D'après l'article 6 paragraphe 2, à défaut de choix par les parties et en dérogation des dispositions de l'article 4, le contrat de travail est régi:

- a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou
- si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.

à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

Après un examen approfondi des différentes questions soulevées par les contrats de travail en droit international privé, au cours duquel ont été particulièrement pris en considération aussi bien la proposition de règlement établie à cet égard par la Commission de la Communauté économique européenne que les tendances les plus modernes de la doctrine et de la jurisprudence des pays membres de la Communauté, la solution finalement retenue par le groupe a été la suivante. Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans un même pays, le contrat de travail est régi par la loi de ce pays même si le travailleur est détaché à titre temporaire dans un autre pays. C'est la règle qui figure au paragraphe 2 sous a). Par contre, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, le contrat de travail est régi par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur. C'est la règle qui figure au paragraphe 2 sous b).

Il s'agit évidemment de solutions qui s'écartent sensiblement de celles qui auraient résulté de la présomption de l'article 4.

La dernière phrase de l'article 6 paragraphe 2 prévoit cependant que, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, il est fait application de la loi de ce dernier.

4. En ce qui concerne le travail exécuté en dehors de toute juridiction d'un État, le groupe a estimé que la règle retenue à l'article 6 pourrait en principe s'appliquer. Pour le travail effectué sur une plateforme pétrolière en haute mer, on devrait appliquer la loi du pays de l'entreprise qui a embauché le travailleur.

Le groupe n'a pas recherché une règle spéciale pour le travail effectué par les membres de l'équipage à bord des navires.

Article 7

Lois de police

1. La rédaction de l'article 7, qui figurait déjà dans l'avant-projet initial, a été sensiblement améliorée au cours du réexamen que le groupe a effectué du texte de la convention depuis 1973, afin d'en permettre une meilleure interprétation dans les différentes situations dans lesquelles il devra trouver application.

Ainsi que le groupe a voulu le préciser encore à l'occasion de sa dernière réunion, l'article 7 ne fait que consacrer des principes qui existent déjà dans les droits des États membres de la Communauté.

En effet, le principe que les juges nationaux peuvent donner effet, sous certaines conditions, aux dispositions impératives autres que celles applicables au contrat en vertu du choix des parties ou bien en vertu d'un critère subsidiaire de rattachement, a été reconnu depuis quelques années aussi bien par la pratique que par la doctrine de certains de nos pays et d'autres également.

À titre d'exemple on peut mentionner à ce propos l'arrêt 1966 de la Cour suprême des Pays-Bas dans l'affaire Alnati (déjà cité supra, commentaire de l'article 3 paragraphe 1) où la Cour a dit que, bien que la loi applicable aux contrats à caractère international ne puisse être en principe que celle que les parties elles-mêmes ont choisie, «il peut arriver que, pour un État étranger, l'observation de certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que les juges (...) doivent en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre État qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat».

Cet arrêt a inspiré l'article 13 deuxième alinéa du traité Benelux de 1969 non entré en vigueur portant loi uniforme relative au droit international privé où il est prévu que «lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays dont la nature et l'objet particuliers excluent l'application de toute autre loi, ne peuvent être écartées par la volonté des parties».

En tout cas, le même ordre d'idées a sans doute inspiré l'article 16 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, d'après lequel «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 tout État avec lequel la situation présente un lien effectif, 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».

Au contraire, malgré l'opinion de quelques juristes, il faut franchement reconnaître qu'aucune indication claire en faveur du principe en question ne semble se dégager de la jurisprudence britannique [Ralli-Bros contre Sota Aznar; Regazzoni contre Sethia; Rossano contre Manufacturers Life Insurance Co. (40)].

2. Le libellé de l'article 7 paragraphe 1 établit justement que, lors de l'application de la convention, «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».

L'ancien texte ne précisait pas la nature du lien qui devait exister entre le contrat et un pays autre que celui dont la loi est applicable. Plusieurs experts ont remarqué que cette lacune pouvait entraîner dans certains cas par le juge l'obligation de tenir compte d'un grand nombre de lois différentes et même contradictoires. Cette imprécision pouvait compliquer la tâche du juge, prolonger la procédure et se prêter à des manœuvres dilatoires. Le groupe, en acceptant ces remarques, a décidé qu'il ne devait pas s'agir d'un lien quelconque, mais d'un lien réel avec cet autre pays. Il y aurait lien réel, par exemple, lorsque le contrat doit être exécuté dans cet autre pays ou lorsqu'une partie a sa résidence ou son centre d'affaires dans cet autre pays. Parmi plusieurs propositions de rédaction qui ont été faites, le groupe a finalement retenu le mot «étroit» qui lui a semblé le plus approprié pour qualifier la situation que l'on voulait viser.

Le lien dont il est question doit exister entre l'ensemble du contrat et la loi d'un pays autre que celui auquel le contrat est soumis. Le groupe a rejeté la proposition d'une délégation tendant à établir un lien entre la question en litige et une loi déterminée. En effet, cette proposition aurait causé un morcellement regrettable du contrat et aurait conduit à l'application de lois impératives non prévisible pour les parties. Le groupe a préféré pourtant remplacer les mots «les contrats» par «la situation».

Comme le texte ancien a paru peu clair à certaines délégations, le groupe a décidé d'en améliorer la rédaction. Il a donc précisé, dans le nouveau texte, qu'il faudra interroger le système juridique du pays dont ces dispositions impératives font partie intégrante pour savoir si ces dispositions s'appliquent, dans le cas d'espèce, à l'exclusion de toute autre loi. En outre, le mot «loi» a été remplacé par le mot «droit» afin d'éviter tout doute quant à la portée de la règle qui doit couvrir non seulement les dispositions législatives de tout autre pays, mais également les règles de la *Common Law*. Enfin, après une longue discussion, la majorité du groupe, tenant compte des préoccupations de nature constitutionnelle manifestées par certaines délégations, a estimé

préférable de donner au juge une marge d'appréciation dans l'application de cet article.

3. Pour décider si effet doit être donné aux dispositions impératives dont il est question, il sera tenu compte, poursuit l'article 7 paragraphe 1, «de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur nonapplication».

L'application des dispositions impératives de tout autre pays doit donc être justifiée par leur nature et par leur objet. Une délégation avait proposé de préciser cette expression en disant que la nature et l'objet des dispositions dont il s'agit auraient dû être justifiés selon des critères admis sur le plan international (par exemple, lois analogues existant dans d'autres pays ou qui servent un intérêt largement reconnu). Mais d'autres experts ont fait remarquer que ces critères internationaux n'existaient pas et que, dès lors, on créerait des difficultés au juge. De plus, cette formule toucherait au problème délicat de la crédibilité des systèmes juridiques étrangers. C'est pour ces considérations que le groupe, sans vouloir condamner l'idée, n'a pas retenu cette proposition de rédaction.

Toujours aux fins de l'effet à donner à ces dispositions impératives, il sera tenu compte des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

Cet élément nouveau, qui ne figurait pas dans l'avant-projet initial, loin d'affaiblir la règle, au contraire la précise, la clarifie et la renforce. En effet, un pouvoir discrétionnaire doit être donné au juge particulièrement dans le cas où des règles impératives contradictoires de deux pays différents se veulent simultanément applicables à la même situation, et où un choix doit nécessairement être fait entre l'une et l'autre.

Pour compléter le commentaire de l'article 7 paragraphe 1, il reste à souligner que les mots «donner effet» confèrent au juge la tâche très délicate de combiner les dispositions impératives avec la loi normalement applicable au contrat dans la situation concrète.

La nouveauté de cette disposition et la crainte de l'incertitude qu'elle pourrait engendrer ont conduit certaines délégations à demander qu'une réserve puisse être faite sur l'article 7 paragraphe 1 [voir l'article 22 paragraphe 1 sous a)].

4. L'article 7 paragraphe 2 dit que «les dispositions du présent paragraphe 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».

L'origine de ce paragraphe est liée au souci de certaines délégations de sauvegarder les règles (notamment les règles en matière d'ententes, de concurrence, de pratiques restrictives de concurrence, de protection du consommateur, certaines règles en matière de transport) de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.

Le paragraphe ne fait donc que mettre en évidence l'incidence de lois de police (lois d'application immédiate, *leggi di applicazione necessaria*, etc.) sous une optique différente de celle du paragraphe 1 (^{40a}).

Article 8

Consentement et validité au fond

1. L'article 8 paragraphe 1 dispose que l'existence et la validité du contrat, ou même d'une disposition de celui-ci, sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de la présente convention si le contrat ou la disposition étaient valables.

Le paragraphe est destiné à couvrir tous les aspects de la formation du contrat en dehors de la validité formelle. Ainsi que nous l'avions souligné auparavant au point 9 du commentaire de l'article 3, cette disposition est applicable également en ce qui concerne l'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable.

Le mot «disposition» a été retenu pour couvrir les cas où est mise en cause la validité d'une des dispositions du contrat (dépeçage), comme par exemple une clause concernant le choix de la loi applicable.

2. Par dérogation à la règle générale du paragraphe 1, le paragraphe 2 pose, d'autre part, une règle spéciale qui ne vise que les questions relatives à l'existence et non pas à la validité du consentement.

D'après cette règle spéciale, en effet, pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1.

La solution retenue par le groupe à ce propos tend, entre autres, à résoudre la question de la portée du silence d'une partie quant à la formation du contrat.

Le mot «comportement» doit être entendu comme couvrant aussi bien une attitude active que passive de la partie en cause; il ne se réfère donc pas uniquement au silence.

Les mots «s'il résulte des circonstances» signifient que le juge doit prendre en considération toutes les circonstances de la cause et non pas se référer uniquement à celles dans lesquelles a agi la partie qui prétend n'avoir pas consenti au contrat. Le juge prendra en considération notamment les usages observés par les parties aussi bien que leurs relations d'affaires précédentes.

Les mots «une partie» peuvent se référer, selon les cas, autant à celui qui fait une offre de conclusion d'un contrat qu'à celui qui reçoit l'offre.

L'application du paragraphe 2 pourra aboutir à une décision déliant une partie qui aurait été liée en vertu du paragraphe 1, mais elle ne pourra jamais produire l'effet contraire de déclarer un contrat conclu contrairement à la loi qui le régit.

L'article 9 paragraphe 4 pose une règle spéciale relative aux actes juridiques, tels que les conçoit la législation de nombreux pays, par exemple l'offre. Ces actes ne sont pas mentionnés à l'article 8. Néanmoins, les règles de cet article leur sont applicables par analogie.

Article 9

Forme

L'article 9 a trait à la forme des contrats et des actes juridiques. Ses quatre premiers paragraphes posent des règles applicables à la généralité des contrats et actes juridiques. Les deux derniers paragraphes posent des règles spéciales à certains types de contrats.

I. Règles générales (paragraphes 1 à 4 inclus)

Il convient de préciser le domaine de ces règles générales avant d'indiquer les diverses lois qu'elles déclarent applicables.

A. Domaine des règles générales

1. Actes visés

L'article 9 est applicable aux contrats et aux actes juridiques unilatéraux. L'avant-projet de 1972 n'utilisait que le terme d'acte juridique, qui, dans la terminologie d'origine latine, englobe ces deux catégories. La mention successive des contrats et des actes juridiques unilatéraux, faite par l'article 9, répond uniquement à un souci de clarté car les règles applicables obéissent dans les deux cas aux mêmes principes.

Les actes juridiques unilatéraux qui sont couverts par cet article sont ceux qui sont relatifs à un contrat conclu ou à conclure. Les actes relatifs à un contrat à conclure sont, par exemple, l'offre, l'acceptation ou même une promesse de contrat (promesse de vente). Les actes relatifs à un contrat conclu peuvent être très divers: congé, remise de dette, dénonciation, déclaration de résiliation ou de résolution, etc.

Mais il faut que l'acte se rapporte à un contrat. Un engagement unilatéral non lié à un contrat, comme par exemple une reconnaissance de dette extra-contractuelle ou un acte unilatéral opérant constitution, transfert ou extinction d'un droit réel, ne tomberait pas sous le coup de l'article 9, ni d'ailleurs d'aucune autre disposition de la convention, puisque celle-ci ne concerne que les obligations contractuelles.

Cet acte doit aussi, et bien évidemment, se rapporter à un contrat entrant dans le champ d'application de la convention. L'article 9 ne s'applique pas à la forme des actes concernant les contrats exclus de la convention par l'article 1^{er} paragraphes 2 et 3.

Aucune disposition ne vise expressément les actes publics. Cette omission est volontaire. Tout d'abord, la notion d'acte public n'est pas connue de toutes les législations et elle pourrait poser de délicats problèmes de qualification. Au surplus, il ne semble pas que des dispositions spéciales doivent régir la loi applicable à la forme des actes de droit privé reçus par les officiers publics. En effet, comme on l'a récemment montré (41), ce n'est pas parce que l'officier public peut instrumenter seulement selon la loi dont il tient ses pouvoirs que la forme de l'acte qu'il reçoit est nécessairement soumise à cette loi. Si, par exemple, un notaire n'a pas respecté la loi dont il tient ses pouvoirs, le contrat qu'il a reçu ne pourra certes pas valoir comme acte authentique. Mais il ne sera pas nul pour autant si la loi qui le régit au fond (et qui peut également s'appliquer à la forme en vertu de l'article 9) n'exige pas la forme authentique pour ce type de contrat.

Les règles générales s'appliquent donc aux actes publics, ce qui aura également l'avantage de valider les actes dressés par un officier public qui aurait jugé utile, comme cela arrive aux Pays-Bas, de suivre les formes prévues par la loi étrangère qui régit l'acte quant au fond.

2. L'article 9 ne définit pas ce qu'il faut comprendre par «forme» des actes. Il a paru réaliste de ne pas prendre position sur ce redoutable problème de qualification dont l'importance est d'ailleurs quelque peu réduite à la suite des solutions apportées au problème de rattachement, qui rapprochent dans une assez large mesure la forme et le fond.

Il est néanmoins permis de considérer comme une forme au sens de l'article 9 tout comportement extérieur imposé à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique et sans lequel cette manifestation de volonté ne peut se voir attribuer une pleine efficacité (42). Cette définition ne couvre pas les exigences particulières auxquelles il doit être satisfait lorsqu'il y a des incapables à protéger, par exemple lorsqu'on doit, en droit français, obtenir le consentement d'un conseil de famille pour un acte accompli pour le compte d'un mineur, ou lorsqu'un acte doit pouvoir être opposable aux tiers, par exemple, en droit anglais, l'obligation qui est faite de notifier toute cession légale d'un droit incorporel.

B. Lois applicables

1. Le principe de l'application alternative de la *lex* causae et de la *lex loci actus*

Le système retenu par l'article 9 est un compromis entre la favor negotii, qui pousse à un certain libéralisme en matière de forme des actes, et le respect dû à la forme qui, le plus souvent, ne fait que mettre en œuvre des exigences de fond.

Il n'a pas paru possible de suivre, dans la première direction, l'exemple de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. La favor testamenti se justifie par le fait que le testament est un acte de dernière volonté qui ne pourra pas être refait lorsque sa validité, après le décès du testateur, sera mise en cause. Cette considération ne vaut pas pour les autres actes juridiques pour lesquels une trop grande liberté en matière de forme reviendrait à priver de tout effet les exigences formulées en ce domaine par les diverses législations, dans un but très souvent légitime. Au surplus, les liens entre les questions de forme et les questions de preuve (article 14) rendent souhaitable une limitation du nombre des lois applicables à la forme.

En revanche, afin d'éviter que les parties ne soient surprises par une annulation de leur acte pour un vice de forme inattendu, l'article 9 a tout de même prévu un système assez souple reposant sur l'application alternative de la loi du lieu de conclusion du contrat (ou, s'il s'agit d'un acte unilatéral, de la loi du pays où il est intervenu) et de celle qui le régit au fond.

Cet éventail de lois applicables a paru suffisant et c'est pourquoi a été écartée l'application éventuelle de la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle commune des parties (43). En revanche, aucune hiérarchie n'a été établie entre la *lex causae* et la *lex loci actus*. Il suffit que l'acte soit valable selon l'une de ces deux lois pour que soient écartées les causes de nullité en la forme de l'autre (44).

Le groupe de travail n'a pas examiné la question de savoir laquelle des deux lois s'appliquerait à l'action en nullité du contrat pour vice de forme, dans le cas où le contrat serait nul selon l'une et l'autre de ces lois. Si, par exemple, le délai de prescription de l'action en nullité pour vice de forme n'est pas le même dans les deux lois, il peut paraître conforme à l'esprit de cet article d'appliquer la loi qui prévoit le délai le plus bref et qui, dans cette mesure, est plus favorable que l'autre à la validité de l'acte.

Le renvoi doit être écarté en matière de forme, comme en toute autre matière réglée par la convention (voir l'article 15).

2. Problèmes posés par l'application à la forme de la loi qui régit l'acte au fond

L'application à la forme de la *lex causae* est déjà admise, à titre principal ou à titre subsidiaire, par le droit des États membres et se justifie amplement par les liens rationnels unissant le fond et la forme (⁴⁵).

La détermination de la loi applicable au fond du contrat doit se faire par application des articles 3, 4 et 6 de la convention (pour les contrats prévus à l'article 5, voir *infra*, II, règles spéciales à certains contrats). L'article 3 paragraphe 2 règle spécialement les conséquences en matière de forme du changement volontaire par les parties de la loi applicable au fond du contrat. Il résulte de ce texte que, dans cette hypothèse de conflit mobile, il suffit que le contrat soit valide en la forme selon l'une ou l'autre des lois successivement appelées à régir le fond du contrat.

Une difficulté apparaîtra lorsque le contrat sera soumis à plusieurs lois, soit que les parties n'aient désigné la loi applicable que pour une partie de leur contrat (article 3 paragraphe 1), soit que le juge ait procédé lui-même, à titre exceptionnel, au dépeçage du contrat (article 4 paragraphe 1). Laquelle des lois applicables au fond faudra-t-il appliquer à la forme du contrat? En pareille hypothèse, il paraît raisonnable d'appliquer la loi de fond applicable à la partie du contrat à laquelle la condition de forme litigieuse se rattache le plus étroitement.

L'article 8 paragraphe 1, qui traite du consentement et de la validité au fond, prévoit que l'existence et la validité du contrat doivent être soumises à la loi qui serait applicable si le contrat était valable. Cette disposition a pour but d'échapper à un cercle vicieux, à savoir que, s'il existe un choix de la loi applicable, aucune loi ne peut être déclarée applicable jusqu'à ce que le contrat ait été reconnu comme valable. Un problème analogue se pose en relation avec la validité quant à la forme régie par l'article 9 et, bien que le texte ne le dise pas expressément, il est entendu que «la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention» devrait être la loi qui régirait le contrat si celui-ci était valable quant à la forme.

3. Problèmes posés par l'application à la forme de l'acte de la règle *locus regit actum*

L'application à la forme du contrat de la loi du pays dans lequel il a été conclu et à la forme de l'acte unilatéral de la loi du pays dans lequel il est intervenu résulte de la maxime multiséculaire *locus regit actum*, également admise, le plus souvent à titre principal, par le droit des États contractants (46).

Toutefois, la détermination du pays dans lequel le contrat a été conclu donne lieu à une difficulté classique lorsque le contrat a été conclu entre personnes se trouvant dans des pays différents.

Pour résoudre cette difficulté, il faut d'abord préciser ce qu'on entend par contrat conclu entre personnes se trouvant ou non dans un même pays. Lorsque le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un ou de plusieurs représentants, l'article 9 paragraphe 3 indique clairement que le lieu à prendre en considération est celui où se trouvent les représentants au moment de la conclusion du contrat. Si les représentants des parties (ou une partie et le représentant de l'autre partie) se rencontrent dans un pays déterminé et y concluent le contrat, ce contrat est réputé au sens du paragraphe 1 conclu entre personnes se trouvant dans ce pays, même si la ou les parties représentées se trouvaient alors dans un autre pays. De même, si les représentants des parties (ou une partie et le représentant de l'autre partie) se trouvent dans des pays différents au moment où ils concluent le contrat, ce contrat est réputé au sens du paragraphe 2 conclu entre personnes se trouvant en des pays différents quand bien même les parties représentées se seraient alors trouvées en fait dans un même pays.

La question de savoir quelle loi régirait, à titre de loi du lieu de conclusion du contrat, la forme du contrat conclu entre personnes se trouvant dans des pays différents, au sens qui vient d'être indiqué, a été très largement débattue. Les solutions consistant à localiser la conclusion du contrat soit au lieu de l'émission de l'offre, soit au lieu de l'émission de l'acceptation, ont été écartées comme passablement artificielles (47). La solution consistant à appliquer distributivement à chacune des déclarations la loi du pays dans lequel elle intervient, inspirée directement du projet Frankenstein d'un code européen de droit international privé et retenue par l'avant-projet de 1972 et par le projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé de 1978, à l'article 125 paragraphe 2, a également été écartée. Il est en effet apparu que de nombreuses règles de forme sont édictées à l'intention du contrat lui-même, pris dans son ensemble, et non de chacune des déclarations. Ainsi en est-il, par exemple, de l'exigence d'une double signature, ou de la formalité du double. Dès lors,

plutôt que de morceler la loi applicable à la forme du contrat, il a paru préférable de rechercher une loi s'appliquant à la forme du contrat dans son ensemble.

On pouvait alors opter entre une solution libérale, retenant l'application alternative de la loi de l'un ou de l'autre des pays où se trouvaient les personnes concluant le contrat au moment de sa conclusion, ou une solution stricte exigeant l'application cumulative de ces diverses lois. La solution libérale a été retenue par l'article 9 paragraphe 2. Il suffit donc que le contrat conclu entre personnes se trouvant dans des pays différents satisfasse aux conditions de forme prévues par la loi régissant au fond le contrat ou par la loi de l'un de ces pays pour qu'il soit valable en la forme.

4. Réserve des lois de police

L'article 7 de la convention qui réserve l'application des lois de police peut conduire à écarter le système libéral de l'article 9, reposant sur l'application alternative de la loi du fond et de la loi du lieu de conclusion. Il se peut en effet que certaines règles de forme édictées par la loi du pays avec lequel le contrat ou l'acte présente un lien étroit aient un caractère impératif si marqué qu'elles doivent recevoir application même si la loi dudit pays n'est pas l'une de celles normalement applicables à la forme aux termes de l'article 9.

Ont été citées, à cet égard, les règles de forme édictées par la loi du pays d'exécution d'un contrat de travail, notamment la forme écrite de la clause de non-concurrence, même si la forme orale est admise par la loi de conclusion ou par la loi choisie par les parties.

Bien entendu, conformément au système établi par l'article 7, il appartiendra dans chaque cas au juge saisi d'apprécier s'il convient de donner effet à ces dispositions impératives et d'écarter en conséquences les règles prévues à l'article 9.

II. Règles spéciales à certains contrats (paragraphes 5 et 6)

L'article 9 paragraphes 5 et 6 prévoit des règles spéciales pour la forme de certains contrats par les consommateurs et pour celle des contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble. Il aurait été concevable de se contenter pour ces contrats de la simple application de l'article 7 et d'admettre, par exemple, l'application, par exception à l'article 9, de certaines dispositions de forme protectrices du consommateur édictées par la loi de la résidence habituelle de celui-ci, ou de

certaines règles impératives de forme imposées par la loi du pays de situation de l'immeuble.

Cette solution cependant n'a pas été jugée suffisante pour assurer l'application effective de ces lois, en raison du pouvoir d'appréciation que l'article 7 laisse au juge saisi. Il a donc été décidé d'écarter complètement pour ces types de contrats les quatre premiers paragraphes de l'article 9.

L'article 9 paragraphe 5 concerne les contrats mentionnés à l'article 5 paragraphe 1, conclus dans les circonstances qui sont décrites à l'article 5 paragraphe 2, en tenant compte des paragraphes 4 et 5 de ce même article 5.

De même que l'article 5 protège le consommateur en imposant, en dépit de l'electio juris stipulée au contrat, l'application des règles de fond impératives de la loi du pays de sa résidence habituelle (article 5 paragraphe 3), de même l'article 9 paragraphe 5 impose l'application des règles de forme de ce même pays. Cette application est justifiée par le lien très étroit unissant, en matière de protection des consommateurs, les règles impératives de forme aux règles de fond.

On aurait pu s'attendre, pour les mêmes raisons, à ce que la forme des contrats de travail fasse, elle aussi, l'objet d'un rattachement impératif.

Cette idée, d'abord envisagée, a été finalement rejetée. En effet, à la différence de l'article 5 qui prévoit. de façon ferme, que les contrats de consommateur sont soumis quant au fond, à défaut de choix des parties, à la loi de la résidence habituelle du consommateur, l'article 6 de la convention ne pose, pour le rattachement des contrats de travail, que des présomptions flexibles, qui doivent s'effacer dans le cas où il résulte des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui désigné par ces présomptions. Par conséquent, si l'on avait décidé d'appliquer impérativement à la forme des contrats de travail la loi qui les régirait au fond, il aurait été impossible, en raison de l'incertitude résultant de l'article 6, de déterminer dès la conclusion du contrat la loi applicable à sa forme. Aucune règle spéciale n'a donc été posée pour la forme du contrat de travail, mais on peut penser que, grâce à l'article 7, les règles impératives de forme posées par la loi du pays d'exécution du travail trouveront fréquemment à s'appliquer.

L'article 9 paragraphe 6 envisage les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble. Ces contrats ne font l'objet d'aucun rattachement impératif quant au fond, l'article 4 paragraphe 3 se contentant de poser une présomption en faveur de la loi du pays où est situé l'immeuble. Il est toutefois apparu que, si la loi du pays de situation de l'immeuble édictait des règles impéra-

tives de forme, celles-ci devraient être appliquées au contrat, mais seulement dans le cas, vraisemblablement assez rare, où, selon cette loi, ces règles de forme doivent recevoir application même lorsque le contrat a été conclu à l'étranger et est régi par une loi étrangère.

Le domaine d'application de cette disposition est le même que celui de l'article 4 paragraphe 3.

Article 10

Domaine de la loi du contrat

1. L'article 10 définit le domaine de la loi applicable au contrat en vertu de la présente convention (48).

L'avant-projet initial ne contenait pas de règle spécifique en la matière. Il se bornait à établir dans son article 15 que la loi qui régit une obligation détermine également les conditions de son exécution, les divers modes de son extinction et les conséquences de son inexécution. Toutefois, compte tenu de ce que l'article 11 de l'avant-projet réglait d'une manière détaillée le domaine de la loi applicable aux obligations non contractuelles, la portée de l'article 15 avait essentiellement pour objet la question du domaine de la loi du contrat.

2. L'article 10 paragraphe 1 énumère les questions qui entrent dans le domaine de la loi du contrat. Il s'agit d'une énumération qui pourtant n'est pas exhaustive, ainsi qu'il est indiqué par l'adverbe «notamment».

La loi applicable au contrat en vertu de la présente convention régit donc tout d'abord son interprétation [lettre a)].

La loi applicable au contrat régit ensuite l'exécution des obligations que le contrat engendre [lettre b)].

Cette expression semble bien se référer à l'ensemble des conditions résultant de la loi ou du contrat, suivant lesquelles la prestation qui caractérise toute obligation doit être exécutée, à l'exclusion tant des modalités d'exécution (dans la mesure où elles sont visées par l'article 10 paragraphe 2) que des conditions relatives à la capacité des personnes impliquées dans l'exécution de la prestation (s'agissant d'une matière exclue, sous réserve de l'article 11, du champ d'application des règles uniformes) ainsi que des conditions relatives à la forme de l'acte juridique éventuellement à accomplir pour l'exécution de la prestation.

Tombent donc sous le chef de la disposition de l'article 10 paragraphe 1: la question de la diligence avec laquelle la prestation doit être exécutée; les conditions relatives au lieu et au temps de l'exécution de la prestation; la mesure dans laquelle l'obligation peut être exécutée par une personne autre que le débiteur; les conditions concernant l'exécution de l'obligation tant en général que par rapport à certaines catégories d'obligations (obligations solidaires, obligations alternatives, obligations divisibles et indivisibles, obligations pécuniaires); dans le cas où la prestation consiste dans le paiement d'une somme d'argent, les conditions relatives à la libération du débiteur qui a effectué le paiement, à l'imputation du paiement, à la quittance, etc.

La loi applicable au contrat régit encore, dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent.

La question de l'évaluation du dommage a donné lieu à quelques difficultés. D'après certaines délégations, en effet, l'évaluation du montant des dommages est une question de fait et ne devrait pas être couverte par la convention; pour déterminer le montant des dommages, le juge est obligé de tenir compte des conditions économiques et sociales de son pays; il existe des cas où le montant des dommages est fixé à l'aide d'un jury; certains pays utilisent des méthodes de calcul qui pourraient ne pas être acceptées dans d'autres.

Contre lesdits arguments, les autres délégations ont pourtant fait remarquer que: dans plusieurs systèmes juridiques, il existe des règles pour la détermination du montant des dommages; certaines conventions internationales fixent les limites quant au montant à réparer (par exemple, les conventions en matière de transport); dans les contrats est souvent prévu le montant des dommages en cas d'inexécution et l'on créerait de graves difficultés aux parties si ces montants devaient être par la suite déterminés par le juge saisi.

À titre de compromis, le groupe a finalement décidé de viser à la lettre c) uniquement les règles de droit en matière d'évaluation du dommage, étant entendu que les questions de fait relèveront toujours du domaine du juge saisi.

L'expression «conséquences de l'exécution» a trait aux conséquences que la loi ou le contrat font découler de l'inexécution d'une obligation contractuelle, qu'il s'agisse de la responsabilité de la partie à laquelle l'inexécution est imputable ou qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution et de la résolution du contrat pour inexécution. La nécessité (éventuelle) d'une mise en demeure du débiteur pour que la responsabilité de celui-ci soit engagée rentre également dans ce contexte.

D'après le paragraphe 1 sous d), la loi applicable au contrat régit les divers modes d'extinction des obligations, ainsi que les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai. Cet article doit s'appliquer compte tenu de l'admission limitée du dépeçage par les articles 3 et 4.

Le paragraphe 1 sous e) soumet aussi à la loi du contrat les conséquences de la nullité. Par cette disposition, le groupe a eu principalement en vue de soumettre à la loi du contrat les restitutions qui doivent intervenir entre les parties à la suite de la constatation de la nullité du contrat.

Certaines délégations ont manifesté leur opposition à cette solution pour le motif que, selon leurs systèmes de droit, les conséquences de la nullité du contrat ont un caractère non contractuel. La majorité des délégations s'est toutefois prononcée en faveur de l'inclusion de ces conséquences dans le domaine de la loi des contrats, mais, pour tenir compte des oppositions rencontrées, la faculté a été prévue pour tout État contractant de faire une réserve à ce sujet [article 22 paragraphe 1 sous b)].

3. L'article 10 paragraphe 2 dit que, en ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution, on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu.

Il s'agit d'une restriction qui est souvent évoquée dans le droit national de plusieurs pays ainsi que dans quelques conventions internationales. Plusieurs juristes se sont prononcés et se prononcent également en faveur de cette restriction au domaine de la loi du contrat, lorsque l'exécution de l'obligation contractuelle a lieu dans un pays autre que celui dont la loi est applicable.

Que faut-il entendre, toutefois, par «modalités d'exécution» d'une obligation? La notion ne paraît pas avoir, en effet, un contenu uniforme et précis dans les divers droits et dans les diverses conceptions doctrinales. De son côté, le groupe n'a pas voulu donner une définition rigoureuse de cette notion. La qualification de la notion de modalités d'exécution d'une obligation sera, par conséquent, opérée en conformité de la *lex fori*. Parmi les dispositions rentrant normalement dans la catégorie des modalités d'exécution, il semble bien, de toute façon, qu'on puisse mentionner la réglementation des jours fériés, celle

des modalités d'examen de la marchandise ainsi que les mesures à prendre en cas de refus de celleci (49).

L'article 10 paragraphe 2 dit qu'on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu. Ceci signifie que le juge peut examiner si cette loi doit gouverner la manière dont le contrat devrait être réalisé, et qu'il peut l'appliquer en tout ou partie pour rendre justice aux parties.

Article 11

Incapacité

La capacité des personnes, physiques ou morales, est en principe exclue du champ d'application de la convention [article 1^{er} paragraphe 2 sous a) et e)]. Cette exclusion signifie que chaque État contractant continuera à appliquer son système de droit international privé à la capacité de conclure un contrat.

Cependant, pour les personnes physiques, l'exclusion de la capacité n'est pas totale. L'article 11 tend à protéger la partie de bonne foi qui a cru contracter avec une personne capable et à qui est opposée, après la conclusion du contrat, l'incapacité du contractant. Ce souci de protéger la partie de bonne foi contre le risque d'annulation du contrat pour incapacité de l'autre partie en raison de l'application d'une loi autre que celle du lieu de conclusion du contrat est constant dans les pays qui soumettent la capacité à la loi de la nationalité (50).

Une règle du même genre paraît également nécessaire dans les pays soumettant la capacité à la loi du domicile. Seuls pourraient s'en dispenser les pays rattachant la capacité à la loi du lieu de conclusion du contrat ou à la loi régissant au fond le contrat.

L'article 11 subordonne la protection du cocontractant de l'incapable à des conditions précises. Il faut tout d'abord que le contrat soit conclu entre personnes se trouvant dans un même pays. La convention ne veut pas écarter la protection de l'incapable lorsque le contrat a été conclu à distance, entre personnes se trouvant dans des pays différents, même si, en application de la loi régissant le contrat, celui-ci devait être réputé conclu dans le pays où se trouve le contractant capable.

En second lieu, l'application de l'article 11 est subordonnée à l'existence d'un conflit de lois. La loi régissant, selon le droit international privé du juge saisi, la capacité de la personne soi-disant incapable doit être différente de la loi du pays où le contrat a été conclu.

Il faut en troisième lieu que la personne qui invoque son incapacité soit réputée capable par la loi du lieu de conclusion. C'est seulement en ce cas, en effet, que l'autre partie peut se prévaloir d'une apparence de capacité.

Ces trois conditions suffisent en principe à empêcher l'incapable d'opposer son incapacité à son cocontractant. Il en sera toutefois autrement «si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part». Cette rédaction implique que la charge de la preuve pèse sur l'incapable. C'est lui qui devra établir que son cocontractant connaissait l'incapacité ou était en faute de l'ignorer.

Article 12

Cession de créance

1. L'article 12 a pour objet la cession volontaire de créance.

L'article 12 paragraphe 1 dispose que les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.

L'interprétation de cette disposition ne donne lieu à aucune difficulté. Il est évident que, d'après ce paragraphe, les rapports entre cédant et cessionnaire d'une créance sont régis par la loi applicable à la convention de cession.

Bien que l'objet et le sens de la disposition ne soulèvent guère de doute, on pourrait se demander pourquoi le groupe n'a pas rédigé cette disposition d'une façon plus simple et, dès lors, plus élégante. Pourquoi ne pas dire, par exemple, que le transfert d'une créance par convention est régi dans les rapports entre cédant et cessionnaire par la loi applicable à cette convention?

Une formulation de ce genre, en effet, avait rencontré au début le consentement de la majorité des délégations. Mais elle a été ensuite abandonnée en raison des difficultés d'interprétation qu'elle aurait pu engendrer en droit allemand, où l'expression «transfert» d'une créance par convention englobe les effets de la cession vis-à-vis du débiteur, ce qui était au contraire expressément exclu par l'article 12 paragraphe 2.

C'est justement pour éviter une formulation qui permettrait de penser que la loi applicable à la convention de cession, dans un système de droit où elle est entendue comme Kausalgeschäft, détermine également les conditions de validité de la cession à l'égard du débiteur, que la formulation actuelle a été finalement adoptée.

2. Aux termes de l'article 12 paragraphe 2, c'est au contraire la loi qui régit la créance cédée qui détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Les mots «conditions d'opposabilité» couvrent également les conditions de transférabilité de la cession ainsi que les modalités requises pour donner effet à la cession vis-à-vis du débiteur.

Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, les matières dont il traite, avec la seule exception du caractère cessible, sont réglées, pour ce qui est du rapport entre cédant et débiteur au cas où il existe un contrat entre eux, par la loi qui régit leur contrat dans la mesure où lesdites matières sont traitées dans ce contrat.

Article 13

Subrogation

1. La substitution d'un créancier à un autre peut résulter non seulement de la cession volontaire de créance (ou cession proprement dite) visée à l'article 12, mais aussi du transfert légal d'une créance à la suite d'un paiement fait par une personne autre que le débiteur.

Selon la législation de divers États membres de la Communauté, en effet, la subrogation dans les droits du créancier a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter: en ce sens, l'article 1251-3 du code civil français ainsi que l'article 1203-3 du code civil italien. Par exemple en cas de contrat de cautionnement, la caution qui paie à la place du débiteur est subrogée légalement dans les droits du créancier. Il en est de même en cas de paiement effectué par un des codébiteurs solidaires ou d'une obligation indivisible.

L'article 13 de la convention consacre justement la règle de conflit en matière de subrogation d'une tierce personne dans les droits du créancier. Compte tenu que la convention ne concerne que la loi applicable aux obligations contractuelles, le groupe a pourtant estimé opportun de limiter l'application de la règle retenue à l'article 13 aux seuls transferts de créance de nature contractuelle. Ladite règle ne s'applique donc pas à la subrogation légale lorsque la dette à payer est d'origine délictuelle (par exemple: subrogation de l'assureur de dommages aux droits de l'assuré contre l'auteur du dommage).

2. D'après le libellé de l'article 13 paragraphe 1, lorsque, à la suite d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution d'une telle obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.

La loi applicable à l'obligation du tiers de désintéresser le créancier (par exemple, la loi applicable au contrat de cautionnement, au cas où la caution a payé à la place du débiteur) sera dès lors compétente pour déterminer si et dans quelle mesure le tiers est habilité à exercer les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations contractuelles.

Dans l'élaboration de la règle qu'on est en train d'analyser, le groupe n'a pas manqué de prendre en considération les situations dans lesquelles une personne a payé sans être obligée à ce faire par contrat ou par la loi, mais tout en ayant un intérêt économique reconnu par la loi ainsi que le prévoient l'article 1251-3 du code civil français et l'article 1203-3 du code civil italien. En principe, la même règle s'applique à ces situations, mais le juge garde à ce propos une marge d'appréciation.

Quant à la possibilité d'une subrogation partielle telle que celle prévue par l'article 1252 du code civil français et par l'article 1205 du code civil italien, il semble bien qu'elle doive être soumise à la loi applicable à la subrogation.

Toujours dans l'élaboration de l'article 13, le groupe a envisagé la possibilité que le rapport juridique entre le tiers et le débiteur soit réglé par un contrat. Ce contrat sera évidemment régi par la loi qui, en vertu de la présente convention, lui est applicable. L'article 13 de la convention ne vise aucunement ces aspects de la relation entre le tiers et le débiteur.

- 3. L'article 13 paragraphe 2 étend la même règle du paragraphe 1 aux cas où plusieurs personnes sont tenues de la même obligation contractuelle (codébiteurs) et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.
- 4. À côté du problème de la cession de créance et du transfert légal d'une créance (articles 12 et 13) il existe aussi le problème de la cession des dettes. Le groupe n'a pas voulu, toutefois, résoudre ce problème étant donné qu'il est nouveau et que beaucoup d'incertitudes existent encore sur la solution à donner.

Article 14

Preuve

L'article 14 règle la loi applicable à certaines questions concernant la preuve.

Aucune règle de principe ne vise la preuve en général. Dans les systèmes juridiques des États contractants, sauf en ce qui concerne la charge de la preuve, les questions de preuve, tant des faits et des actes juridiques que de la loi étrangère, sont soumises en principe à la loi du for. Cependant, ce principe subit un certain nombre d'exceptions qui ne sont pas les mêmes dans tous ces systèmes juridiques. Dès lors qu'il était décidé de ne régler dans l'article 14 que certaines questions concernant la preuve, il a été jugé préférable de ne pas lier l'interprète, par une disposition générale soumettant la preuve à la loi du for, sur les questions non tranchées par la convention, comme par exemple l'obtention des preuves à l'étranger ou la force probante des actes juridiques. Afin que nul doute ne subsiste sur la liberté que conservent les États sur les questions de preuve non tranchées par la convention, l'article 1er paragraphe 2 sous h) exclut du domaine de la convention la preuve et la procédure, sous réserve précisément de l'article 14.

Deux grandes questions ont été réglées, qui font chacune l'objet d'un paragraphe distinct. Il s'agit de l'objet et de la charge de la preuve, d'une part, de l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques, d'autre part. Après avoir hésité, le groupe de travail a décidé de ne pas régler le problème de la force probante.

A. Objet et charge de la preuve

L'article 14 paragraphe 1 prévoit l'application de la loi du contrat dans la mesure où celle-ci, en matière d'obligations contractuelles, établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. Les présomptions légales, en dispensant de toute preuve celui au profit duquel elles existent, sont en réalité des règles de fond qui, en matière contractuelle, contribuent à préciser les obligations des parties et ne peuvent donc être dissociées de la loi qui régit le contrat. À titre d'exemple lorsque l'article 1731 du code civil français dispose que «s'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire», il fixe en réalité l'obligation du locataire de restituer la chose louée. Il est donc logique d'appliquer ici la loi du contrat.

La même observation est valable pour les règles répartissant la charge de la preuve. À titre d'exemple, l'article 1147 du code civil français indique que le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation est condamné à des dommages-intérêts «toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée». Ce texté répartit la charge de la preuve entre les parties. Le créancier doit prouver l'inexécution de l'obligation, le débiteur doit prouver que cette inexécution est due à une cause étrangère. Mais en répartissant cette charge, le texte précise les obligations du débiteur sur un point capital, puisque le débiteur est tenu à des dommages-intérêts même lorsque l'inexécution n'est pas due à une faute prouvée de sa part. La règle est donc bien une règle de fond qui ne peut dépendre que de la loi du contrat.

Toutefois la rédaction de l'article 14 paragraphe 1 comporte une restriction. La charge de la preuve n'est pas soumise globalement à la loi du contrat. Elle ne lui est soumise que dans la mesure où la loi du contrat répartit celle-ci en matière d'obligations contractuelles, c'est-à-dire dans la mesure seulement où les règles relatives à la charge de la preuve sont effectivement des règles de fond.

Ce n'est pas toujours le cas. Certaines législations connaissent des règles relatives à la charge de la preuve, qualifiées même parfois de présomptions légales, qui se rattachent de toute évidence au droit procédural et qu'il serait erroné de rattacher à la loi du contrat. Il en est ainsi, à titre d'exemple, de la règle qui, en cas de défaut d'une partie, présume fondée l'allégation de la partie qui comparaît, ou encore de celle qui présume que le silence gardé par une partie au procès sur les faits allégués par l'autre partie vaut accord sur leur existence.

De telles règles ne sont pas établies en matière d'obligations contractuelles et ne tombent donc pas sous la règle de conflit établie par l'article 14 paragraphe 1. B. Admissibilité des modes de preuve des actes juridiques

L'article 14 deuxième alinéa concerne l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques (au sens d'acte de volonté *negotium*).

Le texte consacre l'application alternative de la loi du for et de celle qui régit la forme de l'acte. Cette solution libérale, très favorable à la preuve de l'acte, est déjà admise en France et dans les pays du Benelux (51). Elle paraît être la seule qui puisse concilier les exigences de la loi du for et le souci de respecter les prévisions légitimes des parties lors de la conclusion de leur acte.

La loi du for a normalement vocation à déterminer les modes de preuve de l'acte juridique. Si, par exemple, cette loi admet la preuve par témoins d'un contrat, elle doit être suivie, quelles que soient sur ce point les dispositions plus sévères de la loi qui régit l'acte quant au fond ou quant à la forme.

En revanche, dans le cas inverse, si la loi qui régit la forme de l'acte se contente d'un accord verbal et admet que cet accord puisse être prouvé par témoins, les prévisions des parties qui ont fait confiance à cette loi seraient déjouées si cette preuve leur était refusée au seul motif que la loi du tribunal saisi exige la preuve par écrit de tous les actes juridiques. Il faut donc permettre aux parties de se prévaloir, devant le tribunal saisi, des modes de preuve admis par la loi de la forme.

Toutefois ce libéralisme ne doit pas conduire à imposer au juge saisi des modes de preuve dont sa loi de procédure ne permettrait pas l'administration. L'article 14 ne règle pas la question de l'administration de la preuve que le droit de chaque État contractant soumet à la loi du juge saisi. Et l'application à l'admissibilité des modes de preuve d'une loi autre que la loi du for ne doit pas aller jusqu'à paralyser l'application à l'administration de ce mode de preuve de la loi du for.

Ainsi s'explique la précision qui permet en substance au juge, sans même avoir recours à l'ordre public, d'écarter les modes de preuve que de façon générale sa loi de procédure ne peut admettre, comme le serment, le témoignage de l'une des parties ou la commune renommée. On a également considéré le cas des droits soumis à une inscription sur un registre public pour estimer que l'autorité chargée de la tenue de ce registre pourrait, grâce à cette disposition, n'admettre que les modes de preuve prévus par sa propre loi.

Tel étant le régime général adopté, une précision a dû être apportée quant à la loi de forme applicable alternativement avec la loi du for.

Le texte se réfère à «l'une des lois visées à l'article 9 selon laquelle l'acte est valable quant à la forme». Cette formule signifie que, si, par exemple, l'acte est valable en la forme selon la loi qui le régit au fond mais ne l'est pas selon la loi du lieu où il a été passé, les parties pourront se prévaloir seulement des modes de preuve prévus par la première de ces deux lois, même si la seconde est plus libérale en matière de preuve. La place faite en matière de preuve à la loi de la forme suppose d'évidence que cette loi de forme ait été respectée. En revanche si l'acte est valable en la forme selon les deux lois (lex causae et lex loci actus) visées à l'article 9, les parties pourront se prévaloir des modes de preuve prévus par l'une ou l'autre de ces lois.

C. Aucune disposition ne concerne la force probante des actes juridiques. L'avant-projet de 1972 comportait une disposition réglant deux questions relevant, dans les pays de droit latin, de la notion de force probante: la question de savoir la mesure dans laquelle un document écrit fait preuve suffisante des obligations qu'il comporte et la question des modes de preuve admis outre ou contre le contenu d'un tel document, selon la vieille terminologie du code Napoléon (article 1341). Malgré une longue discussion aucun accord n'a pu être obtenu entre les délégations et il a donc été décidé de maintenir la question de la force probante hors du domaine de la convention.

Article 15

Exclusion du renvoi

Cet article exclut le renvoi.

Il est évident que, en matière d'obligations contractuelles, le renvoi ne doit jouer aucun rôle si les parties ont choisi la loi applicable à leur contrat. Si elles ont fait ce choix, c'est bien dans l'intention que la loi choise soit applicable dans ses dispositions matérielles; leur choix exclut alors tout renvoi à une autre loi (52).

L'exclusion du renvoi s'impose aussi lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable. Dans ce cas le contrat est régi, en vertu de l'article 4 premier alinéa, par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Le deuxième alinéa présume que ce pays est celui où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Il ne serait pas logique que le juge, malgré cette localisation expresse, soumette le contrat, par le jeu du renvoi, à la loi d'un autre pays pour la seule raison que la règle de conflit du pays où le contrat a été localisé contient d'autres rattachements. Ceci vaut également lorsque l'article 4 dernier alinéa s'applique et que le juge a lo-

calisé le contrat à l'aide d'indices que lui ont paru décisifs.

De façon plus générale, l'exclusion du renvoi est justifiée dans les conventions internationales en matière de conflits de lois. Si la convention s'efforce de localiser au mieux la situation juridique et de déterminer le pays avec lequel elle présente les liens les plus étroits, il convient de ne pas laisser la loi désignée par la règle de conflit conventionnelle remettre en question cette localisation. Telle est d'ailleurs la solution retenue par les conventions de La Haye conclues depuis 1951.

Article 16

Ordre public

L'article 16 donne à la réserve de l'ordre public une formulation précise et restrictive.

Tout d'abord il est précisé que l'ordre public n'intervient pas, abstraitement et globalement, contre la loi désignée par la convention. L'ordre public n'intervient que lorsque l'application d'une disposition déterminée de la loi désignée aboutit, dans le cas concret, à un résultat contraire à l'ordre public du for. Il se peut donc qu'une loi étrangère qui, dans l'abstrait, pourrait être jugée contraire à l'ordre public du for, soit néanmoins appliquée si le résultat concret de son application ne heurte pas en lui-même l'ordre public du for.

En second lieu, l'incompatibilité du résultat avec l'ordre public du for doit être manifeste. Cette condition, que l'on rencontre dans toutes les conventions de La Haye conclues depuis 1956, oblige le juge à motiver particulièrement l'existence de l'exception (53).

L'article 16 précise que c'est l'ordre public du for qui doit être heurté par l'application de la loi désignée. Il va de soi que cette expression englobe l'ordre public communautaire qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des États membres de la Communauté européenne.

Article 17

Application dans le temps

L'article 17 signifie que la convention n'a pas d'effet rétroactif sur les contrats en cours. Elle ne s'applique qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur, mais cette entrée en vigueur doit être appréciée séparément pour chaque État puisque la convention n'entrera pas en vigueur simultanément dans tous les États contractants (voir l'article 29). Bien entendu, aucune disposition n'empêche le juge d'un État contractant à l'égard de qui la convention n'est pas encore entrée en vigueur de l'appliquer par anticipation à titre de raison écrite.

Article 18

Interprétation uniforme

Cet article s'inspire d'une formule élaborée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international.

Le projet de révision de la loi uniforme sur la vente internationale et l'avant-projet de convention sur la prescription et les délais dans la vente internationale comportaient en effet la disposition suivante. «Dans l'interprétation et l'application de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité.» Cette disposition, dont la rédaction a été légèrement modifiée, est passée dans la convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (article 7) signée à Vienne le 11 avril 1980.

L'article 18 rappelle qu'en interprétant une convention internationale il faut tenir compte de son caractère international et que, par conséquent, le juge ne pourra assimiler les dispositions de la convention, quant à leur interprétation, à des dispositions de droit purement internes. Il est apparu que l'un des avantages de cet article pourrait être de permettre aux parties de se prévaloir en justice de décisions rendues dans d'autres pays.

C'est dans l'esprit de cet article que doit être résolu le problème de la qualification, sur lequel, à l'imitation de la loi uniforme Benelux, du projet français et de nombreuses conventions de La Haye, la convention s'abstient de formuler une règle particulière.

Cet article 18 conservera son intérêt même si un protocole soumettant l'interprétation de la convention à la Cour de Justice des Communautés européennes est élaboré à la suite de la déclaration commune des représentants des gouvernements faite lors de l'ouverture à la signature de la convention, le 19 juin 1980.

Article 19

Systèmes non unifiés

Cet article est inspiré de dispositions semblables figurant dans certaines conventions de La Haye (voir par

exemple la convention sur les régimes matrimoniaux, articles 17 et 18, et la convention sur les contrats d'intermédiaires, articles 19 et 20).

Selon le paragraphe 1, lorsqu'un État a plusieurs unités territoriales ayant chacune ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chacune de ces unités sera considérée comme un pays au send e la convention. Si, par exemple, dans le cas de l'article 4, la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle en Écosse, c'est avec la loi écossaise que le contrat sera présumé avoir les liens les plus étroits.

Le paragraphe 2, qui intéresse spécialement le Royaume-Uni, envisage l'hypothèse où la situation présente des liens avec plusieurs unités territoriales d'un même État sans en présenter avec un autre État. En ce cas, le conflit de lois existe, mais il est purement interne à l'État considéré et celui-ci n'a en conséquence aucune obligation internationale de le résoudre en appliquant les règles de la convention.

Article 20

Priorité du droit communautaire

Cet article tend à éviter un éventuel conflit entre la présente convention et les actes émanant des institutions communautaires, en accordant la priorité aux seconds. La rédaction est inspirée de celle de l'article 52 deuxième alinéa de la convention du 27 septembre 1968, tel qu'il a été révisé par la convention d'adhésion du 9 octobre 1978.

Quant à leur objet, les dispositions communautaires qui ont priorité sur la convention sont celles qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. À titre d'exemple, le règlement sur les conflits de lois en matière de contrat de travail, lorsqu'il sera définitivement adopté, l'emportera sur la convention.

Les gouvernements des États membres émettent tout de même le vœu, dans une déclaration commune, que ces instruments communautaires soient en harmonie avec les dispositions de la convention.

Quant à leur forme, les dispositions communautaires envisagées par cet article 20 sont non seulement les actes émanant des institutions des Communautés européennes, c'est-à-dire principalement les règlements et les directives ainsi que les conventions conclues par ces Communautés, mais aussi les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes. La mesure législative ou réglementaire prise par un État pour adapter sa législation à une directive emprunte en quelque sorte à la directive sa valeur communau-

taire, ce qui justifie la priorité qui lui est accordée sur la présente convention.

Enfin, la priorité que l'article 20 accorde au droit communautaire vaut non seulement pour le droit communautaire en vigueur lors de l'entrée en vigueur de la présente convention, mais également pour celui qui sera adopté après cette entrée en vigueur.

Article 21

Relations avec d'autres conventions

Cet article, dont on trouve des équivalents dans les conventions de La Haye sur les régimes matrimoniaux (article 20) et sur les contrats d'intermédiaires (article 22), signifie que la présente convention ne fait pas obstacle à l'application de tout autre instrument international, présent ou futur, auquel un état contractant est ou sera partie, par exemple des conventions en matière de transport. Ainsi est réservée la possibilité d'une unification internationale plus poussée dans tout ou partie du domaine de la présente convention.

Cette disposition n'élimine certes pas toute difficulté dans l'application combinée de la présente convention et d'une autre convention concurrente, surtout si cette dernière comporte une disposition analogue à celle de l'article 21. Mais la solution à ces difficultés d'application doit être cherchée sans mettre en cause le respect de leurs obligations internationales par les États parties à plusieurs conventions.

En outre, cet article 21 doit être lu en corrélation avec les articles 24 et 25. Le premier indique dans quelles conditions un État contractant peut devenir partie à une convention multilatérale après l'entrée en vigueur de la présente convention à son égard. Le second envisage le cas où la conclusion d'autres conventions compromettrait l'unification réalisée par la présente convention.

Article 22

Réserves

Cet article indique les réserves qui peuvent être faites à la convention et dont la justification a été exposée dans ce rapport à propos des articles 7 paragraphe 1 et 10 paragraphe 1 sous e). Il fixe, conformément à la pratique généralement suivie, notamment dans les conventions de La Haye, la procédure selon laquelle ces réserves pourront être faites ou retirées.

TITRE III

CLAUSES FINALES

Article 23

Adoption unilatérale par un État contractant d'une nouvelle règle de conflit

L'article 23 est un texte singulier en ce qu'il permet aux États contractants, sous certaines conditions, de déroger unilatéralement aux règles de la convention. Cet affaiblissement de la force obligatoire de la convention a été voulu en raison du domaine très étendu de la convention et du caractère le plus souvent très général de ses règles. On a envisagé le cas où un État se trouverait dans la nécessité de devoir modifier une règle de conflit pour des raisons d'ordre politique, économique ou social et on a voulu trouver une solution suffisamment souple qui permette aux États de ratifier la convention sans être obligés de la dénoncer le jour où ils seraient contraints de s'écarter de ses règles sur un point particulier.

La possibilité de déroger unilatéralement à la convention est cependant soumise à certaines conditions et à certaines limites.

En premier lieu, la dérogation n'est possible que si elle consiste en l'adoption d'une nouvelle règle de conflit pour une catégorie particulière de contrats. À titre d'exemple, l'article 23 n'autoriserait pas un État à abandonner les principes de la convention. Mais il lui permettrait d'adopter, aux conditions qu'il indique, une règle de conflit particulière, différente de celles de la convention, par exemple pour les contrats passés par les agences de voyage, ou pour le contrat d'enseignement par correspondance dont la spécificité pourrait justifier cette dérogation à la règle commune. Bien entendu, la procédure de dérogation n'est imposée aux États que si le contrat pour lequel ils désirent adopter une nouvelle règle de conflit entre dans le champ d'application de la convention.

En second lieu, cette dérogation est soumise à des conditions de procédure. L'État qui veut déroger à la convention doit en prévenir les autres États signataires par l'intermédiaire du secrétaire général du Conseil des Communautés. Celui-ci organisera, si un État le demande, une consultation entre les États signataires pour arriver à un accord unanime. Si, dans un délai de deux ans, aucun État ne demande une consultation ou si aucun accord n'a pu être réalisé, l'État peut alors modifier son droit dans le sens qu'il avait indiqué.

Le groupe a examiné la question de savoir si cette procédure devrait s'appliquer lorsque les États contractants souhaiteraient adopter une règle du type visé à l'article 7 de la convention, c'est-à-dire une loi de police qui est d'application obligatoire quel que soit le droit applicable au contrat. Le groupe a estimé que les États ne devraient pas être obligés de se soumettre à la procédure prévue à l'article 23 avant d'adopter une telle règle. Toutefois, pour ne pas tomber sous le coup de l'article 23, ladite règle doit satisfaire aux critères fixés à l'article 7 et pouvoir se justifier par la force du caractère impératif de la règle de droit matériel qu'elle crée. Le but visé n'est pas de permettre aux Etats contractants de se soustraire aux conditions de l'article 23 en faisant passer pour une loi de police du type visé à l'article 7 une règle de conflit avant trait à des questions dont le caractère absolument impératif n'est pas établi.

Articles 24 et 25

Nouvelles conventions

La procédure de consultation que l'article 23 impose à l'État qui entend déroger à la convention par une modification de son droit national est également imposée à l'État qui souhaite déroger à la présente convention en devenant partie à une autre convention.

Ce régime de «liberté surveillée» imposé aux États contractants s'applique seulement aux conventions dont l'objet principal ou l'un des objets pricipaux est un règlement de droit international privé dans l'une des matières régies par la présente convention. Par conséquent, les États peuvent librement adhérer à une convention qui unifierait le droit matériel de tel ou tel contrat, par exemple en matière de transport, et qui contiendrait accessoirement une règle de droit international privé. Mais, dans le domaine ainsi limité, la procédure de consultation s'applique même aux conventions qui auraient été ouvertes à la signature avant l'entrée en vigueur de la présente convention.

L'article 24 paragraphe 2 réduit encore le domaine de l'obligation imposée aux États en précisant que la procédure du paragraphe 1 ne s'applique pas:

 si la nouvelle convention a pour objet de réviser une ancienne convention. La solution contraire aurait eu en effet pour résultat fâcheux de paralyser la modernisation des conventions existantes;

- si un ou plusieurs États contractants ou l'une des Communautés européennes sont déjà parties à cette nouvelle convention:
- si la convention nouvelle est conclue dans le cadre des traités européens, en particulier s'il s'agit d'une convention multilatérale à laquelle l'une des Communautés est déjà partie. Ces règles sont en harmonie avec la priorité du droit communautaire prévue par l'article 20.

L'article 24 établit ainsi une distinction claire entre les conventions auxquelles les États contractants peuvent librement devenir parties et celles auxquelles ils ne peuvent devenir parties que sous réserve de se soumettre à une procédure de consultation.

Pour les premières, l'article 25 prévoit le cas où leur conclusion compromettrait l'unification réalisée par la présente convention. Si un État contractant estime que tel est le cas, il peut demander au secrétaire général du Conseil des Communautés de déclencher une procédure de consultation. La rédaction de l'article implique que le secrétaire général du Conseil dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. La déclaration commune annexée à la présente convention prévoit même que les États, avant l'entrée en vigueur de la présente convention, se concerteront lorsque l'un d'entre eux désirera devenir partie à une telle convention.

Pour les secondes, la procédure de consultation est la même que celle de l'article 23, à ceci près que le délai de deux ans est ramené à un an.

Article 26

Révision

Cet article prévoit l'éventualité d'une révision de la convention. Il est identique à l'article 67 de la convention du 27 septembre 1968.

Articles 27 à 33

Clauses protocolaires usuelles

L'article 27 définit les territoires des États membres auxquels s'applique la convention (voir l'article 60 de la convention du 27 septembre 1968 révisée). Les articles 28 et 29 concernent l'ouverture à la signature de la convention et sa ratification. L'article 28 ne prend pas parti sur les modalités par lesquelles chaque État contractant introduira dans son droit national les dispositions de la convention. Il s'agit là en effet d'une question dont la coutume internationale abandonne

la solution à la souveraineté des États. Chaque État contractant pourra donc donner effet à la présente convention, soit en lui donnant directement force de loi, soit en incluant ses dispositions dans sa législation nationale sous une forme appropriée à cette législation. La disposition la plus notable est celle de l'article 29 paragraphe 1 qui prévoit l'entrée en vigueur après sept ratifications. Il est apparu que l'exigence d'une ratification préalable par les neuf États contractants risquerait de retarder trop longtemps cette entrée en vigueur.

L'article 30 fixe une durée de dix ans, renouvelable de cinq ans en cinq ans par tacite reconduction. Pour les États qui ratifieraient la convention après son entrée en vigueur, la période de dix ans ou de cinq ans à prendre en considération est celle qui est en cours pour les premiers États à l'égard desquels la convention est entrée en vigueur (article 29 paragraphe 1). L'article 30 paragraphe 3 prévoit une faculté de dénonciation analogue à celle qui existe dans les conventions de La Haye (voir par exemple l'article 28 des conventions intermédiaires). Une telle dénonciation prendra effet à l'expiration de la période de dix ans ou de cinq ans selon les cas (voir l'article 30 paragraphe 3). Cet article n'a pas son équivalent dans la convention du 27 septembre 1968. La différence s'explique par le fait que la présente convention, contrairement à celle de 1968, ne trouve pas directement son fondement dans l'article 220 du traité de Rome. C'est une convention conclue librement entre les États de la Communauté et non imposée par le traité.

Les articles 31 et 33 confient la gestion de la convention (dépôt de la convention et notifications aux États signataires) au secrétaire général du Conseil des Communautés européennes.

Aucune disposition ne prévoit l'adhésion d'États tiers à la convention. La question a été discutée par le groupe de travail qui n'a pu parvenir à un acoord. Dans ces conditions, si un État tiers demandait à adhérer à la convention, une concertation s'imposerait entre les États membres.

En revanche la situation à l'égard de la convention des États qui deviendrait ultérieurement membres de la Communauté économique européenne a reçu une solution.

Le groupe de travail a estimé ne pas pouvoir régler dans la convention même cette question qui relève davantage de la convention d'adhésion des nouveaux membres. Aussi s'est-il borné à élaborer une déclaration commune des États contractants, exprimant l'opinion que les nouveaux États membres devraient adhérer également à la présente convention.

Protocole relatif à l'article 169 de la loi danoise sur le droit de la mer

La loi danoise sur le droit de la mer est une loi uniforme commune aux pays scandinaves. Étant donné les méthodes de coopération juridique adoptées par les pays scandinaves, cette loi ne se fonde pas sur une convention, mais résulte de l'adoption simultanée par les parlements de ces pays de lois identiques.

L'article 169 de la loi danoise énonce un certain nombre de règles concernant le choix de la loi applicable. Ces règles se fondent partiellement sur la convention internationale de 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement telle qu'amendée par le protocole de 1968 (règles de La Haye et de Visby). Dans la mesure où c'est le cas, ces règles sont maintenues en vertu de l'article 21 de la

présente convention, même après sa ratification par le Danemark.

L'article 169 prévoit toutefois certaines règles complémentaires concernant le choix de la loi applicable en matière de contrats de transport par mer. Ces règles auraient pu être maintenues par le Danemark sur la base de l'article 21 si la coopération entre pays scandinaves se réalisait par l'adoption de conventions. Il a été convenu que le fait qu'une autre méthode de coopération ait été adoptée n'empêcherait pas le Danemark de maintenir ces règles qui résultent de la coopération entre pays scandinaves dans le domaine de l'unification des législations. La règle du protocole qui permet la révision de l'article 169 sans avoir à suivre la procédure prévue à l'article 23 correspond à la règle de l'article 24 paragraphe 2 de la convention, qui concerne la révision des autres conventions auxquelles les États parties à cette convention sont également parties.

NOTES

relatives au rapport sur la convention concernant la loi applicable aux obligations contractuelles

- (1) Compte rendu de la réunion du 26 au 28 février 1969.
- (2) Compte rendu de la réunion du 26 au 28 février 1969, pages 3, 4 et 9.
- (3) Document de la Commission des Communautés européennes 12.665/XIV/68.
- (4) Compte rendu de la réunion du 26 au 28 février 1969.
- (5) Compte rendu de la réunion du 20 au 22 octobre 1969.
- (6) Compte rendu de la réunion des 2 et 3 février 1970.
- (7) Voir les documents suivants de la Commission: 12.153/XIV/70 (questionnaire établi par M. Giuliano et réponses des rapporteurs); 6.975/XIV/70 (questionnaire établi par M. van Sasse van Ysselt et réponses des rapporteurs); 15.393/XIV/70 (questionnaire établi par M. Lagarde et réponses des rapporteurs).
- (8) Les réunions ont eu lieu aux dates suivantes: du 28 septembre au 2 octobre 1970; du 16 au 20 novembre 1970; du 15 au 19 février 1971; du 15 au 19 mars 1971; du 28 juin au 2 juillet 1971; du 4 au 8 octobre 1971; du 29 novembre au 3 décembre 1971; du 31 janvier au 3 février 1972; du 20 au 24 mars 1972; du 29 au 31 mai 1972; du 21 au 23 juin 1972.
- (9) Compte rendu de la réunion du 21 au 23 juin 1972, p. 29.
- (10) Les réunions ont eu lieu aux dates suivantes: 22 et 23 septembre 1975; du 17 au 19 décembre 1975; du 1^{er} au 5 mars 1976; du 23 au 30 juin 1976; 16 et 17 décembre 1976; du 21 au 23 février 1977; du 3 au 6 mai 1977; 27 et 28 juin 1977; du 19 au 23 septembre 1977; du 12 au 15 décembre 1977; du 6 au 10 mars 1978; du 5 au 9 juin 1978; du 25 au 28 septembre 1978; du 6 au 10 novembre 1978; 15 et 16 janvier 1979; du 19 au 23 février 1979.
- (11) La liste des experts gouvernementaux qui ont participé aux travaux de ce groupe ad hoc ou aux travaux du groupe présidé par M. Jenard est annexée au présent rapport.
- (12) Trois catégories de travaux sont menés dans le cadre des Communautés européennes en matière de droit des sociétés. Il s'agit d'abord des directives prévues par l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité CEE. Quatre de ces directives sont entrées en vigueur. La première, du 9 mars 1968 (JO n° L 65 du 14. 3. 1968), concerne la publicité, la validité des engagements et la nullité de la société dans les sociétés par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée. La deuxième, du 13 décembre 1976 (JO n° L 26 du 31. 1. 1977), concerne la constitution de la société anonyme, le maintien et les modifications de son capital. La troisième, du 9 octobre 1978 (JO n° L 295 du 20. 10. 1978), vise les fusions des sociétés et la quatrième, du 25 juillet 1978 (JO n° L 222 du 14. 8. 1978), porte sur les comptes annuels. Quatre autres sont actuellement proposées par la Commission au Conseil. Elles concernent la structure de la société anonyme (JO n° C 131 du 13. 12. 1972), l'admission des titres en bourse (JO n° C 131 du 13. 12. 1972), les comptes consolidés (JO n° C 121 du 2. 6. 1976), les qualifications minimales des personnes qui exercent le contrôle légal des comptes des sociétés de capitaux (JO n° C 112 du 13, 5, 1978). Il s'agit ensuite des conventions prévues par l'article 220 du traité CEE. L'une de ces conventions concerne la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales. Elle a été signée à Bruxelles le 29 février 1968 (le texte a été publié dans le Supplément au bulletin des Communautés européennes, n° 2 de 1969). Le projet d'une seconde convention va être soumis au Conseil. Cette convention concernera les fusions internationales. Enfin, des travaux ont été me-

- nés en vue de la création d'un statut de sociétés européennes. Ils ont abouti à une proposition de règlement portant statut des sociétés anonymes européennes, le 30 juin 1970 (JO n° C 124 du 10. 10. 1970).
- (13) Pour le texte de l'arrêt, voir Revue critique, 1911, p. 395; Journal du droit international privé, 1912, p. 1156. En doctrine, voir Batiffol et Lagarde, Droit international privé, (2 vol.), 6° éd., Paris, 1974-1976, II, n° 567 à 573, p. 229.
- (14) Kegel, Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch, 3° éd., München-Berlin, 1971, paragraphe 18, p. 253; Kegel, Das IPR im Einführungsgesetz zum BGB, in Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB (Band 7), 10° éd., 1970, 220; Reithmann, Internationales Vertragsrecht. Das Internationale Privatrecht der Schuldverträge, 3° éd., Köln, 1980, n° 5 et 6; Drobnig, American-German Private International Law, 2° éd., New York, 1972, p. 225.
- (15) Morelli, Elementi di diritto internazionale privato italiano, 10^e éd., Napoli, 1971, nos 97 et 98, p. 154; Vitta, op. cit., III, p. 229.
- (16) Revue critique, 1938, p. 661.
- (17) Frédéric, La vente en droit international privé, in Recueil des cours de l'académie de La Haye, tome 93 (1958, I), p. 30; Rigaux, Droit international privé, Bruxelles, 1968, n°s 348 et 349; Vander Elst, Droit international privé. Règles générales des conflits de lois dans les différentes matières de droit privé, Bruxelles, 1977, n° 56, p. 100.
- (18) Le texte de l'arrêt dans l'affaire Alnati (Nederlandse Jurisprudentie, 1967, p. 3) est reproduit en langue française dans la Revue critique, 1967, p. 522 (Struycken, note sur l'arrêt Alnati). En ce qui concerne la doctrine, voir J. E. J. Th. Deelen, Rechtskeuze in het Nederlands internationaal contractenrecht, Amsterdam, 1965; W. L. G. Lemaire, Nederlands internationaal privaatrecht, 1968, p. 242; Jessurun d'Oliveira, Kotting, Bervoets et De Boer, Partij-invloed in het Internationaal Privaatrecht, Amsterdam, 1974.
- (19) Le principe de la liberté de choix est reconnu en Angleterre depuis au moins 1796: voir Gienar contre Mieyer (1796), 2 Hy. Bl. 603.
- (20) 1939, A. C. 277, p. 290.
- (20a) Voir par exemple la loi de 1978 relative à la protection de l'emploi (mesures de renforcement) [Employment Protection (Consolidation) Act 1978], s. 153 (5) et la loi de 1974 relative aux syndicats et aux relations de travail (Trade Union and Labour Relations Act 1974), s. 30 (6).
- (20b) Loi de 1977 relative aux clauses contractuelles abusives (Unfair Contract Terms Act 1977), s. 27 (2).
- (20c) Anton, Private International Law, p. 187.
- (20d) Y compris les cas où les parties se sont efforcées de faire un choix exprès, mais où elles l'ont fait de manière trop confuse.
- (20e) Affaire Compagnie d'armement maritime SA contre Compagnie tunisienne de navigation SA, 1971, A.C. 572, pages 584, 587 à 591, 596 à 600 et 604 à 607.
- (21) Lando, Contracts, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. III, Private International Law (Lipstein, Chief editor), sections 51 et 54, p. 28; Philip, Dansk International Privat-og Processet, 2e éd., Copenhagen, 1972, p. 291.
- (22) Cour permanente de justice internationale, *Publications*, Série A, nos 20 et 21, p. 122.
- (23) International Law Reports, vol. 27, p. 117, p. 165; Rivista di diritto internazionale, 1963, p. 230, p. 244.
- (24) Pour un résumé de ce jugement, comportant de larges citations, voir Lalive, Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'État et une société privée étrangère, in Annuaire suisse de droit international, 1963, p. 273, spécialement pages 284 à 288.

- (25) Int. Legal Mat., 1979, p. 3, p. 11; Rivista di diritto internazionale, 1978, p. 514, à la p. 518.
- (26) La première convention, au 1^{er} octobre 1976, était en vigueur entre les huit pays européens suivants: Belgique, Danemark, Finlande, France, Italie, Norvège, Suède, Suisse. Le Niger a également adhéré à la convention. Pour le texte de la seconde et de la troisième conventions, voir Associazione italiana per l'arbitrato, Conventions multilatérales et autres instruments en matière d'arbitrage, Roma, 1974, p. 86. Pour le texte de la quatrième convention, voir conférence de La Haye de droit international privé, Recueil des conventions (1951-1977), p. 252. Pour l'état des ratifications et adhésions desdites conventions au 1^{er} février 1976, voir Giuliano, Pocar et Treves, Codice delle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale, Milano, 1977, p. 1404, 1466 et 1497.
- (27) Kegel, Das IPR, cit., n° 269 à 273 et notes 1 et 3; Batiffol et Lagarde, Droit international privé, cit., II, n° 592, p. 243; arrêt de la Cour de cassation française du 18 novembre 1959 dans l'affaire Société Deckardt contre Établissements Moatti, in Revue critique, 1960, p. 83.
- (28) Voir tribunal de Rotterdam, 2 avril 1963, S § S 1963, 53; Kollewijn, De rechts-keuse achteraf, Netherlands International Law Revue, 1964, 225; Lemaire, Nederlands Internationaal Privaatrecht, 1968, 265.
- (29) Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1967, p. 126.
- (30) Voir Treves, Sulla volontà delle parti di cui all'articolo 25 delle preleggi e sul momento del suo sorgere, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1967, p. 315.
- (31) Pour un aperçu comparatif, voir Rabel, *The Conflict of Laws. A comparative study*, II, 2^e éd., Ann Arbor, 1960, Chapter 30, p. 432.
- (32) Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, cit., II, n° 572, p. 236, et déjà l'essai de Batiffol, Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, reproduit dans: Choix d'articles rassemblés par ses amis, Paris, 1976, p. 249.
- (33) Revue critique, 1955, p. 330.
- (34) D'après la jurisprudence allemande par «hypotetischer Parteiwille» on n'entend pas la recherche des intentions supposées des parties, mais, en vue de déterminer le droit applicable, une appréciation raisonnable et équitable des intérêts en cause sur une base objective (BGH du 14 avril 1953, in IPRspr., 1952/1953, n° 40, p. 151). Selon un autre arrêt «lors de cette appréciation des intérêts en cause, la question essentielle est celle de savoir où se trouve le centre de gravité du rapport contractuel considéré» (BGH du 14 juillet 1955, in IPRspr., 1954/1955, n° 67, p. 206). On peut consulter sur cette notion Kegel, Internationales Privatrecht, cit., § 18, p. 257; Kegel, das IPR, cit., n° 240 à 268, ainsi que les nombreuses références à la pratique judiciaire figurant dans les notes; Reithmann, Internationales Vertragsrecht, cit., p. 42.
- (35) Voir Bonython contre Commonwealth of Australia, 1951, A.C. 201, p. 219; Tom-kinson contre First Pennsylvania Banking and Trust Co., 1961, A.C. 1007, p. 1068, 1081 et 1082; James Miller and Partners Ltd contre Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd, 1970, A.C. 583, p. 603, 605 et 606, et 601 à 611; Compagnie d'armement maritime SA contre Compagnie tunisienne de navigation SA, 1971, A.C. 572, p. 583, 587, 603; Coast Lines Ltd contre Hudig en Veder Chartering NV, 1972, 2 Q.B. 34, p. 44, 46 et 50.
- (36) Mount Albert Borough Council contre Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society, 1938, A.C. 224, p. 240, par lord Wright; *The Assunzione*, 1974, p. 150, p. 175 à 179, par Singleton L.J.
- (36a) Anton, Private International Law, p. 192.
- (37) Dans ce sens, voir Cour de cassation, arrêt du 28 mars 1953 (nº 827), précité; Cour de cassation (chambres réunies), arrêt du 28 juin 1966 (nº 1680), précité;

- Cour de cassation, arrêt du 30 avril 1969 (n° 1403), dans l'affaire Officina Musso contre Société Sevplant, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1970, p. 332. En doctrine: Morelli, Elementi di diritto internazionale privato, cit., n° 97, p. 155; Vitta, Diritto internazionale privato, (3 vol.), Torino, 1972-1975, III, p. 229.
- (38) Voir notamment Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962, spécialement p. 89 à 144. À l'ouvrage précité, nous renvoyons également pour un tableau de la jurisprudence qui a retenu ce rattachement. *Adde* l'arrêt du 1^{er} avril 1970 de la cour d'appel d'Amsterdam, dans l'affaire NAP NV contre Christophery.
- (39) C'est la solution retenue par la cour de Limoges dans son arrêt du 10 novembre 1970 ainsi que par le tribunal de commerce de Paris dans son arrêt du 4 décembre 1970 (*Revue critique*, 1971, p. 703). À la même solution s'inspire la Cour de cassation des Pays-Bas dans son arrêt du 6 avril 1973 (N. J., 1973, n° 371). Voir également l'article 6 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.
- (40) Pour les arrêts mentionnés dans le texte, voir Revue critique, 1967, p. 521; 1920, 2 A.B., 287; 1958, A.C. 301; 1963, 2 Q.B., 352, et plus récemment: van Rooij, De positie van publiekrechtelijke regels op het terrein van het internationaal privaatrecht, 1976, 236; Strikwerda, Semipubliekrecht in het conflictenrecht, 1978, 76.
- (40 a) Sur cet article voir en doctrine les réflexions de Vischer, The antagonism between legal security and search of justice in the field of contract, in Recueil de l'académie de La Haye, tome 142 (1974, II), p. 21; Lando, op. cit., nos 200 à 203, p. 106; Segre, Il diritto communitario della concorrenza come legge d'applicazione necessaria, in Rivista di diritto internazionale privatto e processuale, 1979, p. 75; Drobnig, Comments on article 7 of the draft convention in European Private International Law of obligations, edited by Lando-von Hoffman-Siehr, Tübingen, 1975, p. 88.
- (41) Voir Delaporte, Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, thèse Paris I, 1974, multigraphiée, nos 123 et suivants.
- (42) Voir Delaporte, op. cit., nº III.
- (43) L'application éventuelle de la loi nationale commune est prévue expressément par l'article 26 des dispositions préliminaires du code civil italien. Voir aussi l'article 2315 du projet français de 1967.
- (44) La solution retenue s'inspire de celle qui a été consacrée, mais dans un cadre plus large, par l'arrêt de la Cour de cassation italienne du 30 avril 1969, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1970, p. 332. Elle est contraire à celle donnée par la Cour de cassation de France, le 10 décembre 1974, Revue critique de droit international privé, 1975, 474, note A. P. La solution alternative prévaut aussi au Royaume-Uni: Van Grutten contre Digby, 1862, 31 Beav. 561; voir Cheshire et North, Private International Law, 10e éd., p. 220.
- (45) Solution retenue à titre principal en république fédérale d'Allemagne, article 11 du EGBGB; à titre subsidiaire en Italie (article 26 des dispositions préliminaires) et en France [cassation, 26 mai 1963, Revue critique de droit international privé, 1964, 513, note Loussouarn; 10 décembre 1974 précité, supra, note 44; admise implicitement par le projet Benelux (article 19)].
- (46) Voir les références citées à la note précédente.
- (47) Voir par exemple l'article 13 quatrième alinéa du traité Benelux de 1969 non entré en vigueur.
- (48) Pour un aperçu comparatif à ce sujet, voir Toubiana, Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme économique), Paris, 1972, spécialement p. 1 à 146; Lando, Contracts, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. III, Private International Law (Lipstein, chief editor), sections 199 à 231, p. 106.

- (49) Voir à ce sujet l'article 4 de la convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.
- (50) Voir le traité Benelux de 1969 non entré en vigueur (article 2), les dispositions préliminaires du code civil italien [article 1^{er} sous e)], la loi d'introduction du code civil allemand (article 7) et la jurisprudence française; Req. 16 janvier 1861, Lizardi, Dalloz périodique, 1861.1.193; Sirey, 1861.1.305.
- (51) Voir l'article 20 troisième alinéa du traité Benelux de 1969 non entré en vigueur et, en France, l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1959 (Isaac), Dalloz, 1959, Jurisclasseur 485; 12 février 1963 (Ruffini contre Sylvestre), Revue critique de droit international privé, 1964, p. 121.
- (52) Voir Kegel, *IPR*, 4° éd., p. 173; Batiffol et Lagarde, 6° éd., p. 394; article 2 de la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955; article 5 de la convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires du 14 mars 1978; Dicey et Morris, 9° éd., p. 723.
- (53) Voir Actes et documents de la conférence de La Haye, IXe session, tome III, testaments, 1961, rapport explicatif, p. 170.

LISTE DES PARTICIPANTS (1)

Travaux sous l'égide de la Commission

Président

M. P. Jenard Directeur d'administration au ministère des

affaires étrangères et du commerce exterieur,

Bruxelles

Travaux sous l'égide du Conseil

Président

M. A. Brancaccio Ministero di grazia e giustizia, Roma

BELGIOUE

M. M. Hanotiau Chef de service au ministère de la justice,

Bruxelles

M. P. Gothot Professeur à la faculté de droit à l'université de

Liège

M. R. Vander Elst Professeur à l'université libre de Bruxelles

DANEMARK

M. A. Philip
M. Professor, Justitsministeriet, København
M. P. Blok
Professor, Justitsministeriet, København

H. C. Abildtrup Attaché (Justitsministeriet), Danmarks faste Re-

præsentation, Bruxelles

N. Waage Attaché (Justitsministeriet), Danmarks faste Re-

præsentation, Bruxelles

H. Wendler-Pedersen Fuldmægtig, Justitsministeriet, København

RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE D'ALLEMAGNE

Prof. Dr Arndt OLG Präsident i. R., Sachverständiger, Bremen

Dr B. Klingsporn Ministerialrat, Bundesministerium der Justiz,

Bonn

M. E. Rebmann Regierungsdirektor, Bundesministerium der

Justiz, Bonn

M. W. Hantke Regierungsrat, Bundesministerium für Wirt-

schaft, Bonn

M. H. König Richter AG, Bundesministerium der Justiz,

Bonn

FRANCE

M. H. Batiffol Doyen honoraire, professeur à la faculté de droit

à Paris

M. P. Lagarde Professeur à l'université de Paris I
M. T. Cathala Conseiller à la cour d'appel, Paris

⁽¹⁾ Par ailleurs, des experts spécialisés, non cités dans la présente liste se sont joints lors de l'examen de certains problèmes spécifiques. Il s'agit notamment des matières ci-après: assurances, transports, droit du travail, interprétation de la convention par la Cour de justice des Communautés européennes.

IRLANDE	
The Hon. J. B. Walsh	Senior Ordinary Judge of the Supreme Court of Ireland Law Reform Commission
M. E. Hanley	Legal Adviser, EEC-Division, Department of Justice, Dublin
M. J. Brennan	Assistant Legal Adviser, EEC Division, Department of Justice, Dublin
M. M. G. Gleeson	Administrative Officer, Department of Justice, EEC Division, Dublin
M. L. Cahill	Administrative Officer, Department of Justice, EEC Division, Dublin
M ^{me} M. Gleeson	Assistant Principal Officer, Department of Tourism and Transport, Dublin
ITALIE	
M. M. Giuliano	Esperto, professore all'università di Milano
M. L. Battaglini	Magistrato di cassazione, ministero degli affari esteri, Roma
M. L. Giampaolino	Vice-capo di gabinetto, ministero del lavoro, Roma
M. F. Di Filippis	Magistrato administrativo, ministero dell'indu- stria, del commercio e del'artigianato, Roma
M. L. Rovelli	Magistrato tribunale, ministero di grazia e giustizia, Roma
M. De Renzis	Magistrato, ministero dell'industria
M. G. Fienga	Ministero dell'industria
LUXEMBOURG	
M. A. Huss	Procureur général d'État honoraire, ministère de la justice, Luxembourg
M. A. Weitzel	Conseiller à la Cour supérieure de justice, ministère de la justice, Luxembourg
M. R. Heiderscheid	Président honoraire de tribunal, Luxembourg
M. C. Wampach	Conseiller à la Cour supérieure de justice, ministère de la justice, Luxembourg
PAYS-BAS	
M. J. van Rijn van Alkemade	Raadsadviseur, Ministerie van Justitie, Den Haag
M. R. van Rooy	Administrateur, Ministerie van Justitie, Den Haag
M. J. C. Schultsz	Hoogleraar, Ministerie van Justitie, Den Haag
M. J. G. Sauveplanne	Hoogleraar, Fakulteit van Rechtsgeleerdheid, Utrecht
M. A. J. van Duyne-Strobosch	Administrateur, Ministerie van Justitie, Den Haag
ROYAUME-UNI	
The Hon. Lord P. Maxwell	Judge, Court of Session, Edinburgh
M. A. L. Diamond	Director, Institute of Advanced Legal Studies, London

M. K. M. Newmann

Under-Secretary, Lord Chancellor's Office,

London

M. P. M. North

Law Commissioner, Law Commission, London

M. A. Akbar

Senior Legal Assistant, Law Commission,

London

CONFÉRENCE DE LA HAYE

M. M. H. van Hoogstraten

Secrétaire général de la conférence de La Haye de

droit international privé, Den Haag

COMMISSION BENELUX

M^{me} M. Weser

Professeur, membre de la commission Benelux

pour l'unification du droit, Bruxelles

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Direction générale du marché intérieur et des affaires industrielles (DG III)

M. W. Hauschild

Chef de division

M. G. Di Marco

Administrateur principal

M. O. Czerny

Assistant principal

Service juridique

M. P. Leleux

Conseiller juridique

M. A. Mc Clellan

Conseiller juridique

M. J. Seche

Conseiller juridique

Direction générale de l'emploi et des affaires sociales (DG V)

M. H. Ollenhauer

Chef de division

M. K. M. Schilz

Administrateur principal

Direction générale des institutions financières et de la fiscalité (DG XV)

M. G. Imbert

Directeur

M. H. Schlude

Administrateur

À TITRE D'EXPERTS DE LA COMMISSION

Transport

M. F. Berlingieri

Professeur à l'université de Genova

M. E. Selvig

Professeur à l'université d'Oslo

Contrat de travail

M. G. Schnorr

Professeur à l'université d'Innsbruck

SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DU CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

M. R. Fornasier

Directeur, service juridique

M. V. Scordamaglia

Chef de division, DG «marché intérieur»

M. O. Petersen

Administrateur, DG «marché intérieur»

M. J.-F. Faure

Administrateur, DG «marché intérieur»