Thèse de doctorat

Pour obtenir le grade de Docteur de

l'UNIVERSITÉ POLYTECHNIQUE HAUTS-DE-FRANCE

et de l'INSA HAUTS-DE-FRANCE

et l'UNIVERSITÉ DE LOMÉ

Discipline, spécialité selon la liste des spécialités pour lesquelles l'école doctorale est accréditée :

Droit privé et science criminelles

Présentée et soutenue par Koffi NOUDJO

Le 23/09/2024 à Valenciennes

École doctorale : École Doctorale Polytechnique Hauts-de-France (ED PHF n° 635)

Unité de recherche : Laboratoire de Recherche Sociétés & Humanités (LARSH)

La résolution des conflits de lois en droit des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA

JURY

Rapporteurs

- Monsieur Bernard ANOH ADOUKO, Professeur à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké.

- Monsieur Charles-Edouard BUCHER, Professeur à Nantes Université.

Examinateurs

- Madame Marion HO-DAC, Professeure à l'Université d'Artois.

- Monsieur Gérard ANOU, Professeur à l'Université de Grenoble, Président du jury

Co-directeur de thèse : Magali JAOUEN, Professeure à CY Cergy Paris Université.

Co-directeur de thèse : Kuassi DECKON, Professeur à l'Université de Lomé.

La résolution des conflits de lois en droit des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA © 2024 by Koffi NOUDJO is licensed under CC BY-NC-SA 4.0. Cette licence prend effet au 23/09/2026.

L'université Polytechnique des Hauts-de-France (France) et l'Université de Lomé (Togo) n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DÉDICACE

À tous les enseignants qui ont enrichi mon parcours de vie depuis ma première inscription à l'école primaire élémentaire « *Annexe* » de Bouaké (Côte d'Ivoire),

À mon adorable et si patiente épouse Ayabavi, toi qui étais là avant le début de tout et qui te tiens aujourd'hui à mes côtés,

À mes enfants,

À Mamouné, maman extraordinaire,

À mon oncle Kossi NYAVO, mon second père qui a supporté ma turbulente adolescence et à qui je dois mes études secondaires,

À mes tantes et oncles NOAMESHIE, particulièrement *uncle* Kouami dont le soutien ne m'a jamais fait défaut,

À mon frère Sam, parti trop tôt. Ton souvenir m'accompagne chaque jour et ta mémoire inspire mon travail. Tu demeures à jamais dans mon cœur,

À mes sœurs Pauline, Sylvie, Sika et Ami,

À Tassi Ida, chaleureuse et toujours disponible,

À mes ami(e)s Clémence, Cindy, Antoine, Aimé, Sévi, Sylvie, Ahmed, Serge, Benoit, Pascal, Komi, Koamivi et toutes celles et ceux qui, de près ou de loin, m'ont soutenu dans ce projet doctoral.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mes directeurs de thèse, Madame et Monsieur les professeurs Magali JAOUEN et Kuassi DECKON, qui ont immédiatement accepté d'encadrer cette recherche. Leur confiance tout au long de ces travaux, leurs conseils avisés, leur implication, leur constante disponibilité, leur bienveillante patience, leurs rigoureuses relectures et tout leur soutien inestimable m'ont permis de mener ce travail de recherche à terme. Très chers Professeurs, veuillez trouver ici l'expression de ma plus grande considération et de toute ma reconnaissance.

Un vif remerciement aux membres du jury, je veux nommer respectivement Madame le professeur Marion HO-DAC (Université d'Artois) et Messieurs les professeurs Gérard ANOU (Université de Grenoble), Bernard ANOH ADOUKO (Université de Bouaké, Côte d'Ivoire), et Charles-Edouard BUCHER (Université de Nantes), pour avoir accepté de participer à mon jury de soutenance de thèse.

Monsieur le professeur Gérard ANOU, je vous adresse un remerciement particulier pour votre participation au Comité de suivi de thèse, qui, il y a un an, m'a autorisé à poursuivre ma recherche. Cher Professeur, veuillez recevoir ici, l'expression de ma profonde reconnaissance.

Mes remerciements vont également à mes ami(e)s Clémence GODON, Madjri BRUCE, Kathleen YENO-REKANGA, David ASSOUAN et Basile JANVIER pour leurs relectures, corrections et aides précieuses en vue de l'amélioration de ce travail.

Enfin, mes remerciements s'adressent à tous ceux qui ont fait preuve de patience et de bienveillance à mon égard ces dernières années. J'ai une pensée particulière pour le personnel des bibliothèques universitaires de l'Université de Poitiers, qui a également contribué à l'aboutissement de ce travail de recherche.

RÉSUMÉ

L'ambition de l'UE et de l'OHADA pour une réglementation globale des contrats transfrontaliers n'est pas qu'un simple vœu. L'UE, avec une longueur d'avance, a su, par le biais du règlement Rome I relatif aux obligations contractuelles, doter ses États membres d'un ensemble de règles de conflits de lois régissant les contrats transfrontaliers. Ce texte constitue ainsi l'essentiel du régime juridique des contrats transfrontaliers au sein de l'UE. Cependant, malgré son importance, ce texte illustre les limites de la méthode conflictuelle en termes de prévisibilité du droit. Cette méthode, qui repose sur le recours aux règles de conflits de lois, vise à désigner un droit national matériellement applicable. Or, entre l'identification et l'application concrète de ce droit national compétent, les contractants sont exposés à des complexités et des incertitudes. La méthode conflictuelle se complique en raison de la diversité et de la multiplicité des critères de rattachement, qui rendent incertaine la détermination de la loi applicable. En outre, les juges doivent surmonter des obstacles liés à l'interprétation et à l'application des lois étrangères, exacerbés par des différences culturelles et linguistiques, ainsi que par des problèmes de traduction juridique. De plus, la présence de lois impératives, qu'elles prennent la forme de lois de police ou de règles d'ordre public, ajoute encore à la complexité. De fait, bien que la méthode conflictuelle tente de coordonner les différents ordres juridiques, elle engendre des défis qui compliquent la prévisibilité et l'application du droit des contrats transfrontaliers.

C'est pourquoi l'OHADA et l'UE s'intéressent de plus en plus au droit matériel uniforme en matière contractuelle. Les projets de textes initiés au sein de ces deux organisations illustrent cette ambition, mais ils montrent aussi que le droit matériel projeté ne pourra pas prétendre à l'exhaustivité. En effet, ces textes laisseront vraisemblablement certains pans de la matière contractuelle au droit national. Dès lors, faut-il en conclure que le régime juridique des contrats transfrontaliers est voué à l'incomplétude ?

La présente thèse soutient que, prises séparément, la méthode conflictuelle et celle reposant sur les règles matérielles participent d'une approche moniste qui ne répond pas pleinement aux exigences de prévisibilité du droit. Par conséquent, l'étude plaide pour l'adoption d'une approche dualiste combinant ces deux méthodes. Ainsi, la thèse propose

une théorie générale des contrats transfrontaliers pour une résolution plus efficace des conflits de lois en droit des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA.

Mots clés : contrats transfrontaliers — conflits de lois — autonomie de la volonté — *lex contractus* — normes impératives — règles matérielles — règlement Rome I — convention de Rome — CJUE — CJCE — droit communautaire — droit européen — droit OHADA — CCJA — harmonisation — uniformisation — prévisibilité — imprévisibilité — responsabilité contractuelle — clause d'exception — fragmentation — coordination — validité — capacité — adoption — avant-projet d'Acte uniforme — choix de la loi applicable.

SUMMARY

The ambition of the EU and OHADA for a comprehensive regulation of cross-border contracts is more than a mere aspiration. The EU, taking the lead, has, through Regulation Rome I on contractual obligations, provided its Member States with a set of conflict-of-law rules governing cross-border contracts. This regulation thus constitutes the cornerstone of the legal framework for cross-border contracts within the EU. However, despite its significance, this text highlights the limitations of the conflict-of-law method in terms of legal predictability. This method, which relies on conflict-of-law rules, aims to designate a materially applicable national law. Yet, between the identification and the practical application of the competent national law, contracting parties face complexities and uncertainties.

The conflict-of-law method becomes more intricate due to the diversity and multiplicity of connecting factors, which render the determination of the applicable law uncertain. Furthermore, judges must overcome challenges related to the interpretation and application of foreign laws, aggravated by cultural and linguistic differences, as well as issues of legal translation. In addition, the presence of mandatory rules, whether in the form of overriding mandatory provisions or public policy rules, adds further complexity. Consequently, while the conflict-of-law method seeks to coordinate different legal systems, it gives rise to challenges that hinder the predictability and application of cross-border contract law.

This is why OHADA and the EU are increasingly interested in uniform substantive law in contractual matters. The draft texts initiated by these two organizations reflect this

ambition, but they also demonstrate that the projected substantive law cannot claim to be exhaustive. Indeed, these texts will likely leave certain aspects of contractual matters to national law. Thus, should we conclude that the legal framework for cross-border contracts is destined to remain incomplete?

This thesis argues that, considered separately, the conflict-of-law method and the substantive rules approach reflect a monistic framework that does not fully meet the requirements of legal predictability. Therefore, this study advocates for the adoption of a dualistic approach combining these two methods. Accordingly, the thesis proposes a general theory of cross-border contracts to achieve a more effective resolution of conflict-of-law issues in contract law within the EU and OHADA.

Key words : cross-border contracts — conflict of laws — party autonomy — lex contractus — mandatory rules — substantive rules — Rome I Regulation — Rome Convention — CJEU - ECJ — Community law — European law — OHADA law — CCJA — harmonization — unification — predictability —unpredictability - contractual liability - choice-of-law clause — exception clause — fragmentation — coordination — validity — capacity — adoption — draft Uniform Act — choice of applicable law.

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

Aff.....Affaire

al.....alinéa

AJCA.....Actualité juridique contrats d'affaires

AJCCD.....Actualité juridique contrats d'affaires – concurrence - distribution

AJDA.....Actualité Juridique Droit Administratif

AUDCG.....Acte uniforme relatif au droit commercial général

AUTMR.....Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route

Ass. Plén.....Assemblée plénière

Bull. civ.....Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre civile

C.....contre

CA.....Cour d'appel

Cass. 1re civ.....Première Chambre civile de la Cour de cassation

Cass. 2e civ.....Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation

Ccl.....conclusion

Cass. 3e civ.....Troisième Chambre civile de la Cour de cassation

Ch.....chambre

Ch. Com.....Chambre commerciale

CCJA.....Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA

Chron.....Chronique

CJUE.....Cour de justice de l'Union européenne (initialement Cour de justice des communautés européennes : CJCE)

Coll.....collection

Comm.....Commentaire

CREDIMI.....Centre de Recherches sur le Droit des marchés et des Investissements Internationaux

CREDIJ.....Centre de Recherche et d'Études en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique

CS.....Cour suprême

CSCI.....Cour Suprême de Côte d'Ivoire

D.....Recueil Dalloz

Dir.....Sous la direction

Doctr.....Doctrine

DP.....Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)

EDJA.....Editions juridiques africaines

ERSUMA.....Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature

Ed.....édition

Gaz. Pal.....Gazette du Palais

Infra.....ci-dessous

Ibid.....Ibidem, au même endroit

JCP E.....Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition entreprise

JCP G.....Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), édition générale

J-CI. Europe.....Jurisclasseur Europe

JO.....Journal officiel

JOCE.....Journal officiel des Communautés européennes (devenu JOUE)

JDI.....Journal du droit international (Clunet)

LDIP.....Loi suisse de droit international privé

L.G.D.J.....Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA.....Les petites affiches

NCPC.....Nouveau Code de procédure civile

Obs.....Observation

OHADA.....Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

P.....page

Pp.....pages

Penant.....Recueil Penant (Revue trimestrielle de droit africain)

PUAM.....Presses Universitaires d'Aix-Marseille

PUF.....Presse universitaire de France

RASJ.....Revue Africaine des Sciences Juridiques

RDAA.....Revue du droit des affaires en Afrique

RDC.....Revue des contrats

RFSP.....Revue française de science politique

RIDC.....Revue internationale de droit comparé

RIDE.....Revue internationale de droit économique

RIEJ.....Revue interdisciplinaire d'études juridiques

Req.....Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Rev. Arb.....Revue de l'arbitrage

RDAI.....Revue de droit des affaires internationales

RA.....Règlement d'arbitrage de la CCJA

RCADI.....Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye

Rééd.....réédition

RSC.....Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RDU.....Revue de droit uniforme

RDI.....Revue de droit immobilier

Rép. dr. int.....Répertoire de droit international

Rev. crit. DIP.....Revue critique de droit international privé

RDUE.....Revue du droit de l'Union européenne

Spéc.....spécialement

Trad.....traduction

TGI.....Tribunal de grande instance

T.....tome

Trav. Com. fr. DIP.....Travaux de la Commission française de droit international privé

Vol.....Volume

v.....voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION **1**

PREMIÈRE PARTIE. L'ÉCUEIL D'UNE APPROCHE MONISTE DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE **29**

TITRE PREMIER. LA MÉTHODE CONFLICTUELLE, UN PROCESSUS DE COORDINATION LIMITÉ 33

Chapitre premier. Les critères de détermination de la loi applicable à l'épreuve de l'exigence de prévisibilité **39**

Chapitre II. L'application du droit désigné par la règle de conflit, un processus jalonné de multiples péripéties **101**

TITRE II. LA MÉTHODE DES RÈGLES MATÉRIELLES, UN PROCESSUS D'INTÉGRATION COMPLEXE 151

Chapitre I. Des difficultés quant au choix de l'outil de l'intégration juridique **157**

Chapitre II. Des difficultés quant au champ matériel de l'intégration juridique **215**

DEUXIÈME PARTIE. L'ACCUEIL D'UNE APPROCHE DUALISTE DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE **251**

TITRE PREMIER 255

LE DROIT MATÉRIEL UNIFORME, PILIER CENTRAL DE L'APPROCHE DUALISTE 255

Chapitre premier. L'uniformisation du droit des contrats tributaire d'un long processus **259**

Chapitre II. Les projets d'uniformisation du droit des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA **291**

TITRE II. L'AUTONOMIE IMPROBABLE DU DROIT MATÉRIEL UNIFORME, RAISON D'ÊTRE DE L'APPROCHE DUALISTE 349

Chapitre premier. L'inévitable caractère lacunaire du droit matériel projeté **351**

Chapitre II. L'inévitable recours aux règles de conflits de lois **401**

CONCLUSION GÉNÉRALE 457
ANNEXES 469
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES 487
INDEX DES MATIÈRES 565
TABLE DES MATIÈRES 572

INTRODUCTION

1. « *Quousque tandem ?… Jusques à quand enfin et jusqu'où la Commission européenne osera-t-elle aller ? Doucement, incidemment, prudemment et impudemment, sans se dévoiler tout à fait, mais avec la détermination de ceux qui sont convaincus que la fin — leur fin — justifie les moyens, la Commission avance… Elle avance donc vers cette chimère à laquelle elle n'a pas renoncé, ce rêve d'empire : l'uniformisation du droit des contrats dans l'Union européenne* »[1]. C'est ainsi que M. Thomas GENICON présente l'intérêt de l'Union européenne (ci-après *l'*« *UE* ») pour le droit des contrats. En qualifiant l'uniformisation du droit des contrats de « *chimère* », l'auteur souligne le caractère illusoire et peut-être irréalisable de ce projet. Cela suggère que, malgré les efforts et les intentions de la Commission européenne, atteindre une uniformisation complète et effective du droit des contrats dans tous les États membres de l'UE est une ambition utopique. En effet, cette ambition semble utopique en raison de la diversité des traditions juridiques, culturelles et

1 GENICON, Thomas. « *Commission européenne et droit des contrats :* " *Quousque tandem abutere patientia nostra ?* " ». *Revue des contrats*. Juillet 2011, nº n°3, p. 1050. L'auteur fournit ainsi la traduction de l'expression latine : « *Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra ?... Jusques à quand enfin abuseras-tu de notre patience, Catilina ? Combien de temps encore serons-nous ainsi le jouet de ta fureur ? Jusqu'où s'emportera ton audace effrénée ? (…) ni l'effroi du peuple (…) ni le concours de tous les bons citoyens (…) rien n'a pu t'ébranler ! Ne vois-tu pas que tes projets sont découverts ? que ta conjuration est ici environnée de témoins, enchaînée de toutes parts ? Penses-tu qu'aucun de nous ignore ce que tu as fait la nuit dernière et celle qui l'a précédée ; dans quelle maison tu t'es rendu ; quels complices tu as réunis ; quelles résolutions tu as prises ?* »

historiques profondément enracinées dans chacun des vingt-sept (27) États membres de l'UE[2].

Mais, plus que le caractère irréalisable d'un droit des contrats au sein de l'UE, M. Thomas GENICON en critique surtout l'utilité. Ainsi, explique-t-il que l'EU doit éviter l'uniformité excessive et préserver la diversité culturelle et juridique de ses nations. Les particularismes nationaux, loin d'être des sources de division, sont vus comme la véritable force et l'identité de l'Europe. Une uniformisation imposée par « *les technocrates de Bruxelles* »[3] pourrait appauvrir cette richesse et être perçue comme une tentative de substituer un texte aux droits internes des États. Cette critique n'est pas isolée, notamment dans la doctrine française. En effet, si des auteurs ont pu fortement critiquer l'appétence de l'UE pour le droit des contrats, mettant ainsi en cause la faisabilité d'une telle ambition, c'est surtout parce qu'ils lui prêtent le dessein de substituer un droit de source communautaire aux droits nationaux des États membres. M. Yves LEQUETTE, par exemple, voit dans la démarche des autorités européennes la volonté de « (…) *mise en place d'un droit commun européen des contrats puis des obligations et enfin d'un Code civil européen qui se substitue aux droits nationaux.* »[4] Quant à M. Jean-Sylvestre BERGE, il présente le droit national des contrats comme le « *nouveau complexe du droit européen des contrats* »[5]. En se plaçant à l'époque des propos de ces auteurs, c'est-à-dire entre 2010 et 2012, il n'était pas surprenant qu'un *corpus* comme le Code civil français suscitât des complexes. À cette époque, pour toute personne initiée au droit français, la qualité de la codification du droit des contrats était déjà reconnue comme exemplaire. Si complexe il devait y avoir, on pouvait raisonnablement penser que cela ne conduirait pas à supprimer ce droit ou à en

---

2 Cette diversité rend l'uniformisation complexe, car elle implique de concilier des systèmes de droit civil, de *Common Law*, et d'autres traditions juridiques moins répandues. Il est à noter qu'après le Brexit, il n'y a plus d'États membres de l'UE qui suivent exclusivement la tradition de *Common Law*. Le Royaume-Uni, qui a quitté l'UE en janvier 2020, était le principal pays de *Common Law* au sein de l'Union. Cependant, certains systèmes juridiques des États membres contiennent des éléments de *Common Law* ou ont été influencés par cette tradition, mais aucun ne suit un système de *Common Law* de manière aussi complète que le Royaume-Uni le faisait.

L'Irlande, bien qu'elle ait un système juridique fortement influencé par la *Common Law* en raison de son histoire partagée avec le Royaume-Uni, est maintenant le seul État membre de l'UE dont le système juridique comporte des éléments substantiels de *Common Law*. Cependant, même l'Irlande a intégré de nombreux aspects du droit civil de l'UE dans son système juridique, ce qui la différencie du modèle pur de *Common Law*.

3 Il écrit que « *Il est donc temps d'en finir avec des spéculations qui ne sont pas loin d'être déraisonnables : pour le droit des contrats comme ailleurs, l'Europe est une chose trop sérieuse pour être confiée aux technocrates de Bruxelles.* »

4 LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1393. LEQUETTE, Yves. « *Vers un Code civil européen ? »* Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques. n°107.

5 BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?* ». *RDC*. 1 avril 2012. N° n° 2, p. page 569. L'auteur utilise le terme « *complexe* » pour critiquer le dessein des instances de l'UE de substituer un droit européen des contrats au droit interne des États membres.

minimiser le rayonnement[6]. Si cela était vrai pour la version antérieure à la réforme de 2016, il convient de noter que cette dernière a suscité des critiques et des débats quant à sa qualité et son impact sur le droit des contrats[7].

2. Une autre lecture de l'ambition d'organisations comme l'UE et l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (ci-après *l'*« *OHADA* ») en faveur d'une uniformisation du droit des contrats peut pourtant être proposée. On peut en effet relever que, dans le cadre de telles organisations communautaires, l'une des utilités majeures d'un droit des contrats réside dans sa capacité à résoudre les conflits de lois suscités par les relations économiques transfrontalières. En offrant un cadre juridique uniforme, elles peuvent ainsi faciliter les transactions transfrontalières et renforcer la sécurité juridique.

Pour ces deux organisations, le droit a donc une fonction utilitaire essentielle pour réaliser leur ambition[8]. Et cela transparait en filigrane des objectifs essentiels promus par l'UE et

---

6 D'autres pays n'ont-ils pas trouvé un intérêt à s'inspirer substantiellement du Code civil français et, partant, du droit français des contrats ? De l'Amérique latine au Proche-Orient, l'influence du Code civil français s'était largement étendue, preuve de la qualité et du rayonnement du droit français des contrats. *Cf* dans ce sens : BLANC-JOUVAN, Xavier. « *L'influence du Code civil sur les codifications étrangères récentes* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 477-514 ; MBAYE, Kéba. « *Le destin du Code civil en Afrique* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 515-538 ; BOSSERT, Gustavo. « *Bicentenaire du Code civil : l'Argentine* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 539-548 ; RABELLO, Alfredo. « *L'influence du Code civil sur la nouvelle législation israélienne en marche vers sa codification* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 549-574 ; PALMER, Vernon Valentine. « *Concernant le 200e anniversaire du Code Napoléon : son importance historique et contemporaine sur la codification du droit en Louisiane* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 575-594 ; GANNAJÉ, Pierre. « *L'influence du Code civil sur les codifications des États du Proche-Orient* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 595-612 ; HONDIUS, Ewoud. « *Le Code civil et les Néerlandais* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 613-622 ; TORRES MENDEZ, Miguel. « *L'influence du Code civil français sur le Code civil péruvien* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 623-628 ; BEAUDOUIN, Jean-Louis, et JOBIN, Pierre-Gabriel. « *Le Code civil français et les codes civils québécois* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 629-650 ; BÉZARD, Pierre. « *Bicentenaire du Code civil : le Viêt-nam* ». Dans : Le Code civil, 1804-2004 : livre du bicentenaire. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 651-686.

7 MONÉGER, Joël. *« Réforme droit des contrats et des obligations — Ratification par le Sénat de l'ordonnance "contrats" : amélioration ou détérioration ?* ». Loyers et Copropriété. Novembre 2017, repère 10 ; MEKKI, Mustapha. « *Réforme du droit des obligations : projet de loi de ratification après 1re lecture au Sénat.* » JCP N, 2017, n° 904 ; CHENEDE, François. « *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats.* » D., 2017, n° 2214, Dossier : « *La "réforme de la réforme" du droit des obligations » : (I) Le contrat.* » AJ contrat, 2018, n° 251.

8 MIKPONHOUE, Hervis Igor Cariol. *L'ordre juridique communautaire (OHADA) et les enjeux d'intégration du droit des affaires*. Thèse : Université de Perpignan, 2016, p. 211 : L'auteur y met en avant la fonction utilitaire du droit OHADA en soulignant l'importance d'impliquer les acteurs du marché communautaire, tels que les commerçants, les entreprises, les PME, les magistrats, et la société civile, dans l'élaboration des actes uniformes.

… / …

l'OHADA, notamment en matière contractuelle. Rappelons ainsi que, lorsque l'UE fait expressément de la construction du marché intérieur un de ses objectifs[9], l'OHADA n'en fait pas mention, son objectif étant « *l'harmonisation du droit des affaires* » de ses États membres[10]. On peut cependant lire, sur le site internet de l'OHADA, que *« son objectif est la facilitation des échanges et des investissements, la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises. Le droit de l'OHADA est ainsi utilisé pour propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un "pôle de développement"* »[11]. Si l'on garde à l'esprit que l'UE et l'OHADA sont des institutions interétatiques visant à favoriser les échanges économiques entre leurs États membres, l'idée d'un droit des contrats adopté par ces deux organisations apparaît moins utopique et plus souhaitable. En effet, ces échanges économiques se nouent à travers des contrats qui, en raison de leur caractère transfrontalier et des conflits de lois qui en sont les corollaires, nécessitent une réglementation qui assure aux contractants la prévisibilité du droit. Cela est d'autant plus important dans un contexte communautaire marqué par la diversité des droits nationaux. C'est donc à l'aune des transactions transfrontières que l'ambition de l'UE et de l'OHADA doit être appréciée. Il s'agit d'apporter une solution aux conflits de lois en matière contractuelle, assurant ainsi une

Il souligne que pour rendre les actes uniformes efficaces et pertinents, il est essentiel de comprendre les besoins et les difficultés juridiques de ces acteurs. En prenant en compte leurs réalités socioculturelles et économiques, les actes uniformes peuvent être mieux adaptés, facilitant ainsi les échanges et renforçant la sécurité juridique. En ce qui concerne l'UE, v. DEHOUSSE, Renaud. « *L'Europe par le droit : plaidoyer pour une approche contextuelle* ». Dans : *La recherche en science politique et l'Union européenne*. Paris : l'Harmattan, 2000. pp. 63-83 ; LEBIED, Joachim. « *Intégration de l'Union européenne et droit de la commande publique : levier d'intégration et vecteur de légitimation* ». *Rev. UE*. 2019. p. 495 ; FIN-LANGER, Laurence. « *L'intégration du droit du contrat en Europe ». Dans : Critique de l'intégration normative*. Paris cedex 14 : PUF, 2004. pp. 37-111. L'auteur y explique que le droit des contrats est un outil fondamental pour faciliter les échanges économiques dans un cadre où les règles varient d'un État à l'autre ; MATOS, Anne-Marie de. *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*. Thèse : Aix-Marseille, 2001, p. 17. L'auteur illustre la dimension pratique du droit de l'UE en montrant comment les dispositions légales permettent de transformer des marchés nationaux distincts en un marché unique, favorisent l'intégration économique et monétaire, et protègent les consommateurs tout en assurant une sécurité juridique accrue. Ces éléments indiquent que le droit de l'UE vise à résoudre des problématiques concrètes, à encourager les échanges économiques transfrontaliers et à garantir un cadre juridique stable et prévisible.

9 Article 3.3 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) *« L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique* ».

10 L'article 1er du Traité de l'OHADA énonce que l'organisation a « *a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les États Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ».

11 http://www.ohada.com/accueil.html : site consulté le 10 juillet 2024.

prévisibilité et une sécurité juridique indispensables pour le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement économique régional[12].

3. Associant l'idée d'un droit communautaire des contrats aux objectifs primaires de l'UE[13], Jürgen BASEDOW défend la nécessité d'« *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* »[14]. Il insiste sur le fait que le droit des contrats est essentiel pour la création et le bon fonctionnement du marché intérieur européen. Il affirme que, sans une base juridique solide et uniforme, les transactions commerciales transfrontalières sont entravées par des incertitudes inhérentes à la diversité des législations nationales en matière contractuelle[15]. L'approche de BASEDOW est partagée par d'autres auteurs. L'idée d'un droit des contrats au service du marché européen avait ainsi été soutenue en son temps par Denis TALLON pour qui « *un marché unique appelle un instrument contractuel unique* »[16] en lieu et place d'une diversité de droits nationaux applicables au contrat. M. Jean-Baptiste RACINE soutient, quant à lui, que « *s'il fallait commencer, il faudrait sûrement utiliser le droit des contrats comme point de départ. Le contrat est le vecteur juridique de l'échange économique. Le droit des contrats est crucial dans une économie de marché* »[17]. L'auteur souligne que, pour comprendre et réguler efficacement l'économie d'un marché ou d'une zone économique, il est essentiel de s'appuyer sur le droit des contrats qui constitue le fondement juridique des échanges économiques et joue un rôle crucial dans le maintien de la stabilité et de la confiance dans le système économique[18]. Dans une zone d'intégration économique et juridique caractérisée par des échanges commerciaux

---

12 BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Thèse : Université de Bordeaux, 7 décembre 2021, p. 19. MBAYE, Kéba. « *L'histoire et les objectifs de l'OHADA* », LPA, n° spécial OHADA, octobre 2004, n° 205, p. 4

13 BOUTAYEB, Chahira. *Droit institutionnel de l'Union européenne : institutions, ordre juridique, contentieux*. 7e éd. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023, p. 18 « *Le droit matériel de l'Union peut être appréhendé selon deux manières. L'on peut se livrer à un examen de l'ensemble des règles de fond, à savoir celles relatives au marché intérieur et à l'espace concurrentiel. À ces règles s'ajoute l'examen de chaque politique de l'Union européenne, qu'elle soit fortement consolidée dans l'activité normative de l'Union (première partie : un espace intégré à la faveur des libertés de mouvement), émergente ou peu intégrée* ».

14 BASEDOW, Jurgen. *« Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC. 1998, Vol. 50, no 1, p. 17.

15 SAVATIER, René. « *Le Marché Commun au regard du droit international privé* ». *Rev. crit. DIP*. 1959, p. 237-258.

16 TALLON, Denis (dir.). « *Vers un droit européen du contrat* ». Dans : Mélanges offerts à André Colomer. Paris : LITEC, 1993.

17 RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, no 2, p. 369-407.

18 KIRAT, Thierry et VIDAL, Laurent. *« Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées »*. 2005 : « *Le tissage de liens étroits entre le droit et l'économie est une question d'autant plus cruciale que se développent des formes nouvelles de régulation de pans entiers de la vie économique et qu'apparaissent des considérations économiques au cœur même de la régulation juridique, comme le démontrent l'essor du droit de l'énergie et des réseaux ou les pratiques étrangères de partenariats public-privée* ».

essentiellement soumis à la loi de l'offre et de la demande, le droit des contrats est d'une importance capitale. Il fournit la certitude juridique nécessaire pour encourager les transactions commerciales transfrontières en garantissant l'exécution des accords et en offrant des recours en cas de non-respect des obligations contractuelles. Bien que des recours existent également en présence d'une diversité des droits nationaux, un droit communautaire transcendant cette diversité présente l'avantage de simplifier et de clarifier les recours, rendant ainsi le système moins complexe et plus accessible. À défaut d'un tel cadre juridique solide, les échanges économiques intracommunautaires pourraient être entravés par l'incertitude et la défiance entre les parties.

L'idée d'un droit des contrats au service des transactions intercommunautaires est partagée dans la doctrine s'intéressant à l'OHADA. À ce propos, à la question « *Pourquoi un droit des contrats dans le programme harmonisé de l'OHADA* ? », M. Idrissa KERE a répondu, lors d'un colloque consacré à « *L'harmonisation du droit OHADA des contrats* », que « *L'OHADA a certes déjà légiféré concernant certains contrats particuliers (ainsi la vente, la commission, le courtage ou l'agence commerciale), mais l'harmonisation du droit général des contrats peut être considérée comme un facteur déterminant dans la sécurisation juridique des activités économiques et inter-étatiques* »[19]. Cette démarche visant à sécuriser les activités économiques transfrontières met en lumière une tension entre la recherche d'une uniformité et le maintien de la diversité des droits nationaux.

4. Certes, la diversité des droits est une richesse et peut être perçue comme un facteur de concurrence entre les ordres juridiques, une entreprise préférant s'implanter dans un État plutôt qu'un autre notamment en raison de son système juridique[20]. Mais, dans le cadre des transactions intracommunautaires, le contrat transfrontalier nécessite une autre

---

19 KERE, Idrissa. « *L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats : propos et questions préliminaires* », dans Actes de Colloque sur « *L'harmonisation du droit OHADA des contrats* » tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007 ; KENFACK DOUAJNI, Gaston. « *L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA* ». 31 août 2023. N° Ohadata D-07-32 ; SAYEGH, Joseph Issa et LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc ». OHADA ta D-02-12 www.OHADA .com, Revue de jurisprudence commerciale*. Juin 1999, p. 237.

20 D'ailleurs, même du point de vue d'un ordre juridique interne, le droit des contrats est considéré comme un outil d'attractivité des investissements étrangers. Cf. FOURNIER-DE FAŸ, Alexae. « *La recherche de l'attractivité internationale et la réforme du droit des obligations* ». *Option Finance*. Février 2024, n° 1. Aussi, RONTCHEVSKY, Nicolas. « *Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats* ». *AJCCD*. Mars 2016, Vol. 3, p. 112-115. LAGARDE, Xavier. « *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats* ». *Recueil Dalloz Sirey*. Novembre 2005, Vol. 39, p. 2745-2747 ; USUNIER, Laurence. « *L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère* » ; Note sous Rapport de la Banque mondiale, 25 octobre 2017, 14 ème édition, Doing Business 2017, Ega. *RTD Civ.* Avril 2017, Vol. 2, p. 343-349.

considération : la prévisibilité du droit applicable et, par conséquent, celle des solutions apportées aux différends nés de tels contrats. Cela est d'autant plus pertinent si l'on se place non pas du point de vue des entreprises disposant des moyens d'anticiper le droit applicable et ses incidences, mais du point de vue de certains contractants en situation de dépendance ou de faiblesse. C'est le cas notamment des consommateurs. Pour de tels contractants, la diversité des droits n'a pas nécessairement la même incidence que pour les entreprises. À l'occasion d'une étude sur les « *Aspects économiques du droit international privé* », Mme Horatia MUIR-WATT a pu écrire que, « *[p]aradoxalement, ainsi, le conflit de lois d'expression d'une diversité qui serait source d'avantages comparatifs pour les entreprises et les produits issus de régimes juridiques différents et par là même moteur des échanges est perçu en même temps comme un facteur d'inégalité entre opérateurs économiques* »[21].

5. L'approche visant à lier le droit communautaire des contrats à la nécessité d'une meilleure réglementation des transactions intracommunautaires, impliquant surtout des parties faibles, présente une justification plus mesurée pour une intervention communautaire en matière contractuelle. En effet, préoccupée par la recherche d'un environnement juridique sécurisé, l'UE justifie son intérêt pour la matière contractuelle par sa préoccupation principale qui consiste à éviter l'insécurité des transactions transfrontalières et les entraves au bon fonctionnement du commerce dans le marché intérieur[22].

Au demeurant, la mise en exergue de l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique pour les opérateurs économiques renvoie invariablement au rôle essentiel du droit des contrats dans la réalisation d'une intégration juridique et économique[23] ainsi que le suggérait BASEDOW pour le marché intérieur européen[24]. Le Parlement européen ne contredit pas

---

21 MUIR WATT, Horatia. *Aspects économiques du droit international privé (Volume 307)*. RCADI, 2 janvier 2004, n° 177, p. 220.

22 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 (COM(2001) 398 final — Journal officiel C 255 du 13.9.200. Dans cette communication, la Commission a soulevé la question de « *savoir si les divergences en matière de droit des contrats entre les États membres suscitent des problèmes et, si c'est le cas, lesquels. La communication demande en particulier si le bon fonctionnement du marché intérieur peut être entravé par les problèmes liés à la conclusion, à l'interprétation et à l'application de contrats transfrontaliers. De même, la Commission aimerait savoir si la diversité des droits nationaux des contrats décourage ou accroît les coûts des transactions transfrontalières* ». Par ailleurs, la Commission se demandait également « *si l'approche actuelle d'harmonisation sectorielle du droit des contrats risque d'entraîner des incohérences au niveau communautaire ainsi qu'au niveau national en ce qui concerne l'application des mesures de transposition* ».

23 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, p. 709.

24 BASEDOW, Jurgen. *« Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC. 1998, Vol. 50, n° 1, p. 17.

cette interdépendance établie entre intégration juridique[25], intégration économique[26] et exigence de prévisibilité. En effet, dans sa résolution du 15 novembre 2001 précitée, le Parlement établit une corrélation entre l'adoption de la monnaie unique, l'essor des transactions transfrontières, notamment électroniques, et la nécessité d'agir dans le domaine du droit des contrats. Plus précisément, la résolution retient « *que la meilleure alternative consiste à mettre en place un cadre juridique commun au lieu d'appliquer des règles nationales ou internationales différentes ou disparates* ». Pour le Parlement, il est nécessaire de poursuivre l'harmonisation du droit des contrats dès lors qu'en l'absence d'une reconnaissance mutuelle des dispositions nationales, les divergences peuvent faire obstacle au fonctionnement du marché intérieur tel que défini par la Cour de justice à l'occasion de l'affaire C376/98 du 5 octobre 2000. Le Parlement évoque, par la même occasion, la crainte des petites et moyennes entreprises (ci-après les « PME ») de conclure des accords transfrontaliers du fait des incertitudes liées à la diversité des droits nationaux et l'imprévisibilité de solutions qui en découlerait.

6. En tout état de cause, il est tout à fait possible que cette justification d'une intervention de l'UE et de l'OHADA en matière contractuelle soit qualifiée, à tout le moins, de naïve. MM. Thomas GENICON, Yves LEQUETTE et Jean-Sylvestre BERGE pourraient objecter que l'UE tire en réalité prétexte de la réglementation des contrats transfrontaliers pour adopter un régime qui viendrait concurrencer les droits nationaux en matière de contrats internes. Cette objection pourrait être confortée par une certaine lecture des interventions de l'UE en matière contractuelle, qui concernent non seulement les contrats internationaux, mais aussi les contrats internes. De ce fait, la démarche adoptée par l'UE contribue assurément à nourrir chez certains ce sentiment que l'ambition de l'UE serait d'imposer une législation en remplacement des droits nationaux.

---

25 La notion d'intégration juridique est définie comme le transfert de compétences juridiques étatiques d'un État à une organisation dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales : dans Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 107e éd., 2023.

26 L'intégration économique est définie comme « *le processus institutionnel des relations commerciales entre plusieurs États-nations auxquelles peuvent s'ajouter un certain nombre de politiques économiques communes* ». L'économiste hongrois Béla BALASSA (1928-1991), dans the theory of economic intégration (1962), définit cinq degrés croissants d'intégration entre les États. « *L'association de libre-échange est un premier stade qui suppose la libre circulation des marchandises et des services sans droits de douane entre les pays membres. L'Union douanière, également fondée sur la suppression des tarifs douaniers entre pays tiers. Le marché commun prend comme base l'union douanière à la laquelle s'ajoute, dans la perspective d'un espace économique unique, la libre circulation des biens, des capitaux et des personnes. L'union économique est fondée sur un marché commun et une volonté d'harmonisation des politiques économique des États membres. Enfin, l'union économique et monétaire suppose la coordination des politiques budgétaires et monétaire* », dans P. Bezbakh et S. Gherardi, Dictionnaire de l'économie, Larousse, 2011, p. 402.

Il convient de relever à cet égard que, convaincues de l'importance du droit des contrats pour le marché intérieur, les instances de l'UE ont, dès la fin des années 1980, affiché la volonté d'adopter un droit commun européen des contrats[27]. Ainsi, le Parlement européen a déjà, en 1989[28] puis en 1994[29], réclamé et encouragé les efforts en vue du rapprochement des droits privés des États membres[30]. À cette occasion, le Parlement a souligné que, parmi les matières du droit privé, la réglementation des contrats est particulièrement importante pour achever le marché intérieur. À travers plusieurs communications, la Commission européenne a dévoilé encore davantage l'appétence de l'UE pour le droit des contrats allant au-delà l'approche jusque-là adoptée en la matière. Effectivement, le législateur communautaire a adopté une approche ciblée, en édictant des directives relatives à des types de contrats spécifiques ou des techniques de commercialisation, en réponse à des besoins particuliers du marché intérieur. Adoptant une approche sectorielle pour légiférer, l'UE s'est spécifiquement concentrée notamment sur divers aspects des contrats de consommation[31]. Ainsi, elle est intervenue par le moyen de plusieurs directives couvrant une gamme étendue de sujets, allant de la vente à distance aux contrats électroniques[32] en passant par les garanties

27 Le Parlement européen a demandé que soient initiées les travaux pour explorer la possibilité de créer un Code européen commun de droit privé : JO C 158 du 26.6.1989, p. 400 (résolution A2-157/89) ; JO C 205 du 25.7.1994, p. 518 (résolution A3-0329/94).

28 Résolution du 26 mai 1989 — JO C 158 du 26 juin 1989.

29 Résolution du 6 mai 1994, JO C 20 du 25 juillet 1994.

30 Plusieurs communications attestent de l'intérêt de l'Union pour le droit des contrats : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM (2001) 398 final — JOCE C 255-1, 13 sept. 2001, concernant le droit européen des contrats, JOCE du 13/09/2001 ; Communication de la Commission du 12 février 2003 au Parlement européen et au Conseil : un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action COM (2003) 68 final — JOCE 63 du 15/3/2003 ; Communication de la Commission du 11 octobre 2004 au Parlement européen et au Conseil: Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre COM (2004) 651 final (Non publié au Journal officiel) ; Rapport de la Commission du 23 septembre 2005 : Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis COM (2005) 456 final (Non publié au Journal officiel) ; Rapport de la Commission du 25 juillet 2007 : Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence COM(2007) 447 final (Non publié au Journal officiel)

31 MATOS, Anne-Marie de. *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne.* Thèse : Aix-Marseille, 2001, p. 329 et s.

32 La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique) et la Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques en sont une illustration.

dans la vente[33], les voyages, vacances et circuits à forfait[34], ou encore le crédit à la consommation[35]. À travers ces directives, l'UE a contribué à une « *harmonisation sectorielle* »[36] du droit des contrats des États membres. Ainsi, sous l'impulsion de l'UE, les réglementations nationales des contrats de consommation se sont considérablement rapprochées au fond[37]. Ces droits partagent désormais, notamment en matière de contrats de consommation, un socle de référence constitué par le droit communautaire[38].

En outre, pour œuvrer à ce rapprochement des divers droits nationaux des contrats de ses États membres, l'UE ne s'est pas contentée d'édicter des directives. Elle a aussi adopté un texte afin de coordonner la diversité de ces droits nationaux : le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après « *le règlement Rome I* ») qui a été précédé par la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 (ci-après « *la convention de Rome* »). Ces textes régissent le contrat international en fixant des règles de résolution des conflits de lois que peut susciter ce type de contrat.

7. En conséquence, il y a lieu de considérer, au vu des précédentes interventions de l'UE, que l'intérêt de l'UE pour le droit des contrats ne relève pas d'une pure utopie. Elle a bien investi le droit des contrats tant par le rapprochement de certains pans des droits nationaux

---

33 V. notamment, la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 relative à la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

34 La Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement et la Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990, concernant les voyages à forfait, les vacances à forfait et les circuits organisés (article 4, paragraphe 2, point b) : exigent la forme écrite.

35 La Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.

36 CHANTEPIE, Gaël. *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*. Paris : Dalloz, 2024, n° 10, p. 8. V. aussi, TERRÉ , François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n° 60 et s. p. 40 et s.

37 RANIERI, François. « *Hélène Aubry. L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats* ». *RIDC*. 2004, Vol. 56, n° 1, p. 221-223. Mme AUBRY a effectivement fortement contribué à l'étude de l'influence du droit européen sur le droit des contrats des États membres dont celui de la France. V. AUBRY, Hélène. « *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime* ». *RIDC*. 2005, Vol. 57, n° 3, p. 627-651.

38 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p. 42 et s. v. aussi, AUBRY, Hélène. « *Consommations émergentes : quels enjeux pour le droit de la consommation à l'échelle nationale et européenne ?* » Dans : *Protection des consommateurs*. Caen : EMS Éditions, 2016, p. 37-45.

que par l'adoption d'un *corpus* de règles visant à résoudre les conflits de lois en matière contractuelle. En conséquence, l'on serait tenté de conclure à la réalisation du vœu de BASEDOW[39] de voir l'UE se doter d'une base juridique solide et uniforme réglementant les transactions commerciales transfrontalières.

8. Pourtant, dans une résolution en date du 15 novembre 2001[40], le Parlement européen a fait un double constat accablant tant envers la méthode conflictuelle qu'à l'encontre de l'approche fragmentaire. Le Parlement y constate, d'une part, que les directives de droit communautaire successivement adoptées ne sont pas harmonisées d'une façon optimale[41] et, d'autre part, que les dispositions de la Convention de Rome (et partant du Règlement de Rome) ne sont pas en mesure de régler définitivement les problèmes posés par les relations de droit transfrontalières. Le Parlement ajoute que *« le droit international privé a cessé d'être un instrument approprié pour un marché intérieur européen largement intégré. Les dispositions de la Convention de Rome de 1980 elle-même, concernant le droit applicable aux obligations contractuelles, ne fournit plus de bases juridiques suffisantes et suffisamment unitaires* ». Et le Parlement conclut à la nécessité pour l'Union de se doter d'un droit applicable au moins aux contrats transfrontaliers. Depuis le 11 octobre 2011, cette ambition s'est matérialisée à travers une proposition de règlement du Parlement européen qui a été présentée par la Commission européenne[42]. Cette proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (ci-après le « *DCEV* ») vise expressément les rapports entre professionnels et consommateurs et les contrats entre professionnels dont l'un pourrait relever de la catégorie des PME. Cependant, il convient de préciser qu'il s'agit encore d'une proposition de règlement et qu'aucun règlement n'a encore été adopté.

9. L'OHADA poursuit également l'objectif de se doter d'un droit des contrats. En effet, ayant déjà adopté sept Actes uniformes couvrant les domaines initiaux explicitement

---

39 BASEDOW, Jurgen. *« Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC. 1998, Vol. 50, n° 1, p. 17.

40 Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres (COM (2001) 398 — C5-471/2001.

41 Aux termes de l'article 288 (ex-article 249 TCE), les directives fixent des objectifs que les États membres doivent atteindre, tout en leur laissant la liberté de choisir les moyens pour y parvenir. Les directives doivent être transposées dans le droit national par les États membres dans un délai déterminé, généralement de deux ans.

42 *Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à un droit commun européen de la vente*. 201. (ci-après le DCEV). Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:52011PC0635.

mentionnés à l'article 2 du Traité fondateur de l'OHADA[43], le Conseil des Ministres[44] a décidé d'étendre le Programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique lors de sa réunion à Bangui (Centrafrique) en mars 2001 (déc. 002/2001/CM). Le domaine matériel du droit OHADA inclut désormais « *(…) le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve* ». S'agissant d'une action en matière contractuelle, le Secrétariat permanent de l'OHADA a reçu l'autorisation, lors de la réunion du Conseil des ministres de l'OHADA à Brazzaville en février 2002, de se rapprocher de l'Institut international pour l'unification du droit privé (ci-après « *l'Unidroit* »)[45] dans l'optique d'un projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats. En septembre 2004, l'Unidroit a transmis au Secrétariat permanent, un avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. Cependant, cet Acte uniforme n'a toujours pas été adopté. Le projet restera en latence. Puis, le 12 décembre 2007, lors de la session du Conseil des ministres de l'OHADA, la réflexion a été relancée sur l'élaboration d'un texte uniforme relatif au droit des contrats et de la preuve[46].

Toutefois, l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats élaboré par l'Unidroit ne semble pas avoir emporté l'adhésion du Secrétariat permanent. Pour preuve, avec l'aval du Secrétariat permanent, la Fondation pour le Droit Continental[47] a mandaté

---

43 L'article 2 du Traité de l'OHADA dispose que « *Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redresse- ment des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8* ».

44 DECKON, François Kuassi. « *Le pouvoir législatif du Conseil des Ministres en droit uniforme de l'OHADA* ». Dans : *Les horizons du droit OHADA : mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo.* Paris : CREDIJ, 2018. pp. 171-202.

45 L'Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante, de compétence universelle qui travaille depuis 1926 à la préparation d'instruments internationaux (conventions, lois uniformes, principes etc.) dans les domaines du droit commercial international, et du droit privé uniforme en général. Basé à Rome (Italie), UNIDROIT travaille sur mandat de ses État membres (63 État des cinq continents avec différents niveaux de développement économique, et représentant les différentes traditions juridiques), ainsi qu'en collaboration avec des État non-membres, des organisations intergouvernementales régionales et universelles, des institutions nationales, notamment universitaires et professionnelles.

46 Projet de d'uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, Messieurs Joseph ISSA-SAYEGH, Gérard POUGOUÉ, et Filiga Michel SAWODOGO.

47 Sur son site Internet, la fondation se présente comme suit. La Fondation pour le droit continental est un organisme privé reconnu d'intérêt général, créé en 2007 par un partenariat entre les pouvoirs publics, les professions juridiques et de grandes entreprises internationales. Elle a pour but de contribuer au rayonnement

… / …

MM Joseph ISSA-SAYEGH, Gérard POUGOUÉ, et Filiga Michel SAWODOGO en vue de la préparation d'un projet d'Acte uniforme en matière d'obligations, de preuve et de prescription. Le 9 novembre 2015, un projet d'Acte uniforme de droit général des obligations dans l'OHADA a ainsi été présenté. Cependant, depuis la remise de ce projet, presque huit années se sont écoulées et l'Acte uniforme n'a toujours pas été adopté. À l'image de l'UE, l'adoption d'un droit des contrats dans le cadre de l'OHADA peine à se concrétiser en texte.

10. À la lumière de l'intérêt historique affiché par l'UE et l'OHADA pour un droit commun des contrats, il est indéniable que cette ambition s'apparente à une véritable Arlésienne, une promesse sans cesse renouvelée, mais jamais concrétisée. Pourtant, la présente étude soutient une approche qui place au cœur du droit des contrats, l'un des objectifs originaux communs à l'UE et à l'OHADA : favoriser les relations économiques transfrontalières au sein de ces deux organisations. En conséquence, le texte qui doit être élaboré ne doit pas viser l'ensemble des contrats, mais uniquement ceux qui ont un caractère transfrontière.

En effet, alors que les critiques précédentes soulignent le caractère irréalisable et problématique[48] d'un remplacement des droits nationaux des contrats par un droit communautaire uniforme, la présente étude aborde le droit des contrats sous un autre angle. Il s'agit, bien différemment, d'analyser la capacité de l'UE et de l'OHADA à résoudre les conflits de lois afin d'assurer aux contractants transfrontières une prévisibilité accrue du droit. Par conséquent, seuls les cas faisant naître un vrai conflit de lois seront envisagés. De cette manière, du moins s'agissant de l'UE, le droit des contrats pris en compte pour la résolution des conflits de lois en matière contractuelle n'empiétera pas sur le domaine des droits nationaux, lesquels ont vocation à régir les seuls contrats internes. Cela est d'autant plus pertinent dans le cadre de l'UE, qui, jusqu'à présent, n'influe sur les droits matériels nationaux qu'en les rapprochant par le biais de directives d'harmonisation, notamment en

et à l'influence internationale de la tradition juridique et judiciaire continentale. La Fondation est en particulier à l'initiative de la publication de l'Index de la sécurité juridique. Cette structure à dimension internationale mène, grâce à son réseau d'experts pluridisciplinaires et au soutien d'institutions publiques et privées de grande ampleur, des actions selon trois grandes orientations : la coopération, la recherche, la formation et la diffusion.

48 Dans ce sens : BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?* ». *RDC*. 1 avril 2012. N° n° 2, p. page 569 ; LEQUETTE, Yves. Avant-propos. *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1393. LEQUETTE, Yves. « *Vers un Code civil européen ?* » Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques. n°107; GENICON, Thomas. « *Commission européenne et droit des contrats :* " *Quousque tandem abutere patientia nostra ?* " ». *Revue des contrats*. Juillet 2011, n° n°3, p. 1050.

matière de droit de la consommation[49]. La particularité de ce procédé d'intégration juridique est de préserver les droits nationaux en laissant aux autorités nationales une certaine marge de manœuvre. Ainsi, les normes issues d'une directive ne se substituent pas au droit interne de manière aussi abrupte que celles provenant d'un règlement[50] ou d'un Acte uniforme, s'agissant de l'OHADA. En effet, les règlements de l'UE comme les Actes uniformes présentent la commune particularité de se substituer aux droits internes des États membres. Mais, en droit des contrats, l'UE a pu adopter le règlement Rome I qui ne se substitue qu'aux droits nationaux des conflits de lois. Ce texte ne touche pas à la substance des droits nationaux des contrats, car il ne fait que fixer des règles de conflits de lois. C'est dans cette logique que s'inscrit le droit des contrats dans le cadre de la présente étude à savoir, apporter une solution aux conflits de lois provoqués par les contrats transfrontières.

11. Aussi, afin de circonscrire précisément le champ de cette étude, importe-t-il de se concentrer sur le droit régissant les contrats qui engendrent spécifiquement un véritable conflit de lois. Par conflit de lois, il convient d'entendre les cas dans lesquels au moins deux ordres juridiques nationaux sont compétents à un titre donné, pour régir la situation considérée[51]. En effet, le conflit de lois, « *ou plus précisément, la situation de conflit de lois naît de la vocation concurrente de lois relevant d'au moins deux systèmes juridiques différents à régir une même situation juridique internationale* »[52]. Rapportée à la matière contractuelle, la notion de conflit de lois est ainsi intimement liée à celle de contrat international. Selon certains auteurs, le contrat

---

49 POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 215 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, AUBERT DE VINCELLES, Carole, BRUNAUX, Geoffray, et al. *Les contrats de consommation : règles communes*. 2e éd. Paris : L.G.D.J., 2018. p.41 ; BOURGOIGNIE, Thierry. Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ? *Les Cahiers de droit*. 2005, Vol. 46, no 1-2, p. 153 ; GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p. 42 et s. v. aussi, AUBRY, Hélène. « *Consommations émergentes : quels enjeux pour le droit de la consommation à l'échelle nationale et européenne ?* » Dans : *Protection des consommateurs*. Caen : EMS Éditions, 2016, p. 37-45.

50 Aux termes de l'article 288 (ex-article 249 TCE), « *Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.*

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre (…) »

51 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. n° 1, p. 25. Les auteurs présentent le conflit de lois comme « *le cœur de la matière du droit international privé* ». DE YANGUAS MESSÍA, José. « *Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962. L'auteur précise que les conflits de lois sont la raison d'être du droit international privé.

52 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n° 166, p. 135. Les auteurs qualifient cette concurrence de virtuelle et abstraite entre des lois de systèmes juridiques différents.

international se distingue du contrat purement national en ce qu'il soulève un « *vrai conflit* » de lois[53].

Il est par exemple plausible que, souhaitant tirer avantage du régime du contrat international qui leur permet notamment de choisir la loi applicable à leur contrat, des contractants « *internationalisent fictivement leur contrat en y insérant une clause de choix de loi en faveur d'une loi qui se révèlerait étrangère* » au contrat[54]. Cela s'expliquerait par le fait que, gouverné par une autonomie plus poussée[55], le contrat international peut, par exemple, faire l'objet d'une clause attributive de juridiction. À cet effet, l'article 25.1 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après « *Règlement Bruxelles I bis* ») conditionne la validité de cette clause attributive de compétence à la véracité du caractère international du contrat en question[56]. En exigeant que le contrat soit vraiment international, cette disposition illustre l'importance de distinguer le contrat qui suscite

---

53 S'étant particulièrement intéressée à la distinction entre les « faux conflits de lois » et les vrais, une partie de la doctrine américaine, à l'instar de Brainerd CURRIE, suggère que l'existence d'un vrai conflit de lois doit être admise à l'aune des « *intérêts gouvernementaux* ». L'analyse de Brainerd CURRIE est présentée et critiquée par GEORGE, James. *False Conflicts and Faulty Analyses: Judicial Misuse of Governmental Interests in the Second Restatement of Conflict of Laws*. Vol. 23. L'auteur critique l'usage fréquent de l'analyse des intérêts gouvernementaux (une méthode développée par le professeur Brainerd Currie) à la place de l'approche de la relation la plus significative du *Second Restatement of Conflicts*. Il souligne que cette tendance à utiliser l'analyse des intérêts gouvernementaux, bien qu'elle puisse parfois conduire au même résultat que l'approche du *Second Restatement*, peut également entraîner des conclusions juridiques différentes et potentiellement inappropriées. Voir également VRELLIS, Spyridon. *Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice (Volume 328)*. RCADI, 2 mars 2007, p. 279 qui affirme que *« L'idée de l'intérêt nous amène à Currie, "le premier et le plus radical des radicaux", et à ceux qui ont subi son influence. Currie, suivi sur ce point par Cavers, a eu le mérite de bien distinguer les vrais conflits de lois (true conflicts) des faux conflits (false conflicts), dont la doctrine classique du droit international privé (continental) ne se rendait pas suffisamment compte, et de se concentrer sur les vrais conflits* ». V. aussi LOUSSOUARN, Yvon. *Cours général de droit international privé (Volume 139). RCADI*, 5 février 1973, p. 346.

54 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°337, p. 247.

55 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats* ». Dans : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2015, p. 869-885. spéc. n° 20, p. 884 : À la question de savoir de quelle latitude dispose disposent les parties à un contrat international, l'auteur répond qu'il « e*st donc possible de répondre que les cocontractants disposent d'une double autonomie :*

- une autonomie substantielle fixée par la lex contractus et qui n'est en principe pas profondément différente de l'autonomie dont jouissent les cocontractants dans l'ordre interne ;

- une autonomie conflictuelle, offerte par la règle de conflit de lois en matière contractuelle, et en vertu de laquelle les parties ont la faculté de déroger d'un commun accord au facteur de rattachement objectif retenu par elle. Cette autonomie est accordée comme un correctif au particularisme et à la variabilité de la solution des conflits de lois selon le juge saisi, et vise à permettre aux parties d'améliorer la prévisibilité du droit applicable à leur opération contractuelle ».

56 BOLLÉE, Sylvain. « *Internationalité et fonction internationale du contrat. (Civ. 1re, 30 septembre 2020, n° 19-15.626)* ». *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2021, Vol. 3, n° 3, p. 610-615.

véritablement un conflit de lois de celui pour lequel parler de conflit de lois est purement artificiel. Elle invite à distinguer « *vrais* » et « *faux* » conflits de lois.

En matière de conflit de lois, un autre exemple significatif est apporté par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels dont l'article 1er al. 3 énonce que « *la seule déclaration des parties relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre ne suffit pas à donner à la vente le caractère international* (…) ». En écartant l'idée que le caractère international du contrat repose uniquement sur la volonté des parties, ces deux textes rejettent la conception subjective du conflit de lois et consacrent ainsi une conception objective. Cela montre bien que les rédacteurs de ces textes ont été sensibles à la question des « *faux* » conflits de lois. Cela ne semble avoir été le cas des auteurs du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après « *le règlement Rome I* ») qui a été précédé par la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 (ci-après « *la convention de Rome* »). Les rédacteurs des deux textes de l'UE n'ont pas défini le contrat international alors même que ces textes concernent les obligations contractuelles appréhendées dans les hypothèses impliquant un conflit de lois. Surtout, ils ont semblé s'accommoder des « *faux conflits de lois* » dans la mesure où les textes n'excluent pas de leur champ d'application les contrats localisés dans un seul pays et dont l'internationalité ne tient qu'à la volonté des parties qui ont désigné une loi étrangère comme applicable à leur rapport[57]. Ce faisant, les parties à un contrat purement interne à la France seraient tentées d'évincer le droit français au profit d'un droit étranger en raison de cette internationalisation subjective du contrat. Plus favorable à la conception objective du conflit de lois, M. Pierre MAYER avait soulevé la question de savoir si, « *dans le système de la Convention de Rome, un contrat conclu entre deux entreprises françaises, et devant s'exécuter entièrement en France peut être soumis à n'importe quelle loi étrangère choisie par les parties, sous prétexte que les représentants de celles-ci s'étaient rencontrés à Bruxelles pour le signer* »[58]. L'auteur trouve qu'une réponse positive à cette

57 L'article 3 al. 3 de la convention de Rome prévoit en effet que « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, 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"* ». La même disposition se retrouve à l'article 3 al. 3 du règlement Rome I.

58 MAYER, Pierre. *« La délocalisation du contrat »*, 1999. Dans : La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Colloque de Nantes. L.G.D.J, 2000, p. 123 et s., *spéc.* p. 129.

question ne serait pas « *raisonnable* »[59]. Dans le même sens, a pu expliquer qu'à partir du moment où il apparaît qu'une seule loi est véritablement concernée, « *il n'y a pas de vrai conflit, mais un "faux conflit" et il faut retenir l'application de cette loi* »[60]. Concernant particulièrement l'UE, le conflit de lois fictif ne doit pas être retenu, car il conduirait ainsi, à distraire le droit national de sa vocation à régir un contrat sans lien avec un autre ordre juridique.

12. Considérant les implications possibles des « *faux conflits de lois* », on comprend alors pourquoi Henri BATTIFOL avait suggéré une approche de l'internationalité conduisant à les exclure en matière contractuelle. Il enseignait que, surtout dans cette matière, l'internationalité devait être subordonnée à un élément formel, à savoir l'existence de rattachements multiples[61]. Cette référence à des « *rattachements multiples* » reflète, selon M. Jean-Michel JACQUET, une « *perception statistique de l'internationalité* »[62]. S'inscrivant dans la logique de BATTIFOL, il explique que dans la mesure où le conflit de lois est souvent perçu comme résultant directement de la dimension internationale des relations juridiques, l'internationalité n'est pas une notion abstraite dès lors qu'elle se rapporte à des situations où le lien commun est la répartition des éléments factuels entre différents systèmes juridiques[63]. Ces facteurs sont communément désignés sous le vocable d'« *éléments d'extranéité* »[64]. Preuve que le droit français a adopté une conception objective du conflit de lois et partant, du contrat international, les critères d'extranéité retenus par la doctrine et la jurisprudence sont guidés

---

59 MAYER, Pierre. *« La délocalisation du contrat »*, 1999. Dans : La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Colloque de Nantes. L.G.D.J, 2000, p. 123 et s., *spéc.* p. 129

60 GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* Cours général (Volume 312). *RCADI*. 1 janvier 2005, n°349, p. 340. L'auteure précise que « *Ce n'est que si les intérêts de plusieurs lois sont en cause qu'il faudra choisir entre les lois, et ce choix se fera en appréciant le poids respectif des intérêts que chacune de ces lois peut prétendre invoquer pour s'appliquer* ».

61 BATIFFOL, Henri. *Le pluralisme des méthodes en droit international privé (Volume 139)*. RCADI, 2 février 1973, p. 109.

62 JACQUET, Jean-Michel. *« Rapport introductif »*. Dans : *L'internationalité, bilan et perspectives*. Vol. 46. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002, p. 5-10. L'auteur renvoie à : WYLER, Éric et PAPAUX, Alain (dir.). « *L'extranéité, ou, Le dépassement de l'ordre juridique étatique » : actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997*. Paris : Pédone, 1999.

63 JACQUET, Jean-Michel. L'internationalité, bilan et perspectives. Dans : *« Rapport introductif »*. Vol. 46. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002, p. 5-10.

64 d'AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 9, p. 18.

par « *un fil conducteur* »[65]. L'élément d'extranéité est évalué tantôt selon un critère juridique[66], tantôt selon une perspective économique[67].

13. Certes, d'aucuns ont pu craindre que ces deux critères reflètent le caractère extrêmement incertain des éléments d'appréciation de l'internationalisation des contrats[68]. On leur a même fait le reproche d'être source d'une certaine « *cacophonie regrettable* »[69]. On a ainsi parlé de cacophonie parce que les deux approches juridique et économique retenues en droit français semblent se contredire. Du moins, le critère économique tend à exclure le critère juridique. En effet, l'approche économique de l'internationalité telle que définie ci-dessus, implique que ce qui n'est pas « *une composante économique ne peut donc être considérée, selon la définition, comme un point de contact, facteur possible d'internationalité* ». Cette affirmation tend à induire que les critères juridiques et économiques sont exclusifs l'un de l'autre. D'autres auteurs s'inscrivent aux antipodes d'une telle conception. C'est notamment le cas de M. Hervé SYNVET qui souligne

---

65 WITZ, Claude. « *L'internationalité et le contrat* ». Dans : *L'internationalité, bilan et perspectives*. Vol. 46. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002, p. 59-66.

66 BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*. Vol. 2. 5e éd. mise à jour. Paris : PUF, 2021, n° 916, p. 432 : Le contrat est international au sens du critère juridique lorsqu'il comporte un élément d'extranéité qui peut être le lieu de sa conclusion ou celui de son exécution, ou encore la nationalité ou le domicile des parties. À ces critères s'ajoute le lieu de situation de l'objet du contrat. V. dans ce sens AUDIT, Bernard. « *Flux et reflux de la crise des conflits de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1988, Vol. 1, n° 1, p. 66 : « *lorsque l'on parle de localisation, on songe immédiatement à une localisation matérielle des rapports de droit : localisation à partir de leurs éléments concrets (la chose, objet du rapport de droit) ou des événements qui leur donnent naissance (le lieu de conclusion du contrat)* ». Une illustration est fournie par la convention interaméricaine du 18 mars 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994 (ci-après « *la Convention de Mexico* ») qui consacre cette conception juridique de l'internationalité source de conflit de lois. L'article 1er al 1 du texte précise que « *Il est entendu qu'un contrat revêt un caractère international lorsque les parties au contrat ont leur résidence habituelle, ou leurs établissements liés à l'opération envisagée dans d'autres États parties, ou lorsque le contrat a des rapports objectifs avec plus d'un État partie* ». La Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises (ci-après « la *CVIM* »), s'inscrit dans cette même mouvance. Elle précise en son article 1er al. 1 que pour qu'une vente puisse entrer dans son champ, l'acheteur et le vendeur doivent avoir leur établissement dans deux États différents.

67 Le critère économique a été défendu par l'avocat général Paul MATTER dans l'affaire *Pélissier du Besset (*Civ. 17 mai 1927, Pélissier du Besset, DP 1928. Matter, note Capitant). Selon l'avocat général, l'internationalité du contrat tient au fait qu'il est « *susceptible d'entraîner un phénomène de flux et reflux de marchandises et de capitaux par-delà des frontières* »[67]. Le critère économique sera précisé davantage dans l'arrêt *Mardelé* qui a retenu que le contrat international est celui qui « *met en jeu les intérêts du commerce international* ». Cf dans ce sens, Cass. civ., 19 février 1930, Mardelé, Sirey 1933, 1, p. 41, note Niboyet. Cette conception économique de l'internationalité a été consacrée par le législateur français à travers l'article 1504 du code de procédure civile (ci-après le « *CPC* ») anciennement article 1492. Définissant formellement l'arbitrage international, cet article a adopté comme critère de l'internationalité de l'arbitrage le fait qu'il mette « *en cause des intérêts du commerce international* » (L'article 1502 anciennement article 1492 du CPC).

68 HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, n°256, p. 269. L'auteur attirait l'attention sur le caractère extrêmement incertain des critères de l'internationalisation des contrats.

69 KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*. Paris. L.G.D.J, 1993, n° 121, p. 143.

qu'il n'existe « *aucune raison décisive d'adopter une conception unitaire du contrat international. Il n'y a pas un contrat international en soi. Le critère choisi doit être adapté à l'usage qui est fait de la notion* »[70]. C'est cette approche qui semble avoir été retenue par la jurisprudence française. Ainsi, lorsqu'il « *s'agit de trancher un conflit de lois, la jurisprudence adopte dans l'ensemble un critère juridique du contrat international, qui repose sur la présence de lien du contrat avec plus d'un État, alors que l'application de règles spécifiques réservées aux contrats internationaux appelle, en jurisprudence, un critère économique* »[71].

14. En résumé, pour éviter l'impression de substituer un texte aux droits internes des contrats, il est essentiel de clarifier les critères de caractérisation du contrat international. La notion d'internationalité de ce contrat est le facteur déterminant du conflit de lois. Il importe alors de retenir que « *le contrat est international lorsqu'il a des liens objectifs avec plus d'un État Partie ou avec un État Partie et un État tiers ou lorsqu'il conduit à l'application d'une règle de conflit de lois* »[72]. En tout état de cause, afin de mettre davantage en avant cette approche objective de l'internationalité, les termes de contrats transfrontières ou de contrats transfrontaliers seront employés alternativement au vocable de contrat international dans le cadre de ce travail. Il sera donc question du régime juridique du contrat transfrontalier qui, dans le cadre de l'OHADA ou de l'UE, met en conflit les lois d'au moins deux États membres.

15. Devoir distinguer le contrat transfrontalier de celui d'ordre interne est une illustration préfigurant de la complexité du régime juridique des contrats soulevant des conflits de lois. Cette distinction montre à quel point la gestion des interactions juridiques entre plusieurs systèmes nationaux peut devenir complexe, surtout dans un cadre où les lois nationales et les régulations supranationales doivent coexister et s'harmoniser pour assurer la sécurité juridique et la prévisibilité des échanges commerciaux transfrontaliers. Cet enjeu est d'une telle importance que des initiatives régionales et mondiales ont été mises en place pour offrir aux contractants transfrontaliers un cadre juridique uniforme transcendant les disparités législatives. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après « *CVIM* ») et la Convention relative au contrat de

---

70 SYNVET, Hervé. Obs. sous CA Toulouse, 26 oct. 1982. *JDI (Clunet)*. 1984, p. 603, *spéc.* p. 609.

71 WITZ, Claude. « *L'internationalité et le contrat* ». Dans : *L'internationalité, bilan et perspectives*. Vol. 46. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002, p. 59-66.

72 BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Thèse : Université de Bordeaux, 7 décembre 2021, n° 273, p. 312.

transport international de marchandises par route (ci-après « *la CMR* ») illustrent les efforts globaux pour créer un cadre juridique uniforme[73]. De même, dans l'espace OHADA, un texte comme l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (ci-après « *l'AUTCMR* »), illustre une démarche régionale visant à offrir un environnement juridique stable. Quant à l'UE, soucieuse de la prévisibilité des règles applicables aux contrats transfrontaliers, elle a adopté le règlement Rome I qui permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat et qui, en l'absence de choix, détermine la loi applicable selon des critères objectifs. Il apparaît ainsi que le contrat transfrontalier a la particularité d'appeler des textes contenant tantôt des règles matérielles, tantôt des règles de conflits de lois.

16. À cet égard, considérant la multiplicité des initiatives régionales et d'en vue de réglementer les relations contractuelles transfrontières, Vincent HEUZE a consacré sa thèse à « *la réglementation française des contrats internationaux* », a pu déclarer être « *impressionné par l'importance croissante prise par les réglementations particulières à certains contrats spéciaux, qu'elles soient d'ailleurs de source interne, ou de sources internationales et, s'agissant de ces dernières, qu'elles procèdent par adoption de règles de conflits de lois uniformes ou directement, par unification des règles substantielles applicables aux contrats en cause* »[74]. Ces propos mettent en évidence les deux principaux axes de la réglementation visant à résoudre les conflits de lois : la méthode des règles de conflits de lois et celle des règles substantielles. Cette présentation de ces deux méthodes comme des méthodes concurrentes en droit international privé se retrouve dans des ouvrages dédiés à la matière[75]. Prenant en considération le fait que le régime juridique d'une notion est constitué de l'ensemble des règles qui lui sont applicables[76], il apparaît alors clairement que le régime du contrat suscitant un conflit de lois se constitue essentiellement de ces deux types de règles. C'est dans cette optique que s'inscrit la présente thèse dont l'intitulé fait cohabiter le « *droit des contrats* » et les « *conflits de lois* ». L'association de ces deux notions renvoie précisément au

---

73 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. Droit du commerce international. 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, p. 550.

74 HEUZÉ, Vincent. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, n°2, p. 3.

75 ABORDE, Jean-Pierre et SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Sandrine. *Droit international privé*. 20e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, p 35. CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : Dalloz, 2021, p. 5. VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°9, p. 11 et s.

76 GUINCHARD, Serge et DEBARD, Thierry. *Lexique des termes juridiques : 2023*. 31e éd. Paris : Dalloz, 2023, p. 905. Pour une présentation plus détaillée, v. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, p. XXII et s.

droit international privé qui « est *essentiellement celui régissant les relations entre particuliers qui transcendent les frontières* »[77]. Le « *droit des contrats* » évoqué dans l'intitulé de la thèse est donc le droit des contrats transfrontières. Compte tenu des textes précités, adoptés soit à l'échelle mondiale, soit dans un cadre régional, le droit des contrats transfrontières englobe un ensemble potentiellement constitué tantôt de règles matérielles, tantôt de règles de conflits de lois. Ces deux types de règles, qui participent aux solutions apportées aux conflits de lois, s'inscrivent alternativement dans des approches, curative et préventive, des conflits de lois : il s'agit d'organiser la diversité par le moyen de règles de détermination de la loi applicable. L'approche préventive réside quant à elle dans l'élaboration de règles matérielles conçues pour être directement applicables aux problèmes juridiques et ce, dans le but d'éviter les conflits de lois qui auraient pu survenir autrement.

17. Aussi, en tenant compte du fait que la résolution des conflits de lois justifierait l'adoption d'un texte par l'UE et l'OHADA en droit des contrats, importe-t-il d'analyser les deux méthodes concurrentes à l'épreuve de la prévisibilité du droit. Ainsi, la question centrale de cette recherche est la suivante : Existe-t-il une approche de résolution des conflits de lois qui garantisse une entière prévisibilité du droit en matière contractuelle ? Autour de cette interrogation gravitent plusieurs questions sous-jacentes : Quelle méthode parmi celles étudiées peut résoudre les conflits de lois, voire les empêcher complètement en matière contractuelle ? Les actions actuelles ou envisagées par l'OHADA et l'UE, en termes de droit positif ou en projet, sont-elles suffisantes pour garantir la prévisibilité juridique ? Au fond, plus que la concrétisation formelle de l'ambition de l'UE et de l'OHADA en droit des contrats, n'est-ce pas la satisfaction de cette exigence de prévisibilité du droit applicable aux contrats transfrontières qui s'avère chimérique ? Telles sont les questions fondamentales qui sous-tendent la présente recherche. Celle-ci s'appuie sur les textes adoptés et ceux projetés par l'UE et l'OHADA qui dévoilent l'intérêt de ces espaces d'intégration juridique pour ces deux méthodes. Une analyse comparative des approches envisagées ou déjà mises en œuvre par ces deux entités peut contribuer à éclairer de manière prospective la réglementation des contrats transfrontaliers. Outre la différence d'orientation qui peut caractériser les approches respectives de l'OHADA et de l'UE, une étude comparative du fond du droit positif ou des

77 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n°1 et s. p. 1. L'auteur précise que « *Dans une conception plus large, on y a naguère associé le statut des personnes privées au regard des États, qui les place en qualité de national à l'égard d'un ou, plus rarement, de plusieurs États, et d'étranger à l'égard de tous les autres.* »

textes en projet participera également de la recherche d'un enrichissement mutuel des deux organisations.

18. Pour autant, comme toute entreprise humaine, une thèse portant sur la résolution des conflits de lois soulève inévitablement la question de sa raison d'être, interrogeant à la fois son objectif fondamental et sa pertinence dans le contexte juridique actuel. Quel serait l'intérêt d'une thèse consacrée à la résolution des conflits de lois en matière contractuelle au sein de l'UE et de l'OHADA ? Dans quelle mesure une étude comparant les actions entreprises par l'OHADA et l'UE, d'une part, et les méthodes de résolution des conflits de lois et de droit matériel, d'autre part, contribuerait-elle à évaluer l'ambition de ces deux organisations en matière de droit des contrats ? De telles questions sont d'autant plus susceptibles d'être posées que cette thèse n'est certainement pas la première à s'aventurer dans les méandres austères du régime juridique des contrats transfrontières. Vincent HEUZE avait dédié sa recherche doctorale à la réglementation française des contrats internationaux. Depuis cette thèse, de nombreux travaux ont été consacrés au régime des contrats en droit international privé, au point qu'on pourrait légitimement reprendre, à l'instar de HEUZE, la question que Georges ROUHETTE posait dans l'introduction de sa thèse intitulée l'« *étude critique de la notion de contrat* » : « *Que reste-t-il à dire que, déjà l'on ait, à coup sûr, écrit bien souvent sur le contrat ? Une fois encore, tout serait dit, et l'on viendrait trop tard* »[78]. La question demeure pertinente, même en droit international privé des contrats. Elle l'est d'autant plus que dans son ouvrage de référence consacré à l'étude des conflits de lois en matière de contrats, Henri BATIFFOL admettait volontiers que « *le régime des contrats en droit international privé est un des chapitres de cette discipline dont la réputation de complexité, de confusion et d'arbitraire est bien assise* »[79]. En effet, il est notoire que la question du régime des contrats internationaux est « *d'accès difficile* »[80]. Il n'est donc pas étonnant que ce régime soit considéré comme un « *champ de recherche particulièrement fertile* »[81].

78 ROUHETTE, Georges. *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*. Thèse : Université de Paris, 1965, n° 1, p. 4.

79 BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 1.

80 HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, n°1, p. 1.

81 FONTAINE, Marcel et DE LY, Filip. *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*. 2ème éd. Paris Bruxelles : Forum Européen de la Communication Bruylant, 2003. p. 1.

Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, on peut recenser depuis la thèse de M. HEUZE, un certain nombre de travaux ayant trait à différents aspects du régime des contrats internationaux, allant de la formation[82] à la fin du contrat[83] en passant par son exécution[84]. D'autres travaux ont traité de contrats spécifiques[85] quand d'autres ont porté sur des aspects plus généraux[86]. C'est dans cette veine que s'inscrit la thèse précitée de M. HEUZE qui analyse de manière générale, la réglementation française du contrat international. Ainsi que son titre le suggère, cette étude a porté sur le droit de source français applicable au contrat international. Mais, la réglementation du contrat international n'est pas uniquement de source française. Dans le cadre d'espaces communautaires intégrés comme l'UE et l'OHADA, il est tout à fait concevable que des études soient dédiées au droit des contrats internationaux de source communautaire. Ainsi, traitant précisément du contrat international, la thèse de M. Antoine KASSIS analyse non pas spécifiquement la réglementation française en la matière, mais « *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* »[87]. C'est vraisemblablement l'avènement de ce nouveau droit européen des contrats qui a inspiré à Mme Ève TRUILHÉ-MARENGO une étude orientée « *Vers un droit communautaire des contrats* »[88]. Depuis ces thèses, la réflexion autour d'un droit européen des contrats a considérablement progressé, aboutissant notamment à la forme actuelle du projet de Droit commun européen de la Vente (DCEV).

82 WANG, Zhao Hua. *La formation des contrats internationaux*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg), 1992. SAOUZANET, Franck. *Les relations précontractuelles en droit international privé*. Thèse, Le Havre, 10 décembre 2013.

83 HOTTE, Simon. *La rupture du contrat international : contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, Thèses, Paris : Defrénois, 2007 ; TAOK, Mireille. *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*. Thèse : Poitiers. Université de Poitiers, 2009 ;

84 ACCAOUI-LORFING, Pascale. *La renégociation des contrats internationaux*. Thèse : Paris II, 2008 ; GIMENEZ, Vincent. *Le prix dans les contrats internationaux*. Thèse : Nice, 2000.

85 SEYSEN-GUÉRIN, Dorothée. *Le contrat de distribution international*. Thèse : Université Paris 11, 2001 ; DUBUISSON, Bernard. *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*. Thèse : Université Catholique de Louvain, 1994.

86 HAFTEL, Bernard. *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine de conflit de lois*. Thèse : Université Paris II, 2009 ; POMMIER, Jean-Christophe. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel. Thèse : Paris : Économica, 1992 ;* ARCHER, Delphine. *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats : Étude de conflits de lois*. Thèse : Cergy-Pontoise, 2006

87 KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*. Paris. L.G.D.J, 1993.

88 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats* : Aix-Marseille III, 2002.

Des études similaires ont examiné l'utilité d'une réglementation des contrats au sein de l'OHADA[89]. Cependant, si les études portant sur le droit de source française et européenne font l'objet d'études essentiellement critiques, celles afférentes à l'OHADA sont plus à connotation prospective. Pour cause, l'UE dispose d'un acquis normatif en matière de réglementation des contrats alors que l'OHADA ne dispose pas encore de texte réglementant directement les contrats. Cela explique que les études entreprises en la matière soient essentiellement prospectives. M. Karel DOGUE a ainsi exploré les « *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droits des contrat*s ». Dans le cadre de cette thèse, M. DOGUE a proposé et analysé des éléments fondamentaux qui pourraient contribuer à la cohérence et à l'efficacité du droit des contrats dans les pays membres de l'OHADA cela, en vue de faciliter ainsi les échanges commerciaux et les investissements en Afrique. De fait, le contrat y est étudié dans une perspective d'enrichissement des droits internes. La nécessité d'une réglementation des contrats internationaux par l'OHADA a fait l'objet d'une thèse soutenue par Mme Florence BOSSO qui y analyse des mesures spécifiques qu'elle propose en vue de l'amélioration de la clarté et l'applicabilité du droit des contrats internationaux au sein de l'OHADA.

19. Malgré l'abondance des recherches et des analyses dans le domaine du droit des contrats internationaux, le champ du droit international privé des contrats n'est pas pour autant totalement exploré. La globalisation accrue des échanges commerciaux, l'émergence de nouvelles technologies et la constante évolution des cadres réglementaires au niveau international contribuent à la complexification des enjeux juridiques, rendant toute recherche d'exhaustivité presque impossible. L'établissement d'un marché intérieur ou, plus généralement, d'un espace d'intégration économique et juridique propice aux affaires ne concerne pas seulement les entreprises. Les consommateurs jouent un rôle central dans ce processus. En 2023, le marché européen du commerce électronique a généré un revenu de 529,2 milliards de dollars, avec des prévisions de croissance annuelle de 3,78 % pour atteindre 569,2 milliards de dollars en 2025. En moyenne, 25,5 % des commandes en ligne dans l'Union européenne sont expédiées à des clients dans d'autres pays, et environ 25 %

89 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013 ; BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Thèse : Université de Bordeaux, 7 décembre 2021 ; SALL, Bigué. *L'harmonisation OHADA des contrats : contribution à la méthode légistique des contrats dans l'espace OHADA*. Thèse : Université de Bourgogne Franche-Comté, 2019.

des consommateurs de l'UE achètent auprès de vendeurs en ligne non européens[90]. Cette dynamique souligne l'importance cruciale de résoudre les conflits de lois en droit des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA. En effet, assurer une prévisibilité juridique à tous les contractants, notamment ceux en position de dépendance ou considérés comme parties faibles, est essentiel. Les consommateurs, qui représentent l'archétype de la partie faible, doivent être placés au cœur des projets originels de l'OHADA et de l'UE. Garantir la prévisibilité du droit qui régit les relations transfrontières permet non seulement de protéger ces contractants, mais aussi de renforcer leur confiance dans le marché, ce qui est bénéfique pour l'ensemble de l'économie.

20. Se situant dans la postérité de celles qui l'ont précédée, la présente thèse aborde le contrat transfrontalier comme un contrat spécial s'inscrivant dans les objectifs primaires de l'UE et de l'OHADA. Par l'analyse comparative des méthodes conflictuelles et matérielles, l'étude explore la voie d'une théorie générale des contrats transfrontaliers qui aurait pour ligne directrice ces objectifs primaires et pour finalité d'apporter la réponse la plus efficace au problème des conflits de lois en matière contractuelle. Il s'agit d'étudier ce que M. Pascal VAREILLES-SOMMIÈRES décrit comme la « *communautarisation du droit international privé des contrats* »[91] qui peut prendre la forme d'un *corpus* de règles de conflits ou, voire à la fois, celle d'un ensemble de règles matérielles.

21. L'analyse d'un tel droit traitant des contrats transfrontaliers doit être menée en partant de deux postulats. D'une part, de l'avis général[92], la méthode conflictuelle n'offre pas les gages

---

90 Ecommerce Europe. Rapport sur le commerce électronique européen 2023. Disponible sur : https://ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2023/11/European-Ecommerce-Report-2023-Light-Version.pdf. Consulté le 12 juillet 2024.

91 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats* ». Dans : *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 781-802.

92 REMY, Benjamin. « *Des notions de prévisibilité en matière de conflits de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ?* ». Dans : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2015, p. 79 ; DUFOUR, Gwenaëlle. *Sécurité juridique et règles de droit : illustration en droit des contrats*. Thèse : Université de Lille 2, 2005. COHEN, Caroline. « *Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé (réflexions sur les règles permissives)* ». *Droits*. Paris cedex 14 : PUF, 2017, Vol. 66, n° 2, p. 211-226 ; BURUIANĂ, Monica-Elena. *L'application de la loi étrangère en droit international privé*. Thèse : Université de Bordeaux, 25 mai 2016. n° 59, p. 42 ; BECHEREL, Clémentine. *La codification en droit international privé : une perspective universaliste en matière de conflit de lois ?* Thèse : Normandie Université, 2022, p. 89 ; AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, p. 942 et s. ; VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023. Paris : Dalloz, 2023. n°1373 et s., p. 1044 et s. ; MAYER, Pierre. *Le phénomène de*

… / …

de prévisibilité recherchés par les opérateurs économiques dans un environnement intégré. C'est pourquoi, d'autre part, la forme la plus aboutie de l'intégration juridique implique-t-elle l'adoption de règles matérielles applicables, au moins, aux contrats transfrontaliers. Cependant, force est de constater que l'OHADA comme l'UE peinent à se doter de telles règles matérielles qui ne garantissent d'ailleurs pas, dans l'absolu, la disparition totale de conflits de lois en matière contractuelle[93]. En effet, au nombre des difficultés que laissent entrevoir les différentes initiatives entreprises dans le cadre de l'UE et de l'OHADA en vue de l'adoption d'un droit substantiel en matière contractuelle, figure la délimitation du champ matériel d'un tel droit. Contrats internes ou transfrontaliers ou mêmes les deux ? Contrats civils ou commerciaux ? Que dire des contrats qui mettent en cause des parties faibles comme les consommateurs ? Ces questions illustrent l'importance de penser le droit communautaire des contrats à l'aune des objectifs primaires de l'OHADA et l'UE. En ce qui concerne cette dernière cela pourrait justifier l'insuccès qu'a connu, jusqu'à présent, son ambition d'un droit matériel en matière contractuelle au sein de l'UE. D'ailleurs, si l'on se réfère aux projets de l'OHADA qui tardent à aboutir, force est de reconnaitre que l'adoption d'un droit matériel en la matière contractuelle constitue un idéal à la réalisation malaisée. De plus, comme on a pu l'aborder en évoquant les travaux de M. ANOU, même un texte de droit matériel uniforme n'est pas exempt de toutes lacunes. Ces lacunes obligent à recourir aux droits nationaux et pour ce faire, aux règles de conflits de lois. Cependant, dès lors que l'OHADA et l'UE ne disposent pas encore d'un droit matériel uniforme applicable aux contrats transfrontières, le constat dressé par M. ANOU sera corroboré par l'étude des projets de textes initiés par les instances de ces deux organisations. Une étude comparative de ces projets permettra de mettre en évidence leurs forces et surtout leurs lacunes qui peuvent directement être liées au champ matériel du texte. Selon que le texte porte sur les contrats en général ou certains contrats spécifiques (contrats commerciaux, contrats civils ou les contrats de ventes et de services), la délimitation d'un tel champ emportera nécessairement exclusion de certains pans de la matière contractuelle. En outre, même lorsqu'il porte sur un contrat

la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé (2003) (Volume 327). *RCADI*. 1 février 2007. p. 158 ; BATIFFOL, Henri. *Le pluralisme des méthodes en droit international privé (Volume 139)*. RCADI, 2 février 1973, p. 84 ; GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* Cours général (Volume 312). *RCADI*. 1 janvier 2005, n°349, p. 300 et s. ; AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, 3 mars 1984., p. 294 et s.

93 BARTIN, Etienne. « *De l'Impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois* ». *JDI*. 1897, Vol. 24, p. 225.

spécifique, un texte peut exclure ou passer sous silence certaines questions pourtant essentielles en cette matière. Même s'il ne traite que de la vente par exemple, un texte de droit matériel peut-il se limiter aux considérations telles que la validité du contrat, son exécution et son extinction ? Le contrat de vente n'est pas une réalité qui apparaît *ex nihilo*. Il a un avant et un après. Pour comprendre les conditions de conclusion du contrat, l'appréciation des échanges pouvant s'établir entre les parties dans le cadre de la phase précontractuelle peut s'avérer nécessaire, ou du moins utile. Quant à ce qui se passe après la conclusion du contrat de vente, comment imaginer un texte qui passerait sous silence l'emblématique question du transfert de propriété ? Un texte consacré au contrat en général ou plus particulièrement au contrat de vente, qui ne comporterait pas de dispositions traitant de telles questions serait nécessairement lacunaire et défaillant quant à la prévisibilité du droit y afférent. Cette lacune sera comblée par le recours aux règles de conflits de lois. Pour ce faire, à défaut d'un droit matériel uniforme qui régirait tous les contrats transfrontières, il importe de mettre à la disposition des contractants, règles de conflits de lois communes aux États membres.

22. En somme, face aux critiques qui pointent l'inefficacité des deux méthodes — conflictuelle et de règles matérielles —, il apparaît utopique ou, à tout le moins, difficile d'envisager une approche moniste dans la résolution des conflits de lois en matière contractuelle reposant exclusivement sur l'une ou l'autre de ces méthodes. Cette observation ouvre la voie à une réflexion approfondie sur l'écueil d'une approche moniste de la résolution des conflits de lois en matière contractuelle (**Partie I**). En vue de résoudre les conflits de lois de manière unitaire, l'étude s'emploiera à démontrer la pertinence et les voies de réalisation d'une approche qui se voudrait dualiste. En effet, il semble que l'approche la plus réaliste en la matière consisterait à se doter d'un droit « *communautaire* » des contrats à connotation matérielle dont la complétude serait assurée par un ensemble de règles de conflits. Ces dernières trouveraient matière à s'appliquer en cas de silence ou de carence des premières sur tel ou tel aspect du contrat considéré. L'approche dualiste permet ainsi d'associer les approches préventive (règles matérielles) et curative (règles de conflit de lois), chacune palliant les faiblesses de l'autre. Cela incite à l'accueil d'une approche dualiste pour la résolution des conflits de lois en matière contractuelle (**Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE.

L'ÉCUEIL D'UNE APPROCHE MONISTE DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

23. Pour aborder la problématique des conflits de lois en matière contractuelle, plusieurs méthodes peuvent être considérées. Précisément, deux méthodes distinctes, examinées dans cette étude, peuvent être envisagées séparément. En effet, le contrat transfrontière peut faire l'objet d'une réglementation basée uniquement soit sur des règles de conflits de lois, soit sur des règles matérielles. Cette distinction est au cœur de l'approche moniste.

24. À l'instar du droit positif en vigueur au sein de l'UE, la réglementation des contrats transfrontières peut être constituée de règles de conflits de lois. Contrairement à l'OHADA, l'UE a réussi à se doter d'un texte qui régit de manière générale les contrats transfrontières. La particularité de cette réglementation est qu'elle repose exclusivement sur la méthode conflictuelle. Cependant, cette méthode soulève des questions quant aux solutions qu'elle propose pour résoudre les conflits de lois en matière contractuelle. Il sera démontré que, bien que largement employée, cette méthode ne répond pas pleinement aux attentes des agents économiques en termes de prévisibilité et de sécurité juridique. Une analyse critique de la méthode conflictuelle sera menée, mettant en lumière ses lacunes par rapport à l'exigence de prévisibilité, essentielle pour les transactions économiques internationales. Cette analyse montrera que la méthode conflictuelle est un processus de coordination limité (**Titre premier**).

25. L'autre méthode met en œuvre des règles matérielles. Dans la mesure où elle propose des règles directement applicables au fond, cette seconde méthode constitue un idéal en termes de prévisibilité du droit, garantissant ainsi une plus grande sécurité juridique pour les parties contractantes. Toutefois, sa réalisation s'avère plus ardue que celle de la méthode conflictuelle. En effet, au vu de l'insuccès qu'ont connu, jusqu'à présent, les projets de droit matériel entrepris en matière contractuelle au sein de l'UE et de l'OHADA, force est de constater qu'il s'agit d'un idéal de prévisibilité difficile à atteindre. Cette situation met en évidence que la méthode des règles matérielles est un processus d'intégration complexe (**Titre II**).

TITRE PREMIER.

LA MÉTHODE CONFLICTUELLE,
UN PROCESSUS DE COORDINATION LIMITÉ

26. Il est légitime pour les agents économiques de l'OHADA et l'UE d'aspirer, entre autres, à la prévisibilité des règles régissant leurs activités et à la célérité de la résolution de leurs différends contractuels. L'objet de ce titre consistant en une réflexion portant sur le mécanisme conflictuel et son fonctionnement, il convient de se référer aux règles de conflits de l'UE et à celles du droit français subsidiairement. Certains propos pourront être illustrés en évoquant le droit d'autres États membres de l'UE.

Le problème que soulève un contrat transfrontalier dans un contexte de diversité législative est surtout celui de la prévisibilité du droit qui lui sera appliqué. Les mécanismes juridiques mis en place au sein de l'UE et de l'OHADA doivent permettre aux opérateurs économiques d'identifier avec un degré suffisant de certitude les règles de droit qui seront appliquées à leurs contrats. À ce propos, Antonio MALINTOPPI explique que « *la certitude du droit est tout simplement la possibilité de prévoir, dans la mesure la plus large, le droit applicable à certains faits ou à certains rapports de la vie humaine* »[94]. La certitude renvoie ainsi à la prévisibilité des règles juridiques de nature substantielle qui régissent une situation donnée.

C'est donc à l'aune des exigences de certitude, de prévisibilité du droit applicable ainsi que de celle d'adaptabilité du droit interne des contrats aux rapports contractuels transfrontaliers que la méthode conflictuelle sera jugée. Autrement dit, il s'agira de répondre à la question de savoir dans quelle mesure les règles de conflits de lois permettent aux contractants d'identifier de manière certaine, le droit applicable à leur contrat afin d'en prédire les solutions. Cette interrogation se justifie par la nature indirecte de la méthode conflictuelle. Ne réglant pas directement au fond la question de droit, elle se limite à proposer des règles qui visent à déterminer une « *loi parmi tout un éventail de lois possibles (la communauté de droit, constituée des ordres juridiques étatiques* »[95]. Pour décrire cette fonction de la méthode conflictuelle, M. Pierre MAYER recourt à la notion de coordination[96]. Face à la diversité législative à laquelle sont confrontés les opérateurs économiques, la méthode conflictuelle peut présenter a priori l'avantage d'offrir des moyens d'une coordination des ordres juridiques des États membres en vue de la détermination du droit applicable. Cependant, cette coordination assurée par la

94 MALINTOPPI, Antonio. *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé* (Volume 116). *RCADI,* 1 mars 1965. n°3, p. 7.

95 ATTAL, Michel et RAYNOUARD, Arnaud. *Droit international privé.* Bruxelles : Larcier, 2013. n°160, p. 81.

96 MAYER, Pierre. *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé* (2003) (Volume 327). *RCADI.*: Brill, 1 février 2007, n°35, p. 54 et s.

méthode conflictuelle répond-elle suffisamment à l'exigence de prévisibilité du droit applicable en matière de contrat transfrontière ? Aussi, importe-t-il d'apprécier la méthode conflictuelle en tant que mode de coordination de la diversité législative, à l'aune de l'exigence de prévisibilité du droit. Cette méthode propose principalement deux voies à cet effet : la possibilité pour les contractants de prévoir la loi applicable à leur relation, et, à défaut, le recours à des règles qui permettent de rattacher objectivement le contrat à un ordre juridique donné. Une analyse de ces alternatives offertes en vue d'assurer la prévisibilité du droit s'impose. Autrement dit, les critères de détermination de la loi applicable proposés par la méthode conflictuelle doivent être mis à l'épreuve de l'exigence de prévisibilité (**chapitre I**).

27. En outre, en matière de détermination du droit applicable au contrat transfrontière, la méthode conflictuelle ne règne pas en maître absolu. Une loi, bien qu'applicable en vertu de l'un des deux procédés alternatifs de cette méthode, pourra être écartée par des dispositions impératives[97]. Les lois de police[98] et les règles d'ordre public[99] sont en effet des règles dont l'impérativité[100] contraste avec la permissivité[101] qui caractérise le contrat international.

28. Par ailleurs, même en l'absence de règles impératives court-circuitant les mécanismes conflictuels, le processus de la mise en œuvre effective du droit applicable n'est pas un « *long fleuve tranquille* ». La mise en œuvre des voies alternatives offertes par la méthode conflictuelle ne pouvant aboutir qu'à la désignation d'un ordre juridique législativement compétent, c'est à l'ordre juridique désigné qu'il appartient de déterminer les règles matérielles régissant la situation. En cas de contentieux, le juge saisi peut ainsi être appelé à appliquer la loi d'un autre État. C'est alors à lui qu'il reviendra d'identifier les dispositions de cette loi étrangère. Cette tâche ne s'annonce guère aisée, le juge d'un État donné n'étant pas nécessairement au fait du contenu, des particularités et des subtilités de la loi d'un autre État.

---

97 RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006, n° 562, p. 303, n° 568, p. 305.

98 HEUZÉ, Vincent. Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police. *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2020, Vol. 1, n° 1, p. 31-60.

99 ARCHER, Delphine. *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats : Etude de conflits de lois*. Thèse : Cergy-Pontoise, 1 janvier 2006.

100 NORD, Nicolas. *Ordre public et lois de police en droit international privé*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg), 1 janvier 2003, n° 126 et s., p. 66 et s. RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006.

101 COHEN, Caroline. *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*. Thèse : Paris II, 11 décembre 2015, n° 1, p. 38.

29. Ainsi, eu égard à l'irruption des règles impératives dans le raisonnement conflictuel et le défi que représente la mise en œuvre effective du droit applicable, l'application du droit désigné par la règle de conflit peut véritablement s'apparenter à un processus jalonné de multiples péripéties (**chapitre II**).

CHAPITRE PREMIER.

LES CRITÈRES DE DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE À L'ÉPREUVE DE L'EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ

30. À première vue, le contrat transfrontalier se distingue du contrat interne en raison de la concurrence que le premier instaure entre les différents ordres juridiques auxquels il se rattache. De ce fait, ce type de contrat impose un travail intellectuel supplémentaire. La méthode conflictuelle instaure une étape particulière à la résolution des litiges contractuels de nature transfrontalière. Pour un juge saisi d'un tel contrat, l'application de son droit national n'ira certainement pas de soi. Il devra mettre en œuvre tout un raisonnement conflictuel dont le but est d'établir que le contrat est plus significativement rattaché à un ordre juridique duquel dépendra la solution à apporter à l'affaire. Ce raisonnement conflictuel repose sur la mise en œuvre de critères tantôt subjectifs, tantôt objectifs. Le critère subjectif mis en œuvre dans le raisonnement conflictuel consiste en la faculté reconnue aux parties de rattacher conventionnellement leur contrat à un ordre juridique dont ils désignent le droit comme *lex contractus*[102]. Outre ce critère subjectif, le droit international privé des contrats prévoit une série de critères objectifs de rattachement comme le lieu d'exécution du contrat. Dans la mesure où ces critères visent à localiser le contrat dans tel ou tel ordre juridique étatique, on parle de localisation subjective[103] et objective[104]. Apprécier la méthode conflictuelle à l'aune de l'exigence de prévisibilité du droit revient alors à jauger ces deux types de localisation à la lumière de cette exigence. L'issue de ce travail intellectuel ne garantit pas toujours aux parties la prévisibilité de la solution qui sera apportée à leur affaire.

---

102 En droit international privé, cette notion renvoie à la loi applicable à la substance du contrat (non à la forme), choisie par les parties, ou à défaut d'un tel choix, désignée par une règle de conflit de lois. Cf H. Roland, lexique juridique des expressions latines., p. 196

103 GOLDSTEIN, Gerald. « *Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ?* » *Rev. crit. DIP*. 2018, p. 3.

104 BATIFFOL, Henri. « *Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962. p. 39 et s.

L'appréciation s'avère contrastée selon les critères. Ainsi l'on verra que la localisation subjective peut être considérée comme plus propice à la prévisibilité du droit. Manifestation de l'autonomie de la volonté, ce principe autorise les parties à décider d'un commun accord le rattachement de leur contrat à un ordre juridique donné. Autrement dit, dans le contrat transfrontière, la *lex contractus*[105] peut faire l'objet de prévision des contractants (**Section I**). Le droit applicable étant choisi par les contractants, la solution qu'il offre leur serait plus prévisible.

Mais, à défaut de choix opéré par les contractants au titre de la loi d'autonomie, la prévisibilité du droit est aussi assurée par les règles objectives visant à rattacher le contrat à un ordre juridique donné. Cependant, ces règles objectives se caractérisent par une certaine complexité qui en rend l'utilisation ardue pour tout profane au droit des conflits de lois. Autrement dit, la prévisibilité du droit peut être amoindrie à l'épreuve de la complexité des règles objectives de rattachement (**Section II**).

SECTION I.

LA *LEX CONTRACTUS OBJET DE PRÉVISION DES CONTRACTANTS*

31. L'autonomie de la volonté permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat. Pourtant, ce principe de l'autonomie de la volonté qui a émergé au milieu du XXe siècle a connu depuis lors un développement substantiel en droit international privé pour prendre la forme que nous lui connaissons actuellement : la loi d'autonomie. Si l'autonomie de la volonté a pu être perçue comme « *génératrice de contrats sans loi* »[106], c'est-à-dire de rapports juridiques uniquement régentés par la volonté des parties, il ne fait plus l'ombre d'aucun doute qu'en réalité, cette volonté opère de fait comme un facteur de rattachement. Ainsi, dans la mesure où le droit applicable au contrat transfrontière est celui choisi par les contractants, si on considère ce choix comme le fruit d'une réflexion bien murie, l'autonomie

105 ROLAND, Henri. *Lexique juridique des expressions latines*. 8e éd. Paris : LexisNexis, 2021. p. 197 : « *en droit international privé, la lex contractus est synonyme de la lex loci contractus* ». Cette dernière notion est définie comme « *la loi applicable à la substance du contrat (non à la forme), choisie par les parties, à défaut de choix exprès ou tacite*… ».

106 MUIR WATT, Horatia. « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme* ». Dans La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privéé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008. *Dalloz*. 2009, p. 77.

de la volonté permettrait aux parties à un contrat « *d'anticiper les dispositions applicables* »[107] à leur rapport. Ce principe ne soustrait pas le rapport à la loi au profit de la seule volonté des parties, mais permet aux parties de désigner conventionnellement une loi ou du moins, l'ordre juridique compétent.

32. À l'instar de bien des questions, les relations contractuelles transfrontières font l'objet d'une réglementation dans les ordres juridiques des États. C'est le cas du droit français qui n'a pas attendu les initiatives interétatiques pour se doter de normes visant à arbitrer les concurrences « *des emprises législatives* »[108] en raison de rapports juridiques empreints d'extranéité. Au nombre des règles retenues par le droit français en vue de cet arbitrage[109], figure la faculté reconnue aux parties de choisir parmi les ordres juridiques « *revendiquant une emprise législative sur leur rapport de droit, celui qui, selon elles, devrait l'emporter sur les autres* »[110]. Ce procédé de rattachement subjectif du contrat à un ordre juridique désigné par les parties peut même conduire, sous certaines réserves, à la désignation du droit d'un État avec lequel le contrat n'a aucun lien objectif. Ce procédé de rattachement subjectif du contrat qui a ainsi été consacré, tant dans les ordres juridiques à l'instar du droit français (**§1**), qu'au plan supranational (**§2**), s'est imposé comme une pièce maîtresse du droit international privé des contrats[111].

§ 1. UN PROCÉDÉ LARGEMENT CONSACRÉ PAR LES SYSTÈMES NATIONAUX DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

33. Wilhelm WENGLER exprime bien l'importance d'un système de droit international privé assurant aux contractants la plus grande sécurité possible quant au droit que le tribunal compétent devra appliquer pour juger si une partie s'est valablement acquittée de ses obligations. L'auteur soulève une question pertinente : « *comment quelqu'un peut-il s'acquitter de*

---

107 COHEN, Caroline. « *Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé (réflexions sur les règles permissives)* ». *Droits*. 2017, Vol. 66, nº 2, p. 211-226.

108 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°281, p. 211.

109 ATTAL, Michel et RAYNOUARD, Arnaud. *Droit international privé*. Bruxelles : Larcier, 2013. n°688, p. 291.

110 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°281, p. 211.

111 GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* Cours général (Volume 312). Dans : *RCADI*, 1 janvier 2005, n°349, p. 320.

ses obligations juridiques de comportement qu'il est en principe prêt à assumer, alors qu'il ne sait pas de quel droit ces obligations dérivent ? »[112]. Or, comme l'explique si bien M. Gaël PIETTE « la sécurité j*uridique apparaît comme la confiance légitime que les contractants et les tiers intéressés témoignent, en raison de sa prévisibilité, à l'encontre de l'environnement juridique et factuel de la convention* »[113]. Cette réflexion traduit bien l'une des problématiques majeures posées par le contrat transfrontière. Ce contrat suscite un conflit de lois. Cela implique que différents ordres juridiques sont compétents pour régir le contrat qui demeure ainsi nécessairement soumis à une loi (**A**). Mais quelle loi ? C'est en cela que la loi d'autonomie prend tout son intérêt. Grâce à ce procédé, le contrat peut être soumis à la loi désignée par les parties qui est plus qu'un simple indice permettant au juge ou à l'arbitre de déterminer le droit applicable (**B**). La volonté des parties peut s'avérer d'un précieux secours en vue de la prévisibilité du droit applicable.

A. LE CONTRAT TRANSFRONTIÈRE DEMEURANT SOUMIS À UNE LOI

34. Aujourd'hui, une lecture comparative de « *différents systèmes nationaux de droit international privé met en évidence qu'il y a entre eux une uniformité assez marquée en ce qui concerne la loi applicable au contrat et aux obligations qui en résultent* »[114]. Le constat qui s'impose est que la loi d'autonomie s'est imposée « *tant dans la plupart des systèmes juridiques de pays économiquement développés et industrialisés que dans la plupart des systèmes juridiques de pays en voie de développement économique et social* »[115]. Dans le cadre de la présente étude traitant de l'OHADA et l'UE, il importe de s'intéresser à la diffusion de la loi d'autonomie au sein des systèmes nationaux de droit international privé. Cette diffusion de la faculté des parties à désigner le droit applicable à leur contrat s'appréciera principalement du point de vue du droit français qui a fortement inspiré celui de la plupart des États membres de l'OHADA.

---

112 WENGLER, Wilhelm. « *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable* ». *Rev. crit. dr. int. pr.* 1990, p. 657, 659 s.

113 PIETTE, Gaël. *La correction du contrat*. Thèse : Aix-en-Provence. PUAM, 2004. Abordant justement la question des transactions, l'auteur écrit que *« la sécurité juridique apparaît comme la confiance légitime que les contractants et les tiers intéressés témoignent, en raison de sa prévisibilité, à l'encontre de l'environnement juridique et factuelle de la convention* ».

114 GIULIANO, Mario. *La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis (Volume 158). RCADI,* 3 mai 1977, p. 199. Voir aussi, pour la consécration de la loi d'autonomie en droit britannique, COLOMBOS, C. John. *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques* (Volume 36). Dans *RCADI*, 1 février 1931, p. 30.

115 GIULIANO, Mario. *La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis (Volume 158). RCADI,* 3 mai 1977, p. 199.

35. Présenter la loi d'autonomie comme un procédé ayant pour vocation d'assurer la prévisibilité du droit applicable au contrat peut laisser entendre que les alternatives prévues par la loi, en l'occurrence par le Code civil français, ne garantissaient qu'une prévisibilité moindre. Mais en réalité, ignorée par le Code civil[116], la question du droit applicable au contrat empreint d'extranéité « *fut tout au long du XIX*e *siècle, résolue par la Cour de cassation dans le sens de l'application de la loi du lieu de formation du contrat à l'ensemble de ses conditions de fond comme de forme* »[117]. C'est ainsi que dans une affaire dite des « *Chemins de fer de l'Est* », la Cour de cassation a retenu que « *le contrat de transport formé à l'étranger entre un expéditeur étranger et une compagnie étrangère, pour l'envoi en France, de marchandises à expédier du pays où le contrat est formé, est soumis aux lois et règlements qui régissent en ce pays les contrats de cette nature* »[118]. Considérant que le contrat serait régi par la loi du lieu de sa conclusion, on pourrait prêter aux parties une volonté de localiser leur contrat dans un tel État et en conséquence, qu'elles confèrent compétence à la loi de cet État. Ce serait alors la manifestation d'un choix tacite. Si cette interprétation pouvait paraître séduisante en cela qu'elle annonçait les prémices de la loi d'autonomie, elle se heurtait à l'époque, au caractère obligatoire de la loi règle « *locus regit actum* »[119]. Autrement dit, cette règle ne laissait aucune place à la volonté des parties. En ce sens, l'autonomie de la volonté en matière contractuelle semblait cantonnée à sa vocation créatrice d'obligations conventionnelles.

36. En effet, en France, les rédacteurs du Code civil avaient déjà consacré en faveur des contractants un pouvoir de créer leur « *loi* » par le biais du contrat. Il a été retenu que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne*

---

116 L'article 3 du Code civil français prévoit depuis 1804 que « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux *possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». Cette disposition ne tranche pas la question du droit applicable le au contrat international.

117 Confère commentaire sous l'arrêt Cass. civ., 5 déc. 1910, American trading, B. Ancel, Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5e éd., 2006, n° 11, pp. 97 et s

118 Civ., 4juin 1878, Chemins de fer de l'Est, S. 80. 1. 428 ; v. aussi not. Civ., 23 févr. 1864, S. 1864. 1. 385; 13 mars 1874, S. 1874. 1. 385 ; 25 août 1875, S. 1875. 1.426; 41 août 1876, S. 1876. 1. 478 ; 7 août 1878, S. 1878. 1.471; 26 juin 1886, Gaz. Pal. 1886.1 403 ; 51déc. 1886, Gaz. Pal. 1887. 1.126, Clunet 1887.74.

119 DONNEDIEU DE VABRES, Henri. « *L'article 3 du code civil et la jurisprudence française de 1804 à 1904* ». *Revue internationale de droit international*, 1906, Vol. t. 2, p. 829-860.

foi »[120]. Il convient de garder à l'esprit que cette disposition concerne le contrat d'ordre interne. Pour ce type de contrat, sous réserve de satisfaire aux diverses conditions de licéité, la relation entre les contractants est régie par la volonté des parties libellée en stipulations contractuelles[121]. Un tel pouvoir reconnu aux contractants ne se manifeste pleinement que dans les conventions portant sur des choses qui sont dans le commerce ou plus globalement, lorsqu'il s'agit de droits dits disponibles[122]. Les droits portant sur certains biens sont ainsi qualifiés de droits disponibles par opposition à ceux qui ne peuvent faire l'objet de transaction tantôt parce qu'étant hors du commerce[123] tantôt du fait de leur indisponibilité[124]. C'est bien parce que les titulaires de ces droits disponibles peuvent en disposer librement que l'on peut concevoir une grande liberté dans la création et même la dissolution de l'acte juridique portant aliénation desdits biens[125]. Le pouvoir reconnu par les rédacteurs du Code civil aux contractants de se doter de leurs propres lois au moyen du contrat doit être mis en résonance avec la Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'esprit pouvait être résumé en deux mots : libertés

120 Article 1134 ancien du Code civil qui depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1er octobre 2016, s'est mué en trois articles : les articles 1103, 1104, et 1105. Le premier de ces textes dispose ainsi que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

121 GHESTIN, Jacques (*dir.*). *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, formation*. Paris : L.G.D.J, 1980, II, n°34, p. 19.

122 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *« Libre disponibilité des droits et conflits de lois »*. Paris : L.G.D.J, 1996, n°36 et s. p. 27 et s. L'auteure cite l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 avril 1962 (D., 1962, p. 617, note Ph. Malaurie) qui a jugé *« que les règles françaises de conflits de lois en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public et qu'il convient dans ces conditions de faire appel à la loi interne française, laquelle, hormis le cas de fraude, a vocation à régir tous les rapports de droit privé qui ne sont pas soustraits en droit français à la volonté des parties* ».

123 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n°508 et s. p. 603 et s. Si l'ancien article 1128 du Code civil disposait qu'il « *n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions », ces auteurs font remarquer « remplaçant, l' « objet » de l'ancien article 1108, les « stipulations » du nouvel article 1162 désignent bien l'ensemble de la « matière » de l'engagement contractuel, c'est-à-dire tout à la fois la chose, la prestation, l'opération ou encore les clauses du contrat* ». Ainsi au nombre des choses hors du commerce, sont cité : la personne (son état, son corps, ses droits), la famille (ses devoirs, ses droits, ses biens), les choses publiques ou communes sans oublier les choses prohibées en raison de leur dangerosité comme la drogue.

124 CORNELOUP, Sabine. *« À l'horizon des droits indisponibles, rien de nouveau. Et pourtant…. (Civ. 1re, 28 mars 2018, n° 17-14.596, AJ fam. 2018. 297, obs. C. Roth ; Civ. 1re, 24 mai 2018, n° 16-21.163, AJ fam. 2018. 548, obs. A. Boiché) ». Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2018, Vol. 4, no 4, p. 872-877. Voir aussi : GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* (Volume 312). Dans : *RCADI,* 1 janvier 2005. L'auteure met l'accent sur l'important de laisser « *plus ou moins de liberté aux parties selon la nature des droits en cause (d'une très grande liberté pour les contrats en général, à peut-être, un refus de l'incidence de la volonté lorsque sont en cause certains droits indisponibles relevant de l'état des personnes)* ».

125 BUREAU, Dominique. *« Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle ». Rev. crit. DIP*. Dalloz, 2022, Vol. 2, no 2, p. 410-418.

et droits[126]. Cependant, la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté ne sont pas absolues. Corollaire de l'autonomie de la volonté, l'affirmation de la capacité des contractants à se doter de leur propre loi, tel qu'il ressortait de l'ancien article 1134 du Code civil français, a pu donner lieu à une analogie entre la loi et le contrat. Cette analogie a été fortement critiquée par la doctrine. Ainsi, Xavier MARTIN qui considère que l'autonomie de la volonté est « *un mythe parmi d'autres* »[127] nous invite à ne pas perdre de vue que la force obligatoire attachée aux conventions légalement formées serait davantage l'expression de la tutelle de l'État dont la volonté était de rétablir un ordre social ébranlé par la révolution[128]. Jacques GHESTIN s'inscrit dans la même logique lorsqu'il écrit que « *la liberté contractuelle, affirmée comme principe, est cependant subordonnée à l'ordre public et à la justice* »[129]. Aussi libéral soit-il, le système normatif en matière contractuelle n'admet qu'une liberté ou une autonomie encadrée aux contractants. Ces derniers sont astreints à un ensemble de règles fixant notamment les conditions de validité des conventions. Comme on le sait, certaines de ces conditions, en l'occurrence celles relatives au dol et à la violence, relèvent des dispositions impératives. Toujours est-il que lorsqu'il satisfait aux conditions de validité fixées par la loi[130], le contrat produit des « *effets obligationnels* »[131] prévus par les parties ou qu'elles sont en mesure d'anticiper. Toutefois, une chose est de reconnaitre que sous réserve du respect du droit interne, les parties peuvent conclure une convention qui régira leur relation, une autre en est de leur permettre de décider qu'en ce qui concerne ces conditions de formation, d'exécution

126 RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. PUF. Paris : PUF, 1980, p. 10. L'auteur relève que « *L'autonomie de la volonté a ainsi deux significations très distinctes, mais qui relèvent, à l'évidence, d'une même philosophie, consacrée par la Déclaration de 1789, et inspirée des doctrines de ROUSSEAU et de KANT. Dans la littérature philosophique, elle reste essentiellement un des concepts de l'ésotérique terminologie kantienne : Dans la littérature juridique, elle désigne le pouvoir qu'a la volonté de créer sa propre loi de droit.* »

127 MARTIN, Xavier. *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*. Bouère : D. M. Morin, 2003, p. 447.

128 À travers ses travaux, l'auteur a participé à la remise en cause de la portée de l'autonomie de la volonté et partant, de l'assimilation entre la loi et le contrat. Voir à cet effet, MARTIN, Xavier. *Nature humaine et Révolution française: du siècle des Lumières au Code Napoléon*. Bouère : D. M. Morin, 1994. MARTIN, Xavier. L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme. *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*. Éditions Dalloz, 1982, Vol. 60, n° 4, p. 589-618.

129 GHESTIN, Jacques (*Dir.*). *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, formation*. Paris: L.G.D.J, 1980, II, n°34, p. 19, n°51, p.29.

130 MUIR WATT, Horatia. «*Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme*» dans La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privéé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008. *Dalloz*. 2009, p. 77-92. 340.

131 LUCAS-PUGET, Anne-Sophie. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris : L.G.D.J, 2005, p. 329 et s.

et d'extinction, leur contrat sera régi par la loi d'un autre État. C'est ainsi que s'exprime l'autonomie de la volonté en matière de contrat transfrontalier.

37. Cette expression de l'autonomie de la volonté est défendue par la doctrine qui soutient que le contrat transfrontière peut être soumis à une loi désignée par les parties.

B. La volonté des contractants, plus qu'un indice permettant d'identifier le droit applicable

38. La consécration de l'autonomie de la volonté ne s'est pas faite sans difficulté. En effet, si le principe de la liberté de choix des parties s'est progressivement imposé de manière universelle[132], son émergence a suscité une certaine hésitation auprès d'une partie de la doctrine.

Grand promoteur de l'autonomie de la volonté en droit international privé, DUMOULIN a, à partir du XVIe siècle, développé en matière de régimes matrimoniaux, une conception admettant que les époux peuvent *« choisir, ne serait-ce qu'implicitement, la loi applicable à leur régime matrimonial en fixant au lieu où cette loi est en vigueur leur premier domicile conjugal »*[133]. En raison de la multiplicité des coutumes, souvent liées à une territorialité spécifique, et de l'imprévisibilité qui caractérisait ce système normatif, DUMOULIN eut l'idée d'utiliser « *la volonté individuelle pour assouplir le jeu de la territorialité des coutumes* »[134]. Mais, au-delà du domaine des régimes matrimoniaux, l'influence de DUMOULIN sur le droit international privé est remarquable tant il a su promouvoir la liberté des parties de choisir soit explicitement, soit tacitement, leur *lex contractus*[135]. Plus tard, la loi d'autonomie sera considérée comme s'inscrivant « *dans la droite ligne de la philosophie des lumières enrichie de l'apport kantien qui fait du droit de l'individu "un pouvoir de*

132 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n° 118, p. 103.

133 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°282, p. 212. La conception de DUMOULIN est davantage exposée dans l'ouvrage suivant : ANCEL, Bertrand. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 201-216.

134 Pour une lecture plus approfondie, voir ANCEL, Bertrand. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017, pp. 213 et s.

135 LAINÉ, Armand. *Introduction au droit international privé*. Pichon. Paris : Pichon, 1892-1888, pp. 228-236.

l'individu" »[136]. Repris par les internationalistes, l'autonomie de la volonté tend à accorder aux opérateurs économiques une liberté contractuelle surpassant la simple idée que les parties puissent donner à leur contrat le contenu qui leur sied. On est donc passé du pouvoir de créer un contrat, servant de loi aux parties, et d'en définir le contenu et la portée, à la faculté de désigner un droit autre que celui objectivement applicable. Cette avancée est le fruit de réflexions nourries de plusieurs auteurs au nombre desquels SAVIGNY, MANCINI [137]et BATIFFOL se sont particulièrement illustrés.

39. Deux écoles s'opposent sur la question de la portée de l'autonomie de la volonté en matière transfrontalière : d'un côté, la conception défendue notamment par l'avocat français FOELIX[138] et d'un autre, l'approche soutenue par SAVIGNY[139] ou encore celle de MANCINI[140]. Dans un sens, FOELIX et SAVIGNY ont en commun de tenter une justification *a posteriori* de la loi d'autonomie[141]. Même lorsqu'il est expressément formulé par les contractants, FOELIX ne reconnait qu'une valeur ambigüe au choix de la législation. En

---

136 SALAH MOHAMED MAHMOUD, Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé* (Volume 315). Dans : *RCADI,* 2 avril 2005, p. 162. Une lecture de KANT, Emmanuel, FUSSLER, Jean-Pierre, FOESSEL, Michaël, et al. *Critique de la raison pratique*. Paris : Éditions Flammarion, nous renseigne que dans la pensée Kantienne, la véritable liberté réside dans la capacité à se donner à soi-même la loi que l'on décide de suivre. L'auteur explique plus précisément ce qui suit : « *L'autonomie de la volonté est le principe unique de toutes les lois morales et des devoirs qui y sont conformes ; au contraire toute hétéronomie du libre choix, non seulement n'est la base d'aucune obligation, mais elle est plutôt opposée au principe de l'obligation et à la moralité de la volonté. Le principe unique de la moralité consiste dans l'indépendance, à l'égard de toute matière de la loi (c'est-à-dire à l'égard d'un objet désiré) et en même temps aussi dans la détermination du libre choix par la simple forme législative universelle, dont une maxime doit être capable. Mais cette indépendance est la liberté au sens négatif, cette législation propre de la raison pure et, comme telle, pratique, est la liberté au sens positif…* ». Pourtant, Il a été relevé que philosophiquement, la faculté reconnue aux parties de choisir leur *lex contractus* « *n'entretient que des rapports lointains avec l'autonomie de la volonté au sens que KANT a donné à cette disposition* » ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik. *Droit des contrats internationaux*. 2e éd. Paris : Dalloz, 2019, n° 206, p. 151.

137 CATELLANI, Enrico. *Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIXe siècle* (Volume 46). Dans : *RCADI*. 5 avril 1933. L'auteur y présente MANCINI Pasquale Stanislao qui « *fut appelé en 1851 à occuper la nouvelle chaire (instituée à Turin par une loi du 14 novembre 19850) de droit international public et privé* ». MANCINI fut jurisconsulte et homme politique italien qui a vécu entre 1817 et 1888.

138 BRIÈRE, Carine. *« La pensée de FOELIX : entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé ». Rev. crit. DIP.* Paris : Dalloz, 2019, Vol. 1, no 1, p. 65-86 : Avocat-avoué de formation, Jean Jacques Gaspard FOELIX est né en 1791 en Allemagne. Naturalisé français en 1829, le jurisconsulte est décédé en 1853 à Paris. *« Les mots d'" autonomie ", d'" autonomie de l'homme " et d'" autonomie des citoyens " apparaissent pour la première fois dans le vocabulaire internationaliste avec le traité de droit international privé de Foelix, publié en 1843, qui constitue le premier ouvrage d'ensemble depuis l'Ancien Droit, et avec la traduction, en 1851, du huitième volume du Système de droit Romain de Savigny ».* Voir : FOELIX, Jean Jacques Gaspard. *Traité du droit international privé*. 2e éd. 1847.

139 RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : PUF, 1980, p. 20.

140 BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé.* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938.

141 RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : PUF, 1980, p. 20.

effet, s'il considère que le contrat est soumis, en cas de silence des contractants, à la législation du lieu de conclusion, les parties peuvent expressément adopter cette législation, leur volonté ne pas sera respectée à l'exception de certains cas. L'auteur retient le cas particulier du contrat dont les lieux d'exécution et de conclusion diffèrent et qui serait soumis, « *pour tout ce qui est postérieur à sa passation, à la loi du lieu du paiement, nonobstant la volonté déclarée des parties* »[142]. Autrement dit, FOELIX considère que le choix exprès des parties « *ne peut porter que sur la loi du lieu de conclusion de l'acte à l'exclusion de toute autre loi* »[143].

40. Pour sa part, SAVIGNY accorde une place plus significative à la loi d'autonomie, certes à titre d'exception au principe de l'application de la loi du lieu d'exécution[144]. En réalité, SAVIGNY jugeait que les parties ne pouvaient qu'émettre un choix en faveur d'un facteur de rattachement donné de sorte qu'en se prononçant, elles contribueraient à désigner un facteur de rattachement[145]. Une reconnaissance aussi réservée de l'autonomie de la volonté en droit international privé ne convainc pas MANCINI. Inspiré de la pensée idéaliste et kantienne, MANCINI défendait la thèse selon laquelle « *Dans la sphère des rapports de la partie volontaire du droit privé, l'individu peut se conformer à sa loi nationale s'il le veut ; il peut même, lorsqu'il s'agit de rapports qui ne touchent point à l'ordre public, conformer ses actes à des règles autres que celles écrites dans les lois nationales* »[146]. Reconnaissant un tel droit au contractant, MANCINI écrivait « *qu'on doit respecter sa liberté en tant qu'elle est inoffensive, et que l'État n'a d'ailleurs aucun intérêt à en empêcher l'exercice* »[147]. En effet, dans la pensée de MANCINI « *le dirigisme étatique cédait la place au libéralisme et la progression de la liberté contractuelle en est l'indice le plus significatif* »[148]. En

142 RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : PUF, 1980, p. 20. Pour une lecture plus approfondie, voir : FOELIX, Jean Jacques Gaspard. *Traité du droit international privé*. 2e éd. 1847, n° 96 et s., pp. 136 et s.

143 BRIÈRE, Carine. « *La pensée de FOELIX : entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé* ». *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2019, Vol. 1, no 1, p. 65-86.

144 RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : PUF, 1980, p. 28.

145 KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme* (Volume 359). Dans : *RCADI,* 3 mars 2013, n° 32.

146 DIENA, Giulio. *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie* (Volume 17). Dans : *RCADI*, 3 février 1927, p. 387.

147 MANCINI, Pasquale Stanislao. « *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles* ». *Clunet*, 1 (1874), p. 221 s., 285 s. Cité dans KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme* (Volume 359). Dans : *RCADI*, 3 mars 2013, n° 32.

148 KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme* (Volume 359). Dans : *RCADI*, 3 mars 2013, n° 31.

conséquence, l'autonomie reconnue aux agents économiques se manifestant dans un premier temps dans la faculté de fixer le contenu de leur contrat conformément aux prescriptions de la loi impliquerait logiquement, dans un second temps, le pouvoir de désigner la loi qui régit le contenu du contrat. BATTIFOL résume bien cette opposition de conceptions lorsqu'il parle de « *subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats* »[149]. D'après l'auteur, « *pour les subjectivistes, les parties choisissent la loi applicable comme elles choisissent la teneur de leurs conventions* »[150] tandis que les tenants de l'objectivisme qui sont des « *partisans des présomptions* »[151] témoignent une certaine réserve quant à ce pouvoir à la volonté des parties[152]. Ce scepticisme des objectivistes est bien traduit par la formule de NIBOYET qui déclare que *« tant en droit international privé qu'en droit interne, l'autonomie de la volonté n'existe pas »*[153].

41. S'agissant de BATIFFOL, l'auteur est bien connu pour avoir développé une variante atténuée de l'objectivisme à travers la théorie de la « *localisation* » du contrat[154]. Il considérait que la volonté des parties n'était ni plus ni moins qu'un indice permettant de rattacher le contrat à un État. En conséquence, il ne reconnaissait pas aux contractants la faculté de désigner la loi qui régira leur contrat[155]. Cette pensée est fort bien résumée dans la formule qui énonce que « *les parties localisent leur contrat, le juge en déduit la loi applicable* »[156]. Si le droit positif consacrait une telle conception, le juge pourrait exercer la plénitude des pouvoirs que lui reconnait l'article 12 du Code français de procédure civile. En application de l'alinéa 1er

149 BATIFFOL, Henri. Dans : *« Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats ». Dans : Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962, p. 39 et s.

150 BATIFFOL, Henri. Dans : *« Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats ». Dans : Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962, p. 40.

151 BATIFFOL, Henri. Dans : *« Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats ». Dans : Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962, p. 40.

152 SALAH MOHAMED MAHMOUD, Mohamed. *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé* (Volume 315). Dans : *RCADI*, 2 avril 2005, p. 160.

153 NIBOYET, Jean Paul. *La théorie de l'autonomie de la volonté* (Volume 16). Dans : *RCADI*, 1 Janvier 1927, p. 57.

154 KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme* (Volume 359). Dans : *RCADI*, 3 mars 2013, n° 31. L'auteur y cite le propos ainsi nuancé de BATIFFOL que l'on sait pourtant profondément hostile à la loi d'autonomie : « *la loi de conflit donne comme rattachement la volonté des parties, mais celle-ci fixe seulement les éléments qui localisent le contrat, tout comme la localisation d'un meuble dont on déduit la loi réelle. La complexité de l'opération contractuelle permet seulement aux parties de souligner que dans la conception qu'elles se font de leur opération les éléments de rattachement à tel pays revêtent à leurs yeux une importance primordiale* ».

155 BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938, n° 51 et s., p. 46 et s. L'auteur écrit (au n°52) que « *les parties selon nous ne choisissent pas la loi applicable, mais les éléments de fait localisateurs du contrat, dont le juge déduit la loi applicable.* »

156 BATIFFOL, Henri, et LAGARDE, Paul. *Traité de droit international privé*. 8. éd. Paris : L.G.D.J, 1993 n° 571, p. 265.

de ce texte, « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Encore faudrait-il que le juge parvienne à identifier les règles de droit applicables en l'espèce. Notons que dans un contrat international, l'un des intérêts de la loi d'autonomie serait de permettre aux parties de savoir à l'avance, le système de normes à partir duquel seront appréciées les conditions de formation, d'exécution et d'extinction de leur lien contractuel. Or, considérer que les choix opérés par les parties n'auraient d'utilité que de servir d'outil de travail au juge, à qui il appartiendrait de déterminer la loi applicable, reviendrait à instaurer une étape supplémentaire dans le processus de résolution d'un éventuel contentieux. Ainsi, dans un contrat international, en présence d'un contentieux portant par exemple sur la résolution du contrat, un premier élément du contentieux sera la loi applicable. Dans un litige contractuel d'ordre interne, le juge recherche les règles de droit dans l'ordonnancement juridique interne. En revanche, dans l'hypothèse d'un contrat international, il est appelé à identifier l'ordre juridique dont il devra appliquer le droit. Considérer que les stipulations contractuelles portant désignation de droit applicable au contrat ne sont que des éléments de rattachement à la disposition du juge ferait peser exclusivement sur ce dernier, la charge finale de l'identification de droit applicable. La conception objectiviste, qui tend à reconnaitre au juge un pouvoir dans la détermination du droit applicable au contrat à partir du choix formulé par les parties, trouve un certain écho dans le droit français. En effet, en vertu du principe dispositif, l'un des principes directeurs du procès civil, résumé par la locution latine « *da mihi factum, tibi dabo jus* »[157], les parties disposant librement de leurs droits, déterminent l'objet du litige en rapportant les faits, et il revient au juge d'identifier et d'appliquer auxdits faits les règles de droit qui lui sont applicables. Cette répartition des rôles était justifiée par une idée que traduit bien la locution latine « *jura novit curia* » qui « *se traduit, en pratique, par ne obligation de connaître le droit, non pas au préalable, mais nécessairement au moment de juger* »[158]. Une telle répartition des rôles pourrait légitimement justifier, par ailleurs, que l'on dénie aux parties contractantes le pouvoir de désigner le droit applicable à leur contrat, et partant à leur litige. Cependant, sous l'impulsion d'Henry MOTULSKY, cette répartition des rôles entre le juge et les parties sera nuancée de sorte que « *l'injonction du juge aux parties "donne-moi les faits, je te*

157 CHAINAIS, Cécile, FERRAND, Frédérique, MAYER, Lucie, et al. *Procédure civile : droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*. 35e édition. Paris : Dalloz, 2020. n° 514, p. 431. La maxime latine « *da mihi factum, tibi dabo jus* » y est traduite ainsi : « *Donne-moi les faits, je te donnerai le droit* ».

158 KAMIL YASSEEN, Mustafa. *Problèmes relatifs à l'application du droit étranger* (Volume 106). Dans : *RCADI*, 4 février 1962, p. 32.

donnerai le droit" se transforme, à certains égards, en une injonction inattendue dont on pourrait ainsi rendre compte : "donne-moi le droit, je te donnerai un jugement" »[159]. Plus que dans le cadre du contrat d'ordre interne, cette inflexion prend toute sa dimension en matière de contrat transfrontière. Dans cette matière, davantage que dans la première, l'omniscience et la toute-puissance du juge sont moins probables[160]. Le juge français étant moins susceptible de connaître le droit étranger applicable au contrat, dans un contrat transfrontière, la latitude des contractants à désigner le droit applicable devrait s'analyser comme la possibilité pour eux d'apporter tant les faits que le droit. Les parties ne donnent pas seulement les faits, mais elles peuvent aussi donner le droit applicable, ou des indications en vue de la désignation des normes matérielles régissant leur rapport[161]. Ce droit applicable au contrat transfrontière ainsi apporté par les parties lierait en principe le juge qui serait tenu de l'appliquer. Telle est la portée de la force obligatoire dont la loi d'autonomie devrait être reconnue investie. Naturellement, l'omniscience du juge redevient de rigueur dans le cas des droits indisponibles pour lesquels il incombe au juge français, de rechercher le droit compétent en application stricte du principe dispositif[162]. Mais, en matière contractuelle, la consécration de la loi d'autonomie implique que la volonté des parties lie en principe le juge, car elle est plus qu'un indice permettant d'identifier le droit applicable.

42. L'approche qui veut que la loi d'autonomie fonctionne pleinement comme un critère de rattachement du contrat à un ordre juridique donné, et non pas un indice permettant au juge d'identifier le droit applicable, trouvera écho auprès de la Cour de cassation française qui, à

159 MOTULSKY, Henri. Dans : *« L'office du juge et al loi étrangère » dans Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962, n° 6, p. 342.

160 CROZE, Hervé. Dans : *« Le juge doit-il le droit ? » dans Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*. 2010, n° 11, p. 229. L'auteur relève que le modèle classique du principe dispositif « *suppose un juge omniscient et tout puissant* ».

161 MUIR WATT, Horatia. « *De la loi applicable à une promesse d'achat de parts sociales conclue entre un salarié et son employeur* ». *Rev. crit. DIP*. 1994, p. 92. (77) BUREAU, Dominique. « *Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle* ». *Rev. crit. DIP*, 2022, Vol. 2, no 2, p. 410-418.

162 CORNELOUP, Sabine. « *À l'horizon des droits indisponibles, rien de nouveau. Et pourtant... (Civ. 1re, 28 mars 2018, n° 17-14.596, AJ fam. 2018. 297, obs. C. Roth ; Civ. 1re, 24 mai 2018, n° 16-21.163, AJ fam. 2018. 548, obs. A. Boiché)* ». *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2018, Vol. 4, no 4, p. 872-877.

la faveur de l'affaire *American Trading* a jugé que « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions est celle que les parties ont adoptée* »[163].

La consécration de la loi d'autonomie dans des termes aussi clairs et fermes constitue une véritable révolution dans un domaine où prévalaient les principes *locus regit actum*[164] et *lex loci contractus*[165]. Ces deux principes donnaient, en somme, compétence à la loi du lieu de conclusion du contrat, localisation qui était le principal critère de rattachement à l'aune duquel était désignée la loi applicable au contrat. D'ailleurs dans l'arrêt *American Trading*, la Cour de cassation française ne manque pas de rappeler ce principe de la *lex loci contractus*. En effet, bien que consacrant pour la première fois, et en termes clairs, la loi d'autonomie, la haute juridiction maintient la compétence du lieu de conclusion du contrat dès lors que les parties « *de nationalité différente* »[166] ne désignent pas une loi étrangère. En vertu de la règle ainsi rappelée par la Cour de cassation, en l'absence de choix des parties en faveur d'une loi donnée, la loi applicable au contrat est celle du pays auquel le contrat se rattache au titre de lieu de conclusion. Le contrat, aussi international soit-il, est nécessairement lié à un État. Plus tard, la jurisprudence française dans l'affaire « *messageries maritimes* » confirmera cette conception en jugeant que « t*out contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un État* »[167]. Ce faisant, les juges du droit donnent compétence de principe à la volonté des parties en vue de la détermination du droit applicable. Avec une telle décision, la haute juridiction française

163 Cass. civ., 5 déc. 1910, American trading, B. Ancel, Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5e éd., 2006, n° 11, pp. 97 et s. En l'espèce, la « *Québec Steamship Company* » s'était engagée à transporter de New York à Pointe-à-Pitre 600 sacs de farine de froment pour le compte de l'« *American Trading Company* ». La « *Québec Steamship Company* » avait prévu, dans le connaissement délivré par elle à New York, une clause l'exonérant de toute responsabilité en cas de faute du capitaine et des marins. À la suite d'avaries subies par la marchandises, l'« *American Trading Company* » soutenait que « *le contrat de transport ayant été passé à New York, c'était la loi américaine qu'il fallait appliquer, conformément à la règle : Locus regit actum, et que l'acte du Congrès des États-Unis du 13 février 1893 prohibe et déclare nulles les clauses exclusives de responsabilité* ».

164 Les conditions de forme d'un acte juridique sont soumises à la loi du lieu de sa conclusion. Cette règle a bien connu du succès ailleurs qu'en France. Voir STRUYCKEN, Teun. *« Locus regit actum, un nouvel avatar hollandais ». Dans : Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 765 et s.

165 BATIFFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Rééd. Présentée par LEQUETTE, Yves. Paris : Dalloz, 2002, n° 28, p. 64. La règle *locus regit actum* qui signifie que le contrat est soumis à la loi du lieu de sa conclusion, est aujourd'hui cantonnée aux formalités.

166 Il est exposé dans l'introduction générale que la notion de conflit de lois se définit dans le cadre du présent travail en corrélation avec celle de contrat international dont la qualification exige la présence d'un élément d'extranéité. Or, la différence de nationalité n'est pas automatiquement analysée comme un élément d'extranéité. En effet, un contrat conclu entre deux personnes de nationalité différente mais domiciliées dans un même État où le contrat est appelé à être exécuté, n'en sera pour autant international.

167 Cass. civ. 21 juin 1950, Messageries maritimes, B. Ancel, Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française, de droit international privé, Dalloz, 4e éd., n° 22.

endigue les tentations d'une partie de la doctrine qui auraient pu y voir la consécration « *des contrats sans lois* » c'est-à-dire ceux échappant à toute norme de source étatique. Réaffirmant la nécessaire soumission du contrat transfrontalier à un ordre juridique dont la désignation revient de droit aux parties, la Haute juridiction française de l'ordre judiciaire valide un procédé qui sera consacré plus tard, sur le plan supranational. En effet, ce procédé de désignation du droit applicable sera retenu comme la règle de base du droit international privé des contrats au sein de l'UE et envisagé comme tel par les instances de l'OHADA.

§ 2. UN PROCÉDÉ CONSACRÉ SUR LE PLAN SUPRANATIONAL

43. Sur le plan supranational, le recours à la loi d'autonomie comme moyen d'assurer la prévisibilité du droit sera apprécié dans le cadre de l'OHADA et de l'UE. L'accent sera particulièrement mis sur la loi d'autonomie qui se trouve au cœur du droit international privé de l'UE (**A**). Quant à l'OHADA, ne disposant pas encore d'un texte portant droit international privé, elle a entrepris de s'en doter. Au vu de l'avant-projet de droit OHADA relatif aux conflits de lois, l'organisation est visiblement conquise par la loi d'autonomie (**B**).

A. LA LOI D'AUTONOMIE AU CŒUR DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES CONTRATS DE L'UE

44. La consécration de la loi d'autonomie va connaître son apothéose avec le droit de l'UE notamment avec la Convention 80/934/CEE du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après la convention de Rome). Ainsi, de l'article 3 de la convention, il ressort que les parties à un contrat comportant des éléments d'extranéité, ont la faculté de désigner ou de se référer aux dispositions du droit de l'État de leur choix, fût-ce un État tiers. En tant que texte de droit propre aux États membres de l'UE, il aurait été compréhensible que la convention se limite à permettre aux contractants intracommunautaires de désigner à leur guise, le droit d'un État membre. Mais, à travers ce texte, les instances de l'UE font montre d'une certaine ouverture en permettant l'applicabilité d'une loi même étrangère à la communauté[168]. Les parties peuvent au surplus, choisir la loi

168 La vocation universelle de la Convention est énoncée par l'article 2 aux termes duquel, « *la loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant* ».

d'un État quand bien même il n'existerait aucun lien entre cet État et le contrat conquise par la loi d'autonomie.

45. En revanche, la convention de Rome ne prévoit pas explicitement la possibilité pour les parties d'opter pour des règles de droit de source non étatique. La convention précise, à ses articles 7 et 17, qu'il y a lieu d'entendre par « *loi* » au sens de la convention « *la loi en vigueur dans un État* ». Ces dispositions renvoient au droit positif issu de l'ordonnancement juridique des États. Le renvoi au droit positif des États illustre la persistance de prévalence des règles de sources étatiques sur celles issues d'initiatives privées[169]. Le droit positif inclut aussi bien le droit interne de tout État que les normes issues du droit conventionnel. Les conventions internationales signées, ratifiées et publiées en bonne et due forme, font partie de l'ordonnancement juridique des États[170]. En conséquence, en dépit de son caractère international, le contrat est inéluctablement soumis au droit étatique et les normes non étatiques sont ainsi exclues du champ matériel de la loi d'autonomie. Constitue une norme non étatique, toute règle produite par une entité autre que l'État ou une organisation

169 BAL, Lider. *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international.* Thèse : Strasbourg : Université de Strasbourg, 2012, p. 578 et s. L'existence d'initiatives non-gouvernementales visant à proposer des régulations alternatives ne sont, en définitive, pas de nature à reléguer la souveraineté législative des États au rang de simple mythe. À l'occasion d'une études collectives offertes à Philippe KHAN, trois contributions consacrées à la lex mercatoria ont abordé la question de la souveraineté des ordres juridiques étatiques : BART, Jean. *« La lex mercatoria au Moyen-Age : mythe ou réalité ? » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000. pp. 7-22. LOQUIN, Eric. *« Où en est la lex mercatoria ? » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000. pp. 23-51. PELLET, Alain. *« La lex mercatoria, "Tiers ordre juridique"? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000. pp. 52-74.

170 DUPUY, Pierre-Marie et KERBRAT, Yann. *Droit international public.* 16e éd., 2022, Paris : Dalloz, 2022. n° 418 et s, pp. 448 et s. Voir également, MARCHI, Jean-François. « *Droit constitutionnel et droit international : La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale. Note sous Conseil d'État, 1re et 2e s/sect. - 7 juillet 2000, Fédération nationale des associations tutélaires, req. n° 213461* ». *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, Vol. 54, n° 2, p. 401. L'auteur rappelle que « *les modalités de publication des traités internationaux sont fixés par le décret n° 53-192 du 14 mars 1953 – toujours en vigueur – relatif à la publication des engagements internationaux souscrits par la France (JORF, 1953, p. 2436), modifié par le décret n° 86-707 du 11 avril 1986 (JORF, 1986, p. 5427* ». Pour une lecture plus approfondie, il suggère les références suivantes : Conseil d'État, La norme internationale en droit français, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2000, p. 104-105 ; et un commentaire de G. Burdeau, « *Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'État de droit* », *Ann. fr. dr. int.,* 1986, p. 837-856.

interétatique[171]. Partant, sont exclues de ce champ, la *lex mercatoria*[172], les règles élaborées par divers organismes professionnels, ainsi que celles codifiées par l'Unidroit[173]. En matière de contrat international liant des opérateurs du commerce international, il existe une multitude de sources de règles se développant en marge du giron étatique et la *lex mercatoria* est la règle de nature non étatique par excellence[174]. Elle désigne des principes et usages d'une très grande flexibilité compte tenu de leur essence : les principes et les usages anciennement dénommés us et coutumes. En d'autres termes, cette notion renvoie à des règles propres au commerce international et qui procèdent essentiellement de la pratique développée par les acteurs de cette matière[175]. Ce droit non étatique est produit par ce que l'on a appelé la *societas mercatorum*[176], autrement dit, la société des marchands[177]. Il trouve, selon M. Berthold GOLDMAN, sa force contraignante dans le principe *pacta sunt servanda*[178] dont l'autorité vient de la « *conscience d'une règle commune du commerce international* »[179].

---

171 HEYRAUD, Yann. *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*. Thèse : Paris 1, 9 mars 2017, n°674, p. 349. BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle. *La codification du droit international privé français*. Paris : Defrénois, 2005. n°242, p. 173. BUREAU, Dominique. *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*. Thèse : Paris II, 1 janvier 1992. N° 276 et s., p. 173 et s. GOLDMAN, Berthold. « *Frontières du droit et "lex mercatoria" ». Archives de philosophie du droit*. 1964, p. 177 et s. GOLDMAN, Berthold. « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* ». *J.D.I.* 1979, p. 475 et s.

172 MUIR WATT, Horatia. *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*. Dans : *RCADI*, n° 248 et s., pp. 350 et s.

173 BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international : des Principes de La Haye ? *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2010, Vol. 1, n° 1, p. 83-102.

174 GOLDMAN, Berthold. « *Frontières du droit et "lex mercatoria"* ». *Archives de philosophie du droit*. 1964. (88)

175 OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris : L.G.D.J, p. 9. Voir aussi M. Latina, Contrats : généralités, *dans* Répertoire Civil Dalloz, 2014.

176 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international*. 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n° 93 et s., p. 58.

177 Cette société des marchands produit son propre droit qualifié « *loi des marchands* ». Voir, BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle. *La codification du droit international privé français*. Paris : Defrénois, 2005. n°242, p. 173. KAHN, Philipe. La Lex Mercatoria : point de vue Français après quarante ans de controverses. *McGill Law Journal*. 1992, Vol. 37, p. 413 et s. spéc. p. 416. OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris : L.G.D.J, 1992, p. 457. KESSEDJIAN, Catherine. Codification du droit commercial international et droit international privé De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300). Dans : *RCADI*, 2 juillet 2002, p. 111.

178 BRAMBAN, Bernard. *Le principe pacta sunt servanda en droit du commerce international : Étude critique d'un principe de droit transnational*. Thèse : Nice, 6 décembre 2013. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) Cours général (Volume 312). Dans : *RCADI,* 1 janvier 2005, n° 41, p. 52 et s.

179 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international*. 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n° 93 et s., p. 59.

46. Question systématiquement associée à l'autonomie de la volonté, *la lex mercatoria* trouve ainsi son assise dans la volonté des contractants. De ce fait, elle se caractérise par son autonomie institutionnelle vis-à-vis des droits étatiques[180]. C'est justement cette indépendance à l'égard des ordres juridiques étatiques qui lui a valu et continue de valoir l'essentiel des critiques. La plus acerbe de ces critiques est émise par M. Paul LAGARDE qui conteste vigoureusement l'idée qu'il puisse exister d'ordre juridique autre que celui des États[181]. À ceux[182] qui seraient tentés de soutenir que la lex mercatoria aurait tous les attributs d'un ordre juridique, l'auteur renvoie à la définition de l'ordre juridique. Il soutient que « *leur réflexion ne paraît pas s'être portée principalement sur cette question de définition pourtant essentielle pour leur doctrine* ». L'auteur cite précisément M. Berthold GOLDMAN qui défend la vocation d'ordre juridique de la *lex mercatoria* dans deux articles précités[183]. M. GOLDMAN défend que « *la lex mercatoria peut remplir la fonction… d'une "collection de règles de droit"* »[184]. Pour ce faire, il définit le droit « *comme l'ensemble des normes et directives selon lesquelles une société fonctionne effectivement* »[185]. Cette approche, défendue par M. GOLDMAN[186], pourrait être résumée comme suit, puisqu'il existe un ensemble de règles identifiable pouvant assurer la prévisibilité des solutions, il existe un ordre juridique propre à la *societas mercatorum.* En effet, il est reconnu que la *lex mercatoria* se caractérise fondamentalement par l'existence d'un certain nombre de principes qui « *relèveraient d'un fonds commun propre aux milieux du commerce…* »[187]. À cette

180 HEYRAUD, Yann. *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*. Thèse : Paris 1, 9 mars 2017, n° 181 et s. pp. 106 et s. Un auteur soutient même « *l'existence d'un ordre juridique anational* » constitué par la lex mercatoria : OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Paris : L.G.D.J, 1992, p. 257 et s.

181 LAGARDE, Paul. *« Approche critique de la lex mercatoria » dans Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982.

182 GOLDMAN, Berthold. « *Frontières du droit et "lex mercatoria"* ». Archives de philosophie du droit. 1964. (88).

183 GOLDMAN, Berthold. « *Frontières du droit et "lex mercatoria"* ». *Archives de philosophie du droit*. 1964, p. 177 et s. GOLDMAN, Berthold. « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* ». *J.D.I.* 1979, p. 475 et s.

184 GOLDMAN, Berthold. « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* ». *J.D.I.* 1979, n° 38, p. 497.

185 GOLDMAN, Berthold. « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* ». J.D.I. 1979, p. 475, n°44.

186 PAMBOUKIS, Charalambos. *« La lex mercatoria reconsidérée ». Dans : Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 637 et s. L'auteur présente une approche dite dogmatique considérant la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique ayant vocation à remplir la fonction du droit applicable.

187 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international*. 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°58 et s, p. 53 et s.

caractéristique s'ajoute le fait que la *lex mercatoria* est constituée par des documents pouvant être désignés sous l'appellation de « "*codifications professionnelles" élaborées par les grands organismes corporatifs internationaux* »[188]. En outre, il est notoire que la lex mercatoria « *est constituée par les multiples variétés de contrats types ou de documents destinés à harmoniser les pratiques contractuelles du commerce international* »[189]. Enfin, la lex mercatoria est enrichie par « *la masse sans cesse croissante des sentences arbitrales et les normes qu'il est possible d'en induire* »[190]. Toutes ces caractéristiques mises ensemble, la *lex mercatoria* pourrait être perçue comme pouvant utilement participer à la prévisibilité du droit. Pour autant, il est légitime de se demander, comme le fait M. LAGARDE, si la *lex mercatoria* constitue véritablement un ordre juridique auquel la loi d'autonomie peut renvoyer. Tout aussi pertinente est la question soulevée par M. LAGARDE consistant à savoir si la *societas mercatorum* constitue une institution capable de produire ses propres normes. Ces deux questions étant liées d'après l'auteur, elles renvoient, selon lui, à une conception moderne de la notion d'ordre juridique[191]. Se référant aux travaux de l'illustre auteur italien Santi ROMANO[192] dont il réfute la conception de l'ordre juridique, M. Paul LAGARDE soutient qu'il est impossible de définir l'ordre juridique par les normes qu'il produit dans la mesure où « *le droit n'est pas seulement une collection de norme qui couvrirait finalement tout le champ social, mais qu'il constitue une unité qui est quelque chose d'autre que les normes* »[193]. Ainsi, l'ordre juridique renverrait davantage à un « *élément d'organisation sociale,*

188 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°58, p. 54 et s. Les auteurs citent l'exemple type des « *Règles et usances relatives aux crédits documentaires* » publiées par la CCI. Règles et usages uniformes aux crédits documentaires : RUU 600.-V. Cass. com., 14 oct. 1981 : D. 1982, p. 301, note M. Vasseur.

189 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°58, p. 54. Les auteurs précisent que « *Ces documents sont d'une audience variable. Ils sont souvent établis par des organismes professionnels. Leur contenu varie selon le domaine d'activité (textile, produits pétroliers, acier, agrumes, céréales, etc.)* ».

190 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°58, p. 54.

191 TETANG FRANC DE PAUL. *La subsidiarité inversée en droit européen : contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne.* Thèse : Poitiers. Université de Poitiers, 2012, p. 102 et s. Cette conception conduit à reconnaître la qualité d'ordre juridiques aussi bien aux États qu'à des organisations étatiques comme l'UE. La qualité peut être reconnue à l'OHADA.

192 ROMANO, Santi. *L'ordre juridique, traduction Lucien François et Pierre Gothot, introduction de Phocion Francescakis.* 2e édition, Réimpression. Paris : Dalloz, 1975.

193 LAGARDE, Paul. *« Approche critique de la lex mercatoria » dans Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman.* Paris : LITEC, 1982, n°16, p. 134 citant ROMANO, Santi. *L'ordre juridique, traduction Lucien François et Pierre Gothot, introduction de Phocion Francescakis.* 2e éd., Réimpression. Paris : Dalloz, 1975, §4 p. 9.

d'une unité structurée en vue d'une certaine fin »[194]. Or, contrairement à l'auteur italien qui reconnait volontiers que la communauté des marchands, à l'instar d'une association de brigands ou d'une secte, peut être constitutive d'un ordre juridique, M. Paul LAGARDE considère que *lex mercatoria* se constitue « *seulement des îlots qui apparaissent dans le commerce international* » et non une organisation unique[195]. Certes, il existe un certain nombre de fédérations professionnelles, d'organismes régulateurs, d'institutions d'arbitrage, mais ces derniers « *ne forment pas un ensemble organisé et ne se considèrent certainement pas, de manière générale, comme les organes d'une communauté internationale des marchands* »[196]. La *lex mercatoria* souffre du défaut d'une base institutionnelle puisque la communauté des marchands n'est pas une organisation structurée. Un autre argument dénie à la lex mercatoria sa vocation d'ordre juridique à savoir, son absence de territorialité[197]. En effet, dès lors qu'il est établi qu'un contrat « *est toujours et nécessairement localisé, tous les efforts tendant à prouver l'existence d'un ordre juridique mercatique sont vains : par essence, la lex mercatoria est délocalisée* »[198]. Comment une norme dépourvue d'une telle assise territoriale et institutionnelle pourrait être considérée comme émanant d'un ordre juridique ? La règle de droit, même en matière contractuelle où elle se caractérise par une certaine supplétivité, doit pouvoir faire l'objet d'une application, le cas échéant, contrainte

194 LAGARDE, Paul. *« Approche critique de la lex mercatoria ». Dans : Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982, n°16, p. 134 citant ROMANO, Santi. *L'ordre juridique, traduction Lucien François et Pierre Gothot, introduction de Phocion Francescakis*. 2e édition, Réimpression. Paris : Dalloz, 1975, §7 p. 13.

195 LAGARDE, Paul. *« Approche critique de la lex mercatoria » dans Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982, n°21, p. 139.

196 AUDIT, Mathias, BOLLÉE, Sylvain et CALLÉ, Pierre. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 3e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. n°27, p. 31. Ces auteurs précisent que le « *viviers de normes que l'on prétend attribuer à la lex mercatoria, d'abord, laisse sceptique. Certes, les éléments invoqués ont une certaine réalité : il existe bien des usages du commerce international et des contrats-types, et le rôle que jouent ceux-ci dans la pratique internationale des affaires n'est pas niable. Mais leur existence ne présuppose nullement celle d'ordre juridique qui structurerait le monde du commerce international dans sa globalité* ». Dans le même sens : BUREAU, Dominique. *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*. Thèse : Paris II, 1992, n°515 et s. ; KASSIS, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris : L.G.D.J, 1984.n°811 et s. A contrario, KAHN, Philipe. *« Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » dans Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982, p. 100 et suivant, qui défend l'existence d'un ordre juridique mercatique doté d'une « *cohérence interne* ».

197 PELLET, Alain. *« La lex mercatoria, "Tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » Dans : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000, p. 57.

198 PELLET, Alain. *« La lex mercatoria, "Tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » Dans : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000, p. 57.

par des autorités juridictionnelles[199]. Or, pour les règles comme celle de la *lex mercatoria*, il n'existe pas d'autorité attitrée investie d'une telle mission[200].

47. Cependant, si la *lex mercatoria* s'inscrit hors du champ étatique, la frontière n'est pas tout à fait hermétique. En effet, face au développement de la lex mercatoria, l'ordre étatique ou interétatique a recours à une stratégie consistant à « *absorber progressivement des fractions entières issues de la lex mercatoria ou à en accompagner le développement en les reprenant, plus ou moins canalisées, dans ses propres documents normatifs* »[201]. M. Paul LAGARDE présente le contrat comme l'*« instrument de rencontre des ordres juridiques non étatiques et des ordres juridiques étatiques* ». Ainsi, d'un côté, le contrat permet aux contractants de donner une certaine effectivité à la *lex mercatoria*. Il convient de garder à l'esprit que la *lex mercatoria* ne constituant pas un ordre juridique auquel le contrat se rattacherait, il s'en suit logiquement que la simple référence faite à un ou plusieurs usages en vigueur dans un secteur d'activité professionnelle donné, dans le contrat ne saurait être perçue par le juge comme un choix de loi applicable[202]. Un tel contrat sera ainsi considéré comme dépourvu de choix de loi, car par définition, les parties n'ont ni expressément ni tacitement rattaché leur convention à un État donné. Les dispositions incorporées à leur convention étant en effet, de source non étatique, elles ne renvoient à aucun ordre juridique spécifique. Notons que si cette incorporation de tout ou partie d'un droit non étatique dans un contrat n'emporte pas l'applicabilité de ce droit, elle n'en est pas pour autant illicite sous réserve de conformité substantielle au droit compétent. Ce droit compétent sera alors déterminé par application des critères objectifs de rattachement dès lors que les parties seraient considérées comme n'ayant pas procédé au choix du droit applicable. Mais pour cela, encore faudrait-il que les parties soumettent leur contrat à une juridiction. Tant que le contrat n'est pas soumis à une juridiction, la liberté contractuelle des

199 JOSSELIN-GALL, Muriel. *« La place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales ». Dans : Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 493.

200 GOYARD-FABRE, Simone. *Les fondements de l'ordre juridique*. Paris : PUF, 1992, p. 380.

201 BÉGUIN Jacques et MENJUCQ Michel. *Droit du commerce international*. 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°62, p. 59. Ces auteurs évoquent une seconde stratégie moins utilisée que la première. Cette stratégie est qualifiée de dure, en opposition à la première qualifiée de souple ou douce. La stratégie dure consisterait à « *ne pas laisser faire au-delà d'une certaine limite. Passé cette limite, l'ordre étatique ou interétatique utilise ses prérogatives pour avoir le dernier mot* ».

202 MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, FABRE Régis, PIERRE Jean-Luc, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, 4e éd., LexisNexis, 2012, p. 93.

parties demeurera par définition, hors de portée de la régulation étatique et, le droit non étatique qu'elles auront choisi pourra pleinement être appliqué.

48. D'un autre côté, les ordres juridiques étatiques et interétatiques s'enrichissent de la substance des normes anationales[203]. Cet enrichissement s'est illustré en droit français, lors de l'admission par la Cour de cassation, dans son arrêt du 21 juin 1950[204], de la validité des clauses monétaires[205]. La même Cour a aussi admis, dans un arrêt du 2 mai 1966[206], la possibilité pour l'État de compromettre dès lorsqu'il s'agirait d'un contrat international. La lex mercatoria enrichit également le droit interétatique comme en témoigne la CVIM dont nombre de règles en sont directement inspirées[207]. Ainsi, l'article 7 de la CVIM « *renvoie à la nécessité d'assurer la bonne foi dans le commerce international, qui est un des principes essentiels de la lex mercatoria* »[208]. Cet exemple de la bonne foi, élément clé du droit des contrats d'un ordre juridique comme celui de la France, illustre par ailleurs que la *lex mercatoria* s'enrichit elle-même du droit étatique. Le constat d'appropriation s'opère dans les deux sens[209]. Au regard de ces interactions, il n'est pas illogique que l'ordre juridique étatique en vienne à prêter sa

---

203 LOQUIN, Eric. *« Où en est la lex mercatoria ? ». Dans : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000, p.47.

204 Cass. civ., 25 juin 1950, État français c/ Comité de Bourse d'Admsterdam et Mouren (arrêt dit des Messageries maritimes) : S. 1951, I, 1, note J.-P. Niboyet ; D. 1951, 749, note J. Hamel ; JCP 1950, II, 5812, not J.-P. Lévy ; Rev. Crit. DIP 1950, 609, note H. Batiffol.

205 HAMEL, Joseph. « *Les clauses d'échelle mobile et le Droit monétaire français* ». *Revue économique*. Librairie Armand Colin, 1955, Vol. 6, nº 2, p. 167-186 : la clause monétaire encore appelée clause « *d'échelle mobile* » permet « *de tourner la règle du nominalisme donnant au créancier le droit d'encaisser, par suite de la variation des indices, un nombre de francs supérieur à celui que représentaient, au jour où ils ont été fournis ou rendus, la prestation ou le service qui sont générateurs de sa créance* ». VASSEUR, Michel. Le Droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique. *RTD. Civ.*, 1952, nº 4. VASSEUR, Michel. Les Derniers développements du droit des clauses monétaires en France. *The International and Comparative Law Quarterly*. Cambridge University Press, British Institute of International and Comparative Law, 1955, Vol. 4, nº 3, p. 315-328. La clause monétaire y est définie comme celle tendant à éluder la dépréciation de la monnaie conduisant le débiteur à verser une somme plus importante au créancier.

206 Cass. 1er civ., 2 mai 1966, Trésor public c/ Galakis : D. 1966, 575, note J. Robert ; JDI 1966, 648, note P. Level.

207 LOQUIN, Eric. *« Où en est la lex mercatoria ? » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000, p.47.

208 KAHN, Philippe. *« La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ». RIDC*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1981, Vol. 33, nº 4, p. 951-986. TAOK, Mireille. *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*. Thèse : Poitiers. Université de Poitiers, 2009, n° 265 et s., p. 174 et s. « *l'influence de la loyauté de l'une des parties sur la résolution* ».

209 LOQUIN, Eric. *« Où en est la lex mercatoria ? ». Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000, p.47.

force contraignante à la *lex mercatoria* notamment par le biais de la stratégie qualifiée de douce[210].

49. Prêter à la norme anationale la force coercitive de l'ordre juridique étatique pourrait conduire à lui reconnaitre le statut de règle de droit susceptible d'être désignée par les contractants au titre de la loi d'autonomie. Ainsi, en France, la Cour d'appel de Montpellier a tenté d'inscrire la *lex mercatoria* au nombre des textes éligibles par les contractants au titre de *lex contractus*[211]. Dans cette affaire, les parties s'étaient prononcées en faveur des « *règles et usages de la Fédération du commerce de semences* » comme règles applicables à leur contrat. Les juges montpelliérains ont accepté de donner effet à cette stipulation en faisant exclusivement de cette norme anationale la *lex contractus*. Cette solution prend clairement le contrepied de la Convention de Rome en tentant d'ouvrir la voie à une juridicité de la *lex mercatoria.* Cette tentative entreprise par les juges montpelliérains n'est pas apparue *ex nihilo*. En effet, leur solution semble s'inspirer de l'arrêt *Valenciana*[212]. Dans cette affaire, un arbitre avait décidé que le contrat en cause serait régi par les seuls usages du commerce international à l'exclusion de toute loi étatique, sans même faire application d'une règle de conflit de lois. La Cour de cassation a décidé « *qu'en se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission* ». La Cour juge qu'en appliquant la *lex mercatoria*, l'arbitre a statué « *en droit* ». Certains auteurs considèrent qu'il ne s'agit là que de l'affirmation de la juridicité[213] de la *lex mercatoria*[214]. En réalité, dans cette affaire, la Cour de cassation a précisément retenu que s'étant référé à « *l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales* », l'arbitre avait statué en droit.

---

210 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°62, p. 59. HUET, André. *« Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et compétence des tribunaux en droit judiciaire européen », Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde.* Paris : Dalloz, 2005, p. 383.

211 CA Montpellier, 2e ch., sect. A, 3 décembre 2002, n°01/03586, Société Semoland BV c. SARL Pujol, JDI 04. 888 n. Perruzzetto qui relève que *« les parties ont entendu soumettre leur relation aux règles et usages de la fédération internationale du commerce des semences pour le commerce des semences végétales (FIS)* ».

212 Civ. 22 oct. 1991, *Valenciana*, Rev. crit. DIP 1992, 113, note OPPETIT; RTD. Com. 1992, 171, obs. J.-C. DUBARRY et É. LOQUIN. HEYRAUD, Yann. *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé.* Thèse : Paris 1, 9 mars 2017, n° 16 et s. p. 18et s.

213 CORNU, Gérard. (dir.) *Vocabulaire juridique.* 14e éd. Paris : PUF, 2022, p. 588 : la juridicité y est définie comme « *le caractère de ce qui relève du droit* ».

214 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n° 82 et s., p. 62.

Autrement dit, la Cour ne consent à prêter force coercitive à la norme anationale qu'à condition qu'elle ait été préalablement intégrée par le droit positif national. Ainsi que le constatent certains auteurs, les sentences arbitrales concernées par la jurisprudence *Valenciana* « *avaient toutes été rendues soit sur le fondement d'usages, soit sur le fondement de principes faisant l'objet d'une consécration pratiquement universelle en droit comparé* »[215]. On pourra conclure à la reconnaissance de la juridicité de la *lex mercatoria* lorsqu'il sera permis aux parties contractantes d'invoquer au titre de la *lex contractus*. Or, à ce jour, le droit anational n'est pas éligible à ce titre.

50. Aussi, malgré des appels de certains auteurs allant dans le sens de la décision précitée[216], force a été de constater que le législateur communautaire n'entendait pas emboiter le pas au juge français. Le règlement Rome I perpétue la solution de la convention à laquelle il succède en limitant le champ de la clause d'*electio juris* à la « *loi* ». Le choix de ce vocable n'est certainement pas anodin. La loi désignant *lato sensu* la norme de droite produite par l'État, on comprend aisément que dans l'esprit des rédacteurs du règlement Rome I, en ce qui concerne la loi d'autonomie, « *le champ des possibles* » se limite au droit étatique.

51. Maintenant au sujet de cette restriction, le règlement Rome I énonce tout de même dans son considérant 13 qu'il n'entend pas interdire « *aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* ». Il ne faut pourtant pas s'y méprendre. La position du législateur communautaire s'avère sans ambages. Le fait pour les parties d'incorporer à leur contrat une disposition d'une convention ou d'un droit non étatique n'emporte pas *de facto* la désignation de ce texte comme *lex contractus*. Ces dispositions intégrées ne seront, par conséquent, que des stipulations contractuelles soumises à la loi étatique applicable à défaut de choix[217].

---

215 AUDIT, Mathias, BOLLÉE, Sylvain et CALLÉ, Pierre. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 3e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n° 28, p. 32. Voir également la critique dressée par LAGARDE, Paul. *« Approche critique de la lex mercatoria » dans Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982, n°34, p. 146.

216 BERAUDO, Jean-Pierre (dir.). *« Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? ». Dans : Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 93 et s.

217 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n° 120, p. 104.

B. L'OHADA CONQUISE PAR LA LOI D'AUTONOMIE

52. Au regard du succès qu'a connu l'autonomie de la volonté dans les divers ordres juridiques, il serait étonnant que l'espace OHADA n'en soit pas marqué. On l'a bien vu, le principe de la loi d'autonomie qui a acquis une certaine universalité[218], a connu en France, l'essentiel de son développement avant les années soixante. Effectivement, déjà en 1910, la Cour de cassation française avait consacré ce principe à l'occasion de l'affaire *American Trading*[219]. Or, à cette époque, le droit français était, en principe, le droit applicable dans la plupart des États aujourd'hui membres de l'OHADA anciennement colonies françaises. Mais en réalité, l'application du droit français dans ces territoires alors sous autorité française est à nuancer. En effet, pendant la présence française, ces territoires se caractérisaient notamment par le principe de la spécialité législative. Si en 1795, après la première abolition de l'esclavage du 4 février 1794, la Constitution disposait, dans son article 6 que les colonies *« sont parties intégrantes de la République, et soumises à la même loi constitutionnelle »*[220], le principe de spécialité législative prévalait bien durant toute la période coloniale. Ce principe qui n'avait pas fait l'objet de consécration formelle par la Constitution de 1946 signifiait que « *les lois et les règlements, mis en vigueur sur le territoire métropolitain de la France, n'étaient pas automatiquement et de plein droit mis en vigueur sur le territoire de ces États* »[221]. En conséquence, la colonisation n'avait pas entraîné, en principe, l'abolition des droits traditionnels généralement d'origine coutumière[222]. De ce maintien des normes coutumières en vertu du principe de la spécialité

---

218 KOHLER, Christian. *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme* (Volume 359). Dans : *RCADI*, 3 mars 2013, n° 10 et s., p. 308 et s.

219 Elle avait jugé que « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions est celle que les parties ont adoptées* ». Cass. civ., 5 déc. 1910, American trading, B. Ancel, Y. Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5e éd., 2006, n° 11, pp. 97 et s. En l'espèce, la « *Québec Steamship Company* » s'était engagée à transporter de New York à Pointe-à-Pitre 600 sacs de farine de froment pour le compte de l'« *American Trading Company* ». La « *Québec Steamship Company* » avait prévu, dans le connaissement délivré par elle à New York, une clause l'exonérant de toute responsabilité en cas de faute du capitaine et des marins. À la suite d'avaries subies par la marchandises, l'« *American Trading Company* » soutenait que « *le contrat de transport ayant été passé à New York, c'était la loi américaine qu'il fallait appliquer, conformément à la règle : Locus regit actum, et que l'acte du Congrès des États-Unis du 13 février 1893 prohibe et déclare nulles les clauses exclusives de responsabilité* ».

220 GIROLLET, Anne. *Spécialité législative et discrimination : une application inégale des principes républicains dans les colonies françaises (XIXe-XXe siècles)*. L.G.D.J, 3 septembre 2010, p. 289.

221 FOYER, Jean. *« Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux États africains d'expression française ». Trav. Com. fr. DIP*. Paris : Librairie Dalloz, 1963, Vol. 21, no 1960, p. 139-175. L'auteur précise que le principe avait été évoqué dans des avis du « *Conseil d'État avait reconnu qu'il résultait de à l'article 72* ».

222 ELIAS, Taslim Olawale. *La nature du droit coutumier africain*. Traduit de l'anglais au français par DECOUFLÉ, Lucile et DESSAU, Jan. Paris Dakar : Présence africaine, 1998, p. 22 et s.

législative[223], il résultait « *que divers types de conflits de lois pouvaient apparaître* »[224] surtout après l'accession de ces territoires à l'indépendance[225]. Il convient tout de même de préciser que les normes coutumières concernaient essentiellement le statut personnel[226], c'est-à-dire l'état des personnes[227]. La matière contractuelle, du moins au sens économique de l'acception, ne semblait pas avoir été particulièrement impactée par la diversité induite par le droit coutumier[228]. D'ailleurs, en octobre 1958, une ordonnance prise en Métropole avait prévu que la totalité du « *droit français en vigueur à la date de l'accession à l'autonomie demeurerait en vigueur tant qu'il n'aurait pas été abrogé ou modifié par le nouveau législateur* »[229]. Ce droit transitoire va être reconduit comme l'a fait le Cameroun « *à travers le principe de continuité législative contenu dans les dispositions constitutionnelles transitoire*s »[230]. Les États indépendants ont, soit conservé l'état du droit français qui y était appliqué jusqu'aux indépendances (1960 pour l'essentiel des États), soit adopté de nouveaux textes cependant très inspirés du droit de l'ancienne métropole. Le

223 SACCO, Rodolfo, GUADAGNI, Marco, ALUFFI BECK-PECCOZ, Roberta, et al. *Le droit africain : anthropologie et droit positif*. Paris : Dalloz, 2009, p. 167 et s. L'auteur y développe ce qu'il a intitulé « *un droit pour les colonies* ».

224 MÉRIGNHAC, Alexandre. *Traité de législation et d'économie coloniales*. Recueil Sirey, p. 38 et S. DISLÈRE, Paul. *Traité de législation coloniale*. Paris, France : P. Dupont, 1906, 3 vol, p 235 et s.

225 DARBON, Dominique et DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean. *La création du droit en Afrique*. Paris : Karthala, 1997, p. 11 et s.

226 AZIZ DIOUF, Abdoul. *« Libres propos sur le statut personnel dans le droit international privé des États d'Afrique noire ». Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2019, Vol. 3, n° 3, p. 723-747. L'auteur explique que le maintien du droit coutumier s'est surtout illustré en matière de statut personnel et est à la l'origine de l'hétérogénéité de des systèmes juridiques « *prenant appui sur leur passé colonial* ».

227 BOYE, Abd-El-Kader. *Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste* (Volume 238). Dans : *RCADI*, 2 janvier 1993, spéc. p. 354.

228 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013, p. 191 : faisant référence aux travaux Max GLUCKMAN, l'auteur indique que le « *le droit traditionnel des contrats n'était pas autant développé que le droit de la famille ou des successions...* ».

229 FOYER, Jean. *« Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux États africains d'expression française ». Trav. Com. fr. DIP*. Paris : Librairie Dalloz, 1963, Vol. 21, n° 1960, p. 139-175. Voir également ELIAS, Taslim Olawale. *La nature du droit coutumier africain*. Traduit de l'anglais au français par DECOUFLÉ, Lucile et DESSAU, Jan. Paris Dakar : Présence africaine, 1998, p. 22 et s.

230 GAORANG WANGKARI, Wairou. « *Le commerce électronique : aspects de droit international privé camerounais* ». *OHADA.com*., n° OHADA ta D-23-03. L'auteur fait référence à l'article 68 de la constitution camerounaise qui dispose que « *La législation résultant des lois et règlements applicables dans l'État fédéral du Cameroun et dans les États fédérés à la date de prise d'effet de la présence Constitution reste en vigueur dans ses dispositions qui ne sont pas contraires aux stipulations de celle-ci, tant qu'elle n'aura pas été modifiée par voie législative ou réglementaire* ».

Togo[231] et le Cameroun[232] d'une part, et le Sénégal[233] et la Côte-d'Ivoire[234] d'autre part, illustrent ces deux évolutions. Les premiers n'ont entrepris d'adopter qu'un instrument en droit des personnes et de la famille quand les seconds ont fait l'effort de se doter également de nouveaux textes en matière de relations patrimoniales, plus particulièrement en matière contractuelle[235].

53. L'apparition d'autant d'États indépendants et partant, d'ordres juridiques étatiques nouveaux, aurait pu impliquer une recrudescence conséquente de risques de conflits de lois notamment en matière contractuelle. La multitude d'ordres juridiques étatiques accroît conséquemment la probabilité des conflits de lois,[236] car ces ordres juridiques seront bien amenés à entretenir des rapports qui pourront les mettre en concurrence[237]. Ce risque de concurrence en ordres juridiques et celui de conflits de lois seraient encore plus accrus si les nouveaux ordres juridiques se distinguaient par une grande différence de traditions juridiques[238]. Ce qui n'était pas dans un premier temps, le cas de la grande majorité des États membres de l'OHADA qui ont hérité des acquis du droit français en matière contractuelle au moins jusqu'au début des années 1960. Ainsi, le phénomène qui a été qualifié d'« *exportation du Code civil* »[239] français par M. Michel GRIMALDI s'est mué en appropriation de ce droit par les nations désormais indépendantes. En effet, même lorsque les rares

---

231 *Togo - Loi n° 2012-014 du 6 juillet 2012 portant Code des personnes et de la famille.* Disponible à l'adresse : https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=fr&p_isn=94360&p_country=TGO&p_count=214.

232 NGONO NKOA, Véronique Carole. *« La méthode conflictuelle dans le projet de code civil camerounais : contribution à la systématisation de l'évolution des méthodes en droit international privé ». Cahiers de droit (Québec)*, Faculté de droit de l'Université Laval, 2016, Vol. 57, nº 4, p. 551-582.

233 *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal / [ministère de la Justice du Sénégal]*. Sénégal : République du Sénégal. NDIAYE, Isaac Yankhoba, CORRÉA, J. Jean-Louis et DIOUF, Abdoul Aziz (dir.). *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*. Dakar : L'Harmattan Sénégal, 2018.

234 IDOT, Laurence. *« Éléments d'un droit international privé africain : l'exemple de la Côte-d'Ivoire ». Revue juridique africaine*. 1990, Vol. 1.

235 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013, p. 23-24. L'auteur rappelle que les réformes entreprise par les États concernés allaient rarement au-delà des considérations personnelles et familiales.

236 MASABA YAMBA, Delphin. *« La complexité d'intégration des états africains en droit international privé ». Mouvements et Enjeux Sociaux*. Chaire de Dynamique Sociale – Presses de l'Université de Kinshasa, 2022, Vol. M.E.S., Numéro 123, nº juillet – Septembre 2022, p. 45-65.

237 MUIR WATT, Horatia. *« Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », dans Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005.

238 FRANCESCAKIS, Phocion. *Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante* (Volume 112). Dans : *RCADI*, 3 février 1964, p .11 et s.

239 GRIMALDI, Michel. *« L'exportation du Code Civil ». Pouvoirs*. 2003, nº 4, p. 80-96.

réformes ont été entreprises après les indépendances et qu'elles touchaient à la matière contractuelle dans l'ordre interne, « *la réforme n'était qu'une simple copie avec quelques aménagements du texte français de l'époque* »[240].

54. En matière de droit international privé des contrats et surtout de loi d'autonomie, le droit des États francophones membres de l'OHADA s'est bien enrichi des développements du droit français[241]. Même après s'être dotés de leurs propres codes civils, ces États ne se sont pas dotés de dispositions relatives aux conflits de lois[242]. Ces nouveaux ordres juridiques ayant repris à leur compte le droit international privé français des contrats, la loi d'autonomie ne leur est pas étrangère en dépit de l'absence d'un texte postérieur aux indépendances et propre à ces États[243]. En effet, comme le relève un rapport commandité par le secrétariat permanent de l'OHADA et établi par le cabinet SHEARMAN & STERLING, en matière de conflits de lois, « *l'inventaire du droit positif des États membres de l'espace OHADA révèle d'abord dans ce domaine la quasi-absence de règles nationales de référence relatives à la théorie des conflits de lois* »[244]. Le rapport souligne le cas isolé de l'avant-projet du Code civil camerounais de 2010 qui prévoit des dispositions complètes relatives aux lois de police, à la règle de conflit et à la loi étrangère. L'article 1430 de ce projet camerounais énonce que « *le contrat est régi, quant à sa*

240 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013, p. 24. Pour illustrer son propos, l'auteur cite les cas de la Côte d'Ivoire « *avec la Loi n°83/789 du 02 août 1983. Du Gabon avec la Loi n°13/69 du 31 décembre 1969 ; la Loi n°10/73 du 20 décembre 1973 et la Loi n°12/79 du 28 mars 1979 ; la Loi n°1/84 du 31 mars 1984 ; la Loi n°0/86 du 01 août 1986. Le Niger a introduit le 19 juin 1980 l'ordonnance n°80/15 alors le Congo avait procédé de la même façon avec l'ordonnance n°62/62 du 16 octobre 1962* ».

241 NGONO NKOA, Véronique Carole. *« La méthode conflictuelle dans le projet de code civil camerounais : contribution à la systématisation de l'évolution des méthodes en droit international privé ». Cahiers de droit (Québec)*. Faculté de droit de l'Université Laval, 2016, Vol. 57, nº 4, p. 551-582. L'auteure rappelle utilement que les méthodes de droit international privé du droit français, introduites à l'époque coloniale ont pénétré le droit partout en Afrique noir francophone et ont perduré même après l'adoption d'instruments juridiques propres aux États désormais indépendants.

242 IDOT, Laurence. *« Éléments d'un droit international privé africain : l'exemple de la Côte-d'Ivoire ». Revue juridique africaine*. 1990, Vol. 1. FRANCESCAKIS, Phocion. Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante (Volume 112). Dans : *RCADI*, 3 février 1964, p. 278 et s.

243 MIKPONHOUE, Hervis Igor Cariol. *L'ordre juridique communautaire "OHADA" et les enjeux d'intégration du droit des affaires*. Thèse : Perpignan, 1 avril 2016, p. 10. L'auteur présente ainsi le droit privé interne et international de ces État comme dérivant de celui de la France.

244 *L5 - Rapport de synthèse général et choix de l'approche, paragraphes n°11 à 17*. Disponible à l'adresse : https://OHADA-my.sharepoint.com/personal/outman_sp_OHADA_org1/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Foutman%5Fsp%5FOHADA%5Forg1%2FDocuments%2Flivrables%20shearman&ga=1. Le rapport ne manque pas de relever qu'en matière de statut personnel, certains États membres de l'*OHADA* ont eu le mérite de se doter de règles spéciales de rattachement. La voie a été ouverte par le Coe des personnes et de la famille du Sénégal, institué par la loi n°72-61 du 12 juin 1972, puis le Burkina Faso, le Congo, le Gabon et le Togo ont suivi l'exemple.

substance, par la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi choisie par les parties ». Cependant, ce projet, dont l'aboutissement aurait constitué une certaine innovation dans l'espace OHADA, n'a jamais fait l'objet d'adoption.

La présente réflexion portant notamment sur le droit OHADA, la question essentielle qui se pose ici, est bien celle de la place que ce droit accorde au droit international privé des contrats en général et plus particulièrement, à la loi d'autonomie. Ne disposant pas encore d'un instrument en cette matière, l'OHADA a fait, tout de même, montre d'un intérêt pour le droit des conflits de lois. Le droit OHADA, qui reflète une volonté de dépassement des méthodes conflictuelles en faveur du droit matériel, ne se distingue pas par une particulière prolixité à l'égard du procédé de la loi d'autonomie et plus généralement en matière de règles de conflits. Il est vrai que ces questions sont ponctuellement abordées dans certains actes uniformes. Dans le domaine de l'arbitrage, l'article 15 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage pose pour principe que les arbitres tranchent « *le litige conformément aux règles de droit désignées par les parties*… ». En matière de conflits de juridictions, l'article 27-1 de l'Acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route (AUTCMR) donne compétence de principe au juge désigné par les parties. Ce sont là les rares textes dans lesquelles le législateur OHADA recourt aux procédés de l'autonomie de la volonté. Ce recours aussi limité au droit international privé[245] pourrait se justifier par le caractère dit « *autonome* » du droit OHADA. En plus d'être autonome, ce droit se substitue pleinement au droit interne dans les matières faisant l'objet d'actes uniformes. À ce propos, un auteur écrit que « *l'unification des législations élimine les conflits de lois dans les relations commerciales internationales ; dans la mesure où la loi est identique d'un État à un autre de la zone intégrée, il est sans intérêt de rechercher la loi nationale applicable* »[246]. En matière contractuelle, la justesse de cette analyse n'est totale que si l'on raisonne sur un contrat transfrontière entièrement localisé au sein de l'espace OHADA. De plus, l'OHADA ne disposant pas encore d'un instrument consacré spécifiquement à la matière contractuelle dans son ensemble, ce raisonnement ne tiendrait qu'en raison de la relative uniformité du droit des contrats des États membres d'inspiration française. Mais qu'en est-il des États membres dont le droit des contrats n'est pas d'inspiration française[247] ? Ainsi, dans toutes les

245 Notamment afin d'organiser les éventuelles relations entre son droit et d'autres droits.

246 LOHOUES-OBLE, Jacqueline. *« L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique ». RIDC.* 1999, Vol. 51, nº 3, p. 543-591.

247 La Guinée Bissau est une ancienne colonie portugaise et la Guinée équatoriale, une ancienne colonie espagnole.

matières pouvant avoir une importance dans la conduite des relations économiques des opérateurs économiques de l'OHADA, à l'instar de la matière contractuelle, à défaut d'un Acte uniforme portant droit matériel, l'utilité d'un *corpus* de règles de conflits de lois, communes à tous les États membres, semble indéniable. L'exemple de l'UE en atteste. Fort heureusement, l'OHADA a décidé d'emboiter le pas à l'UE en initiant une démarche en vue de l'adoption d'un Acte uniforme destiné à la résolution des conflits de lois au sein de l'OHADA. Il serait bien temps qu'un tel texte voie le jour dans cette matière puisque les Actes uniformes de l'OHADA opèrent bien souvent un renvoi au droit interne des États membres pour régir certaines questions. Ces recours implicites ou explicites au droit interne témoignent de « *la persistance des conflits de lois* »[248] malgré l'existence de règles matérielles uniformes[249]. Le renvoi au droit interne implique, par ailleurs, « *le recours implicite aux règles nationales de conflits de lois* »[250] dont l'état a été ci-dessus décrit. Constatant la persistance de la problématique des conflits de lois dans un espace d'intégration juridique tel que celui de l'OHADA, et considérant le développement du droit uniforme de cette dernière, M. Bernard ADOUKO développe l'idée de l'émergence d'un droit international privé sécrété par ce droit uniforme[251]. Ce droit international privé qui dériverait du droit matériel OHADA ne se matérialise pas en un *corpus* précis de règles. L'auteur admet que tirer l'existence de droit international OHADA de « *nombreux textes par lesquels, le droit uniforme renvoie aux lois nationales ou les nombreux textes dans lesquels il emploie des notions de droit privé sans les définir* »[252]. En dépit de cette absence de corps précis de règles OHADA en matière de conflits de lois, l'analyse de M. ADOUKO a le mérite de présenter toute la pertinence de la prise en compte de cette problématique qui ne laisse pas insensible le Secrétariat permanent de l'OHADA.

---

248 ADOUKO, Bernard. *« Le droit uniforme africain et le droit international privé ».* : Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2013, p. 21 et s. L'auteur expose la pensée d'un certain courant doctrinal pour qui la persistance des conflits de lois pourrait se justifier par son l'absence autonome totale du droit uniforme à l'égard du droit interne.

249 MALINTOPPI, Antonio. Les rapports entre droit uniforme et droit international privé (Volume 116). Dans : *RCADI*, 1 mars 1965. SAYEGH, Joseph Issa et LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc ». OHADA ta D-02-12 www.OHADA .com, Revue de jurisprudence commerciale*. Juin 1999, p. 237.

250 NGOUMTSA ANOU, Gérard. *Droit OHADA et conflits de lois*. Paris : L.G.D.J., 2013. p. 26.

251 ADOUKO, Bernard. *« Le droit uniforme africain et le droit international privé ».* : Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2013, n° 340 et s., p. 180 et s.

252 ADOUKO, Bernard. *« Le droit uniforme africain et le droit international privé ».* : Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2013, n°426, p. 222.

55. Au regard de la persistance des conflits de lois, c'est en toute logique que le Secrétariat permanent a lancé un projet en vue de l'« *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA* » portant notamment sur les conflits de lois. Le cabinet *SHEARMAN & STERLING* qui s'est vu confier l'élaboration de ce projet déclare avoir pour ambition « *de concevoir un système complet et développé de règles applicables aux contrats internationaux : construit autour de l'autonomie de la volonté, sous la réserve de l'application prioritaire de certaines règles particulièrement impératives pour les contrats en général* »[253]. Les rédacteurs du projet nous livrent un indice sur la place centrale qu'occupera l'autonomie de la volonté en faisant référence aux dispositions de la loi type OHADA C[254] de droit international privé de 2014. Ce texte, de nature non contraignante, prévoit en son article 45 que « *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ». À travers les rédacteurs du projet d'Acte uniforme portant notamment sur les règles de conflits de lois, l'OHADA entend s'inspirer à son tour de l'OHADA C. Toutefois, les rédacteurs du projet de l'OHADA vont un peu plus loin que ceux de la Loi type OHADA C entendent, dans les relations internationales, « *ouvrir une faculté encadrée de soumettre les contrats non seulement à la loi d'un État, mais aussi, si les parties l'indiquent expressément, à un système de règles non étatiques usuel dans le commerce international (Principe Unidroit notamment)* ». En l'espèce, une référence est faite à la loi « *d'un État* » et non spécifiquement à celle d'un État membre. Tout porte à croire que les rédacteurs du texte portant droit OHADA de conflits de lois envisagent de conférer un caractère universel à la loi d'autonomie ainsi qu'à toutes les dispositions du texte visant à résoudre les conflits de lois. Sur ce point, les rédacteurs du projet de l'OHADA s'inspireraient de l'article 2 du Règlement Rome I. Cette disposition intitulée « caractère

253 L6 - Document explicatif général de l'Acte uniforme, paragraphe n° 33. Disponible à l'adresse : https://OHADA-my.sharepoint.com/personal/outman_sp_OHADA_org1/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Foutman%5Fsp%5FOHADA%5Forg1%2FDocuments%2Flivrables%20shearman&ga=1.

254 Dans un document intitulé « *Annexe 7 (L3)* » (consultable via le lien indiqué à la note 189), le cabinet SHEARMAN & STERLING présente ainsi l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe (*« OHADA C »*) : s'inspirant du succès de l'OHADA et poursuivant « *un programme d'harmonisation régional du droit des affaires dans l'espace caribéen. Elle se distingue toutefois de l'OHADA car il ne s'agit pas d'une organisation d'intégration régionale issue d'un traité international. Le projet OHADA C est ainsi porté depuis 2007 par une association de droit français, A.C.P. Legal. Le projet de l'OHADA C a pour objet de mettre en place un droit commun des affaires dans la zone Caraïbe, regroupant les territoires du bassin de la Caraïbe dont notamment les États du continent latino-américain qui lui sont frontaliers. L'entreprise d'harmonisation du droit des affaires couvre ainsi un espace incluant 43 territoires et 29 États très hétérogènes en termes de tradition juridique. L'OHADA C a élaboré plusieurs textes visant à l'harmonisation du droit des affaires de la zone Caraïbe, dont l'Avant-projet de Loi type OHADA C de droit international privé (la « Loi type OHADA C »). Il s'agit d'un modelé de législation de droit international privé, instrument juridique non contraignant, à destination des États de l'espace OHADA C. Il participe à l'objectif affiché de l'OHADA C de construire à terme un véritable espace caribéen de justice dans lequel les justiciables pourront librement et pleinement exercer leurs droits. La Loi type OHADA C a été publiée en ligne en avril 2014* ».

universel », énonce que la loi désignée en vertu du règlement « *s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* ». Le projet de texte de l'OHADA semble orienté vers une perspective qui surpasserait celle du règlement Rome I. En effet, si l'on a pu voir que le règlement ne reconnait pas la juridicité du droit anational, les rédacteurs du projet de texte OHADA traitant des conflits de lois semblent disposés à franchir ce Rubicon. Cela traduit à quel point l'OHADA semble conquise par la loi d'autonomie dont il est reconnu la vertu d'assurer aux contractants une prévisibilité juridique précontractuelle. À défaut de choix de la loi opéré par les parties, la prévisibilité juridique est assurée par les règles objectives de rattachement. Ces règles relèvent cependant d'un système de normes dont la complexité peut entraver la prévisibilité du droit.

SECTION II.

LA PRÉVISIBILITÉ DU DROIT À L'ÉPREUVE DE LA COMPLEXITÉ DES RÈGLES OBJECTIVES DE RATTACHEMENT

56. Il est intéressant de noter que dans l'un de ses rapports susmentionnés, le cabinet SHEARMAN & STERLING prend soin d'indiquer que la mission qui lui a été confiée sera guidée par le « *principe supérieur de sécurité et de prévisibilité attendu par les justiciables, et de praticabilité des règles uniformes attendue par les praticiens destinés à les mettre en œuvre* »[255]. S'il est souhaitable que tous les rédacteurs d'un texte de droit soient guidés par de tels principes directeurs, cela s'avère encore plus impérieux pour les règles de conflits de lois. De la prévisibilité des solutions auxquelles elles peuvent donner lieu et de la sécurité juridique[256] qui peut en découler dépend leur praticabilité. Or, la méthode matérielle fait appel à un système de normes qui peut s'avérer complexe à pratiquer en comparaison aux règles de droit interne. Lorsque les règles objectives de rattachement sont appliquées, il peut être difficile pour les personnes non suffisamment averties de prédire de manière certaine comment leurs actions seront traitées sur le plan juridique. Cette complexité peut rendre le droit moins prévisible

255 L6 - Document explicatif général de l'Acte uniforme, paragraphe n° 58.

256 PIETTE, Gaël. *La correction du contrat*. Thèse : Aix-en-Provence. PUAM, 2004. Abordant justement la question des transactions, l'auteur écrit que *« la sécurité juridique apparaît comme la confiance légitime que les contractants et les tiers intéressés témoignent, en raison de sa prévisibilité, à l'encontre de l'environnement juridique et factuel de la convention »*.

ou moins facile à anticiper. En matière contractuelle, ce système se caractérise par une pluralité de règles de conflits. L'exigence de prévisibilité du droit se trouve alors confrontée à cette pluralité de règles de conflits de lois (**§ 1).** Or, le recours à chacune de ces règles est subordonné à l'identification du type de contrat en cause. L'enjeu est alors de qualifier le contrat pour appliquer les règles de rattachement spécifiques à l'une des différentes catégories prévues. Mais, suivant quelle loi doit-on procéder à cette qualification ? Si l'opération de qualification est bien usuelle en droit de manière générale, elle prend une autre importance lorsqu'on est en présence d'une situation comportant un élément d'extranéité. Les conflits de lois auxquels donnent lieu les contrats transfrontières peuvent mettre en évidence des conflits de qualifications en raison de la diversité des législations nationales en matière contractuelle et en matière de conflits de lois. Il importe d'apporter une réponse à ces conflits de qualifications qui peuvent constituer des entraves à la prévisibilité du droit applicable (**§ 2**).

§ 1. LA PRÉVISIBILITÉ DU DROIT À L'ÉPREUVE DE LA PLURALITÉ DE RÈGLES DE CONFLITS

57. Certes, le parti pris en ce qui concerne la méthode conflictuelle consistera à en expliquer les limites quant à la prévisibilité du droit applicable. Cette critique à l'encontre de la méthode conflictuelle, c'est aussi la citrique de l'UE qui a fait le choix de règles de conflits de lois communes à ses États membres. Cependant, il importe de reconnaitre à l'UE un mérite indéniable. Elle a su se doter d'un droit des conflits de lois en matière contractuelle. À défaut d'agir directement contre la diversité législative en matière contractuelle, une réponse a été apportée à la diversité des régimes nationaux de conflits de lois. En effet, loin d'être universel, le droit international privé est caractérisé par des *« particularismes nationaux apparemment irréductibles »*[257]. Symptomatique de la complexité inhérente au contrat international, la première question qui se pose n'est pas celle de la loi applicable, mais de la règle de conflit de lois qui déterminera cette loi[258]. Autrement dit, il convient d'abord d'identifier parmi les

257 AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, 3 mars 1984, p. 229 s.

258 BUREAU PERMANENT, CONFÉRENCE DE LA HAYE. *« Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, aperçu et analyse des instruments existants, note établie pour le bureau permanent, document*

… / …

multiples ordres juridiques concernés par le contrat, celui dont les règles de conflit de lois sont applicables pour déterminer la *lex contractus* au regard des éléments objectifs de rattachement[259]. À cette étape, les contractants sont déjà exposés à l'incertitude quant aux règles de conflit de lois à l'aune desquelles la *lex contractus* sera identifiée. Dans des communautés d'États comme l'OHADA et l'UE qui se caractérisent par une intégration juridique, il serait regrettable que la diversité des droits internationaux privés nationaux contraigne les contractants à rechercher systématiquement les règles de conflits de lois permettant de déterminer le droit applicable au fond. Aussi, ne peut-on que saluer l'initiative de l'UE de mettre à la disposition des États, des règles unifiées de conflits de lois notamment en matière contractuelle. À défaut d'assurer aux contractants, une totale prévisibilité de la *lex contratus et des solutions qui peuvent en découler*, cette initiative de l'UE a au moins, l'avantage de mettre à leur disposition des règles de conflits de lois bien identifiées et identiques d'un État membre à un autre.

Au regard du droit de l'UE, en matière contractuelle, la méthode conflictuelle repose sur une liste de critères de rattachement dont il conviendra de s'intéresser au caractère non exhaustif. De fait, les rattachements spécifiques à certains contrats nommés présentent des limites quant à la résolution des conflits de lois dans ces matières (**A**). Le caractère limité de ces règles justifie l'adoption de critères de rattachements communs à toutes les opérations contractuelles (**B**).

A. LES LIMITES DES CRITÈRES DE RATTACHEMENT SPÉCIFIQUES À CERTAINS CONTRATS NOMMÉS

58. Dans son cours de droit international privé à l'académie de droit international privé, M. Bernard AUDIT faisait remarquer que « *le conflit de lois est l'une des disciplines du droit qui se prêtent le plus à la spéculation intellectuelle* »[260]. L'auteur rappelle une réalité qui s'observe avec une particulière acuité en matière de conflits de lois, à savoir que les évolutions notamment de la

préliminaire n° 22 B de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007, sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye » : Disponible à l'adresse : https://assets.hcch.net/docs/9e105365-a012-453e-b82d-3ef70683bc33.pdf..

259 MAYER Pierre, HEUZÉ Vincent et REMY Benjamin. *Droit international privé.* 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. p. 119.

260 AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, 3 mars 1984., p. 229 s.

vie économique suscite régulièrement l'émergence de « *problèmes jusque-là ignorés* ». S'il est concevable que l'œuvre législative entreprise à un moment donné ne puisse pas envisager toutes les situations pouvant relever de son champ, il n'est pas moins légitime d'espérer que le texte vise nommément une partie substantielle des réalités alors connues. Pour un texte consacré aux conflits de lois en matières contractuelles, cette exigence consisterait à prévoir des critères de rattachement adaptés au moins à toutes opérations contractuelles les plus usuelles.

59. Le règlement Rome I à l'instar de la convention qui l'a précédé illustre fort bien cette idée. Ces deux textes prévoient une pluralité de règles de conflits de lois spécifiques à un certain nombre de contrats. L'article 4 du règlement Rome I énumère en ses points *a* à *h*, huit contrats spéciaux pour lesquels huit règles de rattachement sont prévues. Sont ainsi nommés les contrats de vente de biens, de prestation de service, ceux ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble, bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, les contrats de franchise, de distribution, de vente aux enchères et enfin, ceux conclus au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts, acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers. Pour la plupart de ces contrats, le critère de rattachement renvoie essentiellement à la notion de résidence habituelle. En effet, la loi applicable aux contrats de vente de biens, de prestations de services, de franchise et de distribution[261] est la loi du pays où se situe la résidence habituelle du vendeur, le prestataire, le franchisé et le distributeur. Dans chacun de ces cas, la résidence habituelle retenue est celle de la partie contractante débitrice de la prestation dite « *caractéristique du contrat* »[262]. Concernant l'appréciation de la prestation caractéristique du contrat en matière de

261 ANCEL, Marie-Elodie. « *Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I* ». Rev. crit. DIP., 2008, Vol. 97, no 3, p. 561-579.

262 ANCEL, Marie-Élodie. *La prestation caractéristique du contrat*. Paris : Economica, 2002, n°196 et s. p. 145 et s. L'auteure y expose notamment que les droits européens des conflits illustrent l'importance croissante des considérations tenant à l'exécution des contrats au détriment celles relatives à sa formation. Le lieu d'exécution du contrat prend donc le pas sur celui de sa conclusion.

franchise[263] et de distribution, où cette notion « *a donné lieu à de sérieuses hésitations* »[264], le règlement Rome I a tranché. En retenant le lieu de résidence habituelle du franchisé et du distributeur, il en fait les débiteurs de la prestation caractéristique.

60. Par ailleurs, lorsqu'est en cause un droit réel immobilier, le lieu de situation de l'immeuble constitue le critère de rattachement objectif retenu. Pour les ventes aux enchères, la loi applicable est déterminée à partir du lieu de réalisation de ladite vente. Dans un tout autre registre, aux termes de l'article 4-1-f, « *le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi* ».

61. Outre ces contrats nommément visés, le règlement prévoit des règles de rattachements propres aux contrats de transports, de consommation et d'assurance. Excepté le cas particulier des contrats de transports de marchandises, les contrats de transports de passagers, de consommation et d'assurance sont gouvernés, dans le règlement, par la volonté de protéger une partie. Concernant le contrat de transport de marchandises, le critère objectif de rattachement retenu est celui du pays de la résidence habituelle du transporteur sous la réserve que ce pays soit également celui du chargement, ou celui de livraison ou celui de la résidence habituelle de l'expéditeur ou encore, à défaut, celui du lieu de livraison convenu (article 5.1). Ce type de contrat liant généralement des professionnels, il a été logiquement exclu de la logique protectrice qui gouverne les trois autres contrats précités. Cette protection qui se retrouve en droit matériel et international se manifeste également en droits des conflits

263 BIANCO ALESSANDRO. *Le contrat de franchise : contribution à une analyse relationnelle*. Thèse : Poitiers. L'auteur résume ainsi sa thèse : « *Le contrat de franchise organise la transmission d'un savoir-faire et prépare la réitération d'un succès commercial. Compte tenu de la nature complexe de la prestation caractéristique, les parties au contrat deviennent au fil du temps des véritables partenaires, si bien que le contrat de franchise acquiert une dimension relationnelle. Malgré cette spécificité, le droit français appréhende encore le contrat de franchise en utilisant le modèle cognitif classique offert par la théorie générale du contrat. Une telle démarche risque d'ignorer la réalité des problèmes que les partenaires peuvent rencontrer, ce qui peut conduire à l'application de solutions inadaptées. La proposition d'une analyse relationnelle vise à réduire un tel risque. En se fondant principalement sur les travaux de la doctrine nord-américaine, l'analyse relationnelle séduit de plus en plus les juristes français notamment parce que les raisonnements proposés sont souvent compatibles avec le droit positif. En envisageant le contrat de franchise grâce à la grille de lecture fournie par l'analyse relationnelle, il devient possible d'appréhender l'intégralité du contexte dans lequel ce contrat s'insère et de proposer des règles de droit en harmonie avec les besoins et préoccupations des partenaires contractuels* ».

264 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 1054, p. 925. L'auteur cite la Cour de cassation qui, sans s'en justifier, avait jugé que la prestation caractéristique était celle du fournisseur : Cass. 1re civ., 15 mai 2001 JCP 01.II.10634 n. Raynard, JDI 01.1121 n. A. Huet.

de lois[265]. La plupart des droits internes, notamment sous l'impulsion du droit dérivé de l'UE, contiennent des dispositions protégeant les consommateurs, passagers et preneurs d'assurance. Le droit conflictuel ne disposant pas pour le fond de l'affaire, la volonté de protéger ces contractants commande que soit retenue comme loi applicable, celle de leur lieu de résidence habituelle. Cependant, à ce critère objectif sont associés d'autres qui viennent en appui. C'est ainsi que pour le contrat de consommation, la loi applicable est celle du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel y exerce son activité professionnelle ou à défaut, qu'il dirige vers ce pays en l'occurrence, par tout moyen, son activité. À tout cela s'ajoute la condition que le contrat rentre dans le cadre de l'activité du professionnel. Cette règle illustre bien la complexité de la réponse apportée par la méthode conflictuelle à la diversité législative. Cette complexité s'observe avec d'autant plus d'acuité en confrontant les contrats de consommation, le droit international privé et Internet. Dans le cadre d'un contrat de consommation conclu en ligne et comportant des éléments d'extranéité, la loi applicable serait celle du lieu de résidence habituelle du consommateur sous réserve que les conditions complémentaires soient satisfaites. Mais alors qu'en serait-il si par exemple au cours d'un séjour dans un pays membre de l'européenne, le consommateur souscrit à un contrat en ligne auprès d'un professionnel qui dirige son activité vers ce pays, mais non vers le pays de résidence habituelle du consommateur ? L'un des avantages du cyberespace est de favoriser les échanges de biens et services dans un contexte de mobilité accrue[266]. Des conditions de rattachement aussi complexes que celles retenues par le Règlement Rome I pour le contrat de consommation peuvent « *se traduire par des difficultés d'applications accrues* »[267]. Dans un tel contexte marqué par la dématérialisation des supports contractuels et la mobilité des acteurs, M. Frédéric LECLERC recommande que les règles de conflits de lois reflètent la recherche de justice notamment par la prise en considération des intérêts de la partie faible dans le contrat transfrontalier[268]. Il est concevable que cette recherche de la justice puisse avoir pour conséquence d'accroire les difficultés d'application

265 LECLERC, Frédéric. *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg), 1 janvier 1990.

266 BOUCHARD, Charlaine et LACOURSIÈRE, Marc. *« Les enjeux du contrat de consommation en ligne ». Revue générale de droit*, Novembre 2014, Vol. 33, n° 3, p. 373-438.

267 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 1061, p. 933.

268 LECLERC, Frédéric. *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg), 1 janvier 1990, n°54 et s. p. 64 et s.

de la règle de conflit de lois retenue par le règlement Rome I en matière de contrat de consommation. Comment concilier le rattachement retenu avec les réalités contemporaines de dématérialisations et mobilités d'ailleurs promues dans les espaces d'intégration juridique ? Considérant ces difficultés, M. Yves EL FACE propose de privilégier « *le lieu où le bénéficiaire profite effectivement de la prestation* »[269]. Pour une personne physique, l'auteur propose de regarder « *le lieu à partir duquel il accède concrètement à la prestation en ligne : le lieu de ses bureaux ou de ses équipements informatiques* »[270]. Certes, l'auteur envisage cette possibilité pour les personnes physiques agissant autrement qu'en qualité de consommateur. Ce critère de lieu de réalisation effective du cybercontrat[271] pourrait bien servir, au moins à titre subsidiaire, à pallier la non-satisfaction du critère de résidence habituelle assorti de ses conditions complémentaires. Cela serait au demeurant, en phase avec la volonté de proposer un critère des plus objectifs et surtout participant à la protection du consommateur. Ce dernier pourrait avoir intérêt à invoquer ce critère subsidiaire dans les cas en raison de sa mobilité notamment dans l'espace commun européen, la satisfaction des critères actuellement retenus par le règlement Rome I serait remise en cause.

62. La volonté de proposer un rattachement objectif renforcé s'observe également en matière de contrat de transport de personne pour lequel, le règlement prévoit la compétence de la loi du pays de la résidence habituelle du passager sous la réserve que le lieu de départ ou celui d'arrivée se situe dans ce pays (article 5.1 du règlement). À défaut de la satisfaction de ce critère renforcé, la loi de résidence habituelle du transporteur s'applique (article 5.2). Il est curieux que le règlement prévoie un critère renforcé pour le passager et un critère relativement simple pour le professionnel. Dès lors que le point de départ ou d'arrivée du transport ne coïncide pas avec le pays de résidence habituelle du passager, ce dernier perd le potentiel bénéfice de la protection que lui assure la loi de son lieu de résidence habituelle. Dans un espace qui se veut propice à la libre circulation des personnes, ce critère renforcé peut s'avérer contraire à cette liberté et surtout à la volonté de protéger le passager en tant

269 EL HAGE, Yves. *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 547, p. 446.

270 EL HAGE, Yves. *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 547, p. 446.

271 Le vocable de « *cybercontrat* » est emprunté à M. EL HAGE, Yves. *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 46, p. 52. Admettant un lien de quasi-synonymie entre les expressions contrat électronique et cybercontrat, l'auteur affiche sa préférence pour la seconde. Selon lui ce terme « *permet de viser spécifiquement les contrats ayant recours au réseau internet pour leur conclusion ou leur exécution* ». Quant aux contrats électroniques, ils « *désignent les contrats conclus et/ou exécutés par voie électronique* » c'est-à-dire, y compris via le réseau téléphonique.

que partie faible du contrat de transport. C'est, par exemple, le cas d'une personne qui séjournerait dans plusieurs États membres successifs, et recourrait aux services de plusieurs transporteurs successifs. Le passager perdrait ainsi la protection d'une législation qui lui serait favorable du simple fait qu'il aurait eu, à une étape intermédiaire de son périple, recours à un transporteur autre que celui de son départ ou son arrivée dans l'état de sa résidence principale. Assortir le critère de résidence habituelle de telles conditions supplémentaires pourrait dans de telles circonstances, s'avérer contre-productif puisque la règle a vocation à protéger le passager.

63. Les critères objectifs de rattachement prévus en matière de contrat d'assurance présentent la particularité d'être différents pour les contrats couvrants « *des grands risques* »[272] et les autres contrats. Pour les premiers, la loi applicable est celle du pays où l'assureur a sa résidence habituelle[273] (article 7.2). Quant aux autres, compétence est conférée à la loi de l'État où est situé le risque au moment de la conclusion du contrat (article 7.3).

64. Dernier contrat visé par le règlement, le contrat de travail s'est vu consacré un critère de rattachement objectif. Pour ce contrat, la prestation caractéristique revient à l'honneur dans la mesure où la loi applicable est en principe, celle du pays dans lequel, ou à défaut, à partir duquel, en vertu du contrat, le travailleur accomplit habituellement son travail. Le principe retenu ici tend clairement à la recherche d'une localisation objective du travailleur au moment où celui-ci exécute le contrat (article 8-2 du règlement Rome I). Or, surtout à la faveur de la crise sanitaire de 2020, « *les cas de télétravail internationaux, non forcément souhaités, ni accompagnés*

---

272 MÉLIN, François. Règlement Bruxelles I bis : notion de « *grands risques* » en matière d'assurance - CJUE 27 avr. 2023, aff. C-352/21. *Dalloz Actualité*. Mai 2023. L'article 7.2 du règlement Rome I précise « *les contrats d'assurance couvrant des grands risques, tels que définis à l'article 5, point d), de la première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice* ». La directive visée a été abrogée et remplacée par la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice. L'article 13, point 27, de cette directive définit cette notion de grands risques et vise notamment les risques classés sous la branche 6 de l'annexe I, partie A, de la directive, qui fait état de « *tout dommage subi par : véhicules fluviaux ; véhicules lacustres ; véhicules maritimes* ».

273 L'article 19 du règlement énonce qu' « *Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale.*

La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal.

2. Lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par lesdits succursale, agence ou autre établissement, le lieu où est située cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle.

3. La résidence habituelle est déterminée au moment de la conclusion du contrat ».

par l'employeur ont explosé, ce qui a créé des situations complexes à gérer et pour lesquels l'employeur a parfois du mal à reprendre la main »[274]. En effet, même s'il ne s'agit pas d'un détachement réglementaire, la mobilité transfrontière du salarié, pour peu qu'elle satisfasse à l'exigence de stabilité[275], peut poser des difficultés quant à la désignation du droit applicable. Dans l'hypothèse d'un salarié autorisé à faire du télétravail qui séjournerait « *dans divers pays pour des périodes plus ou moins longues, on se trouverait dans une situation d'impossibilité de désigner un lieu habituel de travail* »[276]. Le juge, qui sera confronté à de tels cas, pourra recourir à des solutions antérieures portant interprétation de la notion de résidence habituelle. Il pourra tenter de rattacher le contrat à un État avec lequel la prestation de travail « *présente principalement un rattachement significatif* »[277]. Il pourra également déterminer le pays « *à partir duquel le travailleur s'acquitte principalement de ses obligations à l'égard de son employeur* »[278]. Une autre solution consisterait à localiser le *centre effectif des activités professionnelles* du salarié ainsi mobile[279]. L'existence de tant d'options atteste bien de la difficulté que peut poser le télétravail à dimension transfrontalière.

Toutes ces règles objectives de détermination du droit applicable ont le mérite d'exister et de participer dans une certaine mesure, à la prévisibilité de ce droit. Cependant, leur caractère non exhaustif et limité rend inévitable le recours à des critères de rattachement plus généraux.

---

274 THIRY Sandra. Télétravail à l'international. *Village de la Justice*. 12 décembre 2020.

275 L'article 8-2 du règlement Rome I précise que « Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ». Ce faisant, cette disposition induit une exigence de stabilité nécessaire à cristalliser à un endroit, la résidence habituelle du travailleur.

276 BARREDA, Naivi Chikoc et BERNSTEIN, Stéphanie. *« Enjeux juridiques du télétravail transfrontalier »*. Dans : *Etude cofinancé par le Conseil de recherches en sciences humaines et le programme Compétences futures du Gouvernement du Canada*. Décembre 2021.

277 CJUE, 15 mars 2011, *Koelzsch, aff.* C-29/10, D. 2011. 957 et 2434, obs. L. d'Avout et V. Bollée ; Rev. Crit. DIP 2011. 447, note F. Jault-Seseke ; RTD eur. 2011. 476, note E. Guinchard ; JDI 2012. 187, note C. Brière. Aussi, CJUE, *Schlecker* 12 septembre 2013, aff. C 64/12 au para 31.

278 CJUE, 15 mars 2011, *Koelzsch, aff. C-29/10* paragraphe 44.

279 CJCE, 9 janvier 1997, *P. W. Rutten c. Cross Médical Ltd, Aff. C-383/95*, Commentaire Hélène Gaudemet-Tallon, Rev. crit. DIP 1997 p.336.

B. L'ADOPTION NÉCESSAIRE DE CRITÈRES DE RATTACHEMENT COMMUNS À TOUTES LES OPÉRATIONS CONTRACTUELLES

65. La question des règles de conflit de lois communes à tous les contrats semblait déjà préoccuper les rédacteurs de la convention de Rome. Rappelons à ce propos qu'aux termes des deux premiers paragraphes de l'article 4 de ce texte, le lieu d'exécution du contrat est en principe régi par la loi du pays auquel il est rattaché par les liens les plus étroits, ce lien étant présumé établi en faveur du pays où s'exécute l'obligation caractéristique du contrat[280]. Aussi louable que puisse paraître cette initiative, elle n'en demeure pas moins critiquable notamment du fait de son caractère inachevé. Par ces dispositions, la convention de Rome tentait de mettre en place une règle de conflits commune à tous les contrats à côté de laquelle subsisteraient des règles particulières à certains contrats nommés. Autrement dit, le règlement part d'une règle générale pour aboutir à des règles spéciales.

Cette démarche ambitieuse pouvait trouver sa justification dans les objectifs de l'UE. Le droit de l'UE en matière contractuelle étant essentiellement tourné vers un objectif particulier à savoir le marché unique, l'esprit de ce droit est de faciliter les échanges intracommunautaires tout en luttant contre toutes formes d'entraves au fonctionnement de ce marché[281].

Le Règlement Rome I prend le contre-pied de la convention. Le règlement fixe des règles de conflit de lois spéciales à certains contrats nommés en marge desquelles subsiste un critère subsidiaire (le lieu de l'exécution de la prestation caractéristique du contrat) et une règle d'exception à savoir le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Sans revenir davantage sur les difficultés inhérentes à ces critères, notons tout de même que le dispositif mis en place par le règlement Rome I peut présenter des difficultés à recouvrir la plénitude de la matière contractuelle. Il est légitime et intéressant de prévoir des règles spéciales pour des contrats spéciaux nommés, mais, même sans nourrir l'ambition d'établir un droit commun des conflits de lois en matière contractuelle, il fallait proposer des critères résiduels de rattachement objectif pouvant s'appliquer à toutes les opérations contractuelles.

---

280 LAGARDE, Paul. « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». *Rev. crit. DIP*. 1991, p. 287.

281 GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Brefs propos introductifs* ». Dans « *Le droit international privé communautaire : émergences et incidences* », LPA 12 décembre 2002, n° 248, p. 3.

Il a été alors prévu de recourir au critère de la prestation caractéristique et, dans les cas où l'identification de la prestation caractéristique serait impossible à déterminer, on pourra rechercher les liens les plus étroits comme dernier recours.

66. Pouvant à juste titre être perçu comme un critère commun à tous les contrats, le critère du lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat n'est pas moins doté d'une importance subsidiaire dans le règlement Rome I. En filigrane de tous les critères spéciaux qui semblent disparates d'un contrat à un autre, c'est bien le lieu d'exécution du contrat qui est visé. Le lieu où réside le débiteur de la prestation caractéristique est présumé être celui où cette prestation sera exécutée[282]. Tel étant le cas, le contrat tombe objectivement sous la compétence du droit en vigueur en ce lieu. L'article 4-2 du Règlement corrobore bien que le lieu de la prestation caractéristique du contrat est l'une des pierres angulaires du raisonnement conflictuel en matière contractuelle[283]. Cet article dispose effectivement que « *lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* ». Notons que ni le règlement ni la convention de Rome n'offrent de définition de cette notion de « *prestation caractéristique du contrat* »[284].

Un contrat établit, par définition, un rapport de droit entre au moins deux personnes : dans le cadre d'une vente par exemple, le vendeur et l'acheteur. Le vendeur s'engageant à livrer une chose donnée et l'acheteur à payer le prix convenu. Notons que tous les contrats ainsi énumérés à l'article 4 comportent une obligation de faire ou de donner quelque chose et une autre qui consiste à verser une somme d'argent. Dans un rapport concernant la convention de Rome[285], il a été indiqué, à juste titre, que la prestation pécuniaire étant courante dans tous les contrats n'est pas une prestation qui caractérise un contrat donné par

---

282 LAGARDE, Paul. *« Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ». Rev. crit. DIP*. 1991, p. 287.

283 BECHEREL, Clémentine. *La codification en droit international privé : une perspective universaliste en matière de conflit de lois ?* Thèse : Normandie Université, 7 février 2022, n°219, p. 168. L'auteure rappelle que ce recours au critère de prestation caractéristique du contrat n'est pas propre règlement Rome I mais se retrouve par exemple à l'article 117 de la loi suisse, article 1211 du code civil russe, article 29 de la loi monténégrine, article 3112 du code civil québécois ou encore à l'article 62 du code tunisien.

284 ANCEL, Marie-Élodie. *La prestation caractéristique du contrat*. Paris : Economica, 2002. Les enjeux derrière cette notion ont conduit l'auteure à lui consacrer une thèse de doctorat.

285 GIULIANO, Mario et LAGARDE, Paul. *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, OJ C 282, 31 octobre1980, p. 50.

rapport à un autre. Les auteurs du rapport indiquent qu'est caractéristique d'un contrat, « *la prestation pour laquelle paiement est dû* ».

67. Se référer exclusivement au lieu de l'exécution de la prestation caractéristique pourrait s'avérer peu fiable dans bien des cas. C'est notamment, le cas lorsque ladite prestation caractéristique est exécutée ou censée l'être dans plusieurs pays. Dans une telle hypothèse, les parties peuvent procéder à un dépeçage[286] de leur contrat en désignant pour chacune des phases spatiales de leur contrat, un droit applicable. Mais, dans le silence des parties, l'obligation caractéristique du contrat étant répartie dans l'espace, la détermination de la loi applicable pourrait s'en trouver ardue. L'une des conséquences de cette pluralité de lieux d'exécution du contrat serait la désignation d'un droit spécifique à chaque phase spatiale ; toute chose qui pourra impacter l'économie générale du contrat tant l'on peut imaginer que les parties ont envisagé leur convention comme une réalité non pas plurielle, mais unique. Dans ces conditions, on s'éloignerait une fois de plus, de l'exigence de la prévisibilité de loi applicable au contrat.

68. Il ne serait guère mieux de retenir la localisation des parties débitrices de toutes les obligations nées du contrat comme élément de rattachement. Le contrat, liant au moins deux parties s'engageant l'une envers l'autre, pourrait, en retenant le lieu d'exécution de chacune des obligations nées de ce contrat, être rattaché à au moins deux États. Cette approche reflète l'ancien droit international privé allemand des contrats, avant l'introduction des dispositions de la Convention de Rome de 1980, qui préconise une unification flexible des règles de conflit de lois[287] ; d'où l'intérêt de se focaliser uniquement sur l'obligation qui singularise le contrat. Cependant, même en réussissant à identifier la prestation caractéristique du contrat reste à pouvoir le fixer à un endroit donné. Les phénomènes actuels de mobilité et de dématérialisation sont assurément de nature à rendre la tâche ardue. Il a été exposé que le contrat de travail, en raison de la mobilité du travailleur, notamment dans le cadre du télétravail, peut poser des difficultés quant à la détermination du lieu de résidence habituelle

---

286 BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. Choi*x de la loi applicab*le aux contrats du commerce international : des Principes de La Haye ? *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2010, Vol. 1, n° 1, p. 83-102. Le dépeçage y est défini « *comme le fait de séparer les éléments qui composent la situation juridique pour les soumettre à l'application de plusieurs systèmes normatifs différents* ». Les auteurs se réfèrent à (143) La notion est mise en perspective en matière de contrat de distribution par SEYSEN-GUÉRIN, Dorothée. *Le contrat de distribution international.* Thèse : Université Paris-Sud, 2001.

287 LAGARDE, Paul. *« Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ». Rev. crit. DIP*. 1991, p. 287.

du salarié, débiteur de la prestation caractéristique. C'est d'ailleurs pourquoi la disposition traitant de ce contrat renvoie au critère « *des liens les plus étroits* »[288].

Ce critère des « *liens les plus étroits* », aussi appelé « *clause d'exception* »[289] a alors été conçu comme l'ultime recours en vue de la prévisibilité du droit. Les paragraphes 3 et 4 du règlement disposent qu'à défaut de pouvoir rattacher le contrat à un État en application des deux précédents paragraphes, le critère qui prévaut est celui des « *liens les plus étroits* »[290]. L'ordre juridique compétent pour régir le contrat sera celui avec lequel il présente les liens les plus étroits. L'utilité de cette règle est surtout avérée dans le cadre des contrats non nommés par le règlement Rome I. Pour ces contrats, le premier critère qui prévaut, hormis l'hypothèse de la loi d'autonomie, c'est celui de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Or, ce critère n'est pas toujours applicable en l'occurrence, lorsque ce lieu est difficile à déterminer. En sus, même lorsque le lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique est connu, il peut arriver que cette considération apparaisse mineure, du moins aux yeux des juges. Le critère de la résidence habituelle peut s'en trouver évincé au profit de celui des « *liens les plus étroit*s »[291].

69. Le fait que le règlement utilise dans son texte le pluriel — « *liens* » — suggère qu'il peut s'agir de plusieurs des éléments de localisation suscités. Ainsi, les liens manifestement les plus étroits peuvent être établis avec un pays donné en raison du fait que l'une des parties y réside et que l'obligation non pécuniaire y est ou doit y être exécutée. Donc, avant toute chose, il convient de préciser que le règlement Rome I à l'instar de la convention à laquelle il a succédé, a entendu instaurer une hiérarchie entre les différentes règles de rattachement de l'article 4. Dès lors que le contrat répond à l'un des rattachements spéciaux prévus, le juge doit en faire application. Dans le cas contraire, il doit privilégier le lieu où demeure le débiteur

288 MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, Anne. *« Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ». RTD com.* 2008, p. 892.

289 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé.* 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017. n° 243, 245 et 249. MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé.* 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. n° 512 et 773.

290 Article 4 : « *3-Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ; 4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* ».

291 Article 8-4 du règlement Rome I précise en effet que « *S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique* ».

de la prestation caractéristique. C'est seulement lorsque ces deux premières catégories de rattachement ne suffisent pas à rattacher le contrat, que doivent être recherchés les liens les plus étroits. Il ressort, en effet, tant de la convention de Rome que du règlement Rome I que la théorie de la proximité doit être appliquée en dernier lieu en cas de défaillance des autres critères[292]. Mais alors, comment identifier l'État avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits ? Ces liens doivent-ils être appréciés suivant un critère numérique ? Autrement dit, à quels éléments objectifs renvoie la notion de « *liens manifestement les plus étroit*s » ? Est-ce au lieu de conclusion, de l'exécution de l'obligation caractéristique, ou de la résidence des parties ?

70. Contrairement à la convention de Rome, le règlement Rome I fait référence à la notion de « *liens les plus étroits* » sans la définir. L'article 4-2 de la convention indiquait que « *Sous réserve du paragraphe 5, 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…* »[293]. Proposant des éléments de définition de la notion « *des liens les plus étroits* », la convention finit par faire appel à celle de « *la prestation caractéristique* », toute chose qui peut créer dans l'esprit du lecteur de ce texte, une confusion excusable. Les risques d'une telle confusion sont d'ailleurs favorisés par les énonciations du paragraphe 5 de l'article précité. En effet, en vertu de cette clause dite « *d'exception* »[294], « *L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ». En clair, le juge peut déterminer comme *lex contractus* celle qui présente les liens les plus étroits avec le contrat en appréciant notamment, les éléments de rattachement avec différents pays. Ces éléments de rattachement peuvent être relatifs aux parties : domicile, résidence habituelle ou

---

292 CJCE 6 oct. 2009, Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contre Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV, Affaire C-133/08. Il a été jugé dans cette décision rendue en interprétation de l'article 4 de la convention que le juge doit toujours appliquer en premier lieu les critères de rattachement prévu aux paragraphes 1 à 4 de l'article 4. Toutefois, le juge communautaire ajoute que « *lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié* ».

293 La deuxième phrase de cet article précise que « *Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement* ».

294 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, pp 225-226.

établissement et dans une moindre mesure, la nationalité. D'autres concernent directement le contrat à savoir, le lieu de conclusion ou d'exécution, la situation du bien, etc.

71. Localiser le contrat à partir des liens qu'il entretient le plus étroitement avec un pays donné paraît être une solution intéressante, marquée du sceau du pragmatisme et de l'objectivité. À ce titre, le critère de rattachement retenu semble on ne peut plus objectif[295]. Cette solution qui préconise de rechercher le pays avec qui le contrat présente les liens les plus étroits, s'apparente à bien des égards à la théorie anglaise dite de la « *proper law* »[296] et à la théorie française de la localisation présentée par M. Henri BATIFFOL dans son ouvrage intitulé « *les conflits de lois en matière de contrats* »[297]. Dans cette optique, la clause d'exception a pour ambition de permettre d'établir le lien de proximité le plus étroit avec un ordre juridique dont la loi serait la plus légitime à régir le contrat.

Séduit par ce « *principe de proximité* », M. Paul LAGARDE en présente les attraits à l'occasion de son cours à l'Académie de droit international de La Haye en ces termes : « *Les justifications qu'on peut trouver à une telle solution sont nombreuses. C'est avant tout son apparente objectivité qui devrait la rendre facilement universalisable et par là même satisfaire aux objectifs largement admis du droit international privé : l'uniformité des solutions et l'élimination des situations boiteuses ; le respect des attentes légitimes des parties ; l'équilibre entre les intérêts respectifs des États à régir la situation, ceux dont la loi n'a pas été retenue ne pouvant a priori se plaindre, puisque, par hypothèse, la situation présentait un lien plus étroit avec le droit d'un autre État ; la "justice" de la solution du conflit de lois, car cette solution ne dépend plus d'un facteur de rattachement abstrait, souvent inadapté à une situation concrète, mais d'un rattachement déterminé concrètement pour la situation considérée* »[298].

72. Bien que toutes ces théories justifiant la recherche des liens les plus étroits ne soient pas récentes, les arguments avancés n'en sont pas moins séduisants du fait de leur pertinence.

---

295 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 202, n° 370

296 LANDO, Ole. The Conflict of Laws of Contracts General Principles (Volume 189). Dans : *RCADI*, 2 juin 1984. L'auteur consacre un chapitre 2 à la théorie de la « *proper law of contract* » que nous traduirons librement en français : loi gouvernante ou régissant le contrat. Toutefois, la particularité de cette théorie présentée par M. LANDO réside dans la recherche du droit régissant proprement le contrat. Ainsi la théorie implique que le contrat soit régi par la loi du pays considéré comme ayant la connexion la plus forte ou le lien le plus étroit avec le contrat en question. Cela peut conduire, d'après l'auteur, à désigner un droit applicable pour différents aspects de l'opération contractuelle.

297 ATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé.* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 36.

298 LAGARDE, Paul. *Principe de proximité dans les conflits de lois.* Dans : *RCADI*, 1986, vol. 196, n° 4, p. 29.

Cependant, il importe de ne pas perdre de vue l'exigence de prévisibilité du droit qui sera appliquée *in fine*. Par quel moyen les parties à un contrat international peuvent-elles identifier l'État avec lequel leur contrat est rattaché par les liens les plus étroits ? Le règlement Rome I ne leur est guère d'une grande utilité puisqu'il se contente d'indiquer que « *Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Le paragraphe 3 du règlement Rome I livre tout de même, une piste en précisant que les liens en question doivent être « *manifestement* » les plus étroits notamment lorsqu'ils concernent un État autre que celui désigné par les paragraphes 1 et 2.

73. Ce caractère manifeste des indices qui induiraient une déterminante proximité entre le contrat et un ordre juridique pourrait amener à recourir au critère numérique. Il s'agirait alors de faire le décompte de tous les éléments en cause afin de déterminer l'État au profit duquel pencherait la balance du droit applicable. À la question de savoir si la notion de « *liens les plus étroits* » doit être appréciée suivant un critère numérique, M. Bernard AUDIT apporte une réponse négative lorsqu'il écrit que « *la recherche du lien le plus étroit ne consiste pas à compter les rattachements, mais à les évaluer en fonction de leur signification pour le contrat envisagé* »[299]. Et l'auteur d'ajouter : « *cette méthode répond largement aux exigences d'une analyse fonctionnelle, parce qu'elle tend à désigner la loi appropriée au contrat, encore qu'elle sacrifie largement la prévisibilité de la solution* »[300]. Si l'auteur estime que la clause d'exception, en l'occurrence dans son approche fonctionnelle, impliquerait un certain renoncement à la prévisibilité de la solution, c'est bien par ce que cette démarche conduirait à des solutions particulières à chaque opération contractuelle. On est donc passé de critères de rattachement spécifiques à certains contrats spéciaux à un critère susceptible d'offrir concrètement des solutions particulières d'un contrat à un autre. Pire, la théorie de la proximité ne semble même pas en mesure de garantir une solution unique à des contrats de même nature. Deux contrats de vente portant sur un même objet, suivant ce que commandent les liens les plus étroits, peuvent se voir *in fine*, appliquer des lois différentes.

74. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française en date du 16 septembre 2015 nous offre une bonne illustration de la caractérisation « *des liens les plus*

299 AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, 3 mars 1984, p. 295.

300 AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, 3 mars 1984, p. 295.

étroits »[301]. Dans cette affaire assez abondamment commentée[302], relative à un litige où il était question de la loi applicable au contrat de cautionnement, la Cour de cassation avait censuré une cour d'appel, au motif que celle-ci s'était limitée à faire application du droit français en raison du fait que la partie qui supportait la prestation caractéristique (la caution) résidait en France où sa prestation devrait probablement être exécutée. Pour la haute juridiction judiciaire, il était constant que « *le contrat de cautionnement litigieux, rédigé en italien, avait été conclu en Italie, que le prêteur avait son siège en Italie, que l'emprunteur résidait en Italie et que le contrat de prêt garanti par le cautionnement était soumis au droit italien* ». Aussi, la Cour de cassation a-t-elle retenu qu'il résultait de toutes ces considérations que le cautionnement litigieux se caractérisait par des liens plus étroits avec l'Italie. Ce faisant, la Cour retient que si l'article 1326 du Code civil et les articles 341-2 et 3 du code de la consommation sont au sens du droit interne, des dispositions visant à protéger la caution, elles ne sont pas de nature à faire échec à la clause d'exception. Eu égard à de telles considérations, contrairement à certains auteurs qui soutiennent que la clause d'exception a vocation à favoriser le salarié, partie faible[303], il y a lieu d'en douter.

75. En tout état de cause, le mérite que l'on aurait pu attribuer à la convention au sujet de la définition de la notion de « *liens manifestement les plus étroits* » doit être nuancé. Présentant le lieu d'exécution de la prestation caractéristique comme indice permettant d'apprécier lesdits liens les plus étroits, la convention garde un étrange mutisme lorsqu'il devient impossible d'identifier la prestation caractéristique du contrat. Dans ce cas, le dernier recours consiste à rechercher le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. D'ailleurs, le règlement ayant vocation à remplacer la convention qu'il abroge, à tout le moins pour les contrats conclus après son entrée en vigueur[304], il est légitime de juger que cet élément de définition de la notion de « *liens les plus étroits* » proposé par la convention n'a plus voix au

301 DELEBECQUE, Philippe. *« Cautionnement. Loi applicable. Loi du lieu de résidence habituelle de la caution (non). Liens plus étroits avec la loi d'un autre État (oui). Lois de police (non) : Civ. 1re, 16 septembre 2015, n° 14-10.373. » RTD com.* 2016, p. 590.

302 Civ. 1re, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, D. 2015. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville ; ibid. 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; JCP 2015. 1188, note P. Berlioz ; Rev. crit. DIP 2016. 132, note H. Muir-Watt et D. Bureau.

303 RODIÈRE, Pierre. *Droit social de l'Union européenne*. 3e édition. Paris la Défense : L.G.D.J-Lextenso, 2022, n°550, p. 746 et s. Et aussi SINAY-CYTERMANN, Anne. *« La protection de la partie faible en droit international privé » dans Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 738-741.

304 FRANCQ, Stéphanie, « *Conflits de lois, Le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles* », JDI (Clunet) Janvier 2009, n° 1.

chapitre même si le règlement n'en propose pas. Face au silence du règlement Rome I sur la définition de cette notion, il semble que les interrogations soulevées plus haut conservent leur pertinence[305].

76. Tout bien considéré, en dépit de tous les mérites que l'on peut accorder à l'approche conflictuelle mise en œuvre par l'UE à travers la convention de Rome et le règlement Rome I, cette méthode ne semble pas en mesure de conférer une prévisibilité maximale au droit applicable. Ces instruments offrent des solutions spécifiques à certains contrats spéciaux, et proposent une solution subsidiaire à ces premières solutions. Et enfin, une troisième solution consistant à la recherche des liens les plus étroits vient pallier la défaillance des deux premières. Mais en réalité, dans la pratique, la mise en œuvre de ces critères de rattachement est subordonnée à la qualification que l'on donne à telle ou telle opération contractuelle d'où l'attention particulière qui convient de porter aux conflits de qualifications qui peuvent tout autant entraver la prévisibilité du doit applicable.

§ 2. LA PRÉVISIBILITÉ DU DROIT À L'ÉPREUVE DES CONFLITS DE QUALIFICATIONS

77. Comme l'enseigne M. Bernard AUDIT, « *la structure de la règle de conflit veut que l'opération de qualification soit la première à intervenir dans sa mise en œuvre* »[306]. Cette opération de qualification présente un tel enjeu qu'elle a fait l'objet d'une recherche doctorale en droit international privé des obligations[307]. La définition, donnée au terme de qualification par « *le vocabulaire juridique* », est très éloquente sur l'enjeu de cette opération. La qualification y est définie, pour les questions internationales, comme le « *classement d'un fait ou d'un acte dans une catégorie juridique de rattachement dont dépend la détermination de la loi applicable, dit aussi qualification internationale*… »[308]. Plus précisément en matière de conflits de lois, la qualification est assimilée à l'« *hypothèse dans laquelle les différents systèmes juridiques intéressés, qualifiant différemment*

---

305 Puisque les contractants, et partant, les juges peuvent se retrouver en présence de plus d'un critère de rattachement concernant plusieurs ordres juridiques, comment alors identifier celui avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits ? Les liens les plus étroits doivent être appréciés suivant un critère numérique ?

306 AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, p. 307.

307 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J.

308 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 14e éd. mise à jour. Paris : PUF, 2022, p. 839.

l'objet du litige, ne donnent pas compétence à la même loi et où il s'agit donc de savoir auquel de ces systèmes le juge doit demander la qualification de cet objet »[309]. Dans cette dernière acception, on comprend que dans la mesure où elle est nécessaire à la résolution d'une situation impliquant un conflit entre différents ordres juridiques, l'opération de qualification peut elle-même donner lieu à un conflit entre les ordres juridiques concernés. On parle alors de conflits de qualification. Cette notion renvoie elle-même à une « *situation créée par la différence, d'un ordre juridique à l'autre, du sens attribué aux concepts retenus par une règle de conflit et conduisant à ce que deux ordres juridiques dont les règles de conflits sont formulées en termes identiques ne désignent pas comme applicable la même loi* »[310].

78. En conséquence, dans des espaces d'intégration juridique que sont l'UE et l'OHADA, il serait inefficace de se doter d'un droit des conflits de lois commun à tous les États membres sans régler la question de la qualification et partant des conflits de qualifications ou de catégories juridiques. Une règle de conflits de lois ne peut être efficace que si les droits qu'elle est censée arbitrer ont la même conception de la réalité, objet du litige. Si une opération contractuelle devait être diversement qualifiée d'un État à un autre, les critères objectifs prévus à cet effet en seraient inopérants. Or, à moins d'uniformiser les droits matériels internes des États membres, l'UE tout comme l'OHADA sont contraintes à s'accommoder de la diversité des droits internes qui emporte celles des catégories juridiques internes. La situation aurait été plus simple s'il s'agissait d'une règle de conflit propre à un État.

79. En droit international privé français, la question a été réglée par le célèbre arrêt *Caraslanis*[311] relatif au mariage de deux Grecs orthodoxes célébré en France en forme civile. En l'espèce, un citoyen grec demandait l'annulation du mariage civil qu'il avait contracté en France avec une Française. Le plaignant invoquait une disposition du droit grec, alors en vigueur, qui subordonnait la validité du mariage au formalisme d'une cérémonie religieuse. Aux termes de la loi grecque régissant les conditions de fond du mariage, en tant qu'éléments du statut personnel, l'exigence d'une cérémonie religieuse était constitutive d'une condition de fond. Ce faisant, le plaignant tentait de faire qualifier cette exigence suivant le droit grec. Cependant, la Cour de cassation retint que « *la question de savoir si un élément de la célébration du*

309 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 14e éd. mise à jour. Paris : PUF, 2022, p. 839.

310 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 14e éd. mise à jour. Paris : PUF, 2022, p. 232.

311 Cass. 1re civ., 22 juin 1955, Rev. Crit. DIP 1955. 723, note H. Batiffol, D. 1956. 73, note M. Chavrier, Journal des juristes hellènes 1956. 217, note Francescakis, Grands arrêts, Paris : Dalloz, 2006, n° 27.

mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles "le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme" ». Par cette solution emblématique, les hauts magistrats de l'ordre judiciaire consacrent la règle de la qualification dite *lege fori*[312] suivant la recommandation de BARTIN et KHAN[313]. Appliquée à la matière contractuelle, la règle de la qualification *lege fori* conduirait le juge français à qualifier les opérations contractuelles transfrontalières suivant son droit et à les faire entrer dans les catégories de contrats existant dans son droit. Par ailleurs, une notion aussi essentielle que celle de la prestation caractéristique serait déterminée d'après le droit du juge saisi. Le maintien de cette règle, alors que les règles de conflits sont désormais communes aux États membres de l'UE, aurait été contraire à l'esprit d'un texte unique ainsi à l'exigence de prévisibilité du droit[314]. C'est la crainte qu'expose Mme Maud MINOIS lorsqu'elle écrit que l'observation de la divergence de qualification dans un contexte de diversification des sources fait ressortir un certain paradoxe. D'après l'auteure, *« alors que la finalité de l'opération de qualification est d'assurer une certaine stabilité et prévisibilité, celle-ci est loin d'être garantie dans l'ordre international »*[315]. Aussi, le *« capharnaüm »*[316] au sein d'un système de normes pourtant intégré, il tombait sous le sens qu'il fallait prendre des distances avec la qualification *lege fori* chère à BARTIN et KHAN.

80. Considérant cette problématique des conflits de qualifications, une déclaration commune adoptée[317] dans le cadre de la convention de Rome précise que ses souscripteurs « *au moment,*

---

312 ROLAND, Henri. *Lexique juridique des expressions latines*. 8e éd. Paris : LexisNexis, p. 194 : *« Loi du tribunal »*, la *lex fori* est la *« loi de l'État où siège le tribunal saisi d'un litige international régissant, selon notre système de solution de conflits de lois, la qualification et la procédure ».*

313 ANCEL, Bertrand. *Qualification – Conflit de qualifications* : *Rép. dr. int.*, décembre 1998 (actualisation : Mars 2009), n° 75. Aussi exposé dans : AUDIT, Bernard. *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois)* (Vol. 186). Dans : *RCADI*, p. 307

314 BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle. *La codification du droit international privé français*. Paris : Defrénois, 2005. Même si l'analyse de l'auteur porte sur la codification du droit international privé français, elle n'en demeure moins, en partie, pertinente quant au risque de l'interprétation *lege fori*. En effet, l'auteure y explique que l'intérêt d'une codification c'est qu'elle offre une identité de règles. Sans qualifier le droit européen des conflits de lois, ou celui projeté par l'OHADA, de codification on ne peut que leur reconnaitre un intérêt similaire : offrir des normes communes, c'est-à-dire identiques aux États membres.

315 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J, n° 17, p. 13.

316 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Paris, Thèse : L.G.D.J, n° 19, p. 14.

317 La déclaration a été souscrite par « *Les gouvernements du royaume de Belgique, du royaume de Danemark, de la république fédérale d'Allemagne, de la République française, de l'Irlande, de la République italienne, du grand-duché de Luxembourg, du royaume des Pays-Bas et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* ».

de la signature de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, désirant assurer une application aussi efficace que possible des dispositions, soucieux d'éviter que les divergences d'interprétation de la convention ne nuisent à son caractère unitaire, se déclarent prêts : (1)) à examiner la possibilité d'attribuer certaines compétences à la cour de justice des communautés européennes, et à négocier, le cas échéant, un accord à cet effet… ». Cette déclaration trouvera un écho dans le règlement Rome I dont le considérant 17 indique qu'il convient de procéder à la qualification des contrats en tenant compte des qualifications dégagées non pas dans les droits nationaux, mais dans le cadre du règlement Bruxelles I portant règles de conflits de juridiction en matière contractuelle notamment[318]. Ainsi, les opérations contractuelles relevant du camp de compétence du droit des conflits de lois de l'UE font l'objet d'interprétation autonome. Le terme d'interprétation qui induit que la réalité interprétée ne fait pas l'objet de définition claire est choisi à dessin. En effet, nous l'avons vu, le règlement Rome I comme la convention qui l'a précédé utilise des termes (obligations contractuelles, prestation caractéristique, résidence habituelle), ou plus particulièrement des types de contrats connus dans les droits internes (contrat individuel de travail, de vente, de service…) sans en proposer de définition. C'est alors au juge de l'UE, comme l'évoque la déclaration précitée, d'en dégager le sens de manière autonome par rapport aux droits internes des États membres. Prenant toute la mesure de la tâche qui revient à son institution, M. Marco DARMON[319] juge que les raisons qui ont conduit à confier au juge de l'UE cette mission sont trop évidentes pour que l'on s'y attarde. Aussi, précise-t-il que : *« Il suffit de songer aux destins des instruments juridiques internationaux dont les desseins d'harmonisation ou d'unification ont été ruinés par l'effet d'interprétation divergente »*[320]. Malgré cette conviction d'être investis d'une telle mission, la démarche à suivre n'est pas parue évidente aux juges de Cour de Luxembourg. En effet, à l'origine, ces derniers ont « *hésité entre une*

318 FRANCQ, Stéphanie. « *Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique en passant par la théorie générale...* ». Dans : FALLON, Marc, LAGARDE, Paul et POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, (dir.) *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privéé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009, p. 35-68. L'auteure y explique l'importance d'une cohérence d'ensemble au sein du système normatif de référence de la communauté devenue l'UE. Les notions communes à ces textes doivent faire l'objet d'une interprétation et une application unitaire.

319 M. Marco DARMON a exercé les fonctions d'avocat général près la CJCE.

320 DARMON, Marco. *« La mission de la Cour et le système de la Convention de Bruxelles »*. Butterworths, 1993, p. 3, cité dans MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J, n° 14, p. 11.

approche conflictuelle ou autonome »[321] en matière de qualification. La première reviendrait à se référer aux notions juridiques des États membres, y compris aux sens qui leur sont reconnus. Il s'agirait alors d'arbitrer les conflits éventuels de qualification en usant des règles comme celle de la qualification *lege fori*. La seconde, nettement plus radicale, implique d'arrêter, même pour notions empruntées aux droits internes, une signification distincte de celle qui y a cours. Ainsi, dans l'affaire *Tessili*[322], affirmant que le choix entre ces deux approches devait être opéré suivant l'espèce, la Cour s'est réservé la latitude d'opter alternativement pour ces deux approches. Précisément, dans cette affaire, la Cour a préféré l'approche conflictuelle puisque pour déterminer le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse au sein de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles[323], elle a jugé que ce lieu devait être déterminé suivant la loi qui régit ladite obligation litigieuse selon les règles de la juridiction saisie.

En réalité, la CJCE ne va pas persister dans cette approche en consacrant définitivement le principe de la qualification autonome. Ce fut à la faveur de l'affaire Eurocontrol que la Cour fait le choix d'une interprétation autonome de la notion de *« matière civile et commerciale »* à l'aune de l'article 1er de la convention de Bruxelles. En effet, elle retint que « *pour l'interprétation de la notion de "matière civile et commerciale" aux fins de l'application de la Convention du 27 septembre 1968 (…) il convient de se référer non au droit de l'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes nationaux* »[324]. La Cour explique sa nouvelle position en indiquant que cette approche garantit « *l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la convention pour les États contractants et les personnes intéressées* »[325].

À partir de cette décision, la Cour a consacré plusieurs qualifications autonomes nécessaires à l'application des dispositions des conventions et règlements de Bruxelles d'une

---

321 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J, n° 16, p. 12.

322 *CJCE, 6 octobre 1976, aff. C-12/76, Industrie Tessili Italiana Como c/ Dunlop AG. Rev. Crit. DIP 1977, p. 761. note P. Gothot et D. Holleaux ; JDI 1977, p. 714, note A. Huet.*

323 GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe : matières civile et commerciale règlement 44-2001 et 1215-2012, conventions de Bruxelles, 1968 et de Lugano, 1988 et 2007*. 6e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2018. n°201. L'affaire posant un problème de conflit de juridictions, il est rappelé qu'une « *fois que l'on est sûr d'être en matière » et que l'on a isolé « l'obligation qui sert de base à la demande », reste encore à savoir qu'el est le lieu d'exécution de cette obligation pour déterminer le for* »

324 *CJCE, 14 octobre 1976, LTU c. Eurocontrol Aff.29-76, pt. 5. Rev. Crit. DIP 1977, p. 776, note G. A. Droz ; JDI 1977, p. 707, note A. Huet.*

325 *CJCE, 14 octobre 1976, LTU c. Eurocontrol Aff.29-76, pt. 3.*

part, et des conventions et règlements d'autre part. Les notions de « *consommateur* »[326], de « matière *contractuelle* »[327] et de « *matière délictuelle* »[328] ont ainsi fait l'objet d'interprétations autonomes. En ce qui concerne, la matière contractuelle au cœur de cette recherche, il a été décidé qu'il ne saurait y avoir de relation contractuelle dès lors qu'il « *n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »[329]. Cette interprétation de la notion de matière illustre bien que l'interprétation autonome s'émancipe bien du droit interne. Le champ de la matière contractuelle ainsi définie est nécessairement plus étendu que celui du droit interne français notamment[330]. L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » l'arrêt *Jakob Handte* précité permet de caractériser une relation contractuelle du simple fait de l'existence d'un « *engagement librement assumé par une partie envers une autre* ». Une telle définition de l'obligation contractuelle par le juge communautaire laisse clairement entendre que l'obligation contractuelle peut être purement unilatérale. Le juge de Luxembourg ne fait pas référence à une obligation née de la rencontre de plusieurs volontés. On retrouve dans le Code civil français issu de la réforme de 2016, cette conception unilatérale de l'obligation

326 *CJCE, 19 janv. 1993, Shearson Lehman Hutton c. TVB, aff. C-89/91 : JDI 1993, p. 466, note A. Huet ; Rev. Crit. DIP 1993, p. 325, note H. Gaudemet-Tallon.* Déjà en matière de vente à tempérament, la cour avait retenu le principe de l'interprétation de cette notion de vente à tempérament *CJCE, 21 juin 1978, Bertrand c. Ott, Rec. p. 1431, aff. 150/77, pts 14 à 16 et 19 : Rev. Crit. DIP 1979, p. 123, note Mezger; JCP G 1979, II, 19051, note Jeantet ; RTD com. 1979, p. 170, note Loussouarn et Bourel.*

327 *CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91, pt. 15 : Rev. Crit. DIP 1992, p. 730, note Gaudemet-Tallon ; JDI 1993, p. 469, note Bischoff; JCP G 1992, II, 21927, note Larroumet.* Voir aussi une solution antérieure *CJCE, 22 mars 1983, Peters c. ZNAV, aff. 34/82, spéc. Pt 9, Rec. p. 987 : Rev. Crit. DIP 1983, p. 667, note Gaudemet-Tallon ; JDI 1983, p. 834, note Huet.*

328 *CJCE, 27 sept. 1988, Kalfelis c. Bankhaus Schröder, aff. 189/87, Rec. p. 5565 : D. 1989, somm. comm. p. 254, obs. B. Audit ; Rev. Crit. DIP 1989, p. 117, note Gaudemet-Tallon ; JDI 1989, p. 457, note Huet.*

329 *CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91, pt. 15.*

330 HEUZÉ, Vincent. *« La notion de contrat en droit international privé ». Trav. Com. fr. DIP.*, 2000, Vol. 13, n° 1995, p. 323. GALBOIS DIANE. *La notion de contrat : esquisse d'une théorie.* Paris : L.G.D.J, 2020, n° 34 et s. p. 34 et s.

contractuelle visiblement d'inspiration européenne[331]. En effet, l'article 1124 dispose que « *la promesse unilatérale est un contrat* »[332].

Cela étant, est-il généralement admis en droit français que l'acte unilatéral peut être source d'obligations de nature contractuelle ? Par définition, étant un acte juridique, l'acte unilatéral est créateur d'effets de droit[333]. Cependant l'acte unilatéral est-il susceptible de créer des obligations à la charge de son auteur ? C'est la question, très discutée, dite de l'engagement unilatéral de volonté, ou encore de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté[334]. De nombreux actes unilatéraux sont institués par la loi sans qu'elle leur reconnaisse la vocation de création d'obligations : le testament, la reconnaissance d'enfant ou les renonciations (renonciation de succession à un usufruit, à une servitude, *etc.*)[335].

En revanche, force est de constater que dans la jurisprudence française, dès que les circonstances s'y prêtent, les juges tendent à admettre la naissance d'un contrat entre l'auteur de l'acte unilatéral, en l'occurrence l'offre, et le destinataire de l'acte. Toutefois, l'obligation contractuelle ne nait pas de la démarche unilatérale qu'est l'offre, mais du contrat qui s'en suit du fait de l'acceptation du bénéficiaire[336]. La promesse de récompense a ainsi été

---

331 MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des obligations*. 17e éd. Paris : LexisNexis, 2023. n° 67, p. 68 : « *Dans la perspective d'une uniformisation du droit des obligations au sein de l'Union européenne, on signalera que les Principes du droit européen du contrat élaborés par la Commission Lando admettent al force contraignante des « promesses obligatoires sans acceptation ». Les commentaires des Principes précisent que ces promesses doivent être regardées comme des contrats avec toutefois quelques particularités »* » (PDEC, art. 2.107: « *La promesse qui tend à être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur* ») ; RANIERI, François. Hélène Aubry. L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats. *RIDC,* 2004, Vol. 56, n° 1, p. 221-223.

332 L'article 1124 dispose en effet que « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.*

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

333 MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques. *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil.* Thèse : Paris, 1951, p. 32 et s.

334 GRIMALDI, Cyril. *Quasi-engagement et engagement en droit privé.* Thèse : Paris II, 1 janvier 2005. HOUTCIEFF, Dimitri. « *La « fonction subversive » de l'engagement unilatéral de volonté* » ; Note sous Cour d'appel de Colmar, troisième Chambre civile, section A, 21 septembre 2020, arrêt numéro 19/01866. *La Gazette du Palais*. ANTIPPAS, Jeremy. *« L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil ». RDC*. Juin 2018, Vol. 2018/2, p. 272-277.

335 MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des obligations*. 17e éd. Paris : LexisNexis, 2023. n° 67, p. 68.

336 FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*. 17e éd., 2022. Paris : Sirey, 2022, n° 903, p. 1205 : « *Une personne promet une récompense à celle qui lui rendra tel ou tel service : dans le*

… / …

considérée par la jurisprudence comme une offre de contrat à personne indéterminée. Cette offre ne devient contrat qu'en raison de l'acceptation de celui qui retrouve le bien égaré. Certains droits étrangers à savoir les droits allemand, danois, écossais, autrichien reconnaissent une force obligatoire à la promesse de récompense sans tenir compte de l'acceptation puisque cela relève de la nature même de l'acte[337]. Ainsi, la définition de l'obligation contractuelle retenue de manière autonome par la Cour de justice se prête à ce qu'un engagement unilatéral puisse être considéré comme entrant dans le champ d'application matériel du règlement Rome I. Un tel engagement relèverait alors de la matière contractuelle. Or, comme l'illustre l'exemple de la promesse de récompense, certains droits étrangers lui reconnaissent en soi une force obligatoire, quand le droit français n'y voit tout au plus qu'une offre.

81. Cette différence entre les qualifications internes et celles définies de manière autonome au plan communautaire a suscité des réserves chez certains auteurs, notamment quant à l'« *efficacité des qualifications autonomes* »[338]. Malgré toute la bonne volonté que l'on peut reconnaitre à la Cour de justice, ces qualifications se voient principalement reprocher leur « *manque de prévisibilité voire leur impraticabilité* »[339]. La critique tenant à la prévisibilité doit principalement s'adresser aux règles communautaires faisant l'objet d'interprétation. Ces règles empruntent essentiellement leurs terminologies aux droits internes sans pour autant en proposer une définition autonome. Pour ceux de ces termes qui nécessiteraient une interprétation, il faudrait attendre une intervention du juge communautaire qui donnera des indications plus ou moins claires sur le sens à donner au terme en question. Or, M. Mathias AUDIT fait remarquer qu'un « *terme juridique ne peut être doté d'un sens véritable qu'au regard d'un système juridique en particulier. Lorsqu'on l'isole d'un tel système, son sens se restreint à son acception lexicale*

cas le plus usuel, à celle qui lui rapportera un objet perdu. Une fois le service rendu - l'objet rapporté -, doit-elle être contrainte au respect des propos qu'elle avait ainsi tenus ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer deux hypothèses. Mais il semble que, ni dans l'une, ni dans l'autre, les conditions qui délimitent le domaine de l'engagement unilatéral ne permettent de qualifier ainsi la promesse dont il s'agit. Lorsque celui qui a rendu le service prévu « l'inventeur » de l'objet perdu a agi en connaissance de l'offre de récompense, il aura certes droit à celle-ci. Mais ce droit sera alors suffisamment justifié par la technique contractuelle (…). En revanche, c'est la condition dite d'opportunité qui fait défaut lorsque l'inventeur a agi dans l'ignorance de l'offre de récompense : d'où la conséquence qu'aucun contrat n'ayant pu davantage se former, il n'aura pas droit, cette fois, à rémunération. »

337 GUILHERMONT, Edith. *« La promesse de récompense à la lumière du droit comparé ». Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*. Décembre 2010, Vol. 3, p. 1473-1493.

338 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J, n° 20, p. 15.

339 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J, n° 20, p. 15.

et il n'est plus doté alors d'une réelle signification en droit »[340]. Placée dans une position aussi singulière, la Cour de justice est décrite par M. Jean-Sylvestre BERGÉ comme un « *acteur central du droit international privé européen* »[341] occupant « *une position à la fois extraordinaire et ordinaire* ». L'auteur affirme en effet que « *la Cour de justice est une institution extraordinaire dans la mesure où elle est une juridiction européenne, dont le for, la loi applicable et la langue ont une dimension plurielle. En droit international privé, cette situation est tout à fait inhabituelle. Des règles désignant le juge national compétent, la loi nationale applicable et les conditions de circulation des jugements étatiques vont être interprétées par un juge qui se situe à un étage du droit différent de celui occupé par le droit national ou transnational* ». Cette position dans laquelle la Cour de justice se trouve placée met à jour les limites de l'ordre juridique communautaire. Comment l'Union pourrait-elle se doter de notions au sens qui lui serait propre alors que son droit a vocation à pénétrer les ordres juridiques des États membres ? En réalité, surtout en droit international privé, il serait inefficace que le droit européen entreprenne d'*« autonomiser »*[342] la totalité des notions entrant dans le champ de ses règles de conflits de loi ou de juridiction[343].

À l'inverse, certains auteurs soutiennent que l'interprétation autonome entreprise par le droit européen manque d'efficacité, justement, en raison du fait que « *l'utilisation des qualifications autonomes reste insuffisante* »[344]. Il est vrai que pour éviter des qualifications faisant doublons, et afin d'instaurer une harmonie dans le système normatif de l'Union, il a été décidé que les qualifications dégagées dans le cadre du règlement Bruxelles I portant règles de conflits de juridiction en matière contractuelle notamment valent aussi pour le règlement

340 AUDIT, Mathias. *« L'interprétation autonome du droit international privé communautaire ». JDI* n°3. Juillet 2004, p. doctr. 100025, n°40.

341 BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Dynamique interprétative de la Cour et codification européenne du droit international privé* ». Dans : FALLON, Marc, LAGARDE, Paul et POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privéé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009, n° 3, p. 158.

342 MAILHÉ, François. *« Entre Icare et Minotaure, les notions de droit international privé de l'Union ». Dans : Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel. Paris / Madrid : L.G.D.J, 2018. n° 24, p. 1150.*

343 MAILHÉ, François. *« Entre Icare et Minotaure, les notions de droit international privé de l'Union ». Dans : Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel. Paris / Madrid : L.G.D.J, 2018. n° 24, p. 1150.*

344 BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle. *La codification du droit international privé français*. Paris : Defrénois, 2005, n° 114, p. 98-99.

Rome I relatif à la loi applicable aux obligations commerciales[345]. Vraisemblablement, la voie vers l'efficacité de la méthode de qualification autonome se situe entre la position de ceux qui regrettent l'insuffisance des qualifications autonomes et la position de ceux qui redoutent une « *autonomie excessive* »[346]. Afin de garantir la praticabilité et l'application uniforme du droit européen des conflits de lois en l'occurrence, il est nécessaire que certaines notions clés fassent l'objet d'interprétation autonome définie par la Cour de justice. Il doit s'agir des notions dont l'interprétation est nécessaire pour la mise en œuvre des dispositions du droit international privé de l'Union[347]. La définition autonome de la notion d'obligation contractuelle est ainsi nécessaire à l'application efficace d'un texte traitant des conflits de lois en cette matière. Après quoi, il reviendra au juge national de faire vivre cette délimitation autonome des contours de l'obligation contractuelle ainsi définie. Une situation peut ne pas relever du champ matériel de l'obligation contractuelle au sens du droit interne et, en raison de la présence d'un élément d'extranéité, être régie par le règlement Rome I. L'existence d'une obligation contractuelle, et partant de la matière contractuelle, exige « *un accord de volontés* »[348]. Pourtant, appréciée à l'aune des dispositions du règlement Rome I, cette situation pourrait alors être considérée comme relevant de la matière définie de manière autonome par la Cour de justice. Il s'agira alors d'appliquer à une situation que le droit interne ne considère pas comme relevant de la matière contractuelle, un régime juridique prévu pour cette matière. Cet effort demandé au juge national obéit à une cause noble : participer à l'application harmonieuse des règles de conflits de lois communes aux États membres. Les notions autonomes, nécessaires à la mise en œuvre du droit conflictuel européen en matière contractuelle, apparaîtraient alors moins comme « *des hybrides informes et sans âme, coupés de*

345 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022. Les auteurs regrettent que « *les qualifications dégagées pour les besoins de la compétence juridictionnelle (vente, prestation de services) ne recoupent pas exactement celles du droit des conflits de lois (dont l'éventail est plus large)* ».

346 MAILHÉ, François. *« Entre Icare et Minotaure, les notions de droit international privé de l'Union ». Dans : Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel. Paris / Madrid : L.G.D.J, 2018. n° 24, p. 1150.*

347 BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Dynamique interprétative de la Cour et codification européenne du droit international privé* ». Dans : FALLON, Marc, LAGARDE, Paul et POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009, n° 3, p. 158.

348 MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des obligations*. 17e éd. Paris : LexisNexis, 2023, n° 66, p. 65.

soutien naturel d'un ordre juridique à même d'en expliquer le sens et la portée »[349]. En somme, les qualifications ou interprétations autonomes de notions peuvent conduire, non pas à une concurrence, mais, à une fructueuse collaboration entre les juges communautaires et leurs homologues nationaux en vue de faire vivre le droit communautaire.

82. Toute cette réflexion portant sur l'interprétation autonome des notions nécessaires à la mise en œuvre du droit conflictuel vaut aussi pour l'OHADA même si elle ne dispose pas encore d'Acte uniforme relative aux règles de conflits de lois. Le droit uniforme qu'elle a entrepris de mettre à la disposition des États membres appelle logiquement une application uniforme dans tous ces États. Or, concernant le droit matériel uniformisé, M. Bernard ADOUKO nous fait observer que le cloisonnement des ordres juridiques nationaux (et en conséquence, celui de leurs juridictions) notamment, vis-à-vis des décisions de la CCJA fait planer un risque de « *multiplicité de versions nationales du droit uniforme et la résurgence des conflits de lois* »[350]. Si la qualification autonome s'avère nécessaire à la mise en œuvre d'un texte de droit matériel[351], elle le sera *a fortiori* pour le droit uniforme en matière de conflit des lois projeté par l'OHADA. Lorsqu'elle parviendra à se doter d'un tel texte, elle devra être très regardante quant à l'interprétation autonome des concepts contenus dans ce droit. Les qualifications nécessaires à la mise en œuvre du droit OHADA des conflits de lois ne devront pas se faire *lege fori* mais être déterminées de manière autonome par la CCJA et les juges nationaux devront s'en conformer. Cette collaboration entre les juges de la CCJA et ceux des États membres sera nécessaire à l'efficacité du droit conflictuelle de l'OHADA.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

83. L'analyse de la prévisibilité du droit résultant de la méthode conflictuelle révèle des insuffisances significatives, en particulier lorsqu'on compare les systèmes juridiques de l'OHADA et de l'UE. Contrairement à l'UE, qui dispose d'un cadre législatif établi pour les conflits de lois, l'OHADA ne bénéficie pas encore d'un texte dédié à cette problématique.

---

349 MAILHÉ, François. *« Entre Icare et Minotaure, les notions de droit international privé de l'Union ». Dans : Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel. Paris / Madrid : L.G.D.J, 2018. n° 24, p. 1150.*

350 ADOUKO, Bernard. *« Le droit uniforme africain et le droit international privé ».* Thèse : Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013, p. 55.

351 BOUSSOFARA, Anissa. *Le principe d'interprétation autonome dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Thèse : Université Côte d'Azur, 13 septembre 2019, p. 18 et s.

Conscientes du fait que l'absence de textes uniformes en matière contractuelle dans l'OHADA compromet la prévisibilité et la sécurité juridique pour les opérateurs économiques[352], les instances de l'OHADA ont entrepris d'adopter des règles de conflit de lois. Dans l'optique de l'adoption d'un tel texte, dans un futur que l'on espère proche, il convient de tirer avantage des bénéfices du règlement Rome I tout en évitant ses écueils. En effet, si ce texte est un acquis remarquable pour les États membres de l'UE, il reste que la complexité de la méthode conflictuelle et les divergences interprétatives entre les systèmes juridiques nationaux et supranationaux constituent des obstacles majeurs à la prévisibilité et à la sécurité juridique dans les relations contractuelles internationales. Il faudra donc tenir compte de cet aspect de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle au sein de l'OHADA.

84. La complexité de la méthode conflictuelle, qui repose sur de multiples critères de rattachement, entrave la prévisibilité des solutions juridiques. Ces critères, souvent basés sur des concepts juridiques en constante évolution, rendent également la mise en œuvre de cette méthode particulièrement ardue. Par ailleurs, la qualification des notions essentielles à la mise en œuvre du droit conflictuel nécessite une interprétation uniforme, indépendante des droits nationaux diversifiés. La Cour de Justice de l'UE, en définissant l'obligation contractuelle comme un « *engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »[353], met en lumière cette approche uniforme. Toutefois, cette interprétation peut conduire à des divergences entre les qualifications autonomes et celles du *lege fori*[354], ce qui nuit à la praticabilité de l'instrument communautaire en matière de conflits de lois. En conséquence, la primauté du droit de l'UE et de l'OHADA sur celui des États membres est essentielle pour résoudre ces divergences. En d'autres termes, en cas de conflit entre les qualifications nationales et supranationales, le *for* doit privilégier la seconde, comme l'a rappelé la Cour de Justice[355].

La qualification des notions nécessaires à la mise en œuvre du droit conflictuel présente des défis pour les parties et les juges. Déterminer si une relation relève de la matière

352 BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Thèse : Université de Bordeaux, 7 décembre 2021, n° 276-277, p. 316-317.

353 *CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91, pt. 15.*

354 MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J. p. 147 et s.

355 Ce principe de primauté a été rappelé par la Cour de justice précisément en matière de qualification : *CJCE, 14 octobre 1976, LTU c. Eurocontrol Aff.29-76, pt. 5. Rev. Crit. DIP 1977, p. 776, note G. A. Droz ; JDI 1977, p. 707, note A. Huet.*

contractuelle au sens du droit conflictuel est une difficulté majeure. Si un contrat existe, sa nature déterminera les critères de rattachement qui permettront de désigner le droit applicable en l'absence de choix des parties. Une définition claire et précise de ces éléments est donc essentielle pour garantir la prévisibilité du droit applicable.

85. Par ailleurs, dès lors que le contrat a été rattaché à un ordre juridique par le moyen de la méthode conflictuelle et les critères de rattachement, il devient essentiel d'aborder la mise en œuvre pratique du droit désigné par la règle de conflit. Cette application, riche en complexités, révèle de nombreux obstacles à chaque étape du processus, mettant en lumière les défis que doivent surmonter les juges et les parties prenantes.

CHAPITRE II.

L'APPLICATION DU DROIT DÉSIGNÉ PAR LA RÈGLE DE CONFLIT, UN PROCESSUS JALONNÉ DE MULTIPLES PÉRIPÉTIES

86. En présence d'un contrat de nature transfrontière, le réflexe qui s'impose est de recourir, à défaut de choix des parties, aux critères de rattachement objectif. Ayant pour finalité de déterminer les règles de fond qui régissent le contrat, cette démarche ne relève pas pour autant de l'automaticité. L'existence de certaines règles investies d'une impérativité est de nature à faire échec au raisonnement conflictuel. Les règles d'ordre public et les lois de police constituent l'essentiel des normes impératives en droit international privé. L'irruption de ces normes paralyse le jeu des règles de conflits de lois sur lesquelles elles prévalent. Par ricochet, c'est bien la prévisibilité du droit qui se trouve contrariée par ces dispositions impératives (**Section I**).

Par ailleurs, dans l'hypothèse même où le raisonnement conflictuel suivrait son cours normal, il peut aboutir à la désignation du droit d'un État autre que celui du juge saisi. L'application de cette loi peut représenter un véritable défi pour le juge (**Section II**).

SECTION I.

LA PRÉVISIBILITÉ DU DROIT CONTRARIÉE PAR LA PRÉVALENCE DE DISPOSITIONS IMPÉRATIVES

87. Le contrat transfrontière est assurément un des terrains d'expression par excellence de l'autonomie de la volonté[356]. Le droit du contrat international, encore plus que le droit du contrat interne, est caractérisé par un libéralisme poussé[357]. Les parties peuvent désigner d'un commun accord le droit applicable à leur contrat en le plaçant sous un ordre juridique même en l'absence de lien entre ce contrat et l'ordre juridique ainsi désigné[358]. Cependant, cette liberté n'est pas absolue. Mme Caroline COHEN illustre bien la limite de la permissivité du droit international, notamment en matière contractuelle[359].

Dans les développements qui suivent, il a été volontairement choisi de construire le raisonnement autour de la loi désignée par les parties. Cette hypothèse paraît idéale dans le cadre d'un contrat mettant différents ordres juridiques en concurrence. Il semble qu'elle offre plus de garanties aux parties relativement à la prévisibilité du droit applicable quand bien même ces garanties seraient amoindries par l'ordre public et la loi de police. Si ces deux catégories de règles substantielles peuvent évincer le droit désigné par les parties, il en va *a fortiori* de celle qui tirerait son autorité de l'existence d'un critère de rattachement objectif mis en œuvre par le juge[360]. C'est tout le raisonnement conflictuel qui est écarté au profit de ces deux catégories de règles. Cela s'illustre à travers l'impact décisif des dispositions impératives sur l'autonomie de la volonté dans les contrats transfrontaliers (**§1**). Au demeurant, une

356 BOUTHINON-DUMAS, Hugues. « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* ». RIDE. Association internationale de droit économique, 2001, Vol. t. XV, 3, n° 3, p. 339-373. Le contrat étant par définition un acte de prévision, les parties sont légitimes de vouloir minimiser autant que faire se peut, les aléas dus aux facteurs qui échappent à leur pouvoir de disposition.

357 MUIR WATT, Horatia. « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme* ». Dans : *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé actes du colloque organisé à Toulouse*, le 17 octobre 2008. *Dalloz*. 2009, p. 77-92.

358 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international*. 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, p. 214 : La loi d'autonomie peut apparaître à cet effet, comme un « *puissant facteur de prévisibilité et de sécurité juridique* ».

359 COHEN, Caroline. *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*. Thèse : Paris II, 11 décembre 2015, n° 412 et s., p. 412 et s.

360 L'article 21 du règlement permet au juge saisi d'écarter la loi désignée tant objectivement que subjectivement, si son application est manifestement incompatible avec son ordre public.

attention portée à ces règles impératives permet de constater qu'il existe une certaine proximité entre cette exception d'ordre public et les lois de police en matière internationale dans la mesure où, dans un certain sens, « *l'expression "ordre public" permet de désigner un objet comparable au mécanisme des lois de police* »[361]. Cette proximité, qui peut s'apparenter à une certaine ressemblance, tend à établir une forme de fongibilité entre les notions de dispositions impératives, de lois de police et de règles d'ordre public (**§2**). Cette confusion ajoute à la complexité du raisonnement conflictuel et nuit à la prévisibilité du droit, compliquant ainsi l'application des règles et rendant incertaine l'anticipation des conséquences juridiques des contrats.

§ 1. L'INCIDENCE DÉCISIVE DES DISPOSITIONS IMPÉRATIVES SUR L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LES CONTRATS TRANSFRONTALIERS

88. Il y a lieu de nuancer la portée de la liberté reconnue aux parties d'opter pour le droit de leur choix. Elles ne peuvent se soustraire par convention aux dispositions relevant des lois d'ordre public et des lois de police. De même que les règles d'ordre public restreignent la liberté contractuelle (A), les lois de police imposent également des limitations à cette liberté (B).

A. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE RESTREINTE PAR LES RÈGLES D'ORDRE PUBLIC

89. Il y a lieu de nuancer la portée de la liberté reconnue aux parties d'opter pour le droit de leur choix. Elles ne peuvent se soustraire par convention aux dispositions relevant des lois de police ni celles qui sont d'ordre public. En droit international privé, ces deux concepts renvoient à des mécanismes qui, par dérogation aux règles de conflits de lois, permettent de désigner des règles substantielles applicables au contrat. On parle de « *mécanisme des lois de*

361 RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006, n° 7, p. 5.

police d'une part »[362], et d'autre part, de « *mécanisme d'ordre public* »[363]. Le mécanisme d'ordre public en matière internationale est aussi désigné sous l'appellation « *d'exception d'ordre public* »[364]. Ce mécanisme « *permet de soustraire le contrat à la loi étrangère, malgré sa compétence. Ici, l'ordre public du for tient en échec, non pas comme en droit interne, une stipulation contractuelle, ni comme avec les lois de police, la règle de conflit, mais bien à mi-chemin, la loi substantielle désignée par la règle de conflit et applicable à la stipulation contractuelle* »[365]. L'exception d'ordre public a été consacrée par la convention de Rome en son article 16 et réaffirmée par l'article 21 du règlement Rome I. Ces deux dispositions qui sont demeurées identiques disposent que « *l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ».

90. Ainsi que l'a rappelé M. de VAREILLE-SOMMIÈRES, si « *dans l'Europe du contrat, l'ordre public forme le pendant de l'autonomie de la volonté* »[366], il convient néanmoins, de distinguer en matière d'ordre public afférent au contrat, la forme que prend cette exception en droit international de celle propre au droit interne. En droit interne, l'exception d'ordre interne est constituée de règles et des valeurs,[367] dont l'ordre juridique interne d'un État, ne permet pas de déroger par convention[368]. Cela étant dit, l'exception d'ordre public peut bien intervenir en matière de contrats internationaux. En effet, à partir du moment où un contrat est soumis à la loi d'un État déterminé par la méthode conflictuelle, les dispositions impératives de cet

362 RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006, p. 178 et s. sur la notion de valeur.

363 JEAUNEAU, Adeline. *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*. Thèse : Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 23 octobre 2015, n° 15, p. 16-17. L'auteure affirme à propos du mécanisme d'ordre public que « *Il convient cependant de garder à l'esprit que l'étiquette « ordre public » ainsi apposée sur tel ou tel phénomène de droit positif l'est, non pas pour dénoter ce qui serait l'essence de ce dernier, mais uniquement parce que l'usage le veut ainsi* ».

364 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. *L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère* (Volume 371). Dans : *RCADI*, 3 janvier 2015.

365 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum.* Paris : Defrénois, 2005, n° 5, p. 395.

366 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum.* Paris : Defrénois, 2005, n° 2, p. 394.

367 Voir l'intitulé même de la thèse de M. RÉMY, Benjamin : *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé.* Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006

368 MALAURIE, Philippe. *Les contrats contraires à l'ordre public : étude de droit civil comparé*. Thèse, France : Université de Paris (1896-1968), 1951, n° 100-102, p. 70.

ordre juridique s'imposent aux contractants[369]. À titre d'illustration, M. de VAREILLES-SOMMIÈRES précise qu'en France il était déjà admis, « *sous l'empire de la Convention de Rome, la contrariété à l'ordre public international français des lois étrangères insuffisamment libérales quant à la validité des clauses monétaires dans les contrats internationaux* »[370]. Cela signifie que si une loi étrangère impose des restrictions excessives sur les clauses monétaires dans un contrat, rendant ces clauses inacceptables selon les standards français, cette loi peut être écartée. Par ailleurs, d'autres dispositions s'imposant aux contractants sont qualifiées de lois de police.

B. LES LOIS DE POLICE LIMITANT LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DES PARTIES

91. Pour mieux comprendre l'impact des lois de police, il est utile d'examiner d'abord leur définition et le contexte de leur application (1), puis leur évolution et application dans le cadre européen (2), et enfin des illustrations nationales et communautaires (3).

1. La Définition et le contexte des lois de police

92. La notion de loi de police a fait l'objet d'une définition notoire proposée par Phocion FRANCESCAKIS : « *Les lois de police sont les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ; leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation* »[371]. Cette idée qu'une loi de police puisse restreindre la portée de la clause d'*electio jure* était formulée en substance à l'article 3-3 de la convention de Rome dans les termes qui suivent : « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, 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"* ». À la lecture de ladite convention, l'on peut remarquer que ses rédacteurs font référence à la notion de loi de police sans pour autant la

369 LAGARDE, Paul. « *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* ». *RIDC*, 1960, Vol. 12, n° 4, p. 864-866.

370 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*. Paris : Defrénois, 2005, n° 10, p. 397 : La solution existait déjà en France avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (V. Cas. civ., 12 juin 1950, Rev. Crit. DIP, 1950, p. 609, note H. Batiffol ; D., 1951, jur. p. 749, note J. Hamel ; S., 1952, 1. p. 1, note J.-P. Niboyet ; JCP G, 1950, II, 5812, note J.-P. Lévy. ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris : Dalloz, 2006, n°22, p. 209-211.

371 FRANCESCAKIS, Phocion. « *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois* ». *Rev. Crit. DIP*. 1966.1 et s.

nommer. Ils n'en font également pas usage dans le texte de l'article 7 pourtant intitulé « *lois de police* »[372]. *A fortiori,* la convention ne propose pas de définition de la notion de loi de police. Par ailleurs, la convention fait état de « *dispositions impératives* » qu'elle ne définit pas davantage. Elle n'apporte pas non plus des éléments de compréhension de ladite notion. Cependant, ces manquements que l'on peut imputer aux rédacteurs de la Convention de Rome ne devraient pas occulter la volonté clairement affichée d'empêcher les contractants de se soustraire à certaines dispositions auxquelles le législateur national n'a pas assorti d'une permissivité compatible avec la liberté qui caractérise les contrats internationaux.

2. L'évolution et l'application des lois de police dans le cadre européen

93. Il a fallu attendre le règlement Rome I pour voir la notion de loi de police définie dans un texte de l'UE. Ainsi, aux termes de l'article 9-1 du règlement « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». Avec une telle définition, le règlement semble reprendre aussi bien les justifications de fond de la loi de police telle que définie ci-dessous par Monsieur FRANCESCAKIS, que le mode d'application unilatérale qui caractérise cette notion[373].

94. Allant au-delà de la convention de Rome, le règlement Rome I réaffirmant en son article 3-1 le principe de la loi d'autonomie, l'assorti d'une double réserve au titre de la loi de police. Dans un premier temps, l'article 3-3 du règlement Rome I dispose que « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ». Un contrat dont tous les éléments seraient localisés dans un seul État peut-il être qualifié d'international et de ce fait, autoriser les parties à choisir

372 L'article 7 de la convention de Rome intitulé « *Lois de police* » : « 1. *Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.*

2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

373 LAGARDE, Paul. « *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* », Rev. Crit. DIP 2006, 331.

une loi étrangère comme *lex contractus* ? La réponse à une telle question ne peut, à notre sens, qu'être négative. Pour cause, dans cette hypothèse, il y aurait manifestement défaut d'éléments d'extranéité dès lors que tous les éléments d'un contrat dont entre autres, l'établissement des parties, le lieu de sa conclusion et de son exécution, sont localisés sur le territoire d'un seul et même État. Ce contrat ne serait que purement interne à cet État. Aussi, par l'article 3-3, le règlement permet aux États membres de faire prévaloir leurs dispositions qui n'étant pas supplétives de volonté[374], ne peuvent souffrir de dérogation de la part des contractants. En d'autres termes, le règlement semble consacrer la prévalence de ces dispositions impératives considérées comme des lois de police, sur le droit étranger désigné par les contractants. Notons que si certains y ont vu un dispositif qui « *sanctionne l'internalisation artificielle du contrat purement interne* »[375], force est cependant de constater que le règlement qui se montre plus mesuré, n'invalide pas la clause d'*electio jurée,* mais se contente de la priver d'effets, notamment pour les questions relevant de dispositions impératives de l'État où tous les éléments du contrat se localisent. Malgré cette réserve que le droit communautaire apporte à la portée de la loi d'autonomie, l'article 3-3 prévoit de manière implicite la possibilité pour les parties de procéder au choix d'une loi, alors même que leur contrat serait purement interne. Le règlement n'interdit pas qu'un contrat purement interne fasse l'objet d'un choix de loi sous réserve de l'existence des dispositions impératives du pays auquel le contrat est exclusivement rattaché. Si cette interprétation venait à être confirmée notamment par la Cour européenne de justice, il s'agirait là d'une véritable innovation pour certains États membres où un contrat purement interne ne pouvait échapper par simple stipulation à la souveraineté de l'ordre juridique. Dès lors, il convient d'examiner des illustrations nationales et communautaires pour mieux comprendre l'application et l'impact de ces lois de police.

374 D'AVOUT, Louis. « *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I* ». *D.* 2008, n° 11, p. 2165. C'est ce caractère impératif implique corrélativement qu'une règle de droit ne soit pas supplétive de volonté.

375 MOUSSERON, Jean Marc, RAYNARD, Jacques et AMY, Thérèse-Anne (dir.). *Droit du commerce international : droit international de l'entreprise.* 4e éd. Paris : LexisNexis, 2012, p. 91.

3. Les illustrations nationales et communautaires

95. À titre d'illustration, en Italie, pour une doctrine majoritaire, « *deux contractants italiens, qui concluent un contrat à réaliser en Italie (par conséquent, un contrat sans critères de liens avec d'autres États) ne peuvent soustraire le contrat à l'application de la loi italienne* »[376].

En droit français, la réponse n'est pas si tranchée. Une première piste est offerte par l'article 6 du Code civil qui dispose qu'on « *ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». L'article 1102 du Code susvisé, issu de la réforme du droit des contrats, ajoute que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». De ces deux dispositions, il transparaît qu'une disposition d'ordre public est impérative et non supplétive de volonté. Toute la question est alors de savoir si les règles du droit français des contrats sont impératives ou simplement supplétives de volonté. L'article 1102 du Code civil précité semble apporter à cette question une réponse frappée du sceau du classicisme. La liberté contractuelle est le principe et sa restriction en vertu de l'ordre public doit être exceptionnelle. Mais quelle est donc la marge de liberté que le droit français des contrats réserve aux contractants ? Sont-elles autorisées à écarter la loi nationale en principe applicable à un contrat purement interne en faveur d'une loi étrangère ? Il ne saurait être question ici de faire l'inventaire des dispositions de ce droit qui sont impératives parce que d'ordre public, et celles qui, étant supplétives de volonté, peuvent être écartées par les parties en faveur d'un droit étranger[377]. Néanmoins, nous pouvons citer l'article 1104 du Code civil qui dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* »[378]. Cela étant dit, il importe de préciser qu'à l'occasion d'une affaire

376 ALPA, Guido. « *Autonomie des parties et choix de la loi applicable au contrat "national"* ». *RIDC,* 2014, Vol. 66, n° 1, p. 33-51.

377 SYMEONIDES, Symeon C. « *L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux* ». *Rev. Crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2013, Vol. 4, n° 4, p. 807-842. L'auteur présente ainsi la latitude des parties quant à la désignation du droit applicable « *Il est possible de visualiser le champ de l'autonomie de la volonté et celui de la loi choisie comme deux cercles concentriques, l'un étant externe et l'autre interne. Le cercle représentant la loi choisie (cercle interne) ne peut être plus large que le cercle représentant l'autonomie de la volonté, mais il peut coïncider avec ce dernier ou être plus petit. Sous réserve de cette limite, la taille exacte de l'intérieur du cercle dépend de la formulation et de l'interprétation de la clause de choix de la loi. Si la clause n'en dispose pas autrement, l'intérieur du cercle coïncide avec l'extérieur. L'article 9 devrait être entendu comme étant limité à ce dernier scenario* ».

378 Ci-après dressée, une liste non exhaustive de dispositions du code civil qui sont d'ordre public :

… / …

Arblade[379], la Cour européenne de justice s'est estimée habilitée à contrôler les conditions d'application de ces dispositions impératives de source nationale, à titre de lois de police[380]. En effet, ces dispositions pourraient être tolérées par la Cour à la double condition qu'elles poursuivent un but d'intérêt général légitime, et que les contraintes auxquelles les parties sont soumises ne soient pas disproportionnées par rapport à cet objet[381]. C'est donc à ces deux conditions qu'une règle de droit interne, même considérée comme impérative dans son ordre juridique, peut prévaloir sur la *lex contractus* désignée dans un contrat intracommunautaire.

96. Au demeurant, même si l'on tenait pour acquis que tout le droit français des contrats n'est pas d'ordre public, la liberté contractuelle ne saurait autoriser les contractants à l'écarter en bloc au profit du droit des contrats d'un autre État. Moult dispositions tant du droit commun que du droit spécial des contrats s'imposent aux parties. Il n'est donc pas surprenant de lire sous la plume de Henri BATIFFOL que « *si la clause de détermination de la loi applicable est admise dans tous les contrats, même purement internes, il n'y a plus de lois impératives* ». C'est en considération de cette nécessité juridique, et pour des raisons fort logiques que certains auteurs affirment « *que le choix de la loi applicable par les parties ne saurait s'exercer qu'à l'égard de contrats qui présentent*

- Article 1102 : Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ; La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.
- Article 1171 : Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ; L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.
- Article 1210 : Les engagements perpétuels sont prohibés ; Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.
- Article 1231-5 : Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ; Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ; Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent ; Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite ; Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.
- Article 1216 : Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ; Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte ; La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité.

379 CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, affaires jointes C-369/96 et C-376/9.

380 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. 10° éd, p. 95.

381 CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, Rev. Crit. DIP 2000.7 10, note Fallon.

un caractère international »[382]. Sur une tonalité plus catégorique, M. Vincent HEUZÉ observe que « *pour éviter toujours, une atteinte trop grave puisse être portée à l'autorité de "la" loi, on admet presque universellement que les parties ne disposeraient de la liberté de choisir le droit applicable à leur accord que lorsque celui-ci entretiendrait les liens avec plusieurs ordres juridiques différents et aurait ainsi la nature de contrat international* »[383]. Les exemples italiens et français montrent bien que si le règlement Rome I entrevoit l'idée qu'un contrat purement interne puisse faire l'objet d'une internalisation artificielle ou subjective, faisant ainsi échec aux dispositions même purement supplétives du droit interne, les droits nationaux ne reflètent pas forcément une telle permissivité[384].

97. Pour renforcer cette idée, le règlement reprend les dispositions 3-3 de la convention de Rome et énonce en son article 3-4 que, « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telle que mises en œuvre par l'État membre du for* ». En désignant le contrat dont « *tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres* ». Le règlement introduit la notion de « *contrat intracommunautaire* » qu'elle se garde de nommer expressément[385]. La qualification intracommunautaire se justifierait par le fait que les éléments essentiels du contrat à savoir le domicile des parties, le lieu de signature, le lieu d'exécution des obligations caractéristiques sont localisés dans l'espace géographique de l'UE. Comme expliqué plus haut, dans l'hypothèse où tous ces éléments ne se rattacheraient qu'à un seul État membre, ce contrat, manquant d'élément d'extranéité, ne saurait être qualifié d'international, et encore moins d'intracommunautaire. Un contrat intracommunautaire est avant tout un contrat international. Une troisième hypothèse est celle dans laquelle le contrat est bien international, mais ses éléments essentiels se localisent dans un État membre et un État tiers. Ce contrat

382 JACQUET, Jean-Michel. *Contrats, Rép. dr. int.* : D., décembre 1998, n°84. L'auteur cite les références suivantes : Cass. 1re civ., 19 janv. 1976, JDI 1977. 651, note A. Lyon-Caen ; V. HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, note 101, p. 134.

383 HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, n°256, p. 132.

384 MUIR WATT, Horatia. « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme* » *dans* La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008. *Dalloz*. 2009, p. 77-92, spéc. p. 81-82.

385 MOUSSERON, Jean Marc, RAYNARD, Jacques et AMY, Thérèse-Anne (dir.). *Droit du commerce international : droit international de l'entreprise*. 4e édition. Paris : LexisNexis, 2012, p. 221.

ne sera assurément pas qualifié d'intracommunautaire. À cette catégorie de contrat, la convention de Rome et le règlement Rome I appliquent la loi de police issue de la législation communautaire[386]. En effet, une loi de police peut émaner « *des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre* » dont le juge est saisi de l'affaire. Il s'agit là d'une loi de police de source communautaire transposée dans le droit interne de l'État membre. Ce schéma renvoie aux régimes de directives de l'UE[387]. Il convient ici de préciser que le règlement n'invalide pas le choix des contractants exprimé en faveur du droit d'un État tiers. Ce choix reste bien valable[388]. Tout simplement, une telle stipulation ne saurait écarter les dispositions impératives de l'État membre dont le droit serait applicable, *a fortiori* lorsque ces dispositions sont d'origine communautaire[389].

98. L'incidence décisive des lois de police se manifeste clairement dans certaines règles de droit européen dérivé, qui, en raison de leur objet, se sont vues attribuer cette qualité après leur transposition dans les droits internes des États membres de l'UE. Ainsi, en vertu de l'article 4-3 du règlement Rome I, ces dispositions considérées comme des lois de police s'imposent aux parties nonobstant le choix d'une loi étrangère. C'est, semble-t-il, à la Cour européenne de justice que l'on doit ce lien entre l'article 4-3 du règlement Rome I et le droit issu des directives européennes. En effet, dans l'arrêt *Ingmar*[390] dans laquelle étaient en cause les articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. En l'espèce, le contrat destiné à être exécuté sur le territoire d'États européens liait un agent commercial résidant dans l'UE et une société établie aux États-Unis. Les parties avaient désigné comme *lex contractus* le droit californien. Après la rupture du contrat, il aurait

386 POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine. « *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire* », Trav. Com. Fr. DIP, 16e année 2002-2004, p. 65 et s.

387 Les directives sont des actes normatifs qui fixent des objectifs à tous les pays de l'UE. Toutefois, chaque pays est libre d'élaborer ses propres mesures pour les atteindre. Ainsi, la directive sur les droits des consommateurs interdit les frais et les coûts cachés sur internet et étend le délai durant lequel les consommateurs peuvent se rétracter et annuler un contrat de vente via https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_fr

388 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n° 346, p. 255.

389 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021 n° 346, p. 255.

390 CJCE, 9 novembre 2000, Ingmar, Aff. C-381/98, Rev. Crit. DIP. 2001, 54, note L. Idot.

été légitime d'envisager que la demande en indemnisation de l'agent commercial soit jugée selon le droit californien désigné. Or, saisie d'un recours préjudiciel portant sur l'interprétation des articles 17 et 18 de la directive précitée, la Cour de justice retint que ces dispositions *« qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays ».* À titre de précision, dans l'affaire *Ingmar*, le contrat n'était pas tout à fait intracommunautaire en ce sens que l'une des parties était établie aux États-Unis. Ainsi, l'affirmation de la primauté du droit communautaire transposé dans l'ordre interne des États membres sur le droit étranger pourtant choisi par les contractants semble, à quelques égards, défendable. Cette position pourrait se justifier par la volonté de l'UE de sauvegarder à la fois son organisation politique, sociale, ou économique, et celle de ses États membres. Si dans une hypothèse de concurrence entre le droit d'un État tiers désigné par les contractants et une règle de droit impérative d'origine communautaire, une telle explication semble logique, l'affaire *Unamar*[391] vient quelque peu complexifier le régime du droit impératif communautaire.

99. Dans cette affaire, il s'agissait de la relation entre un agent belge, *Unamar,* et un commettant bulgare, NMB, portant sur l'exploitation du service de transport maritime régulier par conteneurs de NMB. Les parties avaient désigné le droit bulgare écartant ainsi une éventuelle applicabilité du droit belge. Or, ces deux droits avaient transposé la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. La loi belge est cependant plus favorable à l'agent que la loi bulgare. Par ailleurs, le droit belge confère à ses dispositions sur les agents commerciaux un caractère impératif en les qualifiant de lois de police. Aussi, les juges communautaires étaient appelés à répondre à la question qui suit : le juge belge, saisi d'un contentieux né d'un tel contrat, pouvait-il faire fi du choix du droit bulgare de transposition désigné comme *lex contractus* par les parties, et faire application du droit belge transposant la même directive ? En l'espèce, la Cour européenne de justice a dit pour droit que « *les articles 3 et 7, paragraphe 2, de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouvertes à la signature à Rome le 19 juin 1980, doivent être interprétés en ce sens que la loi d'un État*

391 CJUE 17 oct. 2013, Aff. C-184-12, *United Antwerd Maritime Agencies (Unamar), Navigation maritime Bulgare*.

membre de l'UE qui satisfait à la protection minimale prescrite par la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale, peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre État membre, en faveur de la lex fori pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier État membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'État du for a jugé essentiel, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives ». Elle répond ainsi par l'affirmative à la question qui lui était posée.

En admettant l'éviction du droit bulgare, *lex contractus* convenue par les parties, au profit du droit belge offrant une protection plus accrue à l'agent commercial, la Cour apporte un élément nouveau à la construction de l'édifice de la loi de police communautaire. En revanche, cette décision ébranle encore plus la certitude et la prévisibilité du droit applicable qu'est censée garantir la loi d'autonomie.

100. Au regard des développements qui précèdent, il apparaît que les notions de dispositions impératives, lois de police et règles d'ordre public peuvent parfois sembler interchangeables, tant dans leur application que dans leur impact sur les contrats transfrontaliers. Autrement dit, il existe une certaine fongibilité entre ces concepts

§ 2. LA FONGIBILITÉ ENTRE LES NOTIONS DE DISPOSITIONS IMPÉRATIVES, LOIS DE POLICE ET RÈGLES D'ORDRE PUBLIC

101. Ainsi qu'il a été précédemment exposé, des règles substantielles peuvent évincer tout le raisonnement conflictuel non pas en raison de leur nature matérielle, mais du fait de leur caractère impératif. Ces règles substantielles, qui ne sont pas forcément connues des parties lors de la conclusion du contrat, sont tantôt qualifiées de « *lois de police* », tantôt « *d'ordre public* ». Cependant, le lecteur attentif des développements précédents aura assurément noté la fongibilité qui semble exister entre les notions de dispositions impératives, de lois de police et les dispositions d'ordre public. Cette confusion entre ces différentes notions est inhérente aux termes employés tant au sein de la convention et du règlement de Rome que par le juge communautaire notamment dans l'arrêt *Ingmar* précité. L'usage qui y est fait de la notion de dispositions impératives, en l'occurrence de source communautaire, et la portée qui a été

accordée à ces dispositions ont pu donner le sentiment à la majorité de la doctrine qu'une règle de droit dérivé revêtue du caractère impératif devait être considérée comme « *véritable loi de police européenne* »[392]. Pourtant M. Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES propose une lecture de l'arrêt *Ingmar* en termes d'ordre public et non de lois de police[393]. En effet, selon cet auteur, le droit dérivé exprimé par les directives, participe de la mise en place d'un ordre public européen auquel les contractants ne sauraient se soustraire dès lors que le contrat a un lien suffisant avec l'Union. Un tel raisonnement particulièrement convaincant, s'appliquerait bien au droit interne français. Nous avons vu avec les articles 6 et 1102 du Code civil français que les dispositions impératives du droit des contrats auxquelles les parties ne peuvent déroger par convention sont dites « *d'ordre public* ». Or, de la notion de « *disposition impérative* », il a été déduit la qualité de loi de police au sens du droit international privé. L'on est donc passé de la disposition d'ordre public, donc impérative, à une règle de droit relevant de la loi de police.

Cette notion désigne en droit français l'ensemble des règles de droit qui ne peuvent être écartées par une convention ou un comportement parce qu'elles revêtent un caractère essentiel au regard de la moralité et de la sécurité juridique (articles 6 et 1102 du Code civil)[394]. Elle est également définie comme l'ensemble des normes directives qui, exprimées ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens, l'ordre public englobe les bonnes mœurs) à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle)[395].

102. À la lecture de ces éléments de définitions, il est difficile d'affirmer de façon ferme la netteté de la ligne de démarcation entre les notions d'ordre public et de loi de police en droit interne français. Toutes deux renvoient à des règles jugées impératives, et toutes deux visent à établir ou garantir un ordre social, économique et partant politique.

---

392 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé.* 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023, p. 173.

393 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum.* Paris : Defrénois, 2005, p. 365 s.

394 PUIGELIER, Catherine. Dictionnaire juridique, Larcier, 2015, p. 695-696.

395 CORNU Gérard. Vocabulaire juridique, 12e éd., PUF, 2016, p. 721.

La transposition de ces deux mécanismes dans l'ordre international, notamment communautaire, n'a rien arrangé à ce « *désordre conceptuel* »[396]. Héritant de cette confusion entre ces deux notions, le droit international privé n'a pas su se doter, en ce domaine, de terminologie spécifique[397]. En effet, diverses tentatives de définition de l'ordre public en droit international privé « *ont cédé à la tendance naturelle à le ramener à des notions connues afin de mieux l'identifier* »[398]. Ce qui n'a fait que faire perdurer le « *désordre conceptuel* » en la matière.

103. Nonobstant le caractère imprécis de la ligne de démarcation entre ordre public et loi de police, ces deux mécanismes se distinguent de façon certaine par leur mode de fonctionnement respectif en droit international privé. L'exception d'ordre public est un moyen dont le juge ou les parties disposent pour évincer une solution qui « *à la rigueur des principes, devrait être consacrée […] parce qu'elle est contraire à l'ordre public tel que le conçoit le droit international privé* » du for. S'il s'agit d'une disposition participant de l'ordre public de directive, sanctionnée par une nullité absolue, l'éviction de la loi étrangère pourtant désignée par les parties n'en serait que stricte. Or, le mécanisme de loi de police « *court-circuite* » en quelque sorte le raisonnement conflictuel. Le juge, à partir de la qualification de la matière en cause, identifie d'emblée les faits comme relevant d'une loi de police. De ce fait, il sursoit à l'application des règles de conflit de lois, auxquelles appartient l'autonomie de la volonté, pour appliquer immédiatement la règle relevant de la loi de police[399]. C'est en cela que la règle de police est dite « *règle d'application immédiate* »[400].

104. En tout état de cause, quelles que soient les qualifications qui leur sont attribuées (loi de police ou règle d'ordre public), les dispositions impératives du droit communautaire ou du

396 POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine. « *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire* », Trav. Com. Fr. DIP, 16e année 2002-2004, p. 65-116

397 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023, p. 356.

398 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023, p. 356.

399 RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006, n° 6 et s. p. 4 et s. Toutes deux impératives, l'une (la règle d'ordre public) conduit à écarter la *lex contractus* en raison surtout des conséquences de son application, et l'autre (la loi de police) permet au juge de faire fi de la *lex contractus* par cela même qu'il existe une règle impérative applicable en l'espèce.

400 NORD, Nicolas. *Ordre public et lois de police en droit international privé*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg) (1971-2008), 1 janvier 2003. n°322, p° 175. JEAUNEAU, Adeline. *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*. Thèse : Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 23 octobre 2015, n°24, et s. p., 26 et s.

droit interne paralysent à un moment ou à un autre le mécanisme conflictuel[401]. Ces dispositions ayant ainsi vocation à mettre en échec le droit désigné par les parties en constituent une réserve sérieuse que les parties doivent anticiper au moment de leur choix. À défaut d'une telle anticipation, les avantages de prévisibilité et de sécurité juridique que présente la loi d'autonomie pourraient s'avérer bien relatifs.

105. Par ailleurs, le caractère prévisible du droit applicable pourrait également être relativisé par le renvoi au droit étranger. En effet, en dehors des hypothèses où le droit applicable en vertu de la méthode conflictuelle, est celui de son ordre juridique, le juge saisi d'un litige en matière de contrat transfrontalier, sera potentiellement amené à appliquer le droit d'un autre État. Le règlement Rome I ayant une portée universelle, les règles de conflits qu'il contient peuvent conduire à la désignation du droit de quelque État que ce soit. L'application d'un droit qui lui est étranger comporte pour le juge des véritables défis[402] qu'il faudra apprécier.

SECTION II.

LES DÉFIS DE L'APPLICATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

106. Du point de vue du droit français, aux termes de l'article 12 du CPC, *« le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »*[403]. Encore faudrait-il identifier ces règles de droit. Pour les affaires soulevant un conflit de lois du fait de leur caractère international, le juge aura ainsi recours au droit international privé et en l'occurrence, aux règles de conflit de lois. Cependant, aussi utiles que puissent être les règles de conflit de lois, il reste qu'elles se limitent à désigner l'ordre juridique étatique dont les règles devront être appliquées. Le

401 ARCHER, Delphine. *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats : Étude de conflits de lois*. Thèse : Cergy-Pontoise, 1 janvier 2006, p. 36.

402 SOLENIK, Daria. *La loi étrangère dans le contentieux judiciaire européen*. Thèse : Université de Lorraine, 26 octobre 2012, p. 28 et s.

403 Ce texte dispose que « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ; Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ; Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

résultat de la mise en œuvre des règles de conflit de lois est de ce fait critiquable à plus d'un titre. Il l'est d'une part, parce qu'entre la désignation d'un ordre juridique et la mise en œuvre définitive des règles de droit applicables, les parties sont généralement confrontées à de multiples contingences. Ces considérations qui touchent à l'identification des règles de fond en vigueur et à leurs conditions de mise en œuvre posent la question de l'application effective du droit étranger désigné (**§ I**). D'autre part, ce droit étatique prévoyant rarement des règles spécifiques aux relations contractuelles transfrontalières, les contrats transfrontaliers se verront appliquer, *in fine*, les mêmes règles que celles prévues pour les contrats purement nationaux. L'idée qu'un contrat international soit régi par les règles nationales prévues pour les rapports de droit naissant et s'exécutant dans l'ordre national, peut paraît discutable. Cela soulève la question de l'adaptabilité du droit interne des contrats aux rapports transfrontaliers (**§ II**).

§ 1. L'ÉPINEUSE QUESTION DE L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT ÉTRANGER DÉSIGNÉ

107. Aborder le sujet de l'application effective du droit étranger conduit à s'interroger sur l'autorité de ce droit à l'égard du juge. Est-il tenu d'en faire application ? En réalité, l'autorité de la loi étrangère applicable est le corollaire de celle de la règle de conflit de lois (A). C'est bien parce que le juge est tenu d'appliquer, en amont, les règles de conflit de lois qu'il est ensuite tenu d'appliquer la loi étrangère désigné dont il devra établir la substance (B).

A. L'AUTORITÉ DE LA LOI DÉSIGNÉE TRIBUTAIRE DE CELLE DE LA RÈGLE DE CONFLIT DE LOIS

Certes, la loi étrangère s'impose au juge dans la mesure où la règle de conflit de lois le lie (**1**). Mais, en réalité, comment la loi qui lui est totalement étrangère pourrait-elle lier le juge autant qu'une loi française ? La connaissance de la loi étrangère par le juge français n'est pas une réalité certaine. Aussi, est-il compréhensible que même si elle est désormais considérée comme une règle de droit au même titre que le droit du *for*, l'autorité de la loi étrangère est toujours limitée (**2**).

1. Le juge tenu par la règle de conflit de lois

108. Henri MOTULSKY faisait remarquer que « *si le passage de frontière est, en principe, de nature à priver la loi étrangère de son caractère impératif, le jeu de la règle de conflit a justement pour effet de lui restituer ce caractère* (…) *l'impératif de la règle de conflit soumet le litige à l'impératif de la loi applicable* »[404]. Ainsi, le droit étranger tire son autorité de celle de la règle de conflits de lois en vertu de laquelle il a été désigné[405]. À défaut d'un tel principe, l'office du juge en cas de droits disponibles renverrait à la faculté du juge de faire prévaloir le droit français sur le droit étranger, y compris en ignorant le droit conventionnel, voire celui de l'UE. En effet, en retenant que le juge n'est pas tenu de faire application de la règle de conflit de lois émanant d'un texte supranational, et partant de la loi étrangère désignée par cette règle, n'est-ce pas en définitive priver cette convention de ses effets ? Un bref survol de l'évolution de la jurisprudence française relative à l'autorité des règles de conflits de lois permettra une meilleure compréhension de ces problématiques.

109. En 1990, la Cour de cassation dans un arrêt *Coveco*[406] avait semblé disposée à garantir le caractère impératif de la règle de conflit de lois d'origine conventionnelle. Pourtant, les juges du fond avaient fait application du droit français. En cassation, la société *Coveco* leur fait grief de s'être prononcés au regard de la loi française au motif que la plaignante n'a invoqué aucune autre règle de droit. Le pourvoi estime que les juges auraient dû rechercher l'applicabilité du droit néerlandais conformément aux articles 12 du Code de procédure civile et 3 du Code civil[407] et en vertu des principes de droit international privé. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif entre autres, que les parties « *n'ont pas invoqué sur ce point d'autres lois que celles*

404 Cité dans FOYER, Jacques (dir.). « *Loi française et loi étrangère* ». Dans : *La loi : bilan et perspectives. [Colloque organisé par l'Institut d'études judiciaires de l'Université de Paris XIII les 18 et 19 février 2004],* Paris : Economica, 2005, p. 84.

405 BURUIANĂ, Monica-Elena. *L'application de la loi étrangère en droit international privé.* Thèse : Université de Bordeaux, 25 mai 2016. n° 166, p. 95.

406 Civ. 1re, 4 décembre 1990, ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.* Paris : Dalloz, 2006, n° 70-72, p. 581. En l'espèce, la société *Vesoul transports* a été choisie par la société *Transports affréteurs de la Sienne* pour transporter, par route, des Pays-Bas en Espagne un chargement de viande vendu CAF par la société néerlandaise *Coveco* à la société *Jamones* Sala. La marchandise a été refusée pour l'entrée en Espagne lors du contrôle sanitaire. L'action en réparation exercée par la société *Coveco* est déclarée irrecevable par la cour d'appel de Besançon.

407 Art. 3 du Code civil : « *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ; Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». Présente au Code civil depuis 1904, cette disposition consacrée aux conflits de lois dans l'espace, constitue l'une des bases du droit international privé français.

spécialement tirées du droit français en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où la société Coveco avait la libre disposition de ses droits ». Lu *a contrario*, il ressort de cet arrêt, que l'on ne saurait tenir rigueur aux juges du fond de n'avoir pas vérifié d'office l'applicabilité du droit étranger au fond du litige dès lors que les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement prévues par le droit français qui plus est, en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où les plaideurs jouissaient de la libre disposition de leurs droits[408]. Certains auteurs, ont pu voir dans cette jurisprudence l'affirmation du caractère obligatoire de l'application d'office de la règle de conflit de lois conventionnelle par le juge[409]. Toutefois, l'arrêt *Sociétés Mutuelle du Mans*[410] est venu clairement infirmer cette lecture en retenant que, nonobstant l'existence d'une convention internationale, le juge n'est pas tenu d'en faire application d'office si les parties se gardent de l'invoquer.

110. Afin de clarifier cette situation, un projet français de droit international privé a été commandé le 24 juillet 2018 et remis à la Chancellerie le 31 mars 2022[411]. Ce projet a été présenté le 5 janvier 2023, par le garde des Sceaux au cours d'une conférence de presse[412]. L'article 9 de ce projet semble consacrer la thèse selon laquelle le juge est tenu de faire application des règles de conflits de lois et partant, du droit désigné par elles. L'article 9,

---

408 HAMMJE, Petra, MUIR WATT, Horatia et LAGARDE, Paul. *« III. — Conflits de lois »*. *Rev. crit. DIP*. Paris : Dalloz, 2010, Vol. 2, nº 2, p. 344-360, spec. Paragraphe 14 et s.

409 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *« Libre disponibilité des droits et conflits de lois »*. Paris : L.G.D.J, 1996., n° 48, p. 48.

410 Cass. civ. 1re, 26 mai 1999, ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris : Dalloz, 2006, n° 77. La jurisprudence Soc. Mutuelle du Mans précitée, la Cour de cassation opère un revirement de principe. Les faits qui ont présidé à cette décision étaient les suivants. La société Armoricaine (ARMO) fournit à M. Boedec un silo à grains. À la suite de l'effondrement dudit silo, la société Mutuelle du Mans IARD est assignée et condamnée en qualité d'assureur de la société ARMO. Devant les juges du droit, la société Mutuelle du Mans fait grief à la cour d'appel de Rennes de l'avoir déboutée de ses recours en garantie dirigés contre la société suisse Gutzwiller, importateur du silo et la société allemande Selz, fabricant, en application du droit français, sans se prononcer au besoin d'office, sur la compétente pour régir le recours en garantie par application de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers. Le pourvoi est rejeté au motif que « *s'agissant de droits disponibles dont les parties on la libre disposition* », la cour d'appel avait « *légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application d'un droit étranger* ».

411 Le texte du projet est disponible via le lien https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/projet_code_droit_international_prive.pdf .

412 COLIN, Reydellet. « *Office du juge et diligences des parties dans le projet de Code de droit international privé* ». *GPL*. Mai 2023, nº 18, p. 14.

alinéa 1 énonce en effet que « *l'application du droit internationalement désigné est impérative pour le juge* ». Le deuxième alinéa de cet article précise à propos des droits disponibles que « *lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, elles peuvent, par un accord procédural, soumettre leur litige au droit français. Cet accord est exprès ou résulte d'écritures concordantes et non équivoques* ». Le dernier alinéa donne une indication sur l'autorité des règles de conflits de lois. Il prévoit que *« lorsque les parties s'abstiennent de s'expliquer sur le droit applicable, le juge les y invite et applique, au besoin d'office, la règle française de conflit de lois ».* Ainsi contrairement à la solution de l'affaire *Sociétés Mutuelle du Mans*, en l'absence de choix des parties, le projet semble consacrer le principe de l'application d'office des règles de conflits de lois par le juge.

Mais une question demeure : *de lege lata*, le juge peut-il se soustraire à l'exécution d'un engagement international de la France sous prétexte que les plaideurs ne l'ont pas spécialement invoqué ?

111. Tout étudiant en première année de droit a nécessairement appris notamment avec l'article 55 de la constitution française de 1958[413] et le célèbre arrêt *Café Jacques Vabres* [414] qu'il existe une hiérarchie entre les règles de droit. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirme que la communauté européenne institue un *« ordre juridique propre intégré à celui des États membres* » si bien que cet ordre juridique « *est directement applicable au ressortissant de cet État et s'impose à leurs juridictions* ». En ce qui est des conventions internationales conclues en dehors du cadre communautaire, elles n'en ont pas moins une valeur supérieure à celle de la loi et partant, à toutes les normes nationales inférieures à la loi. Il est à noter que, plus de dix ans plus tard, le juge administratif qui s'était longtemps opposé à cette lecture finira par s'y rallier à la faveur de l'arrêt *Nicolo*[415]. Dans cette dernière espèce, le Conseil d'État, faisant application de l'article 55 de la constitution précitée, fait dorénavant prévaloir les engagements internationaux sur la loi même si celle-ci lui est postérieure.

413 Cet article dispose que *« les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

414 Cour de cassation, chambre mixte 24 mai 1975. En l'espère, la Cour de cassation précise que conformément à l'article 55 de la constitution précitée, les conventions internationales ont une autorité supérieure à celle des lois.

415 CE, ass., 20 octobre 1989, Nicolo, GAJA, Dalloz, 21e éd., 2017 n° 86, p. 602-614.

Au surplus, le Conseil constitutionnel a eu à juger qu'au nombre des traditions chères à la République française,[416] figurait *« la règle Pacta sunt servanda qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »*[417]. En clair, dès son entrée en vigueur, le droit conventionnel s'impose aux autorités françaises et donc aux juges.

Enfin, depuis l'arrêt *Costa contre ENEL*[418], la Cour de justice de l'UE a consacré la primauté du droit de l'UE sur les droits internes. En somme, la règle de droit communautaire et celle issue d'une convention internationale ont une valeur supérieure à la loi française ainsi qu'à toutes les règles internes qui lui sont inférieures. Aussi, il serait contraire à ce principe, le fait de subordonner l'application par le juge d'une règle de conflit de lois émanant d'une convention internationale, à son invocation par les parties à l'instance. Autrement dit, il est fondé de considérer que la règle de conflit de lois n'est que facultative pour le juge du simple fait qu'il porte sur un droit disponible.

112. Au vu des principes ci-dessus exposés, rien ne justifie que le juge puisse faire fi d'une règle de conflit de lois dont les conditions de mise en œuvre sont réunies. Tout étudiant qui s'initie à l'apprentissage du droit international privé apprend qu'en présence d'un litige comportant des éléments d'extranéité, la méthodologie de cette matière commande de vérifier l'applicabilité des règles communautaires de conflit de lois et à défaut, celles du droit conventionnel. Ce n'est qu'en cas d'absence ou d'inapplicabilité des règles de conflits de lois issues de ces deux sources que l'on interroge le droit national. Encore qu'à cette étape, il ne s'agisse pas d'appliquer le droit substantiel interne aux faits, mais plutôt les règles internes de conflit de lois. Dans le cas de la France, ainsi que l'illustrent les quelques décisions citées plus haut, tirées des fameux « *grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* », la Cour de cassation a, au fil d'une jurisprudence abondante et variée, contribué au développement de cette matière.

113. Si l'on accepte l'argument de la subsidiarité du droit français, on pourrait concevoir que, face à un litige né d'un contrat transfrontalier, le juge choisisse d'ignorer la règle française de

---

416 Article 14 du préambule de la constitution de 1946 « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* ».

417 Décision n° 92-308 du 9 avril 1992 consultable via le lien ci-après : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308DC.htm, site consulté le 26 octobre 2023.

418 Arrêt de la CJCE du 15 juillet 1964 *Costa contre ENEL*. Affaire 6-64

conflit de lois pour appliquer directement le droit interne des contrats. Cependant, il est évident que si une règle communautaire ou internationale de conflit de lois s'applique au contrat, le juge doit en vérifier l'applicabilité. Si cette règle est applicable, le juge ne peut s'y soustraire sous prétexte que le contrat concerne un droit disponible. Trois arguments soutiennent ce point de vue. Trois arguments fondent ce point de vue.

114. Le premier argument renvoie au fait qu'en matière contractuelle où l'on considère que les droits sont essentiellement disponibles, le droit communautaire a de plus en plus tendance à imposer des règles auxquelles il confère un caractère impératif. Ces règles ont vocation à protéger les contractants en situation de faiblesse. De plus, ces règles ne concernent plus uniquement les consommateurs, mais également certains professionnels considérés comme parties faibles car en situation de dépendance. Le cas des agents commerciaux illustre bien cette tendance contemporaine[419]. Une telle protection ne serait qu'un vœu pieux si en fin de compte, dans le silence de la partie protégée éventuellement ignorante, le juge peut s'abstenir de mettre la règle de conflit en œuvre.

Considérant cette anomalie, une partie de la doctrine soutient que la Cour de justice de l'UE devrait intervenir pour imposer aux juges nationaux l'application d'office des règles de conflits communautaires, surtout celles qui protègent les parties faibles[420].

115. Le deuxième argument, qui justifie la nécessaire application d'office de la règle de conflit de lois par le juge, tient à l'objectif d'uniformisation qui a présidé à l'adoption par l'UE des règles de conflits de lois. Les chances d'atteindre un tel objectif seraient, bien compromises. En effet, lorsque la règle de conflit a un caractère facultatif, rien ne garantit que pour un même contentieux, d'un État membre à un autre, la solution apportée découlera de la même loi substantielle[421].

116. En troisième lieu, aux termes de l'article 12 du CPC, les règles de droit françaises y compris celles découlant des engagements internationaux de la France doivent toujours être considérées comme obligatoires pour le juge sous réserve de la renonciation par les parties notamment dans les matières où elles peuvent disposer de leurs droits. Cette obligation ne

419 CORNELOUP, Sabine. « *L'application de la loi étrangère* ». RIDC, 2014, Vol. 66, n° 2, p. 372 et s.

420 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017., n° 672 ; MUIR WATT, Horatia *« loi étrangère »*, Rép. dr. int., Dalloz, 2010, n° 28 et s. ; CORNELOUP, Sabine. « *L'application de la loi étrangère* ». RIDC, 2014, Vol. 66, n° 2, p. 374.

421 CORNELOUP, Sabine. « *L'application de la loi étrangère* ». RIDC, 2014, Vol. 66, n° 2, p. 364.

doit pas cesser ou s'atténuer au motif que la règle considérée n'est pas de droit substantiel, mais de conflit de lois. La règle de conflit de lois ne doit pas être moins considérée comme obligatoire pour le juge. Qu'elle soit de source interne ou externe, dès lors qu'elle s'intègre dans l'ordonnancement juridique français, elle doit s'imposer au juge sauf à ce que les parties décident de façon non équivoque d'en écarter l'application.

Par conséquent, même dans le silence des parties, en vertu de l'article 12 CPC précité, le juge est obligé de faire application de la règle de conflit de lois et partant, de la loi étrangère désignée qu'elle désigne. Ce n'est qu'en appliquant ce droit étranger qu'il se sera acquitté de l'obligation qui lui est faite de trancher « *le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». S'il est ainsi tenu par la règle de conflit de lois, c'est assurément qu'il en connaît la substance. Peut-il être pour autant tenu par le droit étranger dont il n'est pas assuré de connaître le contenu ?

2. L'autorité limitée de la loi étrangère

117. L'autorité limitée de la loi étrangère dans le droit français peut être analysée à travers deux sous-parties principales : la reconnaissance et l'application de la loi étrangère par les juges français (a), et les limitations et contrôles de cette application (b).

a. La reconnaissance et l'application de la loi étrangère par les juges français

118. Pendant longtemps, la loi étrangère a été appréhendée en droit français comme un simple fait juridique[422]. Aujourd'hui, la Cour de cassation la considère comme une « *règle de droit* »[423]. En matière processuelle, la qualification de question de fait ou de droit n'est pas dénuée d'intérêt. En effet, en vertu du principe *jura novit curia*, la connaissance du droit incombe au juge et son application est soumise au contrôle de la Cour de cassation[424]. Considérer la loi étrangère comme une règle de droit au sens de l'article 12 du Code de procédure civile

422 BISCHOFF, Jean-Marie. « *Rapport introductif sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1992, Vol. 10, n° 1990, n° 31 s.

423 Civ. 1re, 13 janv. 1993, Couke, Rev. Crit. DIP, 1994, 78, note B. Ancel.

424 BURUIANĂ, Monica-Elena. *L'application de la loi étrangère en droit international privé*. Thèse : Université de Bordeaux, 25 mai 2016, n° 77, p. 52

précité, implique que sa mise en œuvre incombe au juge du fond[425] et est contrôlée par la Cour de cassation[426]. En réalité, concernant les lois étrangères, il est important de faire une distinction. La Cour de cassation examine l'application de la loi étrangère lorsque cette application est requise par la règle française de conflit de lois. En revanche, elle refuse de vérifier l'interprétation d'une norme étrangère, car cette norme n'a pas été établie par le législateur français[427]. Ainsi, sur le terrain de l'interprétation, la loi étrangère est traitée de la même manière que les contrats : appréciation souveraine, sauf dénaturation. Aussi bien la fausse application [428] que la fausse interprétation [429] échappent alors à la censure de la Cour de cassation[430]. Les juges du fond jouissent donc d'un pouvoir d'appréciation souveraine en matière d'application du droit étranger. Comme le rappellent MM. Jacques BORÉ et Louis BORÉ, si la Cour de cassation s'assure que le juge du fond a bien appliqué la loi étrangère compétente, elle se refuse en revanche à vérifier si ce dernier a déterminé correctement le contenu réel et le sens de la loi étrangère[431]. Les juges du fond déterminent donc souverainement, d'une part, quelles sont les règles, législatives, coutumières ou jurisprudentielles, qui constituent la loi nationale de l'intéressé et, d'autre part, quelle

425 MOTULSKY, Henri. « *L'office du juge et al loi étrangère* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962, t. 1, p. 694 s.

426 BISCHOFF, Jean-Marie. « *Rapport introductif sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1992, Vol. 10, nº 1990, n° 39 s.

427 BORÉ, Jacques et BORÉ, Louis. Dalloz Procédure civile, V° Pourvoi en cassation, spéc. n° 263 et 264 : « *La Cour de cassation veille à ce que la loi étrangère soit appliquée dans tous les cas où notre règle de conflit de lois ou un traité international ratifié par la France y renvoie, et à ce qu'elle ne soit appliquée que dans ces cas. Ainsi, lorsqu'il s'agit du statut personnel (C. civ., art. 3 et 311-14) ou de la forme des actes (C. civ., art. 170 et 999), la loi française renvoie expressément à la loi étrangère, et ce serait lui désobéir que d'appliquer la loi française (Civ. 1re, 18 nov. 1992, no 90-15.275, Bull. civ. I, no 282), sauf si la loi étrangère y renvoie à son tour (Civ. 1re, 8 déc. 1953, Bull. civ. I, no 357). Et la violation de la loi serait tout aussi manifeste si les juges du fond appliquaient une loi étrangère dans un cas où un texte précis donne compétence à la loi française.* »

428 Pour le refus de contrôle de l'application de la loi étrangère, conf. Civ. 1re, 3 juin 2003, Soc. Nationale de recouvrement, JDI 2004, 520, note Mélin, Gaz. Pal. 2003 ; 16-16 nov., 17 mai 1993 cités dans VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023. Paris : Dalloz, 2023 n° 365, p. 345.

429 De manière constante, la jurisprudence de la Cour de cassation refuse de censurer la mauvaise interprétation de la loi étrangère, conf. Civ. 1re, 23 mars 1994, France Impex Potolith, RCDIP, 1994, 545, note Bureau ; Civ. 1re 14 nov. 2006, n° 05-12.201, Bull. civ. I, n° 471 ; 20 déc. 2000, Diamant, Bull. civ. I, n° 336, cités dans Y. VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023, n° 365, p. 345

430 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023, n° 365, p. 345.

431 Civ. 1re, 16 mars 1999, no 96-19.143, Bull. civ. I, no 93. – Civ. 1re, 20 déc. 2000, no 98-23.099, Bull. civ. I, no 336. – Soc. 1er juill. 2009, no 08-40.164 cités dans BORÉ, Jacques et BORÉ, Louis. Dalloz Procédure civile, V° Pourvoi en cassation, spéc. n° 267.

interprétation il convient d'en donner[432]. En conséquence, le pourvoi fondé sur une violation de la loi étrangère est en principe irrecevable[433]. De plus, la Cour de cassation refuse de façon constante de contrôler l'interprétation du droit étranger qui, selon elle, relève de l'application souveraine des juges du fond[434]. Pourtant, lorsque le contenu du droit étranger est établi par les plaideurs, la Cour de cassation juge depuis longtemps que les juges du fond peuvent vérifier « *le sens et la portée* » de la loi étrangère[435].

b. Les limitations et contrôles de l'application de la loi étrangère par les juges du fond

119. La position de la Cour de cassation peut s'expliquer par le fait qu'elle exerce sur l'interprétation des juridictions de premier et second degré, une mission d'unification de la jurisprudence qui lui est dévolue dans l'ordonnancement juridique français. Rien ne l'habilite à assumer un tel rôle à l'égard du droit d'un autre État. Au demeurant, « *l'office du juge français n'exige de lui que la connaissance de la loi française* »[436]. La Cour de cassation s'applique rigoureusement ce principe et laisse au juge du fond une liberté étendue en matière d'application du droit étranger. Toujours est-il que la liberté des juges du fond dans l'interprétation de la loi étrangère n'est pas illimitée. Elle peut, en effet, encourir la cassation pour différents griefs.

---

432 BORÉ, Jacques et BORÉ, Louis. Dalloz Procédure civile, V° Pourvoi en cassation, spéc. n° 267.

433 Article 604 CPC « *le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». Les cas d'ouverture du pourvoi sont les suivants. En premier lieu, il y a la violation de la loi à savoir, la fausse interprétation d'une règle ou de l'interprétation erronée d'un point de droit. En deuxième lieu, la décision des juges du fond peut être déférée devant la Cour de cassation, en cas d'excès de pouvoir. C'est notamment le cas lorsque l'autorité judiciaire a empiété sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir exécutif. En troisième lieu, le pourvoi est ouvert pour cause de l'incompétence des juges du fond qui ont rendu la décision incriminée. Précisons toutefois, qu'en application de l'article 74 CPC, les parties ne peuvent soulever l'incompétence du tribunal pour la première fois devant la Cour de cassation. A ces différentes causes, s'ajoutent l'inobservation des formes prescrites à peine de nullité tant dans les actes de procédure, que dans les jugements, Le défaut de motivation ou la motivation insignifiant (art. 455 CPC), la contrariété de jugements (617 CPC), l'absence de motifs (vice de forme) et le défaut de base légale, et enfin, la perte de fondement juridique.

434 Civ. 1re, 3 juin 2003, JDU 2004, p. 520, note F. Mélin, Gaz. Pal. 2003, n° 322, p. 19, note M.-L. Niboyet ; Civ. 1re, 3 juin 2011, n° 09-67805 ; Cités dans M NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 7e éd. Paris : L.G.D.J, 2020, n° 717, p. 486.

435 Cass. Req. 29 juin 1929, DH 1929, 457, JDI 1930, 680 ; Civ. 1er, 21 mars 2000, JDI 2002, 171, note M. Raïmon, citées dans VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023. Paris : Dalloz, 2023, n° 362, p. 342.

436 MOTULSKY, Henri. « *L'office du juge et al loi étrangère* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Vol. 14. Paris : Dalloz & Sirey, 1962, t. 1, p. 369 à 371

120. Premièrement, la décision des juges du fond peut être censurée pour cause de dénaturation de la règle de droit étrangère[437]. En effet, lorsqu'une disposition est suffisamment claire, le juge ne devrait lui faire dire autre chose que ce qu'elle indique clairement[438]. Notion originellement employée pour sanctionner les erreurs manifestes d'interprétation des stipulations contractuelles, elle permettait de contrôler, dans une certaine mesure, la souveraine interprétation reconnue au juge du fond en matière contractuelle[439]. Ainsi, la jurisprudence française a souvent eu tendance à assimiler la loi étrangère au contrat, notamment dans la détermination de l'office du juge. D'ailleurs, pendant de nombreuses années, la Cour de cassation a visé l'ancien article 1134 du Code civil relatif à la force obligatoire des conventions pour exercer son contrôle de dénaturation du droit étranger[440]. En effet, l'arrêt *Montefiore* qui a consacré le principe du contrôle de la dénaturation de la loi étrangère, avait été rendu au visa dudit article 1134 du Code civil[441]. En l'espèce, Montefiore avait formé contre la colonie belge du Congo une action en paiement de coupons des obligations (dite *« rente congolaise »*) émises en 1901 par l'État du Congo et en remboursement du capital de titres amortis. Pour débouter Montefiore de son action, la Cour d'appel a retenu que : « *Depuis le traité du 28 novembre 1907 réalisant la cession par le roi Léopold II du Congo à la Belgique, la Colonie du Congo se confondait avec la Belgique et qu'en conséquence l'action dirigée contre la colonie visait et atteignait directement l'État belge lui-même, immédiatement tenu des dettes de la colonie, devenues son propre passif, de sorte que la colonie défenderesse, bien qu'ayant cessé d'être un État, devait néanmoins en l'occurrence profiter de l'immunité de juridiction bénéficiant en sa qualité d'État indépendant et souverain a la Belgique, de la personnalité de laquelle elle ne se distinguait pas…* ». Or la loi belge du 18 octobre 1908 *« sur le gouvernement du Congo belge »*, document qui avait été versé aux débats et sur lequel s'appuyait Montefiore, dispose en son article premier que « *le Congo belge a une*

437 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023, n° 368, p. 347.

438 BURUIANĂ, Monica-Elena. *L'application de la loi étrangère en droit international privé*. Thèse : Université de Bordeaux, 25 mai 2016, n° 593 s. p. 289.

439 La notion de « *dénaturation* » a été forgée par cour de cassation dans un arrêt *Foucauld* et *Coulombe*, en date du 15 avril 1872, Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11e éd. n° 160.

440 Notons que la première décision dans laquelle la Cour de cassation censure une décision des juges du fond au motif de la dénaturation du droit étranger date de 16 juillet 1876. En l'espèce, l'interprétation d'un contrat dépendait de celle d'un décret du Bey de Tunis accordant une concession de terres. La décision contestée avait été cassée au motif entre autres, qu'elle dénaturait le caractère de ce décret. Cette décision est citée dans

441 Civ. 21 nov. 1961, Montefiore, RCDIP 1962, 329, note P. Lagarde, Clunet 1962, 686, note Goldman, J.C.P, 1962, II, 12521, note Louis-Lucas, D. 1963, p. 37, note ph. Francescakis, p. 7., Ancel, Y. Lequette, grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, n° 36, p. 315-327.

personnalité distincte de celle de la Métropole ; il est régi par des lois particulières. L'actif et le passif de la Belgique et de la colonie demeurent séparés. En conséquence, le service de la rente congolaise demeure exclusivement à la charge de la colonie ». Aussi, la Cour de cassation décide-t-elle de casser l'arrêt attaqué au motif qu'il « *a méconnu et dénaturé le sens clair et précis d'un document législatif consacrant la distinction de l'État belge et de sa colonie*… ». En clair, dans son interprétation du droit étranger applicable à l'espèce, le *for* se doit d'être le plus fidèle au sens et à la qualification retenue par ce droit.

121. Avec le temps, la Cour de cassation cesse de se référer à l'article 1134, précité, pour exercer son contrôle de dénaturation. Cependant, à partir de 1997, le visa des arrêts de cassation pour cause de dénaturation de la loi étrangère cesse de renvoyer à l'article 1134 du Code civil pour désormais, se référer spécifiquement à la règle de conflit de lois qui désigne la loi étrangère[442]. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 février 2006[443], la Cour a innové en visant à la fois, la règle de conflit de lois française (article 3 du Code civil) et la disposition substantielle étrangère (article 410-19 du Code civil monégasque) désignée par elle et dénaturée par les juges du fond[444]. Ces dernières affaires illustrent fort bien la nouvelle logique de la Cour de cassation qui « *s'annonce progressivement plus favorable au respect de l'intégrité de la loi étrangère sous le rapport de l'office du juge* »[445]. Cet égard croissant accordé à la loi étrangère confirme bien que désormais, pour la Cour de cassation, il ne fait plus l'ombre d'un doute que la loi étrangère doit être considérée comme une véritable règle de droit et ne relève pas des prescriptions de l'article 7 du Code de procédure civile[446]. La loi étrangère n'est alors plus soumise au même régime procédural que les éléments factuels. Mieux, à différentes reprises, la Cour de cassation s'est dite disposée à sanctionner tant la dénaturation de la loi étrangère que celle de la jurisprudence étrangère[447].

122. Par ailleurs, la dénaturation doit s'apprécier par rapport au texte de la loi étrangère, tel qu'il a été rapporté au juge du fond par le certificat de coutume ou par l'expertise d'un

442 Civ. 1re, 1er juill. 1997, Soc. Africatours, Rev. Crit. DIP, 1998, 292, note H. Muir Watt ; Civ. 1re 22 oct. 2008, n° 07-14934, L. Amoussou, Rev. Crit. DIP 2009, 53, note H. Muir Watt.

443 Civ. 1re, 14 fév. 2006, Brianti, Rev. Crit. DIP, 2006, 833, note Bollée.

444 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé.* 11e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023, n° 371, p. 352.

445 MUIR WATT, Horatia. Note sous Cass. civ. 1re, 1er juillet 1997, Soc. Africatours, cité ci-haut.

446 Civ 1re, 13 janv. 1993, Consort Coucke, RCDIP 1994.78, note B. Ancel.

447 Civ 1re, 3 juin 2003, Soc. Nationale de recouvrement, JDI 2004. 520, ainsi que 15 février 2006 précité.

professionnel mandaté par le juge[448]. Autrement dit, pour qu'il ait dénaturation, il faut donc que le juge ait méconnu le sens clair du texte législatif tel que reproduit dans le document qui lui a été soumis[449]. Il importe de noter que pour déterminer ce qui est clair et ce qui ne l'est pas, la Cour de cassation prend nécessairement position sur le sens de la règle. En effet, le principe d'assimilation de la loi étrangère à un fait a soumis l'interprétation des juges du fond au contrôle minimal de la Cour de cassation, portant sur la dénaturation, le défaut de motifs et le défaut de base légale. Il existe une part d'opportunisme lorsque la Cour de cassation décide qu'une clause ou qu'une règle étrangère est claire ou au contraire ambigüe. Pour pouvoir exercer son contrôle et imposer sa propre interprétation, elle va alors dire que la règle était claire et précise et en livrer le sens.

123. Deuxièmement, autant le juge français n'est pas habilité à fixer l'interprétation officielle de la loi étrangère, autant, il doit se limiter à constater la substance de cette loi telle qu'elle ressort de l'ensemble des sources étrangères du droit y compris la jurisprudence[450]. Il a même été jugé par la Cour permanente de justice internationale [451] qu'il « *n'y a pas lieu d'attribuer à la loi nationale un sens autre que celui que ladite jurisprudence lui attribue* »[452]. Mais que faire lorsque la loi étrangère a fait l'objet d'une interprétation certes dénaturante, mais constante par la jurisprudence étrangère ? Le juge du fond qui se conforme à cette interprétation dénature encore-t-il nécessairement la censure des juges du droit ? Ou si procédant à sa propre interprétation de la règle étrangère en question, il la dénature à son tour, peut-il se le voir reprocher ? Dans ces deux cas, le juge français n'a pas « *le droit d'interpréter lui-même le texte de loi (clair ou non), car il doit respecter la position jurisprudentielle* ». En effet, même si l'interprétation fournie par la jurisprudence étrangère lui paraît discutable, le juge n'a que deux choix : soit

448 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n° 199, p. 149. VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023 n° 369, p. 348 et n° 371, p. 351.

449 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023 n° 368, p. 347

450 ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris : Dalloz, 2006, n° 36, p. 321

451 La Cour permanente de Justice internationale (CPJI), est l'ancêtre de la Cour International de Justice (CIJ). Dissoute en 1946, la CPJI avait été prévue par le Pacte de la Société des Nations. Première juridiction internationale permanente dotée d'une compétence générale, elle, a contribué à éclairer de nombreux aspects du droit international et a ainsi contribué au développement de ce dernier.

452 Affaire des Emprunts serbes et brésiliens, 12 juil. 1929, 1929, Rec., série A, nos, 20-21, cité dans MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n° 199, p. 150.

s'y conformer soit appliquer la règle sans l'interpréter lui-même. En outre, en présence d'une interprétation fournie par la jurisprudence étrangère, le juge français ne saurait substituer sa propre interprétation qu'il juge plus appropriée. Le faire serait contraire à la règle française qui implique que la loi étrangère soit appliquée telle qu'elle existe en fait et expose la décision des juges du fond à une cassation[453].

124. Troisièmement, la Cour de cassation exige que les juges du fond répondent précisément aux conclusions des parties et motivent de façon rigoureuse leur décision[454]. Par un tel contrôle, la Cour de cassation s'assure que les juges du fond ont bien rempli leur mission relativement à la recherche de la substance du droit étranger sur lequel ils ont fondé leur décision[455]. Il ressort, par ailleurs, de la jurisprudence de la Cour de cassation que les juges du fond ne peuvent se satisfaire du contenu de la loi étrangère telle qu'il est fourni par les parties, mais qu'ils se doivent de le vérifier rigoureusement[456].

125. En dernier lieu, interprétant la loi étrangère, le juge se doit de respecter le principe de la contradiction lorsqu'il interprète par ses propres moyens la loi étrangère ou lorsqu'il « *fait état de sa connaissance personnelle de la jurisprudence étrangère* »[457].

Pour autant, en dépit de la problématique relative à la connaissance du contenu du droit étranger et considérant les progrès technologiques actuels qui facilitent l'accès à la connaissance et le partage de l'information, on est bien tenté de donner raison à Henri MOTULSKY. En effet, ce dernier s'est illustré par son insistante proposition tendant à voir le juge soumis à un devoir de « *connaître la loi étrangère de la même façon qu'il doit connaître le droit français* »[458]. Aussi, estime-t-il que « *le propre de la règle de conflit était de restituer à la loi étrangère le*

---

453 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé.* 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n° 199, p. 150.

454 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé.* 7e éd. Paris : L.G.D.J, 2020, n° 719, p. 487.

455 Civ. 1re, 22 fév. 2000, RCDIP 2000, p. 779, note Muir Watt ; Civ. 1re, 6 mars 2001, *Arab investement*, RCDIP 2001, p. 335, note Muir Watt.

456 Civ. 1re, 24 nov. 1998, Lavazza, n° 96-15078. L'arrêt retient que « *qu'il incombe au juge français qui applique une loi étrangère de rechercher la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif en vigueur dans l'État concerné* ».

457 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé.* 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n° 199, p. 150.

458 MOTULSKY, Henri. « *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France* ». Dans : *Mélanges offerts à René Savatier.* Paris, France : Dalloz, 1965, p. 681.

caractère impératif que le passage de la frontière lui fait normalement perdre »[459]. Encore faudrait-il que soit établi le contenu du droit étranger désigné[460].

B. La preuve du droit étranger applicable

126. Lorsque la méthode conflictuelle est mise en en œuvre à l'initiative des plaideurs ou du fait du juge, et qu'une loi étrangère est désignée, sa mise en œuvre concrète appelle une série de questions. À qui revient la charge d'établir la loi étrangère, le juge ou les plaideurs ? Par quels moyens établir le contenu du droit étranger ? De quel pouvoir d'appréciation disposent les juges du fond ? Et enfin, quelles seront les conséquences du défaut d'établissement du contenu du droit étranger ? En somme, le contentieux du contrat transfrontière impliquant la mise en œuvre de la méthode conflictuelle soulève à la fois, la question de la charge de la preuve du droit étranger que le *for* pourrait être tenu d'appliquer (**1**) et celle des moyens de cette preuve (**2**). Ces éléments seront appréciés du point de vue du droit français puisque l'analyse est opérée à travers le regard du juge français.

1. La charge de l'établissement du droit étranger

127. S'il est établi que l'application de la règle de conflit de lois et partant, celle de la loi étrangère applicable s'impose au juge, rien ne dit que les parties ou même le juge ont connaissance de la substance du droit étranger. Cette probable ignorance de loi étrangère libère-t-elle les parties et le juge de l'autorité de la loi étrangère ? L'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* »[461], se mue-t-il en « *nul n'est censé ignorer la loi étrangère* » ? Une réponse affirmative reviendrait à admettre que la présomption de connaissance de la loi ne se limite pas au droit pénal, mais s'étend à toutes les branches du droit[462]. Appliquer à un contrat transfrontalier

459 MOTULSKY, Henri. « *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France* ». Dans : *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris, France : Dalloz, 1965, p. 681.

460 MAYER, Pierre. « *Les procédés de preuve de la loi étrangère* ». Dans : *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXIe siècle*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2001, p. 617-636.

461 PUIGELIER, Catherine (dir.). La maxime « *Nul n'est censé ignorer la loi* ». Dans : *La loi : bilan et perspectives. [Colloque organisé par l'Institut d'études judiciaires de l'Université de Paris XIII les 18 et 19 février 2004]*. Paris : Economica, 375 315apr. J.-C., p. 75-86 : la maxime tend à signifier que « *ce qui est su doit l'être de chacun, tandis que ce qui régit s'adresse à tous* »

462 MALINVAUD, Philippe et BALAT, Nicolas. *Introduction à l'étude du droit*. 23e éd. Paris : LexisNexis, 2023., 18e éd. n° 118-119, p. 111-112.

le droit français des contrats, c'est potentiellement opposer à une personne qui n'est pas établie en France, les conditions de validité du contrat issues de ce droit. Les conventions doivent y être « *légalement formées* » pour produire leurs effets. Le contractant même étranger et établi à l'étranger est censé connaître les règles françaises qui gouvernent le contrat. C'est, par exemple, soumettre le contrat à l'exigence d'un contenu licite comme envisagé par le droit français.

C'est principalement la question de la **charge de l'établissement du droit étranger qui se pose ici.** D'après la locution latine *jura novit curia*, « *la cour connaît le droit* »[463]. Et, c'est en principe à elle qu'il incombe d'établir la teneur du droit étranger. Si pour les contentieux de droit interne, cette maxime s'impose dans sa plénitude en vertu de l'article 12 précité du CPC, en droit international privé français, elle ne joue aussi pleinement.

Lorsque le litige porte sur un droit indisponible, le juge a l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit de lois. Ce faisant, il a également en conséquence d'appliquer la loi étrangère compétente afin de résoudre le litige conformément à ce droit[464].

Toutefois, lorsque le droit en cause est disponible, dans la mesure où le juge n'est pas tenu de faire d'office application de la règle de conflit de lois et partant du droit étranger, l'obligation de rapporter le teneur du droit étranger compétent en application de ladite règle de conflit de lois ne peut qu'être nuancée. En effet, en l'état actuel du droit positif français, l'obligation d'établir le contenu du droit étranger n'incombera au juge que dans les cas suivants.

128. Si le juge, bien que n'étant pas tenu de mettre en œuvre le mécanisme conflictuel, décide soit d'office, soit à la demande d'un plaideur, d'interroger la règle de conflit de lois, et provoque le débat à cet effet entre les parties[465], il sera alors tenu de rapporter la preuve du

---

463 Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2014-2015, p. 579.

464 Solution constante depuis les arrêts Coveco et Soc. Mutuelles du Mans précités ; Voir également rapport général de la Cour de cassation, « *La preuve* », 2012, p. 112, consultable via le lien https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2012_4571/.

465 Le principe du contradictoire qui s'impose au juge dans son office. L'article 16 CPC dispose à cet effet que « *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ».

contenu du droit étranger désigné[466]. En effet, depuis les arrêts *Aubin* [467] et *Itraco*[468], il incombe au juge de recherche d'office ou à la demande d'un plaideur, la teneur de la loi étrangère. Mais le juge pourrait rencontrer certaines difficultés dans l'exécution de cette obligation. Le cas échéant, il pourra compter sur le concours des parties ainsi que le prévoient les arrêts *Aubin* et *Itraco* précités.

2. Les moyens d'établir la teneur du droit étranger

129. En ce qui concerne les moyens d'établir le contenu de la loi étrangère, les juges peuvent ordonner d'office une mesure d'instruction[469]. Ils peuvent ainsi recourir à l'expertise [470] d'un jurisconsulte compétent qui établira un certificat de coutume [471] dont l'objet est de présenter l'état du droit positif étranger[472]. Le certificat de coutume consiste en un avis établi « *par écrit à la demande de l'une des parties sur le contenu du droit étranger, tel qu'il doit être appliqué au cas concret* »[473]. Ce certificat peut émaner d'une autorité officielle [474] ou d'un juriste exerçant dans le cadre d'une profession libérale. Lorsqu'il provient d'une autorité étatique, il est en général succinct et reproduit seulement les textes. En revanche, établi par les soins d'un juriste libéral, il comprend au contraire une interprétation étayée par des citations de jurisprudence, ou

466 Civ 1re, 8 décembre 1998, pourvoi no 95-15.938, Bull. 1998, I, n° 344.

467 Civ. 1re 28 juin 2005, Aubin, Rev. crit. DIP 2005, 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

468 Com. 11 janv. 2005, Itraco, Rev. Crit. DIP 2005, 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; D. 2005, 2853, note Bouche.

469 Art. 10 CPC : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » ; Art. 11 CPC « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ; Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* ».

470 Cass., 19 oct. 1971, note Simon-Depitre, Rev. Crit. DIP 1973, p. 73.

471 Ce procédé aurait été hérité de l'ancien droit du certificat de coutume, voir DAVID, Cyrille. *La loi étrangère devant le juge du fond.* Paris : Dalloz, 1965, p. 226 ; NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé.* 7e éd. Paris : L.G.D.J, 2020, n° 714, p. 484.

472 SOLENIK, Daria. *La loi étrangère dans le contentieux judiciaire européen.* Thèse : Université de Lorraine, 26 octobre 2012, n° 223, p. 183. Aussi, VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé.* 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023, n° 362, p. 342.

473 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé.* 7e éd. Paris : L.G.D.J, 2020, n° 714, p. 484.

474 Par exemple le consulat d'un pays étranger ou par un consulat de France notamment dans le pays dont le droit est désigné : voir, MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé.* 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n° 193, p. 145.

même une tentative d'application du droit aux faits de l'espèce[475]. Quelle que soit la qualité du certificat de coutume, il ne lie pas le juge dès lors que c'est à ce dernier qu'incombe l'application de la loi, même étrangère. En d'autres termes, le certificat de coutume n'est qu'un outil parmi tant d'autres, mis à la disposition du droit[476].

Mieux, afin de faciliter la preuve, la Convention de Londres du 7 juin 1968, signée et ratifiée par la France par décret du 11 octobre 1972, institue un système de coopération internationale qui gagnerait à être plus exploité qu'il ne l'est dans la pratique. Ce système permet à des autorités judiciaires d'obtenir des informations relatives aux droits des États signataires. Il convient de relativiser la portée des informations ainsi obtenues. En effet, elles ne lient pas le juge qui les a sollicitées[477]. Ce dernier bénéfice, ainsi qu'il a été évoqué, d'un pouvoir d'interprétation souveraine du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois. Par conséquent, le droit étranger dont le contenu aura été établi par les moyens de preuve précités laisse au juge saisi, plus de latitudes que le droit français.

130. *In fine*, que le juge français applique son propre droit interne ou celui d'un État désigné compétent par une règle de conflit de lois, le résultat paraît critiquable. Le mécanisme conflictuel ayant pour finalité de faire appliquer à un rapport contractuel transfrontalier, des règles de droit interne prévues spécialement pour les rapports internes à l'État considéré, il semble idoine de s'interroger sur la pertinence d'une telle finalité. Le droit interne en matière contractuelle est-il véritablement adapté aux rapports contractuels transfrontières ? Il importe de s'attarder quelque peu sur cette problématique de l'adaptabilité du droit interne des contrats aux rapports transfrontaliers.

475 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019 n° 194, p. 145.

476 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 7e éd. Paris : L.G.D.J, 2020, n° 714, p. 484.

477 Article 7 de la convention dispose que le « *contenu de la réponse La réponse devra avoir pour but d'informer d'une façon objective et impartiale sur le droit de l'État requis l'autorité dont émane la demande. Elle comportera, selon le cas, la fourniture de textes législatifs et réglementaires et de décisions jurisprudentielles. Elle sera assortie, dans la mesure jugée nécessaire à la bonne information du demandeur, de documents complémentaires tels que extraits d'ouvrage doctrinaux et travaux préparatoires. Elle pourra éventuellement être accompagnée de commentaires explicatifs* ». Et l'article 8 de préciser que les « effets de la réponse Les renseignements contenus dans une réponse ne lient pas l'autorité judiciaire dont émane la demande ».

§ 2. LA CRITIQUABLE ADAPTABILITÉ DU DROIT INTERNE DES CONTRATS AUX RAPPORTS TRANSFRONTALIERS

131. Du point de vue de la théorie du droit, le droit interne est par essence destiné aux rapports juridiques internes[478]. C'est la théorie de la relativité du droit interne[479] (**A**). De ce fait, étendre ce droit aux contrats internationaux poserait un problème de légitimité (**B**).

A. LA RELATIVITÉ DU DROIT INTERNE

132. La relativité du droit interne dans le contexte des contrats transfrontaliers soulève des questions cruciales. D'une part, l'application extensive du droit national aux relations contractuelles transnationales est vivement critiquée pour diverses raisons philosophiques et pratiques (1). D'autre part, la relativité de la loi étrangère est accentuée l'imposition de la *lex contractus* au contractant (2), alors que cette relativité aurait pu être atténuée si le choix de la loi applicable relevait des contractants eux-mêmes.

1. La critique de l'application extensive du droit national aux relations contractuelles transnationales

133. L'application extensive du droit national aux relations contractuelles transnationales est critiquable à plusieurs titres.

Elle l'est du point de vue de la philosophie du droit. Ainsi, dans son discours préliminaire sur le Code civil, Portalis affirmait que les lois ne pouvant obliger sans être connues, il suffit que les particuliers aient pu connaître la loi. Pour lui, la loi française régit indistinctement tous ceux qui vivent sous son empire de sorte que « *les étrangers même, pendant leur résidence, sont sujets casuels des lois de l'État* »[480]. La soumission de l'individu à la loi française est, en conséquence, subordonnée à sa présence sur le territoire français. Il peut y jouir de la protection de ladite loi. En contrepartie, l'étranger soumis à la loi française doit s'y conformer. Il convient de ne pas perdre de vue que le vocable « *loi* » désigne ici, non pas

478 SÈVE RENÉ. *Philosophie et théorie du droit*. 2e édition. Paris : Dalloz, 2017, n° 210, p. 176.

479 JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de « l'abus des droits »*. Paris : Librairie Dalloz, 1927, n° 5, p. 10.

480 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie et PORTALIS, Frédéric. *Discours et rapports sur le Code civil [Texte imprimé]. Précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification*. Caen : Presses universitaires de Caen, 2010, p. 169.

strictement la règle de droit émanant du pouvoir législatif, mais *lato sensu*, tout le droit français et, en l'occurrence, le droit des contrats.

Les propos de PORTALIS, ci-dessus apportés, traduisent une réalité que l'on retrouve en droit des contrats : celle de la relativité des conventions. À l'instar du contrat, le « *pacte social* »[481] établi entre l'individu et la cité à laquelle il appartient ou qu'il a rejointe, a une portée relative. La loi qui n'est que l'émanation de ce pacte ne peut être que de la même portée relative. Cette conception a été défendue par d'illustres auteurs au nombre desquels, Jean-Jacques ROUSSEAU occupe une place prépondérante. En effet, l'auteur du « *Contrat social »* a contribué par ses écrits, à l'exaltation et à la légitimation du pouvoir étatique et partant, celle de la loi sur les sujets de droit[482]. Au sujet du droit, ROUSSEAU estime qu'il est censé être le reflet de la volonté souveraine de l'État. Cette volonté puise elle-même son autorité dans la volonté générale dont elle est l'expression. De la sorte, pour le sujet de droit, obéir à cette loi revient à respecter cette volonté générale.

Pour ROUSSEAU, le problème fondamental dont le contrat social constitue la solution consiste à « *trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant* »[483]. C'est de ce pacte social que découle toute la législation. Et, c'est la qualité de membre du corps social, acteur du Pacte social, qui justifie que l'individu soit lié par la loi. En d'autres termes, « *le peuple soumis aux lois en doit être l'auteur* »[484].

MONTESQUIEU ne réfute pas ce caractère relatif de la loi lorsqu'il écrit que : « *Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent des choses ; et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois ; la divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à*

---

481 NEUVILLE, Sébastien. *Philosophie du droit*. 2e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2021, n°329, 219. L'auteur y présente la philosophie de HOBBES pourquoi qui « *La loi de nature et la loi civile se contiennent l'une l'autre, et, sont d'égale étendue* ». Voir également ROUX, Louis et TRICAUD, François. *Le pouvoir et le droit : Hobbes et les fondements de la Loi : actes du colloque tenu à l'Université Jean Moulin Lyon 3, les 17, 18 et 19 mars 1989 pour le quatrième centenaire de la naissance de Hobbes organisé par le Centre d'histoire et d'analyse politiques de l'Université Jean Moulin, Lyon 3*. Saint-Étienne : Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1992.

482 TZITZIS, Stamatios. *Introduction à la philosophie du droit*. Paris : Vuibert, 2011, Vuibert, 2011, p. 191.

483 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Éd. Revue et mise À jour. Présentation par BERNARDI, Bruno. Paris : Flammarion, 2012, p. 52.

484 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Éd. Revue et mise À jour. Présentation par BERNARDI, Bruno. Paris : Flammarion, 2012, p.74.

l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois. » [485] MONTESQUIEU est convaincu de la relativité de la loi. Si les lois d'un pays y sont souveraines et opposables aux personnes et aux biens qui y sont, il ne conçoit pas que l'on en fasse application au-delà du dit pays. Aussi, écrit-il que les lois « *doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre* »[486].

En somme, la loi en vigueur dans un ordre juridique perd de sa vigueur quand il s'agit d'appréhender des personnes ou des faits qui ne sont pas liés à cet ordre juridique par le pacte social. Ce qui convient pour le français ou la personne vivant en France ne va pas forcément de soi pour le britannique, le togolais ou l'ivoirien qui ne sont pas territorialement liés à l'ordre juridique français. La souveraineté de la loi française est alors semblable à la réalité qui selon Blaise PASCAL est « *vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà* »[487]. Cette relativité est encore plus marquée lorsque la *lex contractus* est imposée au contractant.

2. La relativité de la loi étrangère accentuée par l'imposition de la *lex contractus* au contractant

134. Il est des questions qui révèlent avec une singulière acuité le caractère relatif du rapport existant entre le droit interne et le sujet dudit droit. Les règles impératives sus-évoquées comme motif d'éviction du droit désigné témoignent de cette relativité. Ces règles sont impératives en raison de leur vocation de protection ou de sauvegarde des valeurs jugées impérieuse dans leur ordre juridique d'origine[488]. Or, à propos des règles d'ordre public, Mme Léna GANNAGÉ [489]nous rappelle à quel point l'ordre public reflète un relativisme des valeurs. Pour illustrer ce relativisme, l'auteure explique que, rien n'oblige les juges français

485 CASABIANCA, Denis de. *Montesquieu. De l'esprit des lois : anthologie*. Paris : Flammarion, 2019, P56.

486 CASABIANCA, Denis de. *Montesquieu. De l'esprit des lois : anthologie*. Paris : Flammarion, 2019, p. 56.

487 PASCAL, Blaise. Pensées, fragment 294 éd. Brunschvicg, p. 70 : « *Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence ; un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession; les lois fondamentales changent; le droit a ses époques, l'entrée de Saturne au Lion nous marque l'origine d'un tel crime. Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au- delà.* »

488 BASEDOW, Jurgen. « *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence* ». *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 55 : L'auteur relève que « la réserve de l'ordre public qui s'inspire traditionnellement des valeurs et principes de l'ordre juridique national du for se nourrit de plus ne plus d'une autre source : celle du droit communautaire et européen ».

489 GANNAGÉ, Léna. « *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs* ». *Trav. Com. fr. DIP.*, 2009, Vol. 18, nº 2006, p. 205-241.

à tenir compte des évolutions internes à d'autres ordres juridiques[490]. *A contrario*, le propre de l'ordre public est « *de garantir la protection des principes essentiels de l'ordre juridique du for sans se préoccuper de savoir si ce qui est fondamental pour celui-ci est hégémonique ou absolutiste sous d'autres cieux* »[491]. Le contractant qui ne relève pas de l'ordre juridique du *for* et qui se voit ainsi appliquer des règles qui n'ont pas été conçues en tenant compte de ses réalités sociologiques et économiques serait de fait, soustrait de la loi de son pays d'origine. Cela étant dit, lorsque la *lex contractus* n'est pas conventionnellement désignée, les contractants peuvent-ils véritablement solliciter l'application de la loi de leurs pays d'origine ? Cette première interrogation renvoie à une autre plus essentielle : le contrat transfrontière se prête-t-il réellement à la prise en compte systématique de la loi d'origine des parties ?

135. Dans sa thèse de doctorat consacrée à la loi du pays d'origine, Mme Marion HO-DAC rappelle que l'origine du principe de la personnalité des lois remonte à l'ancien Empire qui faisait coexister des peuples différents et où chaque personne était « *jugée selon sa loi d'origine, le Franc salien selon la loi salique, le Saxon selon le droit saxon, le romain selon le droit des Romains* »[492]. Mme HO-DAC fait observer que « *si ce phénomène de la personnalité des lois n'a plus cours aujourd'hui, il n'est pas sans évoquer les réflexions contemporaines sur la "libre circulation des lois"* ou la *"libre circulation des situations juridiques" au sein de l'espace européen qui animent la doctrine communautariste et internationaliste depuis quelques années* »[493]. Si l'auteure juge que la loi du pays d'origine trouve, à l'instar du droit international privé, à « *s'appliquer dans des rapports juridiques transfrontières* », c'est surtout M. Vincent HEUZÉ qui explore véritablement la compétence de la loi du pays en matière contractuelle[494]. Dans un article publié en 2005, M. HEUZÉ affirme que « *si la compétence de la loi du pays d'origine est aujourd'hui affirmée à tout propos, au point que, grâce à de fulgurantes extrapolations, on parvient à la défendre en matière d'État des personnes ou*

490 GANNAGÉ, Léna. « *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2009, Vol. 18, nº 2006, p. 225.

491 GANNAGÉ, Léna. « *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs* ». *Trav. Com. fr. DIP*., 2009, Vol. 18, nº 2006, p. 225.

492 HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine : analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*. Thèse : Bordeaux IV, 2010, n°1, p. 1. L'auteure cite elle-même MEIJERS, E.-M. *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age spécialement dans l'Europe occidentale (Volume 49)* : RCADI, 6 mars 1934, spéc. p. 549.

493 HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine : analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*. Thèse : Bordeaux IV, 2010, n°1, p. 2.

494 HEUZÉ, Vincent (dir.). *« La compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 393-415.

d'obligations alimentaires, c'est dans le domaine des contrats qu'elle a pris naissance et suscité les plus nombreux efforts d'explication »[495]. Particulièrement en matière de contrats de services, un auteur suggère qu'un véritable marché intérieur pour les services nécessiterait que la loi du pays d'origine s'applique aux prestations de services[496]. L'auteur soutient qu'un marché intérieur plus efficace ne peut être atteint par les règles de conflit traditionnelles déterminant la loi applicable aux services transfrontaliers. En effet, ces règles ne visent pas à systématiquement appliquer la loi du pays d'origine aux relations intracommunautaires, ce qui est essentiel pour le bon fonctionnement du marché. Il est souligné que le système communautaire reposant sur les règles de conflits, produit des effets restrictifs ou perturbateurs de la liberté de circulation. Bien que ces restrictions ou perturbations soient souvent dues à la diversité des législations nationales, elles peuvent également découler de l'application de la méthode conflictuelle. En effet, lorsque les règles de conflit aboutissent à l'application d'une loi différente de celle du pays d'origine pour une prestation de services intracommunautaire, il n'y a pas de raison fondamentale pour exclure l'application de ces règles. L'idée, comme l'a décrit Mme Marion HO-DAC à propos des individus dans[497] l'ancien Empire romain, est que les contractants jouissant d'une liberté de circulation doivent pouvoir circuler avec le droit de leur pays d'origine.

136. L'application du principe de la loi d'origine en matière contractuelle appelle une remarque. Contrairement à des matières qui relèvent essentiellement du statut personnel[498], le contrat n'entretient qu'un rapport marginal avec l'état des personnes. Certes au nombre de ses

---

495 HEUZÉ, Vincent (dir.). *« La compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen ». Dans : Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 396. L'auteur cite deux articles de M. Marc FALLON : « *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé* ». Dans, *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François RIGAUX*. Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 187 et *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne (Volume 253)* : RCADI, 1 mars 1995, p. 2.

496 QUEGUINER, Jean-Sébastien. « *Le principe du pays d'origine appliqué à la matière contractuelle : Phénix du droit international privé communautaire ?* » Revue Le Lamy Droit des Affaires, N° 13, 1er février 2007.

497 HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine : analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*. Thèse : Bordeaux IV, 2010, n°1, p. 2.

498 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n°201 et s. p. 198 et s : n°201 « *On désigne par « statut personnel » l'ensemble des questions concernant la personne dans la société civile ou, selon le cas, l'ensemble des lois qui s'y appliquent* » ; n°202 « *le domaine di statut personnel, c'est-à-dire l'étendue des questions visées, peut être conçu de manière plus ou moins vaste. On y inclut normalement sans discussion les dispositions relatives aux statut individuel de la personne : nom, domicile, capacité, à quoi il convient aujourd'hui d'ajouter la détermination du sexe face aux possibilités de changement légal (…) Au statut individuel, on associe les relations de famille. Le rapprochement se fait sans difficulté en ce qui concerne les relations personnelles : établissement et effet de la filiation, conditions de fond et effets du mariage, toutes questions qui appellent typiquement qu'une loi s'y applique de manière permanente.* »

conditions de validité figurent des considérations tenant à la capacité. L'âge du contractant fait partie des conditions qui déterminent la capacité à contracter et dont le défaut empêche la validité du contrat[499]. Ainsi, aux termes de l'article 1146 du Code civil[500], les mineurs non émancipés sont considérés comme incapables de s'engager juridiquement sans un représentant légal. Bien que l'âge soit un critère important pour évaluer la capacité d'une personne à contracter, ce n'est pas le seul facteur à considérer. La capacité juridique peut également être déterminée par d'autres éléments tels que l'état mental[501], les restrictions légales comme dans le cas des majeurs ou des situations spécifiques de vulnérabilité[502]. Il est aussi important de noter qu'il existe une gradation dans les effets de l'incapacité. Par exemple, un mineur émancipé, en vertu de l'article 413-2 du Code civil, peut avoir une capacité limitée différente de celle d'un mineur non émancipé. De même, une personne sous tutelle[503] peut avoir des restrictions plus strictes comparées à une personne sous curatelle. En tutelle, la personne protégée est représentée par le tuteur pour tous les actes de la vie civile[504] tandis qu'en curatelle, la personne protégée peut accomplir seule les actes d'administration, mais doit être assistée pour les actes de disposition. Ainsi, sauf pour les actes prévus à l'article 467

499 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n° 148 et s. p. 168 et s.

500 Ce texte prévoit précisément que « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés ; 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425.* »

501 V. les articles 414-1 et suivants du Code civil. Le premier précise que « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit.* »

502 Cf. les articles 425 et suivants du Code civil. Ce texte dispose que « *Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions* ».

503 Les articles 440 et suivants du Code civil. Aux termes de ce texte, « *La personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425, d'être assistée ou contrôlée d'une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n'est prononcée que s'il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante. La personne qui, pour l'une des causes prévues à l'article 425, doit être représentée d'une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle. La tutelle n'est prononcée que s'il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante.* »

504 V. les articles 473 du Code civil et suivants. Ce texte prévoit que « *Sous réserve des cas où la loi ou l'usage autorise la personne en tutelle à agir elle-même, le tuteur la représente dans tous les actes de la vie civile. Toutefois, le juge peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec l'assistance du tuteur.* »

du Code civil[505], qui risquent de compromettre l'intégrité de son patrimoine[506], le majeur sous curatelle peut valablement accomplir seul certains actes, notamment ceux relevant de la gestion courante.

Hormis la question de la capacité, le contrat n'est pas aussi intimement lié au statut personnel comme le sont le mariage et la filiation. En matière contractuelle, il est alors logique que la loi du pays d'origine régisse les conditions de validité relevant du statut personnel.

137. Une fois ces conditions considérées comme satisfaites, comment expliquer que la loi du pays d'origine serve à apprécier l'économie du contrat[507], son exécution, la sanction de son exécution et son terme ? Le contrat qui est l'instrument de la commune intention des parties, ne pourrait se voir appliquer pour chacun des contractants, sa loi d'origine. La *lex contractus* n'est pas la loi des parties, mais la loi propre au contrat déterminée suivant les éléments essentiels du contrat. D'ailleurs, il convient de rappeler que même lorsque la recherche de la *lex contractus* obéit à une volonté de protéger une partie considérée comme économiquement

505 Cf. l'article 467 du Code civil prévoit que « *La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille. Lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée. A peine de nullité, toute signification faite à cette dernière l'est également au curateur.* » V. aussi, 469 du Code civil *« Le curateur ne peut se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom. Toutefois, le curateur peut, s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts, saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé ou provoquer l'ouverture de la tutelle. Si le curateur refuse son assistance à un acte pour lequel son concours est requis, la personne en curatelle peut demander au juge l'autorisation de l'accomplir seule.* »

506 FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*. 17e éd., 2022. Paris : Sirey, 2022, p. 536.

507 ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana. « *La notion d'économie du contrat en droit privé* ». *JCP G*. 2001, n° I, p. 300.

L'auteur affirme qu'il ne lui apparait pas « *pas certain qu'il soit nécessaire de définir plus précisément cette notion, que l'on sent intuitivement à la lecture des arrêts de la Cour de cassation, et dont la Haute juridiction souhaite probablement conserver les avantages de la souplesse* ». Pourtant l'intérêt de ce sujet est tel qu'une thèse de doctorat lui a été consacrée : ARSAC-RIBEYROLLES, Audrey. *Essai sur la notion d'économie du contrat*. Thèse : Université Clermont I, 2005. L'auteur de cette thèse y recense plusieurs définitions proposées par la doctrine à la notion d'économie du contrat : « *A l'instar du concept de cause, l'économie du contrat peut être déclinée, à notre sens, sous sa forme abstraite ou sous sa forme concrète. Ainsi, l'économie abstraite du contrat est la même par type de contrat envisagé. Cette première conception se retrouve fréquemment en doctrine ainsi qu'en jurisprudence, où peuvent être évoquées, par exemple, l'économie du contrat de vente, ou l'économie du contrat de prêt... Dans cette acception, l'économie du contrat recouvre les caractéristiques propres à une figure contractuelle, c'est-à-dire invariables par type de convention. Il nous semble que le concept ainsi envisagé n'apporte rien d'original à la théorie générale du contrat* ». Aussi, l'auteur ne retient pas cette définition de l'économie du contrat. Il semble plus en phase avec celle proposée par Alexis Constantin, pour qui l'économie du contrat est « *déterminée à l'origine au regard de l'intérêt commun des parties* » (A. CONSTANTIN, note sous Com., 15 février 2000, J.C.P. 2000 I n°272, p.2070). Une approche dite mixte est aussi présentée. Ainsi, un auteur cité assimile l'économie du contrat aux « *prévisions contractuelles existant lors de la formation du contrat* » (Didier Poracchia, note sous Com., 28 janvier 1998, Prévision contractuelle et pérennité du contrat de concession, R.J.C. 1999, arrêt n°1517, p.67). D'autres auteurs cités affirment que « *L'économie du contrat représente ainsi l'équilibre général de la convention, la répartition fixée des droits et des obligations et qui s'impose tant aux contractants qu'au juge* » (G. MEILHAC-REDON et F. MARMOZ, note sous Com., 15 février 2000, Cause et économie du contrat, un tandem au service de l'interdépendance des contrats, P.A. 29, 12, 2000, p.12 et 13).

faible[508], ce n'est pas la loi de son pays d'origine qui est recherchée, mais la loi de sa localisation effective, celle de sa résidence habituelle.

138. Mais alors, comment s'assurer que la recherche de la *lex contractus* ne donne pas l'impression, au moins symboliquement, que le contractant est distrait de la loi de son pays d'origine ? Une réponse satisfaisante à cette question pourra dissiper tout doute quant à la légitimité du droit interne à régir une relation contractuelle transfrontière mettant en scène un conflit de lois entre plusieurs ordres juridiques.

B. LA QUESTION DE LA LÉGITIMITÉ DU DROIT INTERNE À RÉGIR LE CONTRAT TRANSFRONTALIER

139. Tandis que certains auteurs ont pu mettre en cause l'adéquation des lois nationales aux contrats transfrontaliers (1), d'autres proposent de recourir à la reconnaissance mutuelle comme solution (2).

1. La critiquable adéquation des lois nationales aux contrats transfrontières

140. Certains auteurs soutiennent que le droit international privé est insuffisant à répondre convenablement aux disparités nationales en matière de droit des contrats[509]. Les arguments avancés au soutien d'une telle affirmation sont bien résumés par un auteur qui écrit que : « *En empruntant la réglementation des contrats internationaux aux droits internes, la méthode des conflits de lois ne prend pas suffisamment en compte leur spécificité. Un contrat économiquement international n'est pas, dit-on, un contrat interne affecté d'un élément d'extranéité, mais une opération originale renfermant des stipulations propres et soulevant des difficultés inédites qui ne peuvent trouver des réponses appropriées dans les dispositions de code qui n'ont pas été élaborées en contemplation des problèmes du commerce international.* »[510]. Ici, ce n'est pas tant la relativité d'un droit interne par rapport à un autre qui est en question, mais l'inadaptation du droit interne à appréhender une opération

508 PANET, Amélie. *« Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ? » Rev. crit. DIP.* Paris : Dalloz, 2015, Vol. 4, n° 4, p. 837-856 ; DAVID, René. *Le droit du commerce international.* Paris : Economica, 1 janvier 1988, p. 111.

509 BASEDOW, Jurgen. *« Un droit commun des contrats pour le Marché commun ». RIDC.* 1998, Vol. 50, n° 1, p. 7-28 ; -480 ; WITZ, Claude. Plaidoyer pour un code européen des obligations. *D.* 2000, n° 05, p. 79-83.

510 DAVID, René. *Le droit du commerce international.* Paris : Economica, 1 janvier 1988, p. 111.

contractuelle transfrontière. En parcourant différents manuels spécialisés en la matière, il ressort clairement que le droit civil français des contrats traite exclusivement des contrats internes[511]. M. Bruno OPPETIT écrit à propos de l'ensemble du droit interne qu'il offre au vu « *des réformes majeures de ces dernières décennies (…) des exemples de textes élaborés directement en considération de données sociologiques et d'intérêts économiques*… »[512]. Le droit des contrats n'échappe assurément pas à cette logique.

Pourtant, l'attention exclusivement accordée au contrat interne ne rend pas compte de la réalité contemporaine qui veut que « *le développement des échanges économiques, la mobilité de plus en plus grande des populations ont conduit à un accroissement considérable du nombre et de l'importance des contrats internationaux* »[513].

141. Néanmoins, cet argument est contesté en ce qu'il reposerait *« sur le mythe de l'inadaptation des lois nationales aux relations internationales. Il n'y a jamais été démontré qu'une loi nationale serait par nature inadaptée à une relation présentant un caractère international. Il peut exister des cas d'inadaptation lorsqu'une opération présente des particularités dans le domaine international, principalement en matière de commerce international, par exemple dans le cadre du transport maritime de marchandises ou du crédit documentaire. Mais il nous semble impossible de procéder par voie de généralisation. Cette remarque s'applique a fortiori aux contrats transfrontières* »[514]. Cette critique tend à nier au contrat international sa particularité essentielle qui le distingue des relations contractuelles d'ordre interne. Or, tous les développements qui précèdent, notamment ceux relatifs à l'office du juge confronté à un contentieux mettant en cause un contrat transfrontière, illustrent bien la particularité du contrat international. En effet, la mise en œuvre des règles de conflits de lois, l'application de la loi étrangère et les difficultés que le juge peut rencontrer à cet effet, ainsi que l'application potentielle d'une disposition impérative dudit droit étranger, sont autant de points qui corroborent bien la singularité du contentieux contractuel à caractère international. Le contrat international est soumis à un régime exorbitant du droit commun interne des contrats. Il paraît logique que les contrats internes et ceux de nature transfrontière soient soumis à des règles substantielles différentes.

511 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n° 96, p. 87.

512 OPPETIT BRUNO. *Philosophie du droit*. Paris : Dalloz, 2022, p. 102.

513 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e éd. Paris : Dalloz, 2022, n° 96, p. 87.

514 RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ?* » *RDUE*. 2003, no 2, p. 72.

142. Par ailleurs, un autre élément illustre le particularisme du contrat transfrontière. Il est à noter que dans le processus de négociation du contrat[515], le choix de la loi applicable constitue un important point de discorde entre les parties[516]. Chaque partie tente d'imposer l'application de la loi nationale qui lui paraît la plus avantageuse eu égard à ses intérêts. Cette discorde peut, en pratique, freiner le cours des négociations, voire compromettre la conclusion définitive du contrat[517]. Encore une fois, cet élément important de la négociation du contrat transfrontalier distingue ce dernier du contrat interne qui ne soulève assurément pas, une telle problématique. Effectivement, ainsi qu'il l'a été relevé, en droit international privé, l'une des conditions de la clause d'*eclectio jure,* est le caractère international du contrat.

143. En somme, trois raisons semblent mettre en cause la légitimité du droit interne à régir les contrats transfrontaliers. D'abord, le contrat transfrontalier est une réalité bien distincte du contrat d'ordre interne. L'économie du contrat transfrontière implique des considérations étrangères au contrat interne[518]. Aussi, à une réalité particulière, il convient d'appliquer des règles propres. Ensuite, le droit interne est conçu au sein des ordres juridiques pour les relations contractuelles internes. Enfin, appliquer le droit interne à un contrat dont les acteurs appartiennent à des ordres juridiques différents, revient à appliquer à un contractant un droit qui lui est étranger surtout en l'absence de clause d'*electio juri*.

2. La reconnaissance mutuelle comme solution

144. En dehors de l'hypothèse où les parties choisissent un droit applicable qu'elles font ainsi entrer dans le champ contractuel, la légitimité des droits internes à régir les contrats transfrontières peut être surmontée par la technique de la reconnaissance mutuelle. Cette technique a connu un certain succès en droit international privé avec la reconnaissance mutuelle des décisions et celle des situations juridiques[519]. À propos de la reconnaissance mutuelle en matière de décisions, Mme Stella MESSINI écrit que : « *Évoquée lors du sommet européen de Cardiff en juin 1998, affirmée comme la pierre angulaire de la construction européenne dans les*

---

515 LAURENCE-CLAIRE, Lemmet. « *La négociation des contrats* ». *RTD com.* 2016, p. 1.

516 GUILLEMARD, Sylvette. « *Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi* ». *Revue générale de droit*. Février 2019, Vol. 25, n° 1, p. 54 et s.

517 RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, n° 2, p. 72.

518 HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, n° 82 et s. p. 43.

519 HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine : analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*. Thèse : Bordeaux IV, 2010, n°14, p. 12

conclusions du Conseil européen de Tampere en octobre 1999 et insérée dans le droit primaire en 2009, la reconnaissance mutuelle constitue l'illustration la plus évidente du dépassement de la coopération judiciaire classique fondée sur le principe de requête, en ce qu'elle tend à une exécution ipso jure des décisions étrangères et à la suppression de la procédure classique d'exequatur »[520]. L'admission par les États membres de l'UE de la reconnaissance mutuelle des décisions implique la reconnaissance d'une certaine équivalence dans les systèmes juridiques et judiciaires de ces États[521].

La reconnaissance mutuelle n'est pas étrangère aux contrats transfrontières. En effet, comme nous le fait observer Mme SOLENIK, le principe de reconnaissance mutuelle « *sous-tend l'œuvre législative communautaire en matière de conflits de lois* »[522]. L'auteur fait référence au considérant n° 6 du règlement Rome I qui énonce que : « *Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite* ». C'est cette vocation du principe de reconnaissance mutuelle que M. Jean-Sylvestre BERGÉ explicite lorsqu'il affirme que ce principe « *n'est rien d'autre que l'expression d'une volonté de faire vivre ensemble la loi du pays d'origine de la personne, marchandise, du service ou des capitaux et de la loi du pays de destination ou du pays d'accueil. Dans une "communauté de lois", les États membres tentent, autant que possible, de se faire mutuellement confiance au point de reconnaitre la solution juridique étrangère comme équivalente à la leur* »[523]. Face à la diversité des droits, le développement du marché intérieur et l'effectivité de la libre circulation des personnes, et des biens au sein d'une communauté d'État comme l'UE et même l'OHADA, le principe de reconnaissance mutuelle des droits en général, et du droit des contrats en particulier, apparait comme une solution pertinente. Le droit du juge saisi et celui des autres ordres juridiques concernés sont ainsi considérés comme équivalents de sorte que la règle de conflit de lois puisse légitimement servir à désigner l'un des droits en concurrence. C'est de cette désignation partant de l'idée qu'au départ les droits concernés s'équivalent que le droit interne d'un ordre juridique tire sa légitimité à réglementer le contrat

520 MESSINI, Stella. « *La reconnaissance mutuelle en matière pénale entre "efficacité" et "responsabilité"* ». *Archives de politique criminelle*. Paris : Éditions Pédone, 2016, Vol. 38, n° 1, p. 227-248.

521 MALAURIE, Philippe. « *L'équivalence en droit international privé* ». *D.* 1962, p. 215.

522 SOLENIK, Daria. *La loi étrangère dans le contentieux judiciaire européen*. Thèse : Université de Lorraine, 26 octobre 2012, n° 365, p. 315.

523 BERGÉ, Jean-Sylvestre « *Le droit d'une "communauté de lois" : le front européen* ». Dans *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 128.

transfrontière. Visiblement, les instances de l'UE n'ont pas jugé utile de limiter le rayonnement du principe de reconnaissance mutuelle qui sous-tend le règlement Rome I puisque la vocation universelle des règles de conflits contenus dans ce texte permet de désigner le droit d'un État tiers à l'UE. En cas d'incompatibilité sérieuse, les lois de polices et l'exception d'ordre public agissent comme remède aux effets indésirables de cette reconnaissance universelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

145. En tant qu'outil de résolution des conflits de lois en matière contractuelle, la méthode conflictuelle n'offre pas toutes les garanties de la prévisibilité du droit auquel est soumis le contrat transfrontière. Les parties à un tel contrat peuvent, certes, conférer la qualité de *lex contractus* à la loi de tel ordre juridique. C'est là un point par lequel le contrat transfrontière se distingue de celui purement interne. Cependant, en cas de contentieux, la mise en œuvre de la *lex contractus* fixée par acte de prévision des parties peut s'avérer véritablement malaisée.

En effet, « *si le passage de frontière est, en principe, de nature à priver la loi étrangère de son caractère impératif, le jeu de la règle de conflit a justement pour effet de lui restituer ce caractère* (…), *l'impératif de la règle de conflit soumet le litige à l'impératif de la loi applicable* »[524]. Encore faudrait-il réussir à établir la substance de ce droit étranger. Or, si la réalité législative en deçà des Pyrénées est bien sue du juge français, celle en vigueur au-delà de l'hexagone ne l'est pas forcément. L'aptitude du juge français à mettre en œuvre le droit étranger est d'autant plus susceptible d'être mise à l'épreuve que le règlement Rome I peut même conduire à la désignation du droit d'un État tiers à l'UE.

L'établissement du droit étranger qui est, en droit français, à la charge du juge, peut prendre des allures de chemin de croix[525]. Le juge peut se trouver dans l'impossibilité d'établir le contenu de droit étranger qu'il est appelé à mettre en œuvre. Les parties peuvent toutefois apporter leur concours afin de prouver la substance du droit désigné. Cependant, en cas de difficultés insurmontables à mettre en œuvre le droit étranger désigné, le juge français pourra

524 Cité dans FOYER, Jacques (dir.). *« Loi française et loi étrangère »*. Dans : *La loi : bilan et perspectives. [Colloque organisé par l'Institut d'études judiciaires de l'Université de Paris XIII les 18 et 19 février 2004],* Paris : Economica, 2005, p. 84.

525 CORNELOUP, Sabine. *« L'application de la loi étrangère »*. *RIDC*, 2014, Vol. 66, n° 2, p. 380 et s.

toujours s'en remettre *in fine*, à son droit national. C'est là l'expression de la vocation subsidiaire du droit français[526].

Ces considérations qui illustrent que la méthode conflictuelle peut conduire à des solutions dont la prévisibilité peut nettement échapper aux parties.

146. Par ailleurs, la légitimité du droit interne des contrats, tant en ce qu'il est désigné par la règle de conflit de lois, que du fait de son caractère subsidiaire, a été discuté sur le terrain de la théorie du droit. Le droit interne n'a vocation à régir que les rapports juridiques internes à un ordre juridique donné. En outre, c'est en sa qualité de partie au contrat social que le justiciable est soumis au droit de son ordre juridique. Le droit interne a donc une portée relative, car il a vocation à régir des situations internes à son ordre juridique. Appliquer de surcroit, à titre subsidiaire, le droit interne français à un rapport juridique de nature international reviendrait à conférer à ce droit un pouvoir qui outrepasse sa sphère de prédilection.

Si le rayonnement d'un droit interne est circonscrit aux frontières de son ordre juridique d'origine, la reconnaissance mutuelle des droits apparaît comme un moyen pertinent de la mise à l'écart d'un droit au profit d'un autre.

147. En définitive, on peut regretter que la méthode conflictuelle conduise à faire appliquer à un contrat transfrontière, une norme conçue dans un ordre juridique interne pour des opérations contractuelles d'ordre interne. Mais, il convient de reconnaitre que la méthode conflictuelle présente le mérite, en l'absence d'un texte spécifique aux contrats transfrontières, de fixer des règles en vue de la détermination de la *lex contractus*. La méthode conflictuelle offre ainsi aux contractants les moyens d'une certaine prévisibilité de la solution qui sera apportée à tout différend né d'une telle relation transfrontière[527]. Ce mérite est cependant atténué par l'irruption de règles d'origine nationale ou supranationale dotées d'une telle impérativité qu'elles vont prévaloir sur la *lex contractus*. La permissivité qui caractérise le contrat international et qui se matérialise dans la loi d'autonomie trouve ainsi sa limite dans

526 MUIR WATT, Horatia. « *Application susidiaire de la loi française à défaut de preuve du contenu de la loi étrangère normalement applicable* ». *Rev. Crit. DIP*. 1991, p. 569.

527 WENGLER, Wilhelm. « *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable* ». *Rev. Crit. DIP*. 1990, p. 657, 659 et s.

l'existence de ces dispositions impératives qui peuvent prendre la forme de lois de police[528] ou d'exception d'ordre public[529].

528 RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Paris 1, 1 janvier 2006, n° 7, p. 5

529 NORD, Nicolas. *Ordre public et lois de police en droit international privé*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg) (1971-2008), 1 janvier 2003. n°322, p° 175. JEAUNEAU, Adeline. *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*. Thèse : Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 23 octobre 2015, n°24, et s. p., 26 et s.

CONCLUSION DU TITRE I

148. Afin d'assurer la prévisibilité du droit dans un contexte marqué par la diversité législative, la méthode conflictuelle semble a priori être une solution prometteuse. Ainsi, le règlement Rome I offre un cadre permettant la coordination des ordres juridiques des États membres pour déterminer le droit applicable. Cependant, une question essentielle a guidé les réflexions menées dans ce titre : cette coordination assurée par la méthode conflictuelle répond-elle suffisamment à l'exigence de prévisibilité du droit applicable en matière de contrat transfrontalier ? Aussi, une analyse critique de cette méthode, illustrée notamment par le règlement Rome I, a-t-elle été menée. Il en ressort que la méthode conflictuelle, bien qu'essentielle, présente des insuffisances notables.

149. En effet, la méthode conflictuelle ne garantit pas toujours la prévisibilité nécessaire. La complexité des critères de rattachement contribue significativement à cette insuffisance. Souvent multiples et variés, ces critères introduisent une incertitude quant à la loi applicable, rendant le processus de détermination du droit plus opaque.

150. Au demeurant, même après avoir déterminé le droit applicable, la mise en œuvre de ce droit s'avère souvent laborieuse. Les juges doivent identifier, interpréter et appliquer les règles matérielles du droit étranger, ce qui est compliqué par le manque de familiarité avec les lois étrangères, les problèmes de traduction juridique et les divergences potentielles dans les interprétations et applications des lois. En outre, cette méthode peut être court-circuitée par des dispositions impératives telles que les lois de police et les règles d'ordre public, ajoutant une couche de complexité supplémentaire.

151. En somme, bien que la méthode conflictuelle joue un rôle crucial dans la coordination des différents ordres juridiques et dans la tentative de fournir une certaine prévisibilité, elle reste imparfaite et nécessite une adaptation continue pour répondre aux exigences des opérateurs économiques dans un monde de plus en plus globalisé. Les efforts futurs devront se concentrer sur l'amélioration de ces mécanismes et sur l'exploration de solutions alternatives pour garantir une meilleure prévisibilité du droit applicable. La recherche d'une meilleure prévisibilité peut, par ailleurs, conduire à envisager une autre voie : la méthode des règles matérielles. Effectivement, malgré les difficultés qu'elle entraîne, cette dernière

pourrait s'avérer nécessaire pour garantir la prévisibilité du droit et la sécurité juridique des contrats transfrontaliers.

TITRE II.

LA MÉTHODE DES RÈGLES MATÉRIELLES, UN PROCESSUS D'INTÉGRATION COMPLEXE

152. La résolution des conflits de lois dans un espace constitué en communauté d'États comme l'UE et l'OHADA nécessite une action commune orchestrée par la communauté. Le règlement Rome I en est un parfait exemple. Par ce texte, la communauté d'États se voit dotée d'un texte unique ayant vocation à s'appliquer de manière identique d'un État à un autre. Cette action commune portée par la communauté porte le nom d'intégration juridique. Le règlement Rome I est un outil d'intégration juridique au sein de l'UE dont l'inconvénient est de laisser, dans une certaine mesure, libre cours à la diversité des droits matériels internes. Aussi, sera-t-il question d'une forme d'intégration juridique qui porte sur le droit matériel. L'existence de ces règles matérielles s'inscrirait non plus dans la diversité des droits nationaux, mais dans une communauté de droit partagé par les États membres. Cela participerait d'une approche curative visant à résoudre les conflits de lois en s'attaquant à leur cause initiale : la diversité des droits nationaux en matière contractuelle. Tel est l'objet de la méthode matérielle. En effet, dans la logique d'une intégration juridique, l'adoption de règles matérielles communautaires applicables aux contrats, afin d'éviter le recours aux règles de conflits, représente ce que chérissent les plus fervents défenseurs de l'intégration[530]. Plutôt que de se contenter d'une coordination de la diversité des droits nationaux en matière contractuelle, cette voie appelle un *corpus* de règles qui se substituerait aux droits nationaux. Cette solution permettrait d'une part un gain de temps dans la résolution des litiges. D'autre part, elle offrirait une plus grande prévisibilité des solutions avec des règles élaborées spécifiquement pour les rapports contractuels empreints d'extranéité.

153. L'intégration juridique peut s'opérer par des voies variées dont le recours dépend de divers facteurs à savoir l'étendue de la compétence de l'organe chargé de mettre en œuvre ladite intégration, le degré d'intégration, l'objet de l'intégration (droit commun des contrats ou contrats spéciaux…)[531]. De plus, l'intégration juridique étant envisagée comme le complément de l'intégration économique, l'ampleur que l'on décide de donner à la première peut dépendre du degré de réalisation de la seconde[532]. L'adoption de règles matérielles

---

530 RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, n° 2, p.74. MARTOR, Boris, PILKINGTON, Nanette, SELLERS, David, et al. *Le droit uniforme africain des affaires issues de l'OHADA*. 2e éd. Paris : LexisNexis, 2009, n° 139, p. 34.

531 MIALOT, Camille et DIMA EHONGO, Paul. « *Introduction. De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables* ». Dans : *Critique de l'intégration normative*. Paris : PUF, 2004, p. 31. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/critique-de-l-integration-normative--9782130542773-p-25.htm. Cairn.info.

532 CEREXHE, Etienne. « L*'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale* ». *Revue burkinabé de droit*, n° n° 39-40, n° spécial, p. 21.

conduit à choisir entre harmonisation, uniformisation et unification, ce choix pouvant s'avérer malaisé, car dépendant à la fois de la raison d'être de chaque organisation et de la structure dont celle-ci s'est dotée pour porter cette raison d'être. Chacun de ces trois concepts ayant un sens déterminé, le choix de l'un ou l'autre revêtira nécessairement des implications spécifiques[533]. Le choix des modalités de l'intégration juridique fait ainsi partie des « *défis partagés* »[534] par l'OHADA et l'UE.

154. En effet, la mise en œuvre de la méthode matérielle semble contrariée par la question de la compétence. L'UE et l'OHADA sont-elles juridiquement compétentes pour entreprendre une intégration juridique en droit matériel des contrats ? Cette question de la compétence juridique de l'UE en la matière a suscité une vive controverse au sein de la doctrine ; les uns estimant que l'UE n'a en la matière aucune compétence [535] quand les autres s'évertuent à démontrer les fondements textuels de cette compétence[536]. En tout état de cause, l'existence même de cette controverse animée de part et d'autre par des arguments pertinents démontre que la question de la compétence de l'UE n'est pas sujette à une réponse aisée et tranchée.

---

533 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 615

534 QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. « *Introduction* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012, p. 1-14. Spéc. p. 13 : « *Si l'Europe peut faire figure de modèle, en ce que l'intégration des marchés y est forte, elle peut aussi trouver à s'inspirer des expériences étrangères. Les défis de la convergence des droits sont indéniablement partagés* ».

535 Quelques auteurs opposés au droit européen des contrats : LEGRAND, Pierre. « *Sens et non-sens d'un Code civil européen* ». *RIDC*. 1996, Vol. 48, n° 4, p. 779 ; LEGRAND, Pierre. « *Le primat de la culture* ». Dans : *Le droit privé européen : actes du colloque organisé à Reims les 30 janvier et 1er février 1997*. Paris : Economica, 1998, p. 1 ; LEGRAND, Pierre. « *La leçon d'Apollinaire, L'harmonisation du droit des contrats en Europe* ». Dans : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe : actes de colloque organisé par le Centre de recherche européen en droit des obligations de l'Université de Paris 12 et le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2*. Paris : Economica, 2001, p. 37-56 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte « *Faut-il un code européen* ? » RTD Civ. 2002 p. 463 ; HEUZÉ, Vincent. « La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membre ». Dans : *Dans BERGÉ, Jean-Sylvestre et NIBOYET, Marie-Laure (dir.) La réception du droit communautaire en droit privé des États-membres : colloque international, session internationale d'études doctorales, Université de Paris X - Nanterre 28 janvier - 1er février 2003*. Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 128 et s. ; LEQUETTE, Yves. « *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar* ». *D.* 2002, n° 27, p. 2202.

536 Les auteurs favorables à l'idée d'un droit européen des contrats : BASEDOW, Jurgen. *« Un droit commun des contrats pour le Marché commun*. *RIDC*. 1998, Vol. 50, n° 1, p. 13. JAMIN, Christophe. « *Un droit européen des contrats* » ? in Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières. Paris : Economica, 1998, n° 2, p. 52 ; RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, n° 2, p.74 ; GANDOLFI, Giuseppe. « Pour un droit européen des contrats », RTD Civ. 1992, page 707 ; PRIETO, Catherine. « *Une culture contractuelle commune en Europe* », Droit 21, 2003, ER 001 ; CHARBIT, Nicolas. « *L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats* », JCP G. n° 1, 2 janvier 2002, I 100.

155. Comme dans toute démarche d'intégration juridique, celle relative au droit matériel des contrats appelle une double interrogation : comment cette intégration peut-elle être réalisée spécifiquement en droit des contrats ? Et quel en serait le champ matériel ? Ainsi, l'intégration juridique en matière contractuelle peut être confrontée d'une part, à des difficultés quant au choix de l'outil (**Chapitre I**) et d'autre part, à la problématique du champ matériel de l'intégration. (**Chapitre II**).

CHAPITRE I.

DES DIFFICULTÉS QUANT AU CHOIX DE L'OUTIL DE L'INTÉGRATION JURIDIQUE

156. L'intégration normative en droit des contrats au sein de leurs espaces est une ambition que l'UE et l'OHADA partagent. Mais dès l'instant où elle a affiché une telle ambition par le biais de sa Commission, l'UE s'est vue prêter une ambition plus globale. À compter de juillet 2001, la Commission européenne a entrepris de rassembler des informations concernant la nécessité d'une action communautaire plus approfondie et cohérente en matière de droit des contrats[537]. Même si chacune de ces actions de l'UE ne concernait que la matière contractuelle, « *elle a parfois été perçue comme le révélateur de la volonté politique des instances européennes d'élaborer un Code civil* »[538]. Davantage que l'ambition d'un droit européen des contrats, c'est l'idée d'un Code civil européen qui semble le plus cristalliser la critique de la doctrine. Au nombre des arguments avancés à l'encontre de cette idée, figure la question de son fondement juridique. L'Union est contestée quant à sa compétence juridique à mettre en œuvre un tel projet.

157. En somme, la réalisation d'une intégration juridique de nature substantielle en droit privé en général et plus particulièrement en matière contractuelle au sein de l'Union est intimement liée à la question de la compétence législative de l'UE. L'OHADA n'échappe pas à cette problématique puisque la mise en œuvre de la méthode matérielle doit se faire conformément à la compétence législative de l'organisation. En conséquence, le choix de l'outil d'intégration juridique est déterminé par la compétence législative de l'UE et l'OHADA (**section I**). Fort heureusement, ces deux organisations ne sont pas novices en matière d'intégration juridique. Leurs expériences et acquis en la matière peuvent assurément servir à définir les modalités de mise en œuvre de la méthode matérielle en matière contractuelle. Il est vrai que l'UE et

537 *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats [COM(2001) 398 final - Journal officiel C 255 du 13.9.2001].*

538 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » RTD Civ. 2002, p. 463.

l'OHADA présentent des expériences distinctes en matière d'intégration juridique (**section II**). Ces expériences pourront distinctement guider la mise en œuvre de la méthode matérielle.

SECTION I.
LE CHOIX DE L'OUTIL D'INTÉGRATION JURIDIQUE DÉTERMINÉ PAR LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE

158. La capacité de l'OHADA et l'UE à étendre l'intégration déjà entamée à la matière contractuelle dépend des compétences que leur connaissent leurs textes fondamentaux. L'OHADA est dotée, ainsi que le suggère son nom, d'une compétence législative en vue de mettre en œuvre une l'intégration juridique entre ses États membres en droit des affaires[539]. Mais, à la lecture du droit primaire, la compétence de l'OHADA excède le strict cadre du droit des affaires (**§1**). Quant à l'UE, sa raison d'être étant profondément liée à l'établissement et le bon fonctionnement du marché intérieur[540]. C'est donc logiquement que sa compétence législative est corrélée au fonctionnement du marché intérieur[541] (**§2**).

§ 1. LA COMPÉTENCE DE L'OHADA EXCÉDANT LE STRICT CADRE DU DROIT DES AFFAIRES

159. La compétence de l'OHADA en matière d'intégration juridique recouvre-t-elle le droit des contrats ? L'article 2 du Traité énumère une série de matières concernées par l'harmonisation[542]. Si cet article ne mentionne pas le droit des contrats au nombre des

539 LOUKAKOU, Didier et KEITA, Boubou. « *Défis du droit des affaires en Afrique* » *: mélanges I*. Paris : l'Harmattan, 2020. p. 16.

540 FRANCQ, Stéphanie. *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*. Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2005. p. 284.

541 SONNENBERGER, Hans Jürgen. « *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires* ? ». *Rev. Crit. DIP*. 2002, p. 405.

542 L'article 2 dispose que « *Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies*

… / …

domaines d'intervention de l'OHADA, il permet toutefois au Conseil des ministres de décider à l'unanimité, d'y inclure des matières non énumérées auxdits articles, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 du Traité[543]. Ainsi, le Conseil semble jouir d'une liberté quant à la détermination des matières pouvant faire l'objet d'Acte uniforme. En tout état de cause, il semblerait que le dénominateur commun à toutes ces matières réside dans leur importance à la mise en place d'un environnement propice aux affaires. L'article premier du Traité précise qu'il a pour « *objet l'harmonisation du droit des affaires dans les État-Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies*… ». Si l'on considère que le droit des contrats participe du droit des affaires ou qu'il en favorise l'environnement, on peut en conséquence justifier que l'article 2 du Traité soit invoqué pour la mise en place d'un Acte uniforme relatif au droit des contrats. Fort de cet article 2 du Traité, il a été décidé depuis 2001 d'inclure dans le programme d'harmonisation du droit des affaires, le droit des contrats. Lors de la réunion du Conseil de Ministres de l'OHADA à Brazzaville en février 2002, le Secrétariat Permanent a reçu l'autorisation de se rapprocher de l'Unidroit en vue de la rédaction d'un Acte Uniforme relatif au droit des contrats[544]. L'OHADA ayant décidé d'inclure le droit des contrats dans son domaine d'intervention, la question de sa compétence ne se pose plus vraiment. En revanche, dans la mesure où l'organisation se fixe pour but l'harmonisation du droit des affaires, son intervention en droit des contrats ne devrait-elle pas se circonscrire aux contrats en lien direct avec les affaires ? Un Acte uniforme des contrats peut-il prétendre régir des rapports au-delà des seuls contrats commerciaux ? L'OHADA est-elle légitime à adopter un Acte uniforme portant indifféremment sur le droit commun des contrats civils et commerciaux ? Si l'on se fie à la logique qui a gouverné jusque-là l'intégration normative réalisée par l'OHADA, l'intervention de l'OHADA en matière contractuelle serait subordonnée à un lien direct avec l'environnement des affaires que l'organisation entend mettre en place et entretenir.

---

d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après ».

543 L'article 8 du Traité de l'OHADA dispose en effet que « L'adoption des actes uniformes par le Conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des États-Parties présents et votants ; L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des États-Parties sont représentés ; L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes ».

544 AKAM AKAM, André (dir.). « *L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique* ». Dans : *Les mutations juridiques dans le système OHADA*. Paris : l'Harmattan, 2009, p. 27.

160. La question du choix entre un Acte uniforme des contrats commerciaux et un droit commun des contrats n'a pas laissé insensible M. Marcel FONTAINE, rédacteur du premier avant-projet d'Acte uniforme relatif aux contrats[545]. L'auteur de ce premier avant-projet de texte s'est posé la question suivante : « *L'Acte uniforme sur le droit des contrats ne doit-il concerner que les contrats commerciaux, ou son application doit-elle être élargie aux contrats en général, y compris donc les contrats civils* ? ». À cette question, M. FONTAINE répond que « *la première réponse qui vient à l'esprit est que l'Acte projeté ne devrait régir que les contrats commerciaux* ». Cette première réponse lui est suggérée par deux critères. D'une part, l'OHADA a pour mission l'harmonisation du droit des affaires et d'autre part, étant donné leur modèle, les Principes d'Unidroit concernent les contrats commerciaux internationaux.

161. Toutefois, à la faveur de ses multiples échanges notamment lors des voyages préparatoires du projet, M. FONTAINE déclare avoir pu se « *rendre compte que sur ce point, les avis étaient très partagés, mais qu'une tendance majoritaire étant bien apparente* ». L'auteur indique que le tiers environ de ses interlocuteurs est favorable à ce que le champ matériel de l'intégration juridique concernant les contrats se limite aux contrats commerciaux quand les deux tiers environ sont favorables à un Acte uniforme applicable indistinctement à tous les contrats. Autrement dit, ces deux tiers sont favorables à ce que l'Acte uniforme porte le régime général des contrats comportant ainsi, des règles communes sur la formation, l'exécution, l'inexécution, l'interprétation, etc. Une telle approche viendrait s'inscrire dans une cohérence avec le droit OHADA *de lege feranda* et *de lege lata*. Ce texte de droit commun servirait de socle commun à tous les Actes uniformes relatifs à des contrats spécifiques relevant notamment du droit des affaires.

162. Il est aisé de partager le point de vue de M. FONTAINE qui considère que les obstacles relatifs au domaine de compétence de l'OHADA ne sont pas « *décisifs* ». Disposant d'un pouvoir d'appréciation du champ d'application du droit des affaires, le Conseil des ministres a pris la décision à Bangui en 2001 de doter l'OHADA d'un Acte uniforme sur « *le droit des contrats* » « *formule générale et exempte de toute restriction* ». Ainsi, même si elles traduisent assurément de réelles difficultés, « *les préoccupations relatives à l'extension des compétences de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (et aux dessaisissements corrélatifs des cours suprêmes nationales, ainsi*

545 A la suite de sa réunion de Brazzaville en février 2002, le Conseil des Ministres, a demandé au Secrétariat Permanent de l'OHADA de prendre contact avec l'Unidroit pour la rédaction d'un avant-projet d'Acte uniforme. Un document a ainsi été soumis à l'OHADA en mai 2006.

qu'aux entraves possibles à l'accès à la justice », ne sont pas d'une telle importance à empêcher la réalisation d'un projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats[546].

§ 2. LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE DE L'UE CORRÉLÉE AU FONCTIONNEMENT DU MARCHÉ INTÉRIEUR

163. Une partie de la doctrine fait montre d'un grand engouement pour une intégration juridique globale portant sur tout le droit civil au sein de l'UE. Il est ainsi question tantôt de l'« *européanisation du droit* »[547] tantôt même, d'un « *Code civil européen* »[548]. Certains auteurs délimitent plus précisément leur réflexion en se concentrant spécifiquement sur le *« droit européen des contrats »*[549]. L'analyse de ces travaux doctrinaux conduit à constater que l'idée d'une européanisation globale du droit privé serait un vœu pieux. Les chances d'une telle intégration semblent compromises dès lors qu'elle est confrontée à la compétence législative de l'UE (**A**). En revanche, l'intégration juridique prenant la forme d'un droit matériel des contrats transfrontières semble plus envisageable (**B**). D'ailleurs, l'UE n'est telle pas parvenue à réaliser une intégration juridique en matière de règles de conflit de lois ? Le règlement Rome I atteste, en effet, de la faisabilité d'une intégration juridique en matière contractuelle. Ce texte ne constitue pas une exception, car l'UE a déjà accompli un exploit similaire avec le règlement Bruxelles 1 concernant les conflits de juridiction. Il apparaît alors qu'un projet d'intégration juridique en matière de règles matérielles pourrait s'inspirer de précédents règlements européens (C).

546 MIKPONHOUE, Hervis Igor Cariol. *L'ordre juridique communautaire "ohada" et les enjeux d'intégration du droit des affaires*. Thèse : Perpignan, 1 avril 2016, p.°207.

547 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002, pp. 38-40.

548 LEQUETTE, Yves. « *Vers un Code civil européen ?* » *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° n°107, p. 97-126 ; *LEQUETTE, Yves. « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar »*. D. 2002, n° 27, p. 2202 ; HUET, Jérôme. *« Nous faut-il un « euro » droit civil ? »* *D.* 2002, n° 34, p. 2611.

549 TALLON, Denis. *« Vers un droit européen du contrat »*. Dans : Mélanges offerts à André Colomer. Paris : LITEC, 1993.

A. L'INTÉGRATION GLOBALE DU DROIT PRIVÉ CONFRONTÉE À LA COMPÉTENCE LÉGISLATIVE DE L'UE

164. L'idée d'une intégration globale du droit civil au sein de l'Union européen peut paraître à bien des égards, démesurément ambitieuse. En effet, même s'il se justifie notamment en raison de sa haute valeur symbolique et de ses potentiels intérêts pratiques et théoriques, cet engouement d'une partie de la doctrine n'en mérite pas moins d'être contenu[550]. Un Code civil européen à l'instar de celui de la France, recouvre une diversité de branches du droit privé, notamment le droit des personnes, le droit des biens, le droit des obligations… Aussi, convient-il non pas d'atténuer l'ardeur de la doctrine pour l'intégration du droit matériel, mais d'en circonscrire l'objet en raison de la compétence législative de l'UE. En effet, une intégration globale du droit privé est une idée qui semble exclue *de jure*. En revanche, si elle est envisageable spécifiquement en matière contractuelle, l'intégration juridique dans cette matière ne peut se réaliser qu'en compatibilité avec les missions conférées à l'Union (1). Cela dit, il convient de ne pas perdre de vue qu'en tout état de cause, l'action de l'Union demeure subordonnée aux conditions résiduelles posées par les principes de subsidiarité et de proportionnalité (2).

1. L'intégration juridique en matière contractuelle ne pouvant se réaliser qu'en compatibilité avec les missions de l'UE

165. Comme le fait si bien remarquer Mme NADAUD dans sa thèse intitulée « *recherche sur le processus de codification européenne du droit civil* »[551], lorsque l'on envisage un code civil à l'échelle européenne, la première condition à observer est d'ordre institutionnel. L'institution européenne est-elle en mesure d'entreprendre une telle œuvre ? Plus précisément en a-t-elle les moyens juridiques ? C'est la question de la base juridique d'un tel projet qui est dès lors posée avant toute considération d'autre nature. Malgré les réformes successives qui ont significativement étendu sa sphère d'intervention, l'UE ne jouit que des compétences qui lui sont reconnues par les traités. On parle alors de compétence d'attribution. Au sens de ce

550 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats* : Aix-Marseille III, 2002, pp. 38-40.

551 NADAUD, Séverine. *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse : Limoges, 2007. L'auteure a la particularité d'avoir adopté une conception extensive de la notion de droit européen en y incluant tant le droit de l'UE que celui de l'Europe de la Convention européenne des droits de l'homme.

principe, l'UE ne peut agir que dans les limites des objectifs que ces traités établissent. A contrario, toute compétence non attribuée à l'UE dans ses traités échoit aux États membres.

À la suite du Traité d'Amsterdam, contrairement à ce qu'on peut observer avec les « *constitutions d'États fédéraux, qui prévoient le plus souvent de façon extrêmement minutieuse, la distribution des compétences entre la fédération et ses États membres, la construction communautaire ne contient ni clause générale ni liste systématique opérant répartition des compétences* »[552]. Seule la lecture détaillée des dispositions matérielles dudit traité permettait d'identifier, domaine par domaine, les critères de répartition des compétences entre l'Union, alors désignée « *la Communauté* » et les États membres. Dans un souci de clarifier cette répartition des compétences entre l'Union et les États membres, le traité de Lisbonne précise qu'il existe trois types de compétences à savoir les compétences exclusives, celles qui sont partagées et les compétences dites d'appui[553].

En vertu du premier type de compétence (article 3 TFUE), l'Union est la seule à pouvoir légiférer et adopter des actes contraignants dans certaines matières. Les États membres ne sont pas habilités à intervenir eux-mêmes à moins d'être autorisés par l'Union. Cette compétence exclusive concerne l'union douanière, l'établissement de règles de concurrence nécessaire au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire pour les États membres, la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, la politique commerciale commune et la conclusion d'accords internationaux sous certaines conditions[554].

166. Par ailleurs, en ce qui concerne les compétences partagées, l'article 4 TFUE énonce que l'Union dispose d'une compétence partagée avec les États membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles 3 et 6. Toutefois, les États membres ne peuvent exercer leur compétence que dans la mesure où l'Union n'a pas exercé ou a décidé de ne pas exercer la sienne. L'on aurait ainsi pu envisager une action de l'UE se matérialisant dans un texte de droit matériel uniforme relatif aux contrats

552 SIMON, Denys. *Le système juridique communautaire*. 3e éd. Paris : PUF, 2001.

553 *Répartition des compétences au sein de l'Union européenne. Synthèse du document : Article 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne — Catégories et domaines de compétence de l'Union européenne*. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/FR/legal-content/summary/division-of-competences-within-the-european-union.html. Doc ID: ai0020Doc Sector: otherDoc Title: Division of competences within the European UnionDoc Type: otherUsr_lan: en.

554 NEFRAMI, Eleftheria (Dir.). *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*. Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 38.

transfrontières. Cependant, une telle action ne saurait découler de l'article 4 précité. Ce texte concerne certes, le marché intérieur, mais également des questions telles que la politique sociale, la cohésion économique, sociale et territoriale… Il ne vise ni de loin ni de près, le droit privé ou une possible intervention de l'Union en matière de droit civil.

167. Enfin, l'Union détient des compétences dites d'appui (article 6 du TFUE). En vertu de cette disposition, l'Union ne peut intervenir que pour soutenir, coordonner ou compléter les actions des États membres. Il en découle que les actes juridiquement contraignants qui peuvent être adoptés au titre de cette compétence ne peuvent pas impliquer une uniformisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Plus précisément, cette compétence d'appui se rapporte aux questions politiques telles que la protection et l'amélioration de la santé humaine, l'industrie, la culture, le tourisme, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la protection civile et enfin, la coopération administrative[555].

168. Lorsqu'aucune compétence spécifique n'est prévue par le Traité, l'article 308 TCE autorise le Conseil à prendre, à l'unanimité, et après consultation du Parlement, les dispositions appropriées *« si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté »*. Si ce texte a permis un développement significatif des compétences communautaires, son utilisation en droit privé est restée assez faible[556]. Cet article a vocation à être utilisé de façon exceptionnelle, voire raisonnable.

Il ressort de ce qui précède que la compétence de l'UE à réaliser le droit privé, notamment en se dotant d'un Code civil européen, ne va pas de soi[557]. Aussi, s'est cristallisée une controverse doctrinale sur le projet de Code civil européen. Cette controverse « *rappelle celle, fameuse, qui opposa Thibaut et Savigny en 1814 : fallait-il que l'Allemagne se dote d'un code civil ? Le manifeste de Thibaut en faveur d'une codification du droit civil suscita une riposte cinglante de Savigny : le temps n'est pas encore mûr pour un tel code. Se dessine aujourd'hui en Europe un débat comparable entre deux écoles, le "clan de Savigny" et le "clan de Thibaut"* »[558]. Les critiques les plus véhémentes

555 COUTRON, Laurent. *Droit de l'Union européenne : institutions, sources, contentieux*. 3e éd., 2015. Paris : Dalloz, 2015, p. 18.

556 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » *RTD. Civ.* 2002, p. 463.

557 RIVOLLIER, Vincent. « *Les paradoxes du « droit privé européen »* ». *Rev. UE*. 2018, p. 634.

558 WITZ, Claude. « *Plaidoyer pour un code européen des obligations* ». *D*. 2000, nº 05, p. 79.

émanent de Pierre LEGRAND, qui considère qu'un code civil européen serait un *« non-sens »*[559]. L'auteur se montre très opposé à l'idée d'une intégration d'une telle ampleur et met particulièrement en avant la nécessité de préserver la souveraineté des codes civils des États membres et la diversité des droits nationaux qui constitue un trait caractéristique de l'Union. On peut regretter que dans sa critique du projet de Code civil européen, Pierre LEGRAND ne fasse pas cas des compétences de l'Union en la matière[560]. En réalité, l'opposition de M. LEGRAND, et de la partie réfractaire de la doctrine[561], laisse entrevoir que dans l'entendement de ces derniers, l'objet de la critique est bien l'idée d'un texte qui se substituerait aux codes civils nationaux. Autrement, il s'agirait d'un code civil européen qui s'appliquerait aussi bien aux rapports internes que transfrontières. Cette crainte est clairement formulée par Gérard CORNU qui écrit que « *Un Code civil européen qui viendrait se substituer aux codes civils des États serait, sur la tête des citoyens, comme un acte de spoliation, un empiètement, en chaque État, sur le domaine de la société civile, en violation du pacte de non-ingérence qui, dans la construction de l'Europe, garantit à chaque cité la jouissance de sa constitution civile. Le respect de cette sphère d'intimité est un minimum non négligeable. Le droit communautaire excelle dans l'approche ponctuelle de techniques spécifiques. Ses harmonisations sélectives sont utiles. Qu'elles demeurent périphériques. La confiscation d'une force centrale n'est pas son affaire* »[562]. Dans cette logique il est difficile de ne pas souscrire à cette opposition. Le droit primaire de l'Union ne donne pas compétence à ses instances pour mettre en œuvre un tel projet. Le rapprochement législatif susceptible d'être opéré par l'Union est subordonné au fonctionnement du marché intérieur et doit concerner, de fait, les

559 LEGRAND, Pierre. « *Sens et non-sens d'un Code civil européen* ». *RIDC*, 1996, Vol. 48, n° 4, p. 779-812.

560 Il est vrai que la question de la compétence législative de l'Union en matière de codification du droit civil ne fait pas l'objet d'ample appréciation par un certain nombre d'auteur dans leurs interventions : LEQUETTE, Yves. Vers un Code civil européen ? *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° n°107, p. 97-126. Disponible à l'adresse : https://revue-pouvoirs.fr/Vers-un-Code-civil-europeen.html ; HEUZÉ, Vincent. À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats. *La Semaine Juridique Edition Générale*. Juillet 2002, n° n° 29, p. 1341 ; CORNU, Gérard. Un code civil n'est pas un instrument communautaire. *D.* 2002, n° 03, p. 351.

561 LEGRAND, Pierre. « *Sens et non-sens d'un Code civil européen* ». *RIDC*, 1996, Vol. 48, n° 4, p. 779 ; LEGRAND, Pierre. « *Le primat de la culture* ». Dans : *Le droit privé européen : actes du colloque organisé à Reims les 30 janvier et 1er février 1997*. Paris : Economica, 1998, p. 1 ; LEGRAND, Pierre. « *La leçon d'Apollinaire, L'harmonisation du droit des contrats en Europe* ». Dans : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe : actes de colloque organisé par le Centre de recherche européen en droit des obligations de l'Université de Paris 12 et le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2*. Paris : Economica, 2001, p. 37-56 ; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte « *Faut-il un code européen* ? » RTD Civ. 2002 p. 463 ; HEUZÉ, Vincent. « *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membre* ». Dans : *Dans BERGÉ, Jean-Sylvestre et NIBOYET, Marie-Laure (dir.) La réception du droit communautaire en droit privé des États-membres : colloque international, session internationale d'études doctorales, Université de Paris X - Nanterre 28 janvier - 1er février 2003*. Bruxelles : Bruylant, 2003, p. 128 et s.

562 CORNU, Gérard. « *Un code civil n'est pas un instrument communautaire* ». *D.* 2002, n° 03, p. 351.

rapports transfrontières. D'ailleurs, dans sa Communication en date du 22 mai 2002, intitulée *« Un projet pour l'UE »*, la Commission, pour ce qui est précisément du droit civil, subordonne l'intégration du droit aux exigences du marché intérieur qui est au cœur des prérogatives de l'UE. Ces prérogatives étant en lien avec les missions attribuées à l'UE, l'action de cette dernière se doit d'être conforme aux dites missions.

169. À défaut de ne pouvoir fonder l'uniformisation du droit civil dans les compétences de l'Union, peut-être faudrait-il envisager de les déduire des missions qui lui ont été assignées. Aux termes de l'article 2 du Traité instituant la Communauté européenne (version de Nice) « *La communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques […]* ». L'évocation du « *développement harmonieux et équilibré des activités économiques* » ne peut-elle pas être interprétée comme induisant une mission dont l'accomplissement appelle un certain degré d'intégration juridique ? Certains auteurs voient ainsi dans la notion de « *développement harmonieux et équilibré des activités économiques* », une mission pouvant impliquer « *l'harmonisation du droit des contrats* »[563]. Encore faudrait-il que les dispositions du droit primaire fixant les missions fassent au moins implicitement référence à un tel degré d'intégration juridique. L'article 3 du Traité instituant la Communauté européenne dispose notamment « *aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par…* » ledit Traité, « *le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun […]* ».

L'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE) l'alinéa premier dispose que « *Sauf si les Traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* »[564]. Et l'article 115 TFUE (ancien article 94 TCE)

563 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002, p. 502.

564 L'article 26 TFU (ancien article 14 TCE) dispose en son premier alinéa que « *L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes du Traités* ». Ce texte inscrit ainsi de l'établissement puis, du fonctionnement du marché intérieur au nombre des missions de l'Union. On comprend alors que les rapprochements des droits nationaux susceptibles d'être opérés par l'Union ne sont qu'un moyen au service de cette fin.

d'indiquer que « *le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ». C'est *« le texte pivot de la réalisation du marché intérieur »* [565] si bien qu'il est invoqué par l'Union pour fonder diverses directives concernant la protection des consommateurs. Certains auteurs ont même pu penser que les anciens articles 94 et 95 TCE conféraient une compétence générale à l'Union[566].

Cependant, aussi intéressants qu'ils paraissent, ces textes ne peuvent servir de base juridique à un Code civil européen, et ce, pour deux raisons en l'occurrence. D'une part, en ce qu'il subordonne l'intervention de l'Union à l'établissement du marché intérieur, tout recours à ce texte semble exclu puisque le marché intérieur existe déjà. D'autre part, si l'on est tenté d'invoquer le fonctionnement du marché intérieur, la CJUE s'est récemment prononcée pour proscrire toute interprétation exhaustive de ce texte. La Cour a pu ainsi rappeler que l'article 95 TCE ne saurait servir à éliminer les différences entre droits nationaux des États membres, mais uniquement pour supprimer les obstacles à la libre circulation des biens et des services[567]. Le rapprochement législatif n'est donc pas une fin en soi, mais doit permettre d'atteindre un objectif qui est l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur[568]. Nous l'avons relevé, un Code civil européen recouvrerait une diversité de branches juridiques qui n'ont manifestement pas de lien direct avec le marché intérieur. Le droit de la famille, comme le droit des successions pour ne citer que ces deux matières ne semblent nécessaires ni à l'établissement ni au fonctionnement du marché intérieur.

170. La capacité de l'Union à agir en vue d'une intégration normative est corrélée au fonctionnement du marché intérieur. Or, il est évident que toutes les branches du droit privé n'ont pas une vocation économique. L'exemple du Code civil est assez édifiant en la matière

---

565 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » RTD Civ. 2002, p. 463. L'auteure y explique que « *s'il devait un jour y avoir un Code européen de la Consommation (le 2 octobre 2001, la Commission a publié un Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne) (Cf com (2001) 531 final), celui-ci pourrait être fondé sur l'article 153 TCE qui vise à promouvoir les intérêts des consommateurs et se réfère à l'article 95* ».

566 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002, n° 131, p. 505.

567 CJCE 5 octobre 2000. - République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne - Affaire C-376/98. [Consulté le 20 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0376.

568 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002., n°130, p. 504.

dans la mesure où les dispositions de nature patrimoniale coexistent avec celles régissant les rapports extrapatrimoniaux. S'il n'est pas aisé d'identifier les dispositions du droit primaire susceptibles de fonder l'intervention de l'Union en matière contractuelle, qu'en serait-il *a fortiori* d'un projet d'uniformisation du droit extrapatrimonial ? L'argument qui voudrait que cette dernière uniformisation s'inscrive dans la coopération judiciaire voulue par l'Union semble très peu pertinent.

171. En tout état de cause, les dispositions précitées ne sauraient être interprétées comme fondement d'une européanisation de l'ensemble du droit privé. On comprend alors mieux la véhémente opposition de certains auteurs à l'idée d'un Code civil européen. Au nombre de ces auteurs figure le professeur CORNU qui écrit que dans la mesure où « *le droit civil part, en toute matière, patrimoniale ou extrapatrimoniale, du faisceau des critères et du concert des valeurs qui, dans tous les ordres, se croisent, se relativisent et se modèrent mutuellement* »[569], non seulement « *un Code civil n'est pas un instrument communautaire* », mais des instruments communautaires ne peuvent donner naissance à un Code civil[570].

172. Au demeurant, l'exercice des compétences par l'UE est conféré aux fins de la réalisation des missions précitées, l'Union est soumise à deux principes fondamentaux énoncés à l'article 5 du TFUE (ancien article 5 TCE) à savoir les principes de proportionnalité et principe de subsidiarité[571].

3. l'action de l'union subordonnée à deux conditions résiduelles

173. Dans un premier temps, il se pose la question de savoir dans quelle mesure l'idée d'une intégration juridique en matière contractuelle serait conforme au principe de subsidiarité[572]. N'en ayant la compétence exclusive ni expresse, peut-elle se prévaloir du principe de la

569 *CORNU, Gérard. « Un code civil n'est pas un instrument communautaire ». D.* 2002, nº 03, p. 351.

570 LEQUETTE, Yves. « *Vers un Code civil européen ? »* Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques. n°107.

571 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice.* Bruxelles : Larcier, 2003, n°329, p. 310.

572 DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité.* Paris : PUF, p. 25.

subsidiarité afin d'agir à cet effet[573] ? Le principe de subsidiarité a été consacré par le Traité de Maastricht (ancien article B TUE et 3B du TCE, devenus les articles 2 TUE et 5 TCE) si bien que certains ont parlé d'« *Europe de la subsidiarité* »[574]. Pourtant, M. Franc de Paul TETANG fait observer que « *ce n'est pas à Maastricht qu'a émergé la subsidiarité dans l'Europe unionaire* »[575]. L'auteur renvoie à différentes dispositions des traités précédant celui de Maastricht au nombre desquels l'article 5 du Traité CECA aux termes duquel la Communauté « *assure l'établissement, le maintien et le respect des conditions normales de concurrence et n'exerce une action directe sur la production et le marché que lorsque les circonstances l'exigent* ». Aussi conclut-il que « *le principe de subsidiarité n'est pas nouveau, ce qui l'est c'est sa proclamation* »[576].

De nature protéiforme[577], il est consacré par plusieurs textes dont l'article, 5 al. 2 TFUE qui dispose que « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Et, l'article 352 TFUE (ancien article 308 TCE) d'ajouter que *« si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées ».* Ce principe de subsidiarité intervient alors comme un régulateur[578] de l'exercice des compétences. Au regard de son importance, il est compréhensible que la CJUE contrôle son application. D'ailleurs, l'article 5 alinéa 3 TFUE (ancien article 5 TCE) précise bien que l'Union peut intervenir en vertu du principe de subsidiarité dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence

---

573 THOMA, Françoise. *Le principe de subsidiarité en droit communautaire : sa signification et son impact sur la construction communautaire*. Thèse : Paris II, 1 janvier 1998 : « *l'introduction du principe de subsidiarité dans le droit positif est le signe d'une nouvelle interprétation du fédéralisme européen : l'intégration européenne dépasse les catégories juridiques traditionnelles. Elle repose sur une répartition fonctionnelle, dynamique et flexible des compétences, qui ne sont jamais attribuées une fois pour toutes, mais dont l'exercice par l'un ou l'autre niveau s'organise en continuum. Le nouveau fédéralisme repose sur l'adhésion des peuples concernes, qui exigent désormais que le niveau supérieur justifie ses interventions* ».

574 VERDUSSEN, Marc (dir.). *L'Europe de la subsidiarité : XVIIe Journées Juridiques Jean Dabin*. Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 26.

575 TETANG, Franc de Paul. *La subsidiarité inversée en droit européen : contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne*. Thèse : Poitiers. Université de Poitiers, 2012, p, 15.

576 TETANG, Franc de Paul. *La subsidiarité inversée en droit européen : contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne*. Thèse : Poitiers. Université de Poitiers, 2012, p, 15.

577 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » RTD Civ. 2002, p. 463.

578 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » *RTD Civ.* 2002, p. 463.

exclusive[579]. Ainsi, il n'est pas de la vocation de ce principe de déterminer si une compétence est dévolue ou non à l'Union, mais il n'intervient que pour autant que celle-ci est reconnue, pour un domaine donné, titulaire d'une compétence partagée avec les États membres[580]. La CJUE veille notamment à ce qu'à l'aune des principes de subsidiarité et de proportionnalité, les textes susceptibles d'être invoqués pour fonder le projet d'un Code civil européen ne fassent pas l'objet d'une interprétation trop extensive[581].

174. Dans un second temps, il convient de se demander si le principe de proportionnalité fait obstacle au projet de Code civil européen. Dès lors qu'est prise la décision d'exercer la compétence, le principe de proportionnalité intervient dans l'appréciation de l'étendue de la législation. En vertu de l'article 5 alinéa 4 TFUE (ancien article 5 alinéa 3) « *l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité* ». Or, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, les conditions juridiques de l'exercice d'une telle compétence relativement au droit civil dans son ensemble, sont loin d'être établies dans son droit primaire.

175. Une entreprise d'intégration portant globalement sur le droit civil européen supposerait donc une révision des traités afin d'étendre les pouvoirs de la communauté, mais cela est-il nécessaire ? Une Europe forte ne signifie pas une Europe compétente en tous domaines. Cela étant, est-ce à dire que ce texte exclut totalement l'uniformisation du droit des contrats transfrontières au sein de l'UE ?

B. La faisabilité d'une intégration juridique circonscrite aux contrats transfrontières

176. L'intégration du droit matériel ne sera possible en matière contractuelle qu'en raison de la solidité des arguments d'ordre économique qui la sous-tendent. Cette intégration doit être nécessaire au bon fonctionnement du marché unique (**1**). Autrement, l'intégration en matière

579 BLANQUET, Marc. *Droit général de l'Union européenne*. 11e éd., 2018. Paris : Sirey, 2018, p. 162-171.

580 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002, n° 139, p. 513.

581 CJCE 5 octobre 2000. - République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'UE - Affaire C-376/98. [Consulté le 20 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61998CJ0376.

contractuelle doit contribuer à mettre un terme aux distorsions de concurrence liées à la diversité des droits (**2**).

1. L'intégration en matière contractuelle nécessaire au bon fonctionnement du marché unique

177. Pour convaincre les irréductibles opposants au projet d'uniformisation du droit des contrats au sein de l'Union, il faudra démontrer que la mise en œuvre de ce projet aura un impact direct et significatif sur le commerce. Le marché unique est voulu comme un espace propice au commerce intracommunautaire (**a**). Cependant, la tâche ne sera pas aisée tant le lien entre la diversité de droits des contrats et le fonctionnement du marché unique est sujet à controverse doctrinale (**b**).

a. Le marché unique voulu comme un espace propice au commerce intracommunautaire

178. Selon le Professeur JAMIN le premier postulat factuel de l'uniformisation est souvent présenté comme ayant vocation à éliminer les différences entre divers droits nationaux, « *car celles-ci constitueraient une entrave au développement du commerce frontalier au sein de l'Union* »[582]. M. Jean-Baptiste RACINE part de la même observation. Ce dernier écrit que lorsque l'on envisage le droit européen des contrats, l'une des premières questions qui se pose est de savoir si « *La situation actuelle fondée sur une diversité dans les règles nationales du droit des contrats engendrerait des obstacles au fonctionnement du marché intérieur. En particulier, la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux serait affectée* »[583]. Pour lui, cette interrogation est d'autant plus pertinente que « *deux éléments majeurs sont des facteurs de multiplication des contrats conclus au sein du marché intérieur : tout d'abord, l'introduction de l'Euro ; ensuite, le développement du commerce électronique* »[584].

Le premier de ces deux facteurs est naturellement de nature à favoriser, ou du moins, faciliter les échanges transfrontaliers au sein de l'UE. M. Yves-Thibault DE SILGUY, ancien Commissaire européen, a souligné lors des discussions sur l'adoption de l'euro que cette

582 JAMIN, Christophe. « *Un droit européen des contrats ? » Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières.* Paris : Economica, 1998, pp. 54-55.

583 RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, n° 2, pp. 69-70

584 RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, n° 2, p. 70.

monnaie unique permettrait « *[…] aux Européens de s'unir autour d'une nouvelle entité économique, source de stabilité et de prospérité* »[585]. Par source de stabilité, il convient d'entendre que l'une des raisons d'être de la monnaie unique dans une communauté comme l'UE est d'éviter que les fluctuations de taux de change n'entravent le développement des échanges. Ainsi, à l'instar du système de *Bretton Woods* qui a donné naissance au Fonds Monétaire International, l'adoption de l'euro a l'avantage de mettre en place un système de changes fixe propice aux échanges transfrontières de biens et services. Ce lien entre la stabilité des taux de change et le développement du commerce international a pu se vérifier lorsqu'après l'abandon du Traité de *Bretton Woods* en 1973, l'on a pu observer un déclin du commerce international[586].

C'est ce rapport que M. Khalid SEKKAT s'est employé à mettre en exergue dans sa contribution à l'ouvrage collectif portant sur l'intégration économique européenne. En effet, dans un chapitre intitulé « *monnaie unique et commerce européen » et « afin d'éclairer les effets de la monnaie unique (change fixe)* » l'auteur présente les analyses de l'expérience européenne analysant « *les fondements théoriques et les principaux résultats empiriques du lien entre variabilité des changes et commerce européen* »[587]. D'après l'auteur, « *l'analyse théorique concernant l'impact sur le volume du commerce associe la variabilité à l'incertitude et montre que si les agents économiques ont une aversion au risque, leur engagement dans le commerce international et, par conséquent, le volume de commerce international diminue* ».

Analysant les résultats des travaux d'économistes dont FRANKEL et WEI, 1993, et STOCKMAN, 1995 d'une part, ainsi que HOOPER et KOLHAGEN, 1978, et CUSHMAN, 1983 d'autre part, M. SEKKAT conclut dans un premier temps que « *les tests empiriques des effets de la volatilité n'ont pas permis de les confirmer* », et ce, en raison de la disponibilité des moyens, peu couteux, de couverture contre ce genre de risque. Dans un second temps, des travaux du second groupe d'économistes suscités, il ressort que « *la variabilité du taux de change n'affecterait pas le volume du commerce à cause de la volatilité, mais à cause des déviations à moyen*

585 Citation tirée de : SEKKAT, Khalid. « *Monnaie unique et commerce européen* », dans : Étienne Farvaque éd., Intégration économique européenne. Problèmes et analyses. Louvain-la-Neuve. De Boeck Supérieur, 2002, p. 124.

586 SEKKAT, Khalid. « *Monnaie unique et commerce européen* », dans : Étienne Farvaque éd., Intégration économique européenne. Problèmes et analyses. Louvain-la-Neuve. De Boeck Supérieur, 2002, p. 124

587 SEKKAT, Khalid. « *Monnaie unique et commerce européen* », dans : Étienne Farvaque éd., Intégration économique européenne. Problèmes et analyses. Louvain-la-Neuve. De Boeck Supérieur, 2002, p. 125.

terme du taux de change par rapport à son niveau d'équilibre »[588]. Dans cette dernière optique, l'auteur relève que les instruments de couverture contre ce genre de risque sont peu développés.

Au regard de toutes ces considérations, M. SEKKAT conclut que « *le Système Monétaire Européen ayant permis (jusqu'en 1992) une réduction sensible de la variabilité des taux de change, il peut être crédité d'une contribution positive au développement du commerce intracommunautaire. L'adoption de la monnaie unique en éliminant complètement cette variabilité favorisera davantage le commerce intra-européen* »[589].

179. Pour ce qui est du développement du commerce électronique, la Commission européenne a pris conscience de la nécessité de mettre en place un environnement propice à ce nouveau vecteur d'échange. La Commission affiche clairement une volonté d'établir un marché unique numérique qui serait le prolongement du marché unique dans le cyberespace. Dans cette optique, il serait tout à fait légitime de voir disparaître tous les obstacles empêchant les agents économiques de l'Union d'accéder à des biens et services commercialisés en ligne depuis d'autres États membres. Dans un communiqué en date du 25 mai 2016, La Commission a ainsi formulé une proposition de *« nouvelles règles relatives au commerce électronique pour aider les consommateurs et les entreprises à tirer pleinement profit du marché unique ».* Afin de stimuler le commerce en ligne, la Commission propose un plan se déclinant en trois volets : lutter contre le blocage géographique, rendre la livraison transfrontière plus abordable et plus efficace et favoriser la confiance des clients grâce à une meilleure protection et une meilleure application.

Cependant, il est assez regrettable de constater que la Commission ne fait pas cas de l'uniformisation du droit des contrats comme favorisant et sécurisant le commerce électronique au sein de l'Union. Dans l'optique de *« doper le commerce électronique dans l'UE »*[590], la Commission évoque certes l'importance du droit. Mais elle se limite à proposer une révision du règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs. Or, une action efficiente de l'Union en vue de doper le commerce transfrontière tant

588 SEKKAT, Khalid. « *Monnaie unique et commerce européen* », dans : Étienne Farvaque éd., Intégration économique européenne. Problèmes et analyses. Louvain-la-Neuve. De Boeck Supérieur, 2002, p. 129.

589 SEKKAT, Khalid. « *Monnaie unique et commerce européen* », dans : Étienne Farvaque éd., Intégration économique européenne. Problèmes et analyses. Louvain-la-Neuve. De Boeck Supérieur, 2002, p. 129

590 Le communiqué de la Commission intitulé « Doper le commerce électronique » est à consulter via le lien suivant : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_16_1887 ; Dernière consultation le 15 septembre 2020.

physique que numérique appelle la mise en œuvre d'un instrument juridique propre aux relations contractuelles transfrontières au sein de l'Union. La diversité des droits peut constituer une entrave à un essor plus considérable du commerce transfrontière au sein de l'UE. Cependant, le lien entre la diversité des droits nationaux et le fonctionnement du marché unique semble loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine.

b. Le lien entre diversité des droits nationaux des contrats et fonctionnement du marché unique sujet à controverse doctrinale

180. Alors que Messieurs JAMIN et RACINE émettent de sérieux doutes quant à l'incidence de la diversité des droits des contrats sur le fonctionnement du marché intérieur, d'autres auteurs soutiennent le contraire. Ainsi, M. Olé LANDO soutient que cette diversité de droits des contrats constitue une barrière non tarifaire au sein de l'Union[591]. Selon M. LANDO, « *on ressent le besoin d'une infrastructure communautaire au droit du contrat pour servir de fondement aux règles communautaires qui gouvernent des espèces spécifiques de contrat en augmentation constante* »[592].

Face à cette controverse qui traverse la doctrine, on comprend aisément que la Commission européenne ait pris soin d'adopter une démarche plus empirique. À l'occasion de sa communication de juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, elle a élargi le débat en y associant le parlement européen, le Conseil et les parties prenantes, y compris des entreprises, des juristes, des universitaires et des associations de consommateurs. La raison d'une telle démarche était « *de savoir si les divergences en matière de droit des contrats entre États membres suscitaient des problèmes et, dans l'affirmative, lesquels. La communication demande en particulier si le bon fonctionnement du marché intérieur peut être entravé par des problèmes liés à la conclusion, à l'interprétation et à l'application de contrats transfrontaliers* ». En d'autres termes, l'un des principaux objectifs de la Commission était d'établir si la diversité des droits nationaux des contrats dans les États constituait une entrave directe ou indirecte au fonctionnement du marché intérieur et, le cas échéant, dans quelle mesure. En filigrane à cette interrogation, on comprend que si de tels obstacles venaient à être établis, les instances européennes pourraient agir notamment

591 Les propos de M. LANDO ont été traduits par nos soins. Dans leur version originelle, ils étaient exprimés en ces termes : « *In Europe the existing variety of contract laws is a non-tariff barrier to the inter-union* ». Citation tirée de RACINE, Jean-Baptiste. « *Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?* » *RDUE*. 2003, nº 2, p. 70.

592 Citation rapportée dans : TALLON, Denis. « *Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique* ». Defrénois. Juin 2000, p. 683

sur le fondement du fonctionnement du marché intérieur. Ce n'est au demeurant pas anodin que dans sa communication, la Commission ait pris soin de rappeler que « *le TCE a donné des pouvoirs aux institutions européennes pour faciliter l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, en particulier, la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux* ». C'est au titre de ces « *pouvoirs* » que la Commission envisage une initiative de l'UE en droit des contrats transfrontières. En conséquence, même si la Commission ne consacre pas des développements substantiels et explicites à la question de la base juridique d'un éventuel Code européen des contrats, on ne peut pas vraiment lui reprocher d'avoir éludé cette question. De par la référence faite au fonctionnement du marché intérieur, le lecteur avisé est en mesure de déduire les textes du droit primaire qui sont implicitement invoqués par la Commission. Il s'agit vraisemblablement de l'article 95 TCE précité.

181. La Commission retient que la diversité des droits nationaux des contrats freine les actions transfrontalières et entraîne un surcoût des transactions. Cette diversité constitue donc une entrave au fonctionnement du marché intérieur et justifie de ce seul fait une action communautaire. Pour ce faire, la Commission distingue dans les droits nationaux des contrats, les dispositions supplétives de volonté de celles qui sont obligatoires. Tandis que les premières peuvent être écartées par les parties, les secondes s'imposent à elles notamment lorsqu'il existe un déséquilibre plus ou moins important entre les parties contractantes, comme dans le contrat de consommation. La Commission estime que ce sont les conflits entre des règles obligatoires différentes qui peuvent avoir un impact négatif sur les transactions transfrontières.

Par ailleurs, la Commission évoque certaines pratiques contractuelles prenant la forme de clauses particulières, pouvant être tolérées dans un État membre et être difficilement approuvées dans un autre. En conséquence, le fait, notamment, pour les consommateurs et les PME d'ignorer les autres régimes de contrats risquerait de les dissuader d'entreprendre des transactions transfrontières. Cette crainte a justifié, au moins en partie, l'adoption de bon nombre de directives en lien avec le fonctionnement du marché intérieur.

La commission poursuit en ajoutant que « *des règles de droit national disparates peuvent alourdir les coûts des transactions, en particulier les éventuels frais d'information et de contentieux pour les entreprises en général, et les PME et les consommateurs. Les parties au contrat pourraient être contraintes d'obtenir des informations et des conseils juridiques concernant l'interprétation et l'application d'un droit étranger peu familier. Si le droit applicable a été choisi dans le contrat, ce choix s'applique à la partie au contrat pour*

laquelle le droit n'a pas été choisi. Il s'applique aussi, dans une moindre mesure, aux contrats dans lesquels les parties ont convenu de dispositions contractuelles types dans les cas où ces conditions ne couvrent pas tous les problèmes possibles ».

182. Déjà en 1998, dans un article intitulé « *un droit commun des contrats pour un marché unique* », M. BASEDOW faisait remarquer qu'il ne suffisait pas, pour le fonctionnement d'un marché unique, que les deux principes de liberté contractuelle et de force obligatoire des contrats soient reconnus dans tous les États parties du marché unique[593]. Selon BASEDOW, conclure ainsi à l'absence de nécessité d'un droit uniforme des contrats serait une erreur et la preuve d'une méconnaissance de *« l'extrême incertitude qui caractérise la position des entreprises lors de la conclusion de contrats transfrontières »*[594]. En effet, l'auteur précise que généralement, *« les petites et moyennes entreprises ne soumettent pas leurs transactions à un contrôle juridique préalable à la conclusion du contrat ; pour elles, les risques du commerce extérieur ont souvent un effet décourageant ».*

Il est difficile de concevoir qu'un espace économique comme l'UE qui promeut les échanges entre opérateurs économiques des différents États membres ne puisse pas mettre en place les conditions optimales à de tels échanges transfrontières. L'UE est une mosaïque de divers États, avec diverses langues et traditions dont l'ignorance ou le défaut de maîtrise pourraient freiner les ambitions d'un agent économique qui envisagerait le commerce international. Bien évidemment, il ne s'agit pas de créer une Union dépourvue de législations, traditions, langues propres aux États membres. La Constitution de l'Union n'est surtout pas exclusive de la subsistance de ces particularismes nationaux. En effet, ces particularismes n'empêchent pas l'Union d'agir afin de faciliter la conclusion et l'exécution de transactions transfrontières en son sein. Comme le souligne fort bien M. BASEDOW *« s'il est vrai que la Communauté ne peut pas surmonter les différences culturelles de l'Europe, elle peut renforcer la confiance des acteurs économiques dans le bon fonctionnement du Marché unique par le moyen d'une législation commune en matière contractuelle. Une telle législation plurilingue pourrait réduire tant les incertitudes juridiques que celles causées par la diversité de langues… »*[595].

Ces arguments invoqués par la Commission ainsi que M. BASEDOW n'ont pas été de nature à convaincre le M. JAMIN pour qui « *cette analyse, qui repose sur des intuitions des uns et des*

593 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC, 1998, Vol. 50, nº 1, p. 17.

594 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC, 1998, Vol. 50, nº 1, p. 17.

595 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC, 1998, Vol. 50, nº 1, p. 13.

autres, mériterait néanmoins, d'être confortée par des recherches plus approfondies, car il n'est pas certain qu'elle soit exacte »[596]. Il est vrai qu'en affirmant que la divergence des règles de droit régissant le droit des contrats constitue une entrave au fonctionnement du marché intérieur, sans vraiment citer une disposition particulière des Traités dans sa Communication de juillet 2001[597], la Commission se contente de rappeler que « *le Traité a donné des pouvoirs aux institutions européennes pour faciliter l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, en partie la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux* » faisant ainsi une référence implicite à l'article 95 TCE.

À l'instar d'une bonne partie de la doctrine[598], n'étant pas en mesure de rapporter les chiffres exigés par M. JAMIN afin d'établir le lien entre la diversité des droits et le bon fonctionnement du marché unique, il convient de présenter le projet d'uniformisation du droit des contrats transfrontières, comme le prolongement nécessaire de l'œuvre initiée par l'Union à travers le Règlement Rome I. A-t-on eu besoin de fonder l'uniformisation des règles de conflits de lois relatives à la matière contractuelle, sur des données chiffrées en corrélation avec le marché unique ? Dans l'éventuelle affirmative, ne peut-on pas considérer que ces chiffres valent aussi pour l'uniformisation des règles matérielles relatives aux contrats transfrontières ?

183. À l'inverse, si l'on n'a pas ressenti le besoin impérieux d'établir de telles données pour justifier la Convention de Rome, puis le Règlement Rome 1, ne peut-il pas en être de même pour un projet de règlement portant droit matériel des contrats transfrontaliers ? L'idée qu'un tel règlement soit le prolongement nécessaire de l'œuvre législative entamée avec la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles puis le Règlement Rome I nous parait relever du bon sens. Il s'agit d'une nécessité que commande le marché unique. Aussi, peut-on pleinement au point de vue de M. TALLON pour qui *« Un marché*

---

596 JAMIN, Christophe. « *Un droit européen des contrats ?* ». Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières. Paris : Economica, 1998, n° 2, p. 52.

597 NADAUD, Séverine. *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse : Limoges, 2007, p. 36 et s.

598 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » *RTD Civ.* 2002, p. 463 ; HEUZÉ, Vincent. « *À propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats* ». JCP G. Juillet 2002, n° n° 29, p. 1341. OUIRINI, Hanane. *Essai sur l'européanisation du droit de la consommation*. Thèse : Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 19 mai 2016, p. 234 et s.

unique appelle un instrument contractuel unique »[599]. Mais qu'en est-il du lien entre diversité des droits nationaux et concurrence ?

2. l'intégration en matière contractuelle contribuant à mettre un terme aux distorsions de concurrence liées à la diversité des droits

184. Pour un fonctionnement efficient du marché unique, l'Union se doit de réguler la concurrence entre les opérateurs économiques des États membres. Or, la concurrence implique que les opérateurs économiques jouissent de la même liberté et d'une égalité notamment face au droit, aussi bien en théorie qu'en pratique. Or, ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus, face à la diversité des droits nationaux, les opérateurs économiques ne disposent pas du même accès au droit d'États qui ne sont pas les leurs. Ils n'ont pas forcément tous, les moyens de rechercher le contenu de ces droits afin d'envisager des opportunités d'affaires.

Dans sa Communication de 2001, la Commission avance aussi que le surcoût lié à la recherche d'informations concernant la *lex contractus* pourrait également constituer un désavantage concurrentiel, par exemple dans une situation où un fournisseur étranger est en concurrence avec un fournisseur établi dans le même pays que le client potentiel. C'est là le second postulat avancé à l'appui de l'intégration du droit des contrats. Mettre un terme aux distorsions de concurrence fait partie des objectifs fondateurs de la Communauté économique européenne.

La Commission invoque ainsi que l'intégration du droit des contrats pourrait être justifiée par la volonté de lutter contre les distorsions de concurrence liées à la diversité des droits, sans vraiment appuyer cet argument de données empiriques.

Or, le juge de l'Union pose en principe que la démonstration de la réalité de l'entrave au bon fonctionnement du marché intérieur, que constitue la diversité des droits nationaux du contrat doit donc être strictement établie[600]. Ainsi, dans une affaire *RFA contre Parlement et Conseil*, en date du 5 octobre 2000, concernant la directive 98/43 relative à la publicité en faveur des produits du tabac, la Cour de justice précisait que l'article 95 TCE (ancien

599 TALLON, Denis. « *Vers un droit européen du contrat* ». Dans : Mélanges offerts à André Colomer. Paris : LITEC, 1993.

600 CJCE 24 janvier 1991, Alsthom, Aff. C-339/89.

article 100 A) ne pouvait faire l'objet d'une interprétation *« en ce sens qu'il donnerait au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur »*[601]. La Cour ajoute que *« si la simple constatation de disparité entre les réglementations nationales ainsi que du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence susceptibles d'en découler était suffisante pour justifier le choix de l'article 100 A comme base juridique, le contrôle juridictionnel du respect de la base juridique pourrait être privé de toute efficacité ».*

M. Christophe JAMIN soutient que le lien établi entre l'intégration du droit et l'accroissement de la concurrence n'est pas probant, le pluralisme pouvant, selon lui, constituer un facteur de concurrence[602]. L'auteur s'appuie sur l'exemple du régime de la détermination du prix en droit français dont l'évolution aurait été mue par la volonté d'être en situation de concurrence avec les partenaires économiques de la France, notamment au sein de l'Union. Encore une fois, c'est au marché qu'il reviendrait de régler les distorsions de concurrence qui seraient attribuées à la diversité des droits nationaux.

Quant à Mme FAUVARQUE-COSSON, elle écrit que « *le surcoût lié à la divergence des législations nationales n'a jamais été évalué avec précision ; en outre, les distorsions de concurrence entre États membres sont beaucoup plus importantes dans d'autres branches du droit tels le droit fiscal ou le droit social* »[603]. Or, jusque-là, les velléités d'intégration normative au sein de l'Union ne font pas le cas de ces derniers domaines. À cet argument, l'on pourrait opposer que ce n'est pas tant l'importance de la distorsion dans telle ou telle matière qui guide la réflexion de la Commission, mais l'importance du droit des contrats dans le fonctionnement du marché unique.

185. Par ailleurs, l'argument qui voudrait que le pluralisme puisse constituer un facteur de concurrence pourrait s'entendre. *A priori* l'on pourrait penser qu'envisager un droit intégré au sein de l'UE est contraire à « *l'idée d'une concurrence productive entre les différentes législations nationales* »[604]. Dans cette logique, la recherche du contenu du droit étranger et le développement du droit comparé peuvent être vus comme la conséquence de la pluralité. Ainsi, se poserait légitimement la question de savoir si l'univers du droit et de l'économie ne

601 CJCE, 5 octobre 2000, RFA c. Parlement et Conseil, aff. C-376/98, Rec. p. 8419.

602 JAMIN, Christophe. « *Un droit européen des contrats ?* » *Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières.* Paris : Economica, 1998, p. 41.

603 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un Code civil européen ?* » RTD Civ. 2002, p. 463.

604 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC, 1998, Vol. 50, n° 1, p. 15.

serait pas appauvri si un droit uniforme européen venait à se substituer aux législations nationales relatives aux contrats[605].

Aussi séduisants que puissent paraître les arguments formulés à l'encontre de l'intégration du droit des contrats au sein de l'UE, ils n'en sont pas moins contestables. Offrir aux opérateurs économiques de l'Union, un *corpus* de règles identiques qui régira leurs rapports transfrontaliers, ne peut être qu'un facteur rassurant lesdits opérateurs. Le droit sera plus lisible et les solutions qu'il offre, plus prévisibles. Partant, la sécurité juridique s'en trouvera accrue.

S'il est difficile de déterminer la pertinence de tous ces arguments économiques, tant en ce qui concerne le fonctionnement du marché unique que pour ce qui est des distorsions de concurrence entre entreprises, il convient de rappeler que les solutions proposées par le droit international privé se caractérisent par des carences avérées[606]. Les insuffisances des arguments évoqués au soutien de l'uniformisation du droit des contrats transfrontières doivent alors être regardées à l'aune des carences de la méthode conflictuelle.

186. De tout ce qui précède, force est de constater qu'en termes de compétence en matière d'intégration normative portant sur les relations contractuelles, l'UE fait face à des difficultés plus tenaces que celles de l'OHADA. Cela étant, les deux organisations ont à leur crédit certains acquis et expériences qui pourront les guider dans leur souhait de réaliser une intégration juridique en matière contractuelle.

C. UN PROJET POUVANT S'INSPIRER DE PRÉCÉDENTS RÈGLEMENTS EUROPÉENS

187. S'il y a un texte de l'Union dont l'expérience peut aider dans la réflexion portant sur l'uniformisation du droit des contrats, notamment en termes de fondement juridique, c'est bien le Règlement Rome I (**1**). Ainsi partant de l'expérience de l'uniformisation de règles de conflits relatives à la matière contractuelle, l'on pourrait aboutir à un droit uniforme des contrats transfrontières (**2**).

605 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC, 1998, Vol. 50, n° 1, p. 15.

606 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002, 503.

1. L'expérience du règlement Rome 1.

188. Nous souscrivons entièrement au point de vue de Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON lorsqu'elle écrit que *« de la complète insularité de chaque système juridique national européen à un Code européen de droit privé, il y a toutefois place pour d'autres manières d'agir, plus mesurées »*[607]. Le Règlement Rome 1 sur la loi applicable aux obligations contractuelles illustre bien la possibilité d'une action mesurée de l'Union en cette matière.

Consciente des inconvénients liés à la diversité des législations nationales en droit des contrats, l'UE a fait le pari des règles de conflit de lois notamment par le biais du règlement Rome 1 relatif aux obligations contractuelles. Si un tel texte a pu voir le jour, c'est bien sur le fondement du rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au marché intérieur. Le considérant 1 du règlement Rome 1 indique que la « *communauté s'est donnée pour objectif, de sécurité et de justice. En vue de l'établissement progressif de cet espace, la Communauté doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* ». Et le considérant 2 d'ajouter que « *conformément à l'article 65, point b), du traité, ces mesures doivent viser entre autres à favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence* ». Notons que l'article 81 TFUE (ancien article 65 TCE) autorise l'Union à développer « *une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres* ». Le deuxième alinéa dudit article énumère une série de sujets pour lesquels, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter des mesures, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Au nombre de ces mesures, le point c) dudit alinéa 2 précise qu'il peut s'agir d'assurer « *la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence* ». Une autre possibilité figure au point f) du même texte et concerne « *l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ». Une constance semble se dégager des

607 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Faut-il un Code civil européen ? *RTD. Civ.*. 2002, p. 463. [Consulté le 18 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://www-dalloz-fr.ressources.univ-poitiers.fr/documentation/Document?id=RTDCIV%2FCHRON%2F2002%2F0147.

différents textes cités jusqu'ici. Ces textes ne reconnaissent à l'Union une capacité d'agir qu'aux fins de réaliser le rapprochement des législations nationales. Et, cette capacité est tributaire du fonctionnement du marché intérieur.

189. C'est donc en toute logique que ces textes ont permis à l'UE de se doter d'un droit international privé, notamment en matière contractuelle. Ce droit international privé européen se compose essentiellement de règles de conflits de lois. Mais, les États membres n'avaient pas attendu l'Union pour se doter de leurs propres règles de conflit de lois. C'est justement à cette diversité de droits internationaux privés applicables à la matière contractuelle que le l'Union a en réalité remédié. Avec une multitude de règles nationales de conflit de lois, « *le règlement d'une situation internationale peut donc singulièrement varier selon que l'on adopte le point de vue d'un État ou d'un autre, ou que dans une perspective contentieuse, il soit soumis au juge d'un État ou d'un autre* » et de fait, « *les modalités de traitement des situations de droit privé dépendront pour une large part des particularités du droit international privé du for* »[608].

2. De l'uniformisation des règles de conflits à un droit uniforme des contrats transfrontières ?

190. M. Philippe-Emmanuel PARTSCH estime qu'*« un rapprochement des droits internationaux privés des États membres plutôt que celui des droits matériels s'inscrit à plusieurs égards ans la droite ligne du principe de subsidiarité, entendu comme le souci de limiter les ingérences du pouvoir central. Limité aux situations transfrontières, il ne s'étendrait pas à celles qui se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre »*[609]. L'auteur ajoute qu'une telle initiative en droit international privé serait davantage respectueuse des identités nationales et entraînerait moins de bouleversement[610]. Comme souvent, lorsqu'il s'agit de comparer l'action de l'Union entre règles de conflits et règles matérielles, certains auteurs ne prennent pas la peine de préciser qu'il s'agirait de règles matérielles applicables à des rapports transfrontières. La méthode de droit matériel étant bien

608 CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 5e éd. Paris : Dalloz, 2018, n° 5, pp. 2-3.

609 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*. Bruxelles : Larcier, 2003. n° 345 pp. 326-327.

610 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*. Bruxelles : Larcier, 2003, n° 345 pp. 326-327.

une variante proposée par le droit international privé[611], la reconnaissance de la capacité de l'Union à uniformiser les règles de conflit de lois, est-elle véritablement exclusive de sa compétence à uniformiser le droit matériel applicable aux contrats transfrontaliers ? Nous en doutons fort.

191. La diversité des droits internationaux privés aurait pu justifier, conformément à la lettre des dispositions précitées des traités, une simple *« coordination »*[612] des droits internes des États membres, en limitant l'intégration juridique aux seules règles de conflit de lois, notamment en matière contractuelle. Ce rapprochement aurait pu se concrétiser par une harmonisation. Pourtant, l'Union s'est dotée des moyens d'aller au-delà du simple rapprochement par harmonisation. Le règlement Rome I dépasse le cadre d'un alignement des règles de conflit de lois nationales. Il opère ni plus ni moins qu'une uniformisation de ces règles. Depuis son entrée en vigueur, ce règlement est directement applicable dans tous les États membres, sous réserve du respect des critères matériel, temporel et spatial définissant son applicabilité. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne veille à garantir une application uniforme de ce texte.

192. Ainsi que nous l'avons démontré dans le titre précédent, la méthode conflictuelle peut s'avérer à bien des égards, peu efficace à régler la diversité des droits nationaux. Comme l'enseigne si bien la doctrine, la méthode conflictuelle n'est qu'une modalité de règlement de la concurrence inhérente à la diversité des droits nationaux. À côté de cette modalité, il existe aussi celle des règles matérielles. Aussi, si l'Union a pu se voir reconnaitre les compétences pour procéder à une uniformisation des règles de conflit de lois en matière contractuelle, peut-on encore valablement lui nier les compétences pour uniformiser les règles matérielles en matière contractuelle ? La compétence de l'UE à légiférer en droit international privé n'est plus indiscutable. Or, il est constant que le droit international privé règle les situations transfrontalières soit à l'aide des règles de conflit de lois soit par le biais de règles substantielles. Intervenant en droit international privé, il semblerait qu'il n'existe pas d'objection de principe à ce que l'Union entreprenne une uniformisation du droit des

611 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n° 6, p. 26.

612 LA ROSA, Stéphane de. *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire : recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*. Thèse : Aix-Marseille 3, 1 janvier 2006.

contrats transfrontières. Encore faudrait-il pouvoir fonder cette intervention dans le droit primaire.

193. Pour rappel, le règlement Rome I cite entre autres fondements textuels, l'article 81 TFUE (ancien article 65). Aussi, convient-il d'apprécier dans quelle mesure ce texte pourrait servir de base juridique à l'uniformisation du droit matériel relatif aux contrats transfrontaliers. Ce texte établit, au prime abord, un lien direct avec le sujet de l'uniformisation du droit des contrats transfrontières en ce qu'il ne reconnait une compétence à l'Union que pour les matières ayant une incidence transfrontière. Au même titre que l'uniformisation objet de la présente réflexion, l'article 81 TFUE (ancien article 65 TCE) exclut les situations internes aux États membres. Cependant, en ce qui concerne la portée de l'article 81, selon l'analyse de M. Philippe-Emmanuel PARTSCH, *« il s'agirait seulement d'assurer une coexistence des droits nationaux moins préjudiciable au bon fonctionnement du marché intérieur. À s'en tenir à la lettre du texte, le Conseil devrait rechercher uniquement une meilleure coordination des systèmes nationaux de conflits de lois et de compétence internationale »*[613]. Si nous partageons cette analyse, il faut surtout relever que sous la double impulsion des Traités de Maastricht et d'Amsterdam, le domaine de prédilection de l'article 65 TCE était et reste la coopération judiciaire en matière civile. Cette matière a été intégrée au pilier communautaire comprenant initialement la politique d'asile et d'immigration. Ces dernières énonciations illustrent bien la volonté de bâtir un espace de justice européen. Le règlement Rome I entre tout à fait dans cette logique de coopération, en ce qu'il comporte des règles de conflits de lois et également celles traitant de la circulation des décisions de justice au sein de l'Union.

194. Au regard de ce qui précède, l'on comprend que dans sa résolution de 2001, le Conseil n'ait pas fait cas de l'article 65 comme fondement d'un droit européen des contrats transfrontaliers. Le Conseil semble plutôt miser sur l'article 95 TCE qui concerne particulièrement le rapprochement législatif. D'ailleurs, même l'article 94 TCE n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Commission, ce qui n'est que compréhensif. En effet, le recours à l'article 94 TCE est encadré par des conditions strictes. Dans un premier temps, ce texte exige que le Conseil statue à l'unanimité et surtout, il ne permet à l'Union d'intervenir que par le biais des directives[614]. D'autre part, le rapprochement, évoqué par ce texte n'est

613 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice.* Bruxelles : Larcier, 2003. n° 329 p. 311.

614 GAUTRON, Jean-Claude. *Droit européen.* 14e éd., 2012. Paris : Dalloz, 2011, n° 1, p. 262.

envisagé que si l'Union entreprend un projet qui a une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun[615].

195. A contrario, en ce qu'il ne requiert qu'une majorité qualifiée du conseil en vertu de l'article 251 TCE, l'article 95 TCE semble offrir plus de souplesse. De plus, il offre une marge d'action plus importante dans la mesure où il vise « *les mesures relatives au rapprochement des dispositions réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* ». Ces textes ne se restreignent donc pas aux directives. L'harmonisation opérée par les directives n'offre pas un niveau d'intégration juridique suffisant à la résolution définitive de la problématique des conflits de lois au sein de l'Union. Ce qui n'est pas le cas de l'uniformisation par voie de règlement. Cependant, l'uniformisation du droit des contrats transfrontières par voie de règlement sur le fondement de l'article 95 TCE n'est pas une évidence. Certains auteurs soutiennent même qu'une telle uniformisation excéderait le domaine d'application de l'article 95[616]. Ainsi les objections soulevées à l'encontre de l'idée d'un Code civil européen sur le fondement de l'article 95 TCE réapparaissent lorsqu'il s'agit d'uniformiser le droit des contrats transfrontières. On estime ainsi qu'un droit européen des contrats n'est pas une condition essentielle à la réalisation du marché intérieur qui au demeurant, existe déjà[617]. Par ailleurs, rappelons que le juge de l'Union s'est déjà prononcé contre une interprétation trop extensive de l'article 95 TCE qui ne doit pas servir à éliminer la diversité des droits nationaux, mais uniquement à supprimer les entraves à la libre circulation des biens et des services. La Cour retient que la « *démonstration de la réalité de l'entrave au bon fonctionnement du marché intérieur, que constitue la diversité des droits nationaux du contrat doit être strictement établie* »[618]. Cela étant, la Cour ne semble pas fermer totalement la voie de l'uniformisation du droit des contrats sur la base de l'article 95. D'ailleurs, de sa décision, il ressort que le recours à l'article 95 TCE n'est pas exclusivement subordonné à l'établissement du marché intérieur. Le fait que celui-ci existe déjà n'exclut en rien le recours à l'article 95 dès lors que la seconde condition est remplie : l'uniformisation

615 IDOT, Laurence. « *Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)* ». Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières. Paris : Economica, 1998, n° 25, p. 29.

616 ROUX, Jérôme. *Droit général de l'Union européenne*. 7e éd. Paris : LexisNexis, 2021, p. 127.

617 IDOT, Laurence. « *Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)* », Dans : *« Le droit privé européen »,* DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal (dir.). Paris : Economica, 1998. Paris : Economica, 1998, n° 25, p. 31.

618 CJCE 24 janvier 1991, Alsthom, Aff. C-339/89.

doit être nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Aussi, la question qui se pose est bien celle de savoir si la diversité des droits nationaux en matière de contrat ou encore l'absence d'un droit communautaire des contrats transfrontières est une condition essentielle à la réalisation du marché intérieur.

Subordonner l'intégration du droit des contrats au bon fonctionnement du marché intérieur, conduit à dégager deux bases légales de l'action de l'Union en la matière : « *L'une dépend de la constatation selon laquelle les règles du droit privé national restreignent la libre circulation des personnes, des marchandises, des services ou des capitaux. L'autre présuppose que la concurrence sur le Marché unique soit faussée par les différences qui existent entre les droits privés des États membres* »[619].

196. Un certain nombre d'auteurs juge que l'article 95 ne saurait fonder que des initiatives ponctuelles à l'exception d'un texte de droit commun des contrats. Ces auteurs estiment que « *l'incidence de la diversité des droits communs nationaux sur le fonctionnement du marché commun ne peut être prouvée* »[620]. Au nombre de ces auteurs, M. Christophe JAMIN s'est illustré par une opposition particulièrement acerbe à l'égard de l'uniformisation du droit des contrats au sein de l'UE. En effet, à l'occasion d'un colloque consacré au « *droit privé européen* », organisé à l'Université de Reims–Champagne-Ardenne, les 30 janvier et 1er février 1997, M. JAMIN a mis en exergue les postulats factuels bien souvent invoqués au soutien d'une uniformisation du droit des contrats[621]. Il convient d'aborder successivement ces deux postulats.

SECTION II.
L'UE ET L'OHADA, DES EXPÉRIENCES DISTINCTES EN MATIÈRE D'INTÉGRATION JURIDIQUE

Les auteurs qui se sont intéressés à l'intégration normative, notamment en matière contractuelle, mettent essentiellement en avant trois moyens de réaliser l'intégration : l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation. Ce sont là les divers outils au moyen

619 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». *RIDC*, p. 6.

620 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats* : Aix-Marseille III, 2002, n° 131, p. 505.

621 JAMIN, Christophe. « *Un droit européen des contrats ?* ». Dans : *Le droit privé européen,* DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal (dir.). Paris : Economica, 1998.

desquels, l'intégration juridique peut se réaliser[622] (**§ 1**). L'intégration juridique étant liée aux objectifs assignés à l'UE et l'OHADA ainsi qu'aux pouvoirs qui leur sont dévolus à cet effet, ces deux organisations ne procèdent pas de la même manière. L'OHADA est bien connue pour ces actes uniformes[623]. L'UE se distingue par le recours, tantôt à des directives, tantôt à des règlements. Les premières laissent une certaine liberté[624] aux États quand les seconds sont dotés d'une primauté sur le droit interne des États membres qu'ils ont vocation à intégrer l'ordonnancement juridique du fait de leur adoption[625]. En somme, les expériences respectives de l'UE et l'OHADA en matière d'intégration juridique montrent que leurs actions oscillent entre une politique de rapprochement et une intégration plus poussée, donc plus contraignante (**§2**).

§ 1. L'INTÉGRATION JURIDIQUE POUVANT SE RÉALISER AU MOYEN DE DIVERS OUTILS

197. Ces « *concepts-moyens* »[626] renvoient à des outils qui recouvrent des réalités diverses même s'il existe un risque réel de les confondre. Il conviendra d'expliciter en quoi harmonisation,

622 NADAUD, Marion. *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats : étude de l'organisation d'un espace normatif européen du contrat*. Thèse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012. « *Le domaine du droit des contrats offre un champ d'observation très riche pour l'étude de la diversité des méthodes d'intégration juridique européenne. L'harmonisation par voie de directives s'est d'abord imposée comme la principale méthode d'intervention du droit de l'Union européenne en droit des contrats. Puis, depuis 2008, le système juridique de l'Union européenne s'est doté d'un instrument de portée générale unifiant les règles de conflit de lois. La vision qui semble jusqu'à présent s'imposer est celle de la construction d'un espace normatif européen du contrat, défini comme un ensemble juridique régional fondé sur l'organisation de liens horizontaux entre les droits nationaux des pays européens, par opposition à un modèle de droit européen des contrats uniques. L'objet de cette étude est de montrer comment s'organise cet espace. Dans sa structure interne, l'espace normatif organise les rapports entre les droits des États membres autour d'un principe de concurrence normative fondée sur l'autonomie de la volonté, qui se présente à la fois comme une méthode de gestion de la diversité des régimes nationaux des contrats et comme une méthode d'européanisation progressive du droit des contrats. Le droit européen se préoccupe aussi de réguler l'intensité de cette concurrence afin de protéger la partie faible et de maintenir la cohérence interne de l'espace normatif. Cet espace cherche également à définir ses contours externes. Cette recherche pose la délicate question de la délimitation du domaine d'application spatial du droit européen dans le domaine international et de ses rapports avec les droits des États tiers et le droit international. L'enjeu de la structuration externe de l'espace européen réside dans la recherche d'un équilibre entre une logique d'identification et une logique d'ouverture vers l'extérieur.* »

623 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013, p. 73.

624 BLUMANN, Claude. « *Conclusions du colloque international des jeunes chercheurs : la soft law en droit de l'Union européenne* ». *Rev. UE*. 2014, p. 225.

625 RITLENG, Dominique. « *L'effectivité du droit européen de la concurrence. Quelques observations introductives* ». *Rev. UE*. 2015, p. 277.

626 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*. Oxford Academic, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 709-744 : « *Les concepts d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation se veulent aussi des moyens d'intégration juridique. En ce sens, ils constituent des concepts-moyens* ».

unification, uniformisation sont des notions qui revoient à des réalités différentes. Ces concepts recouvrent des contenus distincts. Pourtant, force est de constater qu'il existe une tentation de confusion entre les différents outils d'intégration juridique (**A**). Ainsi, les définitions proposées, notamment par les ouvrages lexicographiques, entretiennent une confusion sémantique entre ces trois concepts. Cette confusion est au demeurant perceptible dans l'œuvre des organes œuvrant à l'intégration juridique (**B**). L'OHADA en offre un exemple édifiant. Alors même que son appellation renvoie l'harmonisation, son droit dérivé relève, en réalité, de l'uniformisation.

A. DES OUTILS AUX SENS DISTINCTS MALGRÉ LA TENTATION DE LES CONFONDRE

198. Afin de saisir les réalités que recouvre chacun de ces termes, il convient d'en clarifier la teneur sémantique et juridique. Si l'harmonisation traduit une volonté de faire converger les droits nationaux, et que l'unification consiste en une action de rendre semblables des droits nationaux dissemblables, l'uniformisation quant à elle, relève d'une volonté de se doter d'un texte unique aux États appliqué de manière identique dans les États membres de l'intégration. Ainsi ces concepts-moyens se distinguent par le degré de contrainte qu'ils imposent aux États. Les deux premiers laissent davantage de liberté aux États membres que le dernier. La différence entre ces trois outils transparait de leurs définitions.

199. Le vocabulaire des termes juridiques CAPITANT donne à l'harmonisation juridique une définition qui pourrait prêter à confusion. On peut en effet y lire que l'harmonisation est un « *phénomène d'intégration juridique qui implique le transfert des compétences étatiques de deux ou plusieurs États à une organisation internationale dotée de pouvoir de décision et de compétence supranationales ou supra-étatiques, en vue de réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel, les législations s'insèrent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les États se sont assignés* »[627].

Mais en réalité, dans le cadre d'une organisation régionale ou sous-régionale, ainsi que le suggère son origine étymologique issue du terme latin harmonia qui signifie arrangement, la notion d'harmonisation renvoie à « *une opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origine (ou souvent de date) différente, plus spécialement à modifier des dispositions existantes*

627 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 2020 ; DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013, n° P3.

afin de les mettre en cohérence avec une réforme nouvelle »[628]. Il s'agit alors d'un « *simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques* » dans le but d'atténuer ou supprimer certaines contradictions entre ces ordres juridiques nationaux[629]. Ainsi, de ce rapprochement entre différents systèmes juridiques nait « *un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres* »[630]. Ces emprunts constituent l'essence même de l'opération d'harmonisation. Le texte qui résulte de cette harmonisation ne nait donc pas ex nihilo. L'harmonisation apparaît comme « … *un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre législatif en laissant aux États concernés, le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondes mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement* ».

200. S'agissant du terme « *unification* » substantif du verbe « *unifier* », il procède étymologiquement du terme latin *unificare* lui-même composé des termes latins *unus* qui signifie « *un* » et *facere* qui lui, signifie « *faire* ». Dans ce sens commun, l'unification consisterait en une « *action de rendre semblables plusieurs éléments rassemblés pour former un tout unique* »[631]. En terme juridique, on dira d'un droit qu'il est issu d'une unification lorsqu'il a été unifié entre deux systèmes juridiques, régis dès lors par un régime identique. L'unification visera donc, à instaurer, dans une matière du droit, un *corpus* de règles détaillées et identiques « *en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix des modalités de mise en œuvre des normes communes* »[632]. C'est justement cette latitude laissée aux États membres qui distingue l'unification de l'uniformisation.

201. Quant au terme uniforme, il est dérive du latin *uniformis*[633]. Plus précisément, le vocable uniforme qui est composé des deux mots latin *una* et *forma* qui signifie respectivement « un/une » et « *forme* »[634], renvoie à une réalité homogène. Appliquée au droit et en l'occurrence dans un contexte d'intégration juridique, cette définition conduit à définir le droit uniforme comme un ensemble de normes strictement identiques d'un État membre de

---

628 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 2020.

629 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 615.

630 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 2020.

631 ÉMILE, Littré. *Dictionnaire de la langue française.* Paris : Gallimard, 1971, 1450.

632 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 618.

633 BRACHET, Auguste. *Dictionnaire étymologique de la langue française.* 8e éd. Paris : J. Hetzel et Cie., 1904, p. 541.

634 QUICHERAT, Louis et DAVELUY, Amédée. *Dictionnaire latin français.* 46e éd. Paris : Librairie de L. Hachette et Cie, 1910., p. 1448.

l'intégration juridique à un autre, tant dans le *corpus* législatif que dans son application concrète par les cours et tribunaux. En dehors des organisations sous-régionales, l'uniformisation a souvent été réalisée par la voie des conventions internationales[635]. C'est d'ailleurs cette dernière acception de l'uniformisation que retient M. Joseph Issa SAYEGH lorsqu'il écrit qu'elle « *consiste à instaurer, dans toutes les matières juridiques choisies par les États concernés, une réglementation unique* »[636]. Il en conclut d'ailleurs qu'étant donné cette « *rudesse* », l'uniformisation, forme la plus achevée de l'intégration juridique, se distingue de l'harmonisation.

202. Une telle présentation de ces trois outils met clairement en exergue leurs différences tant en termes de sémantique que d'objectif. Pourtant, une confusion entre ces outils est entretenue par le sens que les auteurs leur attribuent souvent. Ainsi, le « *vocabulaire juridique* » propose, par ailleurs, une définition de l'unification en faisant référence à l'uniformisation. En effet, l'unification y est définie entre autres, comme « *l'uniformisation du droit applicable à une matière juridique donnée dans un ou plusieurs pays*… ». En outre, le droit uniforme y est défini comme celui qui a été « *unifié entre deux systèmes juridiques, soumis à un régime identique* ». De la sorte, l'uniformisation serait une « *modification de la législation de deux ou plusieurs pays tendant à instaurer dans une matière juridique donnée une réglementation identique* ».

Par ces définitions des notions d'unification et d'uniformisation, les auteurs du « *vocabulaire juridique* » établissent un tel lien entre ces deux notions que l'on en vient à y voir une confusion. Or, M. René DAVID nous mettait en garde contre la tentation de confondre ces deux termes qui sont bien différents l'un de l'autre. Ce grand spécialiste du droit comparé écrivait ainsi qu'« *avec l'unification du droit, il ne faut pas confondre, on le voit, l'uniformisation des règles du droit. La notion d'unification du droit peut et doit être conçue d'une manière beaucoup plus souple* »[637].

Un autre auteur établit une distinction non pas entre l'harmonisation et l'uniformisation, mais entre la première et l'unification. Il écrit que « *l'harmonisation se démarque donc de l'unification*

635 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 2020. Uniforme : « *Droit établi par traité international et réalisant entre plusieurs États l'unification, soit du Droit interne (conv. De Genève du 7 juin 1930 « portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre »), soit des règles de conflits de lois (convention de La Haye du 5 octobre 1961 « sur les conflits de lois en matière de dispositions testamentaires »)* ».

636 ISSA-SAYEGH, Joseph. *« L'intégration juridique des États africains de la Zone Franc ». Penant*. 1997, n° 823, p. 5 et n° 824, p. 125. L'auteur définit par la même occasion, l'harmonisation comme « l*a forme la plus prudente et la plus douce de l'intégration juridique, apparemment respectueuse de souveraineté des États et de la spécificité de leurs législations* ».

637 DAVID, Réné. *Le droit comparé, droit d'hier, droit de demain*. Paris : Économica, 1982, p. 294.

par la modestie de son objectif »[638]. Ainsi, si l'uniformisation est la forme la plus achevée et partant la plus aboutie de l'intégration, l'unification est quant à elle, plus aboutie et plus exigeante que l'harmonisation. Aussi, pourrait-on dresser une hiérarchie de ces trois voies de réalisation de l'intégration juridique en plaçant l'uniformisation au sommet de la pyramide, l'harmonisation à la base et à un niveau intermédiaire, l'unification qui est la solution médiane. Les institutions chargées de réaliser l'intégration juridique devraient garder ces considérations à l'esprit. Cela éviterait la confusion qui est souvent perceptible de certains textes.

B. UNE CONFUSION PERCEPTIBLE DANS L'ŒUVRE DES ORGANES ŒUVRANT À L'INTÉGRATION JURIDIQUE

203. Des trois notions étudiées, certains législateurs et une partie de la doctrine font un tel usage qu'il vient à s'installer une certaine confusion sur leur sens. En effet, la doctrine utilise les notions d'harmonisation, d'unification et d'uniformisation de différentes façons[639].

D'une part, alors même que l'on vise l'unification ou l'uniformisation, c'est le vocable d'harmonisation qui sera employé ou inversement[640].

D'autre part, un deuxième type d'erreur consiste à distinguer d'un côté l'harmonisation et d'un autre, l'unification et l'uniformisation de sorte qu'il s'infère de ce procédé l'idée qu'il n'existerait qu'un simple lien de synonymie entre ces deux derniers concepts.

204. Une autre erreur consiste à partir d'une distinction clairement établie entre ces trois notions pour toutefois attribuer le sens étymologique de l'un à l'autre[641]. L'OHADA n'est

---

638 MIALOT, Camille et DIMA EHONGO, Paul. « *Introduction. De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables ».* Dans : *Critique de l'intégration normative.* Paris : PUF, 2004, p. 25-36.

639 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique ». Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 615.,

640 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 616. L'auteur *y* fait référence à plusieurs articles en anglais. De par notre modeste niveau de compréhension de l'anglais, ces articles que nous avons pris soin de lire semblent bien confirmer l'usage abusif des notions harmonisation, unification, uniformisation que l'auteur met à nu. Voir ainsi, C. M. Schmitthoff, The Unification or harmonization of law by means of standard contracts general conditions, 1967-1968, Annuaire *Unidroit* 93 ; E. Krings, l'opportunité de juridictions supranationales pour l'interprétation des lois nationales, 1998, Rev. Dr. Unif. 525-526.

641 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 616. M. Kamdem *y* cite DAVID, Réné. *Le droit comparé, droit d'hier, droit de demain.* Paris : Économica, 1982.

pas en la matière, exempte de tout reproche. À la lecture tant de son droit primaire, que de son droit dérivé ainsi que des productions d'une partie de sa doctrine, il apparaît que les termes d'harmonisation, d'unification sont bien souvent employés pour désigner l'objectif de l'OHADA. Or, ainsi que le relevait si bien M. OSMAN, « *l'harmonisation et/ou l'unification n'a pas la même vocation que la codification. En effet, alors que celle-ci, œuvre politique par essence, réside dans une collection de normes aussi complète et systématique que possible […] à l'intérieur d'un système juridique étatique, celle-là a pour dessin l'adoption de règles uniformes, d'abord conflictuelles, puis, dans une seconde étape, matérielles dans des domaines particuliers […]* »[642].

205. Une illustration de confusion sémantique induite entre ces différentes notions nous est fournie par l'Unidroit. Comme sa dénomination semble le suggérer, cette institution a pour objet l'unification du droit privé. Néanmoins si l'on prend la peine de lire l'article premier du « *statut organique d'*Unidroit », les rédacteurs du texte font curieusement usage des notions unification, harmoniser, coordonner et droit privé uniforme. Cet article énonce que « *l'Institut International pour l'Unification du Droit privé a pour objet d'étude les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les États ou entre les groupes d'États et de préparer graduellement l'adoption par les divers États d'une législation de droit privé uniforme* ». Cela dit, cette disposition peut être lue crédit de l'Unidroit. L'on pourrait y voir l'expression d'une ambition qui irait *crescendo* de la simple harmonisation coordinatrice à l'étape culminante qu'est l'uniformisation. De fait, les travaux de l'institution se focaliseraient dans un premier temps sur une logique d'harmonisation. Et, à mesure que les institutions et les esprits seront préparés, elle pourra leur proposer, notamment lorsqu'elle sera sollicitée à cet effet, des *corpus* de droit uniforme dans des matières données du droit privé.

206. Parmi ses réalisations, l'Unidroit a mis au point des principes relatifs aux contrats du commerce international qui ont eu une résonance particulière dans moult législations et

642 OSMAN, Filali. Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États membres et de l'Union européenne. *RIDC*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1999, Vol. 51, n° 3, p. 711-713. Cité également dans DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Montréal : Université de Montréal, 2013, n° 3, p. 4.

Il importe de préciser que cette définition de la codification est très partielle (et datée, 1999). Il existe plusieurs types de codification. La codification au sens « *noble* » du terme qui est politique (la seule envisagée par F. Osman ; c'est le code civil 1804 qui en constitue le modèle, codification-création). Il y a aussi la codification-compilation ou codification administrative, la codification-consolidation… Pour présentation bien complète, TRICOIT, Jean-Philippe. Fiche 35. La codification. Dans : *Fiches de Culture juridique*. Paris : Ellipses, 2019, p. 227-232. Aussi, (273)

jurisprudences nationales[643] dans la pratique[644]. Ces Principes, dont l'ambition est de proposer un droit des contrats adapté dans une époque où le commercial international d'une telle importance n'ont cependant pas de valeur contraignante. Ils se contentent de servir de simple modèle à disposition des juges, des arbitres, des législateurs nationaux ou communautaires. Cette absence de caractère contraignant et la vocation de modèle des Principes Unidroit attestent bien qu'il ne s'agit ni d'une uniformisation du droit ni d'une entreprise d'unification. Ces deux concepts-moyens impliquent un degré de contrainte qui, dans le cadre de l'uniformisation, voit le texte issu de l'intégration, se substituer au droit interne. Le procédé qui correspondrait avec cette approche est vraisemblablement l'harmonisation. Rappelons, l'harmonisation se distingue de ces deux procédés notamment par sa remarquable douceur et l'absence de caractère brutale dans la substitution du droit nouveau aux droits anciens.

207. Toutefois, à propos des législateurs *« communautaires »*, en 2002, l'OHADA a investi l'Unidroit d'une mission de la rédaction d'un avant-projet d'Acte uniforme portant droit des contrats. Ce texte, comme son nom l'indique, vise à uniformiser, comme il est de tradition dans l'OHADA, le droit des contrats. Avec un tel projet, l'Unidroit montre que ses travaux peuvent aller au-delà de l'harmonisation et l'unification pour s'élever au pinacle de l'intégration normative par la réalisation d'un droit uniforme destinée à une organisation comme l'OHADA.

En définitive, les confusions terminologiques commises dans la définition des trois notions, la difficulté des organisations d'intégration juridique à prendre clairement position pour l'une ou l'autre, l'usage maladroit de l'une des notions quand on envisage une autre, sont là tant de révélateurs de la nécessité que l'intégration normative soit fondée *ab initio* sur

643 Une liste des États qui ont relayé dans leurs droits les Principes *Unidroit* relatifs aux contrats de commerce international est à consulté via le lien qui suit
http://Unidroit.unilex.info/principles/cases/keywords/all#by_domestic_law_involved ainsi celle des États dont la jurisprudence renvoie couramment aux Principes : http://Unidroit.unilex.info/principles/cases/country/all (dernière consultation, le 17 septembre 2019). On peut même *y* lire un arrêt de la Cour de cassation française en date du 17 février 2015 qui vise expressément l'article 6-2 des principes *Unidroit* pour fonder sa décision.

644 A. Mourre et E. Jolivet, la réception des Principes d'*Unidroit* dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale, R.D.U, 2004, p. 275-293. L'*Unidroit* recense également sur son site de nombreux exemples d'accueil favorable réservé par la pratique aux principes *Unidroit* http://Unidroit.unilex.info/principles/cases/keywords/169#FRENCH_LAW_BY_DOMESTIC_LAW_INVOLVED (consulté le 17 septembre 2019).

des bases claires. Actuellement, les initiatives législatives de l'UE et de l'OHADA varient entre une politique de rapprochement et une intégration plus contraignante.

§ 2. LES EXPÉRIENCES DE L'UE ET L'OHADA, ENTRE POLITIQUE DE RAPPROCHEMENT ET INTÉGRATION PLUS CONTRAIGNANTE

208. Comme l'a si bien relevé M. David LEEBRON, *« l'ampleur d'une intégration juridique est étroitement liée à la procédure d'intégration et aux institutions qui y participent »*[645]. En ce qui concerne l'OHADA et l'UE, le choix de méthode d'intégration semble avoir été opéré d'emblée dans leurs textes constituants. Tant les Traités de l'OHADA que ceux de l'UE précisent l'ampleur de l'intégration normative envisagée. Il est évident que cette question a été âprement discutée lors de l'adoption desdits textes constituants. C'est donc en fonction des objectifs assignés à l'organisation que celle-ci se sera dotée d'une structure donnée. Cette structure consistera en organes nécessaires à la réalisation des objectifs communautaires. Ces organes se verront reconnaitre des compétences juridiques dont l'organisation elle-même serait investie par ses fondateurs, notamment dans son traité constitutif. Tous ces facteurs détermineront le choix du procédé d'intégration juridique.

Si l'UE et l'OHADA se sont engagés dans la voie de l'intégration juridique, elles ont opté pour des approches différentes. Cette différence d'approches n'est pas sans lien avec la nature et les compétences des organes de ces deux organisations. L'UE privilégie le rapprochement des droits nationaux des États membres (A). Quant à l'OHADA, si l'objectif annoncé notamment par son appellation semble aller dans le sens d'une harmonisation, elle pratique en réalité, de façon assumée, une uniformisation (B).

A. LE RAPPROCHEMENT VOULU PAR L'UE

209. En réalité, le rapprochement voulu par l'UE consiste en un exercice de funambulisme entre harmonisation et unification (**1**) à une pratique timorée de l'uniformisation (**2**).

645 Cité KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 616 : l'auteur procède à la traduction du passage « The breadth of the harmonization effort is closely linked to the harmonization procedure and the institutions involved ».

1. Un exercice de funambulisme entre harmonisation et unification

210. Consciente du fait que l'harmonisation, l'unification et l'uniformisation ne renvoient assurément pas aux mêmes réalités et emportent des implications bien différentes, l'UE en fait un usage parcimonieux dans ses textes. Le terme qui y est couramment utilisé pour désigner les ambitions de l'Union en matière d'intégration est *« rapprochement »*[646]. Le rapprochement comme remède à la diversité législative au sein de l'UE a été jugé nécessaire au « *bien-être du marché intérieur et de la libre concurrence que de celui des citoyens* »[647]. Le rapprochement peut prendre la forme d'une politique de coordination impulsée par l'UE afin de faire converger les États membres vers un objectif commun dans une démarche non contraignante. C'est en matière de politique de l'emploi que cette pratique de la coordination s'est faite particulièrement remarquer. Ainsi, M. Stéphane DE LA ROSA explique comment l'UE a systématisé la coordination comme méthode non contraignante en partant « *De la Stratégie européenne pour l'Emploi à la Méthode Ouverte de Coordination* »[648]. En effet, affirmant que la Stratégie européenne pour l'Emploi (SEE) fait en la matière, office de cadre de référence l'auteur écrit que : « *Les dispositions du titre VI du traité CE, introduites lors du Traité d'Amsterdam et mises en œuvre lors du Conseil européen de Luxembourg de 1997, servirent de matrice pour systématiser la Méthode Ouverte de Coordination (MOC). Les traits principaux de la SEE sont décrits à l'article 128 du traité CE : élaboration d'un rapport conjoint par la Commission et le Conseil qui est examiné par le Conseil européen, détermination de lignes directrices pour l'emploi (ci-après les LDE) qui sont prises en compte dans les politiques nationales, transmission par les États membres d'un rapport annuel indiquant la mise en œuvre des lignes directrices, possibilité pour le Conseil d'adresser des recommandations aux États membres. Le suivi de cette coordination est assuré par un Comité de l'emploi* »[649]. Dans un domaine aussi sensible pour les politiques intérieures des États, qu'est l'emploi, la MOC présente l'avantage de ménager les souverainetés tout en fixant un cap à la communauté. La mise en œuvre de

646 BLIN, Olivier. *Droit institutionnel, matériel et contentieux de l'Union européenne*. 2e éd. Bruxelles : Larcier, 2016, p. 119.

647 (275)

648 DE LA ROSA, Stéphane. *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire : recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*. Thèse : Aix-Marseille 3, 1 janvier 2006, p. 18.

649 DE LA ROSA, Stéphane. *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire : recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*. Thèse : Aix-Marseille 3, 1 janvier 2006, n° 5, p. 18.

cette MOC systématisée par « *la stratégie dite de Lisbonne* »[650] n'est pas limitée à la politique de l'emploi[651]. Serait-elle pertinente en matière contractuelle en vue de la résolution des conflits de lois ? La nature non contraignante et essentiellement incitative de la MOC semble la disqualifier à cet effet. Elle n'offre pas les garanties suffisantes contre la diversité législative en matière contractuelle. Les États n'étant pas contraints et l'UE ne proposant pas par ce biais une législation unique aux États membres, cette forme de coopération n'est pas en mesure d'apporter une solution efficace aux conflits de lois. M. Marc BLANQUET résume bien l'esprit de la MOC qui en fait un instrument inefficace en vue de l'intégration juridique en matière contractuelle. L'auteur affirme que la MOC est une *« autre manière de concevoir la convergence européenne, reposant sur la valeur de l'exemple, plus que sur l'autorité de la norme* »[652]. Aussi, convient-il de se tourner vers des instruments de droit matériel de l'UE qui sont en mesure des moyens d'intégration juridique au sens des trois concepts-moyens présentés ci-dessous (harmonisation, unification et uniformisation).

211. Ainsi, le Traité de Rome énonce en son article 2 que la « *Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté*… ». Et l'article 3 du Traité d'ajouter qu'aux « *fins énoncées à l'article précédent, l'action de la communauté comporte dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent Traité… le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun* ». Telle semble être la parade qu'a trouvée le législateur communautaire européen pour se

650 DE LA ROSA, Stéphane. *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire : recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*. Thèse : Aix-Marseille 3, 1 janvier 2006, n° 6, p. 19 : Conseil européen de Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, conclusions de la présidence, pt. 7et 37. « *L'introduction d'une nouvelle méthode* » est le terme qui figure alors dans les conclusions de Lisbonne, pt. 7 : « *L'application de cette stratégie [la stratégie de Lisbonne] suppose l'amélioration des processus existants par l'introduction d'une nouvelle méthode ouverte de coordination a tous les niveaux, le Conseil européen jouant un rôle renforcé d'orientation et de coordination de manière que cette stratégie soit dirigée de façon plus cohérente et que les résultats obtenus fassent l'objet d'un suivi effectif* ».

651 DE LA ROSA, Stéphane. *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire : recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*. Thèse : Aix-Marseille 3, 1 janvier 2006, n° 10, p. 23 : À la lecture des conclusions du Conseil européen de Lisbonne, la MOC a vocation à être mise en œuvre dans de nombreux domaines : pour « *établir un Plan global d'action eEurope* », pour évaluer les performances des politiques nationales et de recherche ou encore pour instaurer « *un climat favorable à la création et au développement d'entreprises novatrices, notamment de PME* ».

652 BLANQUET, Marc (dir.). « *Le système communautaire à l'épreuve de la « gouvernance européenne ». Pour une "nouvelle gouvernance raisonnée* » *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 239-270 ; MARTUCCI, Francesco. « *Les méthodes : quelques éléments de réflexion générale* ». Dans : *Brunessen Bertrand éd., Méthodes et stratégies dans l'Union européenne*. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2021, p. 21-42.

ménager une marge de manœuvre qui ne serait théoriquement et statutairement restreinte ni par un terme contenu dans sa dénomination ni par l'usage abusif d'une de notions étudiées plus haut.

L'intégration juridique est d'abord une idée. Le processus de réalisation de cette idée trouve son élément déclencheur dans l'identité de l'entité qui abrite ladite intégration. Pour l'UE, tout part de l'identité institutionnelle dont elle s'est dotée[653]. Elle s'envisage comme une organisation supranationale. L'UE est pour ainsi dire, entité au-dessus des États qui les composent. Même si le caractère supranational est exprimé dans les textes avec une certaine prudence, toujours est-il que *« c'est une nouveauté institutionnelle que l'on caractérise par l'emploi de l'adjectif "supranational" pour qualifier l'organisation elle-même »,* mais aussi ces organes[654]. Dès lors que le principe de la création d'une institution supranationale a été convenu entre les parties, reste à s'accorder sur les buts et les moyens. Dans le cas de l'UE, l'un des objectifs qui lui ont été assignés est la réalisation d'un Marché intérieur[655]. La réalisation de cet objectif appelle, entre autres, une régulation du jeu de la concurrence. Ainsi, *« lorsque la divergence des réglementations nationales est susceptible de fausser la concurrence sur le Marché commun, le Conseil, sur proposition de la Commission, arrête à la majorité qualifiée les directives nécessaires à son élimination »*[656]. La réalisation du Marché intérieur ainsi envisagé a nécessité un rapprochement des législations des États membres. Mais, quel degré d'intégration faut-il mettre en œuvre pour réaliser ce rapprochement ?

212. Avant d'envisager une réponse à cette dernière interrogation, il importe de rappeler à titre liminaire que *« contrairement à l'uniformisation, l'harmonisation et de l'unification préserveraient la compétence exclusive des autorités législatives nationales puisqu'elles leur laissent au moins le choix du moyen par lequel les normes harmonisées ou unifiées seront mises en œuvre. Tantôt susceptible de s'étendre au contenu législatif ou réglementaire, cette préservation peut être réelle en cas d'harmonisation ; en témoigne l'approche des pays scandinaves à l'égard de l'encadrement législatif des ventes et des achats. Tantôt essentiellement*

653 BOUTAYEB, Chahira. *Droit institutionnel de l'Union européenne : institutions, ordre juridique, contentieux.* 6e éd. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2020, p. 26 et s.

654 COLLIARD, Claude-Albert. *L'irréductible diplomatique. Dans : Études de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen.* Paris : A. Pedone, 1984., p. 109-110.

655 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne.* 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, p. 78 et s.

656 ARNAUD, André Jean. *Pour une pensée juridique européenne.* Paris : PUF, 1991., p. 216.

restreindre à la forme d'une législation, cette préservation semblera symbolique en cas d'unification »[657]. Dans la mesure où l'Union n'entend opérer qu'à un rapprochement, il n'est pas étonnant de constater qu'elle a opté pour la forme la moins aboutie de l'intégration juridique à savoir l'harmonisation[658]. Le rapprochement voulu s'opère par le truchement de directives successives qui ont, dans une certaine mesure, de ménager la souveraineté des États, pas un degré de contrainte moindre[659].

213. Mais avant d'évoquer l'harmonisation réalisée par le droit dérivé, il convient de s'attarder sur celle qui procède du droit primaire. Les Traités communautaires contiennent des dispositions applicables directement dans les ordres juridiques internes des États membres[660]. Certaines de ces dispositions concernent directement les particuliers pour qui elles sont sources de droits et obligations[661]. Ces dispositions mettent à la charge des États membres une obligation inconditionnelle[662] de ne pas faire[663], ou de ne plus faire qui engendrent directement pour les justiciables, des droits[664]. En outre, il ressort de la jurisprudence du juge communautaire que ces dispositions sont d'application directe dans les rapports entre les justiciables des États[665].

---

657 KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*, Août 2008, Vol. 13, n° 3, p. 616.

658 FRANCQ, Stéphanie. *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*. Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2005. p. 270 ; BOURGOIGNIE, Thierry. « Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ? » *Les Cahiers de droit*. 2005, Vol. 46, n° 1-2, p. 153.

659 BURUIANĂ, Monica-Elena. *L'application de la loi étrangère en droit international privé*. Thèse : Université de Bordeaux, 25 mai 2016, p. 41.

660 BLANQUET, Marc. *Droit général de l'Union européenne*. 11e éd., 2018. Paris : Sirey, p. 21 et s.

661 POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 215.

662 ARNAUD, André Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris : PUF, 1991., p. 218.

663 CJCE, 5 fév. 1963, arrêt Van Gend, aff. 26/62, Rec., 1963, p. 7. Arrêt consultable via le lien https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0026&from=FR. On peut lire dans le dispositif de cette décision que « L'article 12 du traité instituant la Communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder.

664 CJCE, 16 juin 1966, arrêt Lutticke, aff. 57/65, Rec. 1966, p. 302. Décision consultable par le biais du lien suivant https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0057&from=FR.

665 CJCE, 8 avril 1976, arrêt Dlle Defrenne, aff. 43/75, Rec., 1976, p. 455. Décision consultable par le biais du lien suivant https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CJ0043&from=FR. Cette décision retient que « le principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminin fixé par l'article 119 est susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales. Ces juridictions ont le devoir d'assurer la protection des droits que cette disposition confère aux justiciables, notamment dans le cas de discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives ou

… / …

De telles dispositions constituent les prémices d'un ensemble de règles identiques provenant de l'Union et communes à tous les États. En vertu de l'autorité reconnue aux Traités, une fois consacrée, l'applicabilité de ces règles dans les différents ordres juridiques, leur application ne souffrira ni de résistance de la part des États membres, ni d'une application disparate encore moins d'une interprétation divergente. Le juge communautaire œuvre à cela. Ces derniers obstacles (la résistance, l'application et l'interprétation différenciées d'un État à un autre), s'observeraient cependant avec plus d'acuité dans le droit dérivé voire le droit conventionnel. Dans ces deux cas, le faible degré de contrainte et le pouvoir d'appréciation reconnu aux États pourraient s'avérer préjudiciables à l'application harmonieuse des dispositions[666].

214. Rappelons encore une fois que le principe de la directive est qu'elle n'a pas vocation à intégrer directement l'ordonnancement juridique des États membres[667]. Cette intégration étant subordonnée à la procédure de transposition, chaque État dispose d'un certain délai fixé lors de l'adoption de la directive, en général dans les deux ans[668]. Notons que si un État ne transpose pas une directive, la Commission a la possibilité d'engager une procédure d'infraction et saisir la Cour de justice de l'UE aux fins de faire condamner l'État défaillant, notamment à payer une amende[669].

215. Que faire si un État s'avère récalcitrant à l'idée qu'une règle d'origine communautaire puisse intégrer son ordonnancement juridique ? Que faire si un autre accorde une prépondérance au droit conventionnel le liant à un État tiers ? C'est par des moyens de coercition d'ordre juridique que l'Union entend faire face à *« d'éventuelles velléités anti-*

---

des conventions collectives du travail, ainsi que dans le cas d'une rémunération inégale de travailleurs féminins et de travailleurs masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public ».

666 MIALOT, Camille et DIMA EHONGO, Paul. *« Introduction. De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables »*. Dans : *Critique de l'intégration normative*. Paris : PUF, 2004, p. 25-36. p-25. BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Le spectre de l'harmonisation totale ou le vieux rêve du jeune droit européen* ». *RDC*. 2016, p. 340. L'auteur fait observer s'agissant des mesures impératives ayant trait à la protection du consommateur que : « *il est préférable que les mêmes règles s'appliquent dans l'espace européen, spécialement pour des situations contractuelles nées à distance et qui sont susceptibles de couvrir plusieurs droits nationaux* ».

667 BOURGOIGNIE, Thierry. *« Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ? »* *Les Cahiers de droit*. 2005, Vol. 46, nº 1-2, p. 153.

668 NADAUD, Marion. *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats : étude de l'organisation d'un espace normatif européen du contrat*. Thèse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 57 et s.

669 Voir les articles 258, 259 et 260 du TFU.

communautaires »[670]. En effet, afin de prévenir ces manquements, notamment dans l'application du droit dérivé, l'Union prévoit une procédure rigoureuse[671]. L'organisation de cette procédure peut être résumée en cinq étapes : la Commission envoie une lettre de mise en demeure exigeant de plus amples informations du pays concerné, qui doit envoyer une réponse détaillée dans un délai déterminé (généralement deux mois)[672] ; si la Commission conclut que le pays ne s'acquitte pas de ses obligations en vertu du droit européen, elle peut lui adresser un avis motivé : une demande formelle de se conformer au droit de l'Union[673]. Elle explique pourquoi elle considère que le pays ne respecte pas le droit de l'Union. Elle demande également que le pays concerné l'informe des mesures prises, dans un délai déterminé (généralement deux mois) ; si le pays de l'UE ne respecte toujours pas ses obligations, la Commission peut décider de saisir la Cour de justice. Notons que la plupart des cas sont réglés avant d'être déférés à la Cour. Si un pays de l'UE ne communique pas les mesures destinées à mettre en œuvre les dispositions d'une directive en temps voulu, la Commission peut demander à la Cour de lui infliger des sanctions ; si la Cour estime qu'un pays a enfreint la législation de l'Union, elle pourra ordonner aux autorités nationales de prendre des mesures pour se conformer à l'arrêt de la Cour[674].

216. Il se peut qu'en dépit de la décision de la Cour, l'État membre incriminé persévère dans sa logique réfractaire. Si tel est le cas, la Commission peut la renvoyer devant la Cour. Dans cette hypothèse, la Commission propose à la Cour d'imposer des sanctions financières, qui peuvent prendre la forme d'une somme forfaitaire et/ou une astreinte. Cette condamnation pécuniaire est déterminée au regard des éléments suivants : l'importance des règles violées et de l'incidence de l'infraction sur les intérêts généraux et particuliers, de la période pendant laquelle le droit de l'UE n'a pas été appliqué, de la capacité de paiement du pays, garantissant l'effet dissuasif de l'amende. Malgré ce pouvoir de coercition de l'Union, les directions peuvent ne pas faire l'objet d'une application unifiée.

---

670 ARNAUD, André Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris : PUF, 1991., p. 217.

671 Les articles 258, 259 et 260 du TFUE définissent les mesures à prendre si la Commission européenne ou un gouvernement de l'UE (UE) estime qu'un pays de l'UE ne répond pas aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'UE .

672 GAUTRON, Jean-Claude. *Droit européen*. 14e éd., 2012. Paris : Dalloz, 2011, p. 74.

673 RIVOLLIER, Vincent. « *Les paradoxes du « droit privé européen »* » –. *Rev. UE*. 2018, p. 634.

674 La description de cette procédure est consultable : https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_fr ; site consulté le 21 juillet 2019.

217. Les directives sont susceptibles d'application différenciée. En cela, elles ne constituent pas une uniformisation du droit. Ainsi que leur appellation peut le suggérer, les directives sont des actes législatifs qui fixent des directions, des objectifs à tous les Pays de l'UE. Ce procédé d'intégration a ceci de particulier qu'il laisse à chaque État la liberté d'appréciation des mesures qu'il juge appropriées pour atteindre l'objectif. Les directives européennes ne sont réceptionnées dans l'ordonnancement juridique des États membres qu'à la suite de leur *« transposition »*[675]. Cette liberté reconnue aux États membres dans la transposition des directives peut aboutir à une application différenciée dans chaque ordre juridique d'un texte pourtant originellement identique. Une fois encore, nous avons une illustration de l'idée d'un rapprochement qui ne semble pas avoir la prétention d'une uniformisation.

218. L'affaire *Unamar* est très emblématique du fait que l'intégration opérée par le droit dérivé européen ménage plus ou moins les particularités d'appréciation des États. Dans cette affaire, deux États membres transposent le même texte européen à savoir la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986, relative à la coordination des États membres concernant les agents commerciaux indépendants. En dépit de cette transposition, la liberté qui leur est reconnue aux États en la matière avait eu pour conséquence que l'un (l'État belge)[676] avait décidé d'accorder à l'agent commercial une protection supérieure à celle prévue par ladite directive. Saisi d'un litige, alors même que les parties s'étaient prononcées en faveur de l'application de la loi d'un autre État membre, le juge décide de faire application de sa loi nationale plus protectrice de l'agent commercial. La *lex fori* plus protectrice a évincé la *lex contratus* qui assurait à l'agent commercial une protection minimale. Le juge de l'Union valide cette éviction dans son arrêt *Unamar*[677].

675 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, 2020. La transposition y est définie notamment comme « l'action d'insérer en droit interne les normes communautaires, moyennant les vérifications et remaniement nécessaire ».

676 La Belgique a appliqué sa loi nationale plus protectrice, même si les parties avaient choisi la loi bulgare pour régir leur contrat.

677 CJUE, 17 octobre 2013, affaire UNAMAR, C-184/12 consultable via le lien http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=7AC74B1C3EBFE8E806CAE8241B6EA815?text=&docid=143185&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3657169. Dernière consultation le 11 septembre 2019.

2. Une pratique timorée de l'uniformisation

219. Ces précédentes observations portant sur le droit de l'UE ont essentiellement pour but de démontrer que les fondateurs de l'UE ont entendu mettre en place la forme la moins abrupte et la plus atténuée de l'intégration juridique. Pour ce faire, ils ont doté l'UE d'organes et de pouvoirs à cette fin. Mais, dans une telle organisation, l'un des enjeux cruciaux consiste à apprécier les éventuelles atteintes qui seront portées à la souveraineté des États parties. Dans le cas de l'Union, la question qui s'est posée tant sur le plan politique que juridique, pouvait être ainsi résumée : fallait-il ériger « *un super-État qui viendrait se substituer aux États ou une confédération européenne laissant substituer les souverainetés nationales* » ?[678] Quelle que soit l'option que l'on choisit, les souverainetés nationales en pâtiront d'une manière ou d'une autre. Il s'agit de déterminer l'ampleur de ces atteintes. L'UE a opté pour une approche qui se veut la moins attentatoire à l'égard des souverainetés nationales[679]. L'essentiel du droit intégré relève davantage de l'unification. Rappelons qu'avec l'unification, les États membres ont le choix des modalités de mises en œuvre des droits intégrés. Les directives européennes illustrent très bien le choix de l'UE. S'il est vrai que le choix de l'unification par la voie des directives présente l'avantage de ménager la souveraineté des États, nous l'avons vu, il peut lui être fait grief de produire un droit qui ne serait que relativement intégré. Le droit intégré, procédant du recours aux directives pouvant refléter les particularités des États, ne tend pas à résoudre définitivement le problème de la diversité des droits. En réalité, cette unification par le biais des directives a vocation à créer non pas un droit *« communautaire »*, mais des droits nationaux allant certes, dans la direction indiquée par l'UE, mais qui pourront in fine comporter des disparités d'un État à un autre.

220. Ce risque de disparité entre les droits nationaux appelle à une précision. Il importe de distinguer suivant que la directive vise une *« harmonisation minimale »*[680] ou qu'elle projette de

678 DAVID, René. *Le droit comparé, droit d'hier, droit de demain*. Paris : Économica, 1982, p. 294.

679 Article 288 TFUE (ex-article 249 TCE) « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis ; Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ; La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ; La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci ; Les recommandations et les avis ne lient pas ».

680 Tel est le cas des directives adoptées par l'UE en matière de protection des droits des consommateurs.

réaliser une *« harmonisation maximale ou totale »*[681]. Dans l'hypothèse d'une harmonisation minimale, des normes minimales sont définies par la directive. Ce caractère minimal peut s'expliquer par le fait que souvent les droits des États contiennent déjà des normes supérieures. Aussi, les États sont-ils autorisés à fixer des règles plus strictes que celles définies dans la directive. Dans le cas de l'harmonisation maximale ou harmonisation totale[682], les États membres n'ont pas la possibilité de fixer des règles plus strictes que celles définies dans la directive. Cependant, même lorsqu'une directive comme celle relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (La directive 85/374/CEE) est dite d'harmonisation totale, il est reconnu aux États membres la faculté d'en étendre le champ dès lors que la CJUE[683] juge que ladite directive n'est pas exhaustive. Elle est ainsi dite « *d'harmonisation totale, mais non exhaustive »*[684]. Cette solution reconnait la possibilité *« d'étendre l'application d'un régime porté par une directive qualifiée d'harmonisation totale à une hypothèse non prévue par le texte communautaire ; il le peut alors même que cette "transposition extensive" comporte des potentialités de remise en question de la poursuite de l'objectif assigné à la directive ou, du moins, est propre à entraîner des discussions à cet égard ».*

En conséquence, même si l'on peut convenir que les directives d'harmonisation minimale ne conduisent pas pour autant à l'uniformisation des droits nationaux, force est de reconnaitre qu'elles traduisent une certaine volonté de l'Union d'aller au-delà de la simple convergence des droits nationaux[685].

---

681 (283) L'auteur y indique que : « *Le terme « harmonisation complète » est évoqué dans le considérant 9 de la proposition de directive relative au contenu numérique. Il peut être assimilé au terme « harmonisation totale » que l'on retrouve au considérant 9 de la proposition de directive relative à la vente en ligne, ou encore au terme « harmonisation maximale ». Ces termes renvoient au terme anglais de full harmonisation. Ces termes reçoivent, par ailleurs, définition à l'art. 4 (Niveau d'harmonisation) de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique et l'art. 3 (Niveau d'harmonisation) de la directive relative à la vente en ligne : « Les États membres ne maintiennent ni n'introduisent des dispositions divergeant de celles établies dans la présente directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection du consommateur »* ».

682 La directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, est un exemple patent d'harmonisation voulue comme « totale » sur les points qu'elle règlemente.

683 Aff. C-285/08, D. 2009. Jur. 1731, note J.-S. Borghetti. Dans cette affaire, la cour devait répondre à la question suivante : « *La directive limite-t-elle la possibilité pour les Etats membres de définir la responsabilité des personnes qui utilisent des appareils ou produits défectueux dans le cadre d'une prestation de services et causent, ce faisant, des dommages au bénéficiaire de la prestation* » ? A cette question, le juge communautaire apporte une réponse affirmative permettant ainsi aux États d'étendre l'application de la directive à des questions non expressément prévue par elle.

684 ROCHFELD, Judith. *« Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne ». D.,* 2009, p. 2047.

685 KÖTZ, Hein, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et SIGNAT, Carine. *Droit européen des contrats.* Paris : Sirey, 2020, p. 16.

221. Comme le prévoit l'article 288 TFUE, le droit de l'Union peut prendre la forme de règlements qui présentent l'avantage d'avoir une portée générale, d'être obligatoire dans tous leurs éléments et surtout d'être applicable directement dans les États membres sans passer par la procédure de transposition. Le droit issu du règlement est ainsi véritablement uniforme. De surcroit, la Cour de justice veille à l'application uniforme des règlements dont les dispositions, à l'instar du droit communautaire, sont dites d'interprétation autonome[686]. Cependant, il est regrettable de constater qu'en matière de droit des contrats, l'UE se soit limitée à l'uniformisation des règles de conflits de lois.

222. En définitive, relativement à la matière contractuelle qui nous intéresse particulièrement, l'intervention de l'UE s'apparenterait à un exercice d'équilibrisme entre harmonisation et unification, et ce, par le recours aux directives[687]. Néanmoins, elle porte un intérêt certes timoré à l'uniformisation résultant des règlements. Le droit de l'UE afférent à la matière contractuelle semble marqué par un caractère *« fragmentaire, pointilliste »*[688]. Cette approche parcellaire ne nous semble pas pertinente dans l'optique d'une résolution efficiente des conflits de lois au sein de l'UE. Les faiblesses de la méthode conflictuelle ayant été développée dans le titre précédent, celles des directives ont pu l'être à travers les lignes qui précèdent.

223. Le droit primaire de l'UE lui permettant de légiférer par le moyen des règlements, il nous semble que ce biais offre largement plus de garanties dans la perspective de résolution des conflits de lois en matière contractuelle. Un règlement adopté en matière contractuelle opérerait une uniformisation avec tous les avantages de cette méthode. Si l'on ajoute à cette

686 AUDIT, Mathias. *« L'interprétation autonome du droit international privé communautaire ». JDI « Clunet ».* Juillet 2004, n° 3, p. 789.

687 Ainsi, une série de directives ont-elles été adopté afin d'assurer la protection des consommateurs par une harmonisation minimale des droits des États membres. A titre d'illustration, nous en citons ici quelques-unes : Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux abrogée et remplacée par la Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 ; Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE ; Directive (UE) 2015/2302 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 relative aux voyages à forfait et aux prestations de voyage liées, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 90/314/CEE du Conseil …

688 KÖTZ, Hein, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et SIGNAT, Carine. *Droit européen des contrats*. Paris : Sirey, 2020, p. 17.

uniformisation des règles, l'interprétation et l'application uniformes assurées par la CJUE, l'objectif de résolution des conflits de lois au sein de l'UE serait assurément atteint. À tout le moins, même à imaginer que ces conflits persistent, leur existence serait reléguée au rang d'exception.

S'il y a un texte de l'Union dont l'expérience peut aider dans la réflexion portant sur l'uniformisation du droit des contrats, notamment en termes de fondement juridique, c'est bien le Règlement Rome 1. Ainsi, partant de l'expérience de l'uniformisation de règles de conflits relatives à la matière contractuelle, l'on pourrait aboutir à un droit uniforme des contrats transfrontières.

224. On souscrit entièrement au point de vue de Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON lorsqu'elle écrit que *« de la complète insularité de chaque système juridique national européen à un Code européen de droit privé, il y a toutefois place pour d'autres manières d'agir, plus mesurées »*[689]. Le Règlement Rome 1 sur la loi applicable aux obligations contractuelles illustre bien la possibilité d'une action mesurée de l'Union en cette matière.

Consciente des inconvénients liés à la diversité des législations nationales en droit des contrats, l'UE a fait le pari des règles de conflit de lois notamment par le biais du règlement Rome 1 relatif aux obligations contractuelles. Si un tel texte a pu voir le jour, c'est bien sur le fondement du rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au marché intérieur. Le considérant 1 du règlement Rome 1 indique que la « *Communauté s'est donnée pour objectif, de sécurité et de justice. En vue de l'établissement progressif de cet espace, la Communauté doit adopter des mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontalière, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* ». Et le considérant 2 d'ajouter que « *conformément à l'article 65, point b), du traité, ces mesures doivent viser entre autres à favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence* ». Notons que l'article 81 TFUE (ancien article 65 TCE) autorise l'Union à développer « *une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres* ». L'alinéa 2 de cet article énumère une série de sujets pour lesquels, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent adopter des

689 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Faut-il un Code civil européen ? RTD. Civ. 2002, p. 463

mesures, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Au nombre de ces mesures, le point c) dudit alinéa 2 précise qu'il peut s'agir d'assurer « *la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence* ».

Une autre possibilité figure au point f) du même texte et concerne « *l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ».

Une constante semble se dégager des différents textes cités jusqu'ici. Ces textes ne reconnaissent à l'Union une capacité d'agir qu'aux fins de réaliser le rapprochement des législations nationales. Et, cette capacité est tributaire du fonctionnement du marché intérieur.

C'est donc en toute logique que ces textes ont permis à l'UE de se doter d'un droit international privé, notamment en matière contractuelle. Ce droit international privé européen se compose essentiellement de règles de conflits de lois. Mais, les États membres n'avaient pas attendu l'Union pour se doter de leurs propres règles de conflit de lois. C'est justement à cette diversité de droits internationaux privés applicables à la matière contractuelle que l'Union a en réalité remédié. Avec une multitude de règles nationales de conflit de lois, « *le règlement d'une situation internationale peut donc singulièrement varier selon que l'on adopte le point de vue d'un État ou d'un autre, ou que dans une perspective contentieuse, il soit soumis au juge d'un État ou d'un autre* » et de fait, « *les modalités de traitement des situations de droit privé dépendront pour une large part des particularités du droit international privé du for* »[690].

225. M. Philippe-Emmanuel PARTSCH estime qu'*« un rapprochement des droits internationaux privés des États membres plutôt que celui des droits matériels s'inscrit à plusieurs égards dans la droite ligne du principe de subsidiarité, entendu comme le souci de limiter les ingérences du pouvoir central. Limité aux situations transfrontières, il ne s'étendrait pas à celles qui se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre »*[691]. L'auteur ajoute qu'une telle initiative en droit international privé serait davantage respectueuse des identités nationales et entraînerait moins de bouleversements[692].

690 CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 5e éd. Paris : Dalloz, 2018, n° 5, pp. 2-3.

691 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*. Bruxelles : Larcier, 2003. n° 345 pp. 326-327.

692 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*. Bruxelles : Larcier, 2003. n° 345 pp. 326-327

Comme souvent, lorsqu'il s'agit de comparer l'action de l'Union entre règles de conflits et règles matérielles, certains auteurs ne prennent pas la peine de préciser qu'il s'agirait de règles matérielles applicables à des rapports transfrontières. La méthode de droit matériel étant bien une variante proposée par le droit international privé[693], la reconnaissance de la capacité de l'Union à uniformiser les règles de conflit de lois, est-elle véritablement exclusive de sa compétence à uniformiser le droit matériel applicable aux contrats transfrontaliers ? Le doute est permis.

Confrontée à une diversité des droits internationaux privés, il aurait été tout à fait légitime, conformément à la lettre des dispositions précitées des traités, d'attendre de l'Union, un simple « *rapprochement* » des législations d'États membres en matière de conflit des lois touchant notamment à la matière contractuelle. Ce rapprochement aurait pu prendre la forme d'une harmonisation. Or, l'Union s'est donnée les moyens d'aller au-delà du simple rapprochement par harmonisation. Le règlement Rome 1 fait plus que rapprocher les règles de conflits de lois nationales. Il ne constitue ni plus ni moins qu'une uniformisation de ces règles. À partir de son entrée en vigueur, le règlement est directement applicable dans tous les États membres sous réserve de la satisfaction des critères matériel, temporel et spatial de son applicabilité. Et, la Cour de justice de l'Union veille à ce que ce texte fasse l'objet d'une application uniforme.

Ainsi que nous l'avons démontré dans le titre précédent, la méthode conflictuelle peut s'avérer à bien des égards, peu efficace à régler la diversité des droits nationaux. Comme l'enseigne si bien la doctrine, la méthode conflictuelle n'est qu'une modalité de règlement de la concurrence inhérente à la diversité des droits nationaux. À côté de cette modalité, il existe aussi celle des règles matérielles. Aussi, si l'Union a pu se voir reconnaitre les compétences pour procéder à une uniformisation des règles de conflit de lois en matière contractuelle, peut-on encore valablement lui nier les compétences pour uniformiser les règles matérielles en matière contractuelle ?

La compétence de l'UE à légiférer en droit international privé n'est plus indiscutable. Or, il est constant que le droit international privé règle les situations transfrontalières soit à l'aide des règles de conflit de lois soit par le biais de règles substantielles. Intervenant en droit

693 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n° 6, p. 26.

international privé, il semblerait qu'il n'existe pas d'objection de principe à ce que l'Union entreprenne une uniformisation du droit des contrats transfrontières. Encore faudrait-il pouvoir fonder cette intervention dans le droit primaire.

Pour rappel, le règlement Rome 1 cite entre autres fondements textuels, l'article 81 TFUE (ancien article 65 TCE). En conséquence, il convient d'apprécier dans quelle mesure ce texte pourrait servir de base juridique à l'uniformisation du droit matériel relatif aux contrats transfrontaliers. Ce texte établit, au prime abord, un lien direct avec le sujet de l'uniformisation du droit des contrats transfrontières en ce qu'il ne reconnait une compétence à l'Union que pour les matières ayant une incidence transfrontière. Au même titre que l'uniformisation objet de la présente réflexion, l'article 81 TFUE (ancien article 65 TCE) exclut les situations internes aux États membres. Cependant, en ce qui concerne la portée de l'article 81, selon l'analyse de M. Philippe-Emmanuel PARTSCH, *« il s'agirait seulement d'assurer une coexistence des droits nationaux moins préjudiciable au bon fonctionnement du marché intérieur. À s'en tenir à la lettre du texte, le Conseil devrait rechercher uniquement une meilleure coordination des systèmes nationaux de conflits de lois et de compétence internationale »*[694]. Si nous partageons cette analyse, il faut surtout relever que sous la double impulsion des Traités de Maastricht et d'Amsterdam, le domaine de prédilection de l'article 65 TCE était et reste la coopération judiciaire en matière civile. Cette matière a été intégrée au pilier communautaire comprenant initialement la politique d'asile et d'immigration. Ces dernières énonciations illustrent bien la volonté de bâtir un espace de justice européen. Le règlement Rome I entre tout à fait dans cette logique de coopération, en ce qu'il comporte des règles de conflits de lois et également celles traitant de la circulation des décisions de justice au sein de l'Union.

Au regard de ce qui précède, l'on comprend pourquoi dans sa résolution de 2001, le Conseil n'a pas fait cas de l'article 65 comme fondement d'un droit européen des contrats transfrontaliers. Le Conseil semble plutôt miser sur l'article 95 TCE qui concerne particulièrement le rapprochement législatif. D'ailleurs, même l'article 94 TCE (actuel article 115 TFUE) n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Commission, ce qui n'est que compréhensible. En effet, le recours à l'article 94 TCE est encadré par des conditions strictes. Dans un premier temps, ce texte exige que le Conseil statue à l'unanimité et surtout, il ne

694 PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice.* Bruxelles : Larcier, 2003. n° 329 p. 311.

permet à l'Union d'intervenir que par le biais des directives. D'autre part, le rapprochement, évoqué par ce texte n'est envisagé que si l'Union entreprend un projet qui a une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun[695].

A contrario, en ce qu'il ne requiert qu'une majorité qualifiée du conseil en vertu de l'article 292 TFUE (ancien article 251 TCE), l'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE) semble offrir plus de souplesse. De plus, il offre une marge d'action plus importante dans la mesure où il vise « *les mesures relatives au rapprochement des dispositions réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* ». Ces textes ne se restreignent donc pas aux directives. L'harmonisation opérée par les directives n'offre pas un niveau d'intégration juridique suffisant à la résolution définitive de la problématique des conflits de lois au sein de l'Union. Ce qui n'est pas le cas de l'uniformisation par voie de règlement. Cependant, l'uniformisation du droit des contrats transfrontières par voie de règlement sur le fondement de l'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE) n'est pas une évidence. Certains auteurs soutiennent même qu'une telle uniformisation excéderait le domaine d'application de l'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE). Ainsi, les objections soulevées à l'encontre de l'idée d'un Code civil européen sur le fondement de l'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE) réapparaissent lorsqu'il s'agit d'uniformiser le droit des contrats transfrontières. On estime ainsi qu'un droit européen des contrats n'est pas une condition essentielle à la réalisation du marché intérieur qui au demeurant, existe déjà[696]. Par ailleurs, rappelons que le juge de l'Union s'est déjà prononcé contre une interprétation trop extensive de l'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE) qui ne doit pas servir à éliminer la diversité des droits nationaux, mais uniquement à supprimer les entraves à la libre circulation des biens et des services. La Cour retient que la « *démonstration de la réalité de l'entrave au bon fonctionnement du marché intérieur, que constitue la diversité des droits nationaux du contrat doit être strictement établie* »[697]. Cela étant, la Cour ne semble pas fermer totalement la voie de l'uniformisation du droit des contrats sur la base de l'article 95 TCE. D'ailleurs, de sa décision, il ressort que le recours à l'article 95 TCE n'est pas exclusivement subordonné à

695 DOT, Laurence. « *Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)* ». Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières. Paris : Economica, 1998, n° 25, p. 29.

696 DOT, Laurence. « *Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome)* ». Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières. Paris : Economica, 1998, n° 25, p. 31.

697 CJCE 24 janvier 1991, Alsthom, Aff. C-339/89. [Consulté le 28 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989CJ0339&from=FR

l'établissement du marché intérieur. Le fait que celui-ci existe déjà n'exclut en rien le recours à l'article 95 dès lors que la seconde condition est remplie : l'uniformisation doit être nécessaire au *« bon fonctionnement du marché intérieur »*. Aussi, la question qui se pose est bien celle de savoir si la diversité des droits nationaux en matière de contrat ou encore l'absence d'un droit communautaire des contrats transfrontières est une condition essentielle à la réalisation du marché intérieur.

Subordonner l'uniformisation du droit des contrats au bon fonctionnement du marché intérieur, conduit à dégager deux bases légales de l'action de l'Union en la matière : « *l'une dépend de la constatation selon laquelle les règles du droit privé national restreignent la libre circulation des personnes, des marchandises, des services ou des capitaux. L'autre présuppose que la concurrence sur le marché unique soit faussée par les différences qui existent entre les droits privés des États membres* »[698].

Un certain nombre d'auteurs juge que l'article 114 TFUE (ancien article 95 TCE) ne saurait fonder que des initiatives ponctuelles à l'exception d'un texte de droit commun des contrats. Ces auteurs estiment que « *l'incidence de la diversité des droits communs nationaux sur le fonctionnement du marché commun ne peut être prouvée* »[699]. Au nombre de ces auteurs, M. Christophe JAMIN s'est illustré par son opposition notable à l'uniformisation du droit des contrats au sein de l'UE. En effet, à l'occasion d'un colloque consacré au « *droit privé européen* », organisé à l'Université de Reims–Champagne-Ardenne, les 30 janvier et 1er février 1997, M. JAMIN a mis en exergue les postulats factuels bien souvent invoqués au soutien d'une uniformisation du droit des contrats. Il convient d'aborder successivement ces deux postulats.

S'il est une institution dont l'intérêt pour l'uniformisation ne saurait être qualifié de timoré, c'est bien l'OHADA.

B. L'OHADA, DE L'HARMONISATION ANNONCÉE À L'UNIFORMISATION ASSUMÉE

226. L'OHADA offre une excellente illustration de la première erreur sémantique décrite plus haut. Elle se dénomme *« organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique »*. Mais en

698 BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». RIDC, p. 6.

699 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002, n° 131, p. 505.

réalité, l'œuvre législative quelle réalise va au-delà de la simple harmonisation. Rappelons que l'article premier du Traité de l'OHADA dispose que celle-ci a pour objectif *« l'harmonisation du droit des affaires dans les États-Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simple, moderne et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédure judiciaire appropriée… »*. De plus, l'article 5 al. 1 précise que *« les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article 1 du présent Traité sont qualifiés d'actes uniformes »*. Ainsi, les rédacteurs du Traité annoncent dans l'article 1 une œuvre d'harmonisation, mais quelques lignes plus loin tout porte à croire qu'il s'agira plutôt d'une entreprise d'uniformisation du droit des affaires dans des États-Parties. Si nous nous référons à la hiérarchie des moyens d'intégration juridique que nous nous sommes autorisés à dresser plus haut, l'OHADA, tant par sa dénomination que dans l'article 1er de son acte constitutif, annonce réaliser le plus bas degré d'intégration juridique alors même que ce qu'elle envisage n'est ni plus ni moins que la forme la plus aboutie et la plus abrupte de l'intégration normative. Plusieurs indices témoignent du caractère très poussé de l'intégration juridique : des actes uniformes adoptés par un organe supranational compétent en vertu du Traité, des actes uniformes qui se substituent au droit interne des États-Parties dans les matières ayant été *« harmonisées »*, des actes uniformes applicables à la fois aux rapports de droit interne et aux relations transfrontières et enfin des actes uniformes dont l'application uniforme est assurée par une juridiction supranationale.

227. L'article 10 du traité de l'OHADA prévoit une règle de supranationalité dans la mesure où il évoque l'application directe et obligation des Actes uniformes dans les États parties et leur suprématie sur les dispositions de droit interne antérieures ou postérieures et ce, que ce droit soit contraire ou conforme. Fort de ce principe de supranationalité prévu à l'article 10, l'adoption des actes uniformes emporte des droits internes. Précisons, néanmoins, que les actes uniformes eux-mêmes peuvent prévoir une dérogation à ce principe de prévalence du droit uniforme sur celui des États membres[700]. C'est là un élément attestant indiscutablement que le droit intégré de l'OHADA transcende à la fois l'harmonisation et l'uniformisation.

228. Assurément, le droit OHADA n'est pas un droit harmonisé, mais uniformisé. Il est donc regrettable que ni les rédacteurs du Traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, ni ceux du Traité révisé signé à Québec du 17 octobre 2008 n'aient perçu l'anomalie sémantique qui consiste à conserver le terme harmonisation non seulement dans la dénomination de

700 CCJA, avis n° 1/2001/EP du 30 avril 2001, Recueil de jurisprudence CCJA, n° spécial, janvier 2003, p. 74.

l'organisation, mais aussi dans les textes. Constatant cette anomalie sémantique, M. Joseph Issa SAYEGH va jusqu'à qualifier l'OHADA d'*« œuvre mal définie et jamais achevée »*[701].

229. En tout état de cause, il est constant qu'entre harmonisation, unification et uniformisation, l'OHADA a procédé à un choix assumé en faveur de la dernière. C'est bien par cette voie qu'elle envisage la résolution des conflits de lois inhérents à la diversité des droits nationaux en matière contractuelle en son sein.

En dehors de l'OHADA, l'approche de l'uniformisation du droit matériel s'est avérée fructueuse dans bien des cas. Ainsi, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a été une initiative couronnée de succès, procurant aux opérateurs une véritable simplification du droit et favorisant l'abaissement des coûts de la transaction[702].

Après avoir déterminé le procédé d'intégration juridique idoine à la résolution des conflits de lois en matière contractuelle, reste à répondre à la problématique du champ matériel d'une telle intégration.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

230. À cette étape de l'étude, il convient de retenir que la résolution, voire la suppression des conflits de lois en matière contractuelle appelle des mesures fortes. Au titre de ces mesures, l'uniformisation du droit des contrats s'impose comme la méthode la plus efficace, notamment pour ce qui est des rapports transfrontières. L'OHADA et l'UE constituent des ordres juridiques qui ont pour vocation de favoriser les échanges intracommunautaires. Surtout en ce qui concerne l'UE, sa compétence législative serait moins sujette à contestation si elle se limite à une réglementation matérielle des contrats transfrontières[703].

Cette réglementation devra idéalement prendre la forme d'une uniformisation du droit. L'uniformisation est la forme la plus aboutie de l'intégration juridique[704]. Plus qu'un moyen de rapprochement des droits nationaux, l'uniformisation vise à proposer un corps de règles

---

701 ISSA-SAYEGH, Joseph. « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA* ». *R.D.U.* 1999, *Unidroit*, Rome, n° 1, p. 5 et s.

702 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018, p 257.

703 SONNENBERGER, Hans Jürgen. « *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ?* ». *Rev. Crit. DIP*. 2002, p. 405.

704 ISSA-SAYEGH, Joseph. « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA* ». *R.D.U.* 1999, Vol. Unidroit, Rome, n° 1, p. 5 et s.

qui se substituent au droit interne. Aussi, un texte portant l'uniformisation du droit matériel ne viendrait pas vraiment faire concurrence au droit interne, puisqu'il n'y existe pas de règles spécifiques aux relations internationales en matière contractuelle[705].

L'idée d'un droit matériel uniforme peut se nourrir des expériences respectives de l'UE et de l'OHADA. L'UE a déjà connu des expériences réussies en matière d'uniformisation du droit. Le règlement Rome I qui traite justement de la matière contractuelle en est un exemple palpable. Quant à l'OHADA, malgré son appellation qui suggère qu'elle a pour but d'harmoniser le droit des affaires en Afrique, c'est bien un droit uniforme qu'elle a mis en place dans différentes matières relevant du droit des affaires. En somme, ces deux organisations savent produire du droit uniforme. Leurs expériences antérieures peuvent bien servir à nourrir la réflexion portant sur le droit matériel en matière contractuelle[706].

231. S'il est souhaitable que la mise en œuvre de la méthode du droit matériel prenne la forme d'une uniformisation, encore faut-il préciser le champ matériel que ce droit uniforme devra couvrir. Il s'agit, là aussi, d'une question touchant à la compétence législative et à la raison d'être de l'OHADA et de l'UE. En effet, l'intégration juridique en matière contractuelle ne pourra se faire qu'après avoir résolu certaines difficultés relatives à la définition du champ matériel de ladite intégration juridique.

705 (247) HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990, p. 163.

706 BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Université de Bordeaux, 7 décembre 2021, p.66 et s.

CHAPITRE II.

DES DIFFICULTÉS QUANT AU CHAMP MATÉRIEL DE L'INTÉGRATION JURIDIQUE

232. À la faveur de la section précédente, nous avons pu constater que les interventions de l'UE en matière contractuelle sont ciblées sur certaines problématiques précises. Sa politique en la matière peut être critiquée pour son défaut de vision globale. Envisager un *corpus* de règles visant à mettre un terme aux conflits de lois en matière contractuelle oblige à s'interroger sur les domaines à uniformiser. Dans l'hypothèse la plus optimiste d'un règlement relatif à la matière contractuelle, l'UE va-t-elle perpétuer sa politique visant à s'intéresser à des problématiques spécifiques du droit des contrats ? Ou bien, va-t-elle enfin se montrer d'une appétence plus ambitieuse avec l'adoption d'un texte portant droit commun des contrats ?

233. Faut-il s'orienter vers un droit des contrats spéciaux ou droit commun des contrats ? Cette équation ne laisse pas non plus l'OHADA non plus impassible. Les projets d'Actes uniformes, entrepris en la matière, témoignent du réel embarras que suscite ce choix. Pour soutenir nos propos, nous pouvons citer l'article 1er de l'avant-projet d'Acte uniforme *« sur le droit des contrats »* rédigé par M. Marcel Fontaine. Ce texte envisage explicitement deux hypothèses en termes de champ matériel. Selon la première hypothèse, « *si l'Acte est applicable à tous les contrats, tant civils que commerciaux (solution préconisée)* », l'article 00/1 prévoit que « *les dispositions de l'Acte s'appliquent à tous les contrats sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans l'Acte uniforme sur le contrat de consommation* ». Dans la seconde hypothèse c'est-à-dire au cas où l'Acte uniforme ne serait applicable qu'aux contrats commerciaux, l'article 0/1 énonce que les dispositions dudit Acte « *s'appliquent aux contrats conclus entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales* ». Que dire de l'avant-projet rédigé quelques années plus tard par les Professeurs Joseph ISSA-SAYEGH, Paul Gérard POUGOUÉ, et Filiga Michel SAWADOGO ? La dénomination de ce texte est d'une grande éloquence sur le domaine que ses rédacteurs et certainement ses commanditaires entendent lui assigner : « *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* ». Dans la présentation générale

de l'avant-projet d'Acte, les auteurs précisent qu'il « *couvre le droit des obligations (contrats, actes unilatéraux, actes collectifs, délits et quasi-délits, quasi-contrats), de la preuve et de la prescription extinctive en résonance avec l'orientation donnée par le Conseil des ministres de l'OHADA*… ». Notons que la ferveur des rédacteurs de ce dernier avant-projet pour le règlement de la diversité normative en droit des obligations est telle, qu'ils ont même prévu des règles de conflits des lois. Ainsi, dans l'hypothèse où le droit matériel uniforme serait silencieux sur une problématique, la méthode conflictuelle viendrait pallier cette défaillance. C'est dire à quel point ces trois auteurs ont envisagé un texte au domaine matériel large. Il n'en demeure pas moins que les rédacteurs dudit avant-projet n'ont pas tranché entre droit commun et droit spécial. Cette situation reflète bien la complexité du choix inhérente à la nature des rapports entre le droit commun et le droit spécial (**section I**). Fort heureusement, une voie alternative est proposée relativement à la théorie générale des contrats spéciaux (**section II**).

SECTION I.
LE CHOIX ENTRE RÈGLES DE DROIT COMMUN ET DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

234. Le droit commun et le droit spécial sont-ils exclusifs l'un de l'autre ? L'un peut-il se passer de l'autre ? Si ces deux questions pouvaient être aisément résolues par le passé, l'évolution du droit tend à en complexifier la réponse. En effet, originellement, le droit commun et le droit spécial sont complémentaires, le second étant sous la tutelle du premier qui en est le socle. Le droit français des contrats est ainsi articulé entre règles de droit commun et de droit spécial (**A**). Néanmoins, depuis quelques années, le droit spécial a pris de l'ampleur, notamment sous l'influence du droit de L'UE. Ainsi, le droit des contrats spéciaux tend à s'émanciper du droit commun (**B**) du fait de son développement tant quantitatif que qualitatif.

A. Le droit français des contrats articulé entre règles de droit commun et de droit spécial

235. Cette organisation binaire du droit français des contrats exclut a priori l'idée d'une concurrence entre ces deux branches (**1**). Cette organisation est vraisemblablement régie par un principe de complémentarité (**2**).

1. L'organisation binaire originaire du droit français des contrats excluant l'idée d'une concurrence entre les deux branches

236. En matière contractuelle, et ce depuis la promulgation du Code civil, le droit français se caractérise par une articulation entre un ensemble de règles générales et spéciales. Quel que soit le domaine dans lequel il intervient, tout contrat est régi à la fois par des règles générales et par des règles spéciales. Les premières constituent *« la théorie générale des obligations contractuelles »*[707]. Les dernières ne sont applicables qu'en fonction de la catégorie à laquelle appartient le contrat et constituent le « *droit des contrats spéciaux* ». Le Code civil de 1804 distinguait déjà les règles générales des règles particulières à certains contrats. Sans faire usage de l'expression *« contrats spéciaux »*, les rédacteurs dudit Code fixèrent déjà le principal critère d'identification de ces contrats. On pouvait ainsi lire à l'article 1107 que *« les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales […] ; Les règles particulières à certains contrats sont établies les titres relatifs à chacun d'eux […] »*. Il en ressort que les contrats spéciaux sont ceux qui font l'objet d'une dénomination propre par la loi qui leur consacre des règles particulières[708]. À ces contrats spéciaux d'initiative législative, s'ajoutent ceux qui procèdent des usages professionnels[709].

237. L'évocation de la coexistence entre règles spéciales et règles générales conduit à s'interroger sur la relation entre ces deux types de règles. Qualifier une partie de ces règles de générale et l'autre de spéciale pourrait avoir une incidence sur l'interprétation que l'on fait de leur rapport. Cette relation est-elle régie par le principe *specialia generalibus derogant* ? Autrement

---

707 AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13e éd. Paris, L.G.D.J, 2024, p18.

708 Le Code civil prévoyait (et maintient) plus d'une quinzaine de contrats spéciaux.

709 AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13e éd. Paris, L.G.D.J, 2024. p. 19.

dit, les règles particulières ont-elles vocation à déroger aux règles générales ou à les compléter ? Si l'on se fie à la dénomination *« Droit des contrats spéciaux »* qui a été consacrée afin de désigner les règles particulières, l'on serait tenté de conclure que ces règles dérogent à celles dites générales. En effet, choisir l'intitulé *« Droit des contrats spéciaux »* n'est-ce pas là l'expression de la volonté de conférer ou à tout le moins, reconnaitre, à cet ensemble de règles une autonomie à l'égard du droit commun ? Le recours au principe *specialia generalibus derogant* comme moyen de réglementer les rapports entre le droit commun et le droit spécial été suggéré par M. Nicolas BALAT. Certes, sa proposition est circonscrite aux rapports entre le droit commun et les droits spéciaux issus de certains territoires français, en l'occurrence ceux d'outre-mer et d'Alsace-Moselle. En effet, M. Nicolas BALAT propose deux approches : appliquer l'adage *specialia generalibus derogant* pour réguler les interactions entre les règles spécifiques de l'Alsace-Moselle et le droit commun français, et confirmer cette approche pour les relations entre les règles particulières des territoires d'outre-mer et le droit commun de la France. L'auteur appuie ses propositions en montrant que les particularités historiques et culturelles des règles spéciales en Alsace-Moselle et dans les territoires d'outre-mer nécessitent des dérogations au droit commun pour une application équitable et appropriée. Il insiste sur le fait que l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* respecte les spécificités locales tout en préservant la cohérence du système juridique français. Le fait que M. BALAT ait visé dans son propos des droits spéciaux spécifiques à des territoires et non la notion de droit spécial prise dans sa globalité témoigne bien de la non-pertinence d'une telle approche.

238. M. Alain BÉNABENT estime pour sa part que le choix de l'intitulé *« contrats spéciaux est quelque peu ambigu, voire trompeur »* [710] dans la mesure où il pourrait évoquer l'idée de contrats particuliers, dérogeant au droit commun et présentant presque un caractère marginal. Ce rapport d'exclusivité qui semble se dégager de l'appellation des deux corps de règles s'avère vraisemblablement aux antipodes de l'esprit du Code civil en la matière.

2. Une organisation binaire régie par un principe de complémentarité

239. Le Code civil tant dans sa version d'antan (article 1107) que dans celle issue de la réforme de 2016 (article 1105) apporte une réponse à la nature des rapports entre droit commun et

710 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 15e éd. Paris : L.G.D.J, 2024, p. 19.

droit spécial des contrats. Malgré la réforme et la modification qu'a subie le texte originel, il dispose toujours que « *les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales […] ; Les règles particulières à certains contrats sont établies les titres relatifs à chacun d'eux […]* ». La réforme a conservé l'esprit initial de la réglementation en matière contractuelle. Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, c'est bien un rapport de complémentarité que partagent les règles générales et celles qui sont particulières à certains contrats. Partant du postulat que ces règles que le Code civil qualifie de particulières constituent une matière propre, s'est imposée l'idée que ces règles constituent le « *Droit des contrats spéciaux* » par opposition au « *Droit commun des contrats* ». Cette conception est défendue par Mme Charlotte GOLDIE-GENICON dans sa thèse intitulée *« contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats »*[711]. Elle y émet une critique de l'application extensive de l'adage *specialia generalibus derogant*. Selon elle, une application extensive de ce principe conduirait à la disqualification arbitraire du droit commun qui a pourtant vocation à s'appliquer cumulativement aux dispositions spéciales. GOLDIE-GENICON expose que contrairement à l'idée qui voudrait que les dispositions particulières constituent un contournement du droit commun, l'article 1107 du Code civil institue entre ces deux types de règles un rapport de complémentarité. Cela dit, Mme GOLDIE-GENICON n'a pas hésité à employer un terme autre que celui de la complémentarité pour décrire le rapport que le droit commun et le droit spécial entretiennent : la subsidiarité. Elle écrit en effet que le droit commun est subsidiaire au droit spécial. Cela signifie que si le droit commun a vocation à s'appliquer à tous les contrats, sans pour autant être parfaitement adapté à tous les rapports contractuels, les règles particulières adaptées aux spécificités de certains types de contrats sont appliquées prioritairement. Cette subsidiarité garantit ainsi une réglementation plus appropriée et précise de ces relations. Ce faisant, sans soutenir qu'essentiellement en raison de son caractère spécial, le droit spécial écarte le droit commun, Mme GOLDIE-GENICON présente la complémentarité et la subsidiarité comme étant deux facettes d'une même réalité[712]. La complémentarité procède de la subsidiarité. Dans la

711 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009.

712 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p. 151 : décrivant le droit commun comme « *instrumentalisé* », l'auteure explique qu'en vocation subsidiaire, droit commun s'applique en cas de silence de la loi spéciale sans que cela ne suffise à épuiser les fonctions dudit droit commun.

mesure où le droit commun est subsidiaire, il complète forcément le droit spécial en mettant à la disposition des contractants, un socle de règles qui comblent ainsi les lacunes du droit spécial lorsque ce dernier n'est pas exhaustif.

Pour décrire cette relation entre le droit commun et le droit spécial, certains auteurs emploient le vocable de relativité. M. Nicolas DELEGOVE fait partie de ces auteurs qui ont expliqué le caractère relatif du cadre de référence qu'est le « *droit commun* ». Considérant que l'autorité du cadre de référence n'est pas absolue, l'auteur souligne que le droit commun et le droit spécial collaborent souvent plutôt que de s'exclure mutuellement. Ils ne sont donc pas opposés, mais interdépendants, collaborant pour s'adapter aux évolutions sociales et juridiques[713]. Dans son « *essai sur le droit commun* », M. Nicolas BALAT revient aussi sur la relativité du droit commun. Mais il récuse l'idée selon laquelle, la relativité du droit commun implique une interdépendance avec le droit commun. Pourtant, l'auteur admet que « *si droit commun et droit spécial n'apparaissent pas intrinsèquement liés, il reste que, dans une étude du droit commun, le droit spécial est indispensable* »[714]. Une telle explication de la relativité du droit commun n'exclut pas pour autant la complémentarité indispensable entre le droit commun et le droit spécial. D'ailleurs M. BALAT explique que les notions de droit commun et de droit spécial souvent en contact et opposées l'une à l'autre, « *le couple forme une summa divisio : tout ce qui n'est pas commun est spéciale — ce qui n'applique pas, encore une fois, l'inexistence de l'un sans l'autre* »[715].

240. En tout état de cause, prêter aux rédacteurs du Code Napoléon la volonté de faire des règles spéciales, le complément nécessaire des dispositions générales semble tomber sous le sens. Pour s'en convaincre, il convient de ne pas perdre de vue que les dispositions qualifiées de générales à toutes les obligations conventionnelles, sont celles qui gouvernent notamment, les *« conditions essentielles pour la validité des conventions »*, les *« effets des obligations »*, les *« diverses espèces d'obligations »*, *« l'extinction des obligations »*. De l'énumération qui précède, il apparaît que les dispositions concernées mentionnent tant les conventions que les obligations. Aussi,

713 DELEGOVE, Nicolas. *Le droit commun et le droit spécial*. Thèse : Paris II, 6 mai 2011, pp. 296-297. V. aussi p. 135 et s. où l'auteur explique que le droit commun et le droit spécial sont liés par une complémentarité réelle.

714 BALAT, Nicolas. *Essai sur le droit commun*. Thèse : Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, p. 106 : « *Selon une conception fréquemment adoptée, la relativité du droit commun résiderait dans le fait qu'il nécessite l'existence du droit spécial pour être défini : on ne pourrait parler de droit commun que s'il existe parallèlement du droit spécial. Cependant, cette position semble contestable, car le droit commun peut exister indépendamment du droit spécial, et inversement. Ainsi, la relativité du droit commun ne semble pas pouvoir être liée à une dépendance au droit spécial, puisque celle-ci s'avère inexistante.* »

715 BALAT, Nicolas. *Essai sur le droit commun*. Thèse : Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, p. 108-109.

convient-il de préciser que la théorie générale des contrats constitue, en réalité, une partie de la théorie générale des obligations[716].

Les règles générales avaient pour fonction essentielle de servir de socle, de référence pour toutes relations contractuelles. Toutefois, cette répartition des rôles semble de plus en plus altérée. Si au lendemain du Code civil de 1804, le droit commun des contrats faisait l'objet de référence unanime si bien que la doctrine en louait la perfection[717], la tendance contemporaine à multiplier les législations particulières[718] semble remettre en cause le rôle central de la théorie générale.

B. L'ÉMANCIPATION DU DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

241. Le droit spécial fait montre de velléités émancipatrices qui sont perceptibles dans son évolution tant quantitative (**1**) que qualitative (**2**).

1. Des velléités émancipatrices du droit spécial perceptible dans son évolution quantitative

242. Le droit spécial tend à se soustraire du giron du droit commun pour s'affirmer comme une matière à part entière. La multiplication des régimes spéciaux a pour corollaire de réduire significativement le domaine d'application déjà résiduel du droit commun. Dans un article publié en 1979, M. Gérard CORNU faisait déjà remarquer qu'il *« est de la nature du droit commun de n'avoir qu'une vocation résiduelle° […]. L'essor des législations spéciales entraine un rétrécissement du résidu […] »*[719].

Classiquement, il était d'usage au sein de la doctrine d'opposer les *« grands »* aux *« petits »* contrats[720]. Les premiers, en raison de leur poids économique grandissant, faisaient l'objet

716 SERIAUX, Alain. *Manuel de droit des obligations.* 3e éd. Paris : PUF, 2018, p. 38.

717 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats.* Paris : L.G.D.J, 2009, p. 21.

718 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 15e éd. Paris : L.G.D.J, 2024, p. 23.

719 CORNU, Gérard. « *L'évolution du droit des contrats en France* », *RIDC,* 1979, Vol. 1, no 31, p. 447 et s.

720 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 15e éd. Paris, L.G.D.J, 2024, p. 22.

d'une législation significativement complète et détaillée[721]. En ce qui concerne les contrats d'antan considérés comme *« petits »* (prêt, dépôt, jeu, mandat, cautionnement, transaction…), le Doyen Jean CARBONNIER explique que cette relative attention qui leur était consacrée se justifiait non pas du fait de leur faible récurrence dans la pratique, mais davantage par ce que plus courants dans les rapports amicaux ou familiaux, ils s'inscrivaient quasiment en marge du droit[722].

La distinction des contrats spéciaux en fonction de leur importance se fait ainsi suivant des critères sociaux et économiques. C'est d'ailleurs sous l'impulsion de ces deux facteurs que cette distinction va tomber en désuétude. Du fait du développement de l'économie et de l'évolution des pratiques sociales, les contrats considérés naguère comme de moindre importance s'imposent désormais, comme de *« grands »* contrats[723]. C'est le cas des contrats de prêt, de mandat, de cautionnement, d'entreprise…

Mieux encore, apparaît et se multiplie un phénomène de spécialisation touchant des contrats spéciaux eux-mêmes. La spécialisation des contrats se poursuit et ainsi, donne naissance à des *« contrats très spéciaux »,* sortes de sous-catégories de contrats spéciaux[724]. Certains auteurs emploient même l'expression de *« sous-contrats »* pour qualifier les manifestations de ce phénomène[725]. Deux contrats illustrent fort bien cette réalité : les contrats de vente et de transport. Aujourd'hui il n'existe pas en droit positif, un contrat de vente, mais bien différents types de vente avec autant de régimes spéciaux[726] suivant que la vente soit rurale ou urbaine, mobilière ou immobilière, interne ou internationale. Que dire alors de la vente civile qui se distingue de la vente commerciale ? Quant au contrat de

721 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux :* 15e éd. Paris : L.G.D.J, 2024, p. 22. L'auteur *y* liste certains contrats auxquels le législateur a consacré un nombre assez fourni de dispositions. Ainsi, le contrat de mariage a fait l'objet de presque 200 articles, la vente 120 articles, le louage 124 articles et le contrat de société n'est pas du reste.

722 CARBONNIER, Jean. *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur.* 10. éd. Paris : L.G.D.J, 2001. p. 339.

723 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux :* 15e éd. Paris : L.G.D.J, 2024, p. 22.

724 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux.* 12e édition. Paris : Dalloz, 2023, p. 8.

725 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 15e éd. Paris, L.G.D.J, 2024, p. 25 : « *On parle de sous-contrat à propos de celui qui fait suite à un contrat originaire dans lequel il trouve son fondement : par exemple une revente, une sous-location, une sous-traitance* […] *Il est donc alors nécessaire de procéder par deux fois à l'opération de qualification et de façon indépendante en examinant d'une part l'économie du contrat originaire et d'autre part celle du contrat subséquent* ».

726 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux.* 12e éd. Paris : Dalloz, 2023, p. 3.

transport, alors qu'il était simplement évoqué par les rédacteurs du Code civil, il connaît aujourd'hui autant de règles qu'il existe de moyens de locomotion : transport routier, ferroviaire, maritime, fluvial, aérien ou encore multimodal[727].

243. La sous-spécialisation des contrats spéciaux conduit à une nouvelle appréciation de la notion de subsidiarité qui caractérise le droit commun. Même sur ce terrain, le droit spécial imite le droit commun. Si l'on se réfère à l'exemple du droit de la vente qui est spécial par rapport à la théorie générale des obligations, il s'avère que ce régime spécial est tout aussi général parce qu'il gouverne en partie, toutes les ventes, civiles et commerciales, immobilières et mobilières. De fait, il constitue un droit commun, le droit « *commun de la vente* »[728]. Ainsi, à l'instar du droit commun des contrats, qui remplit une fonction subsidiaire comme l'explique Mme Charlotte GOLDIE-GENICON, le droit commun de la vente est appliqué à titre subsidiaire aux régimes spéciaux[729]. Cela n'est pas propre à la vente. L'application subsidiaire du droit commun à des contrats spéciaux au regard d'un régime plus spécifique a été reconnue en matière de warrant agricole[730]. Le warrant agricole est un type de gage sans dépossession, destiné particulièrement aux besoins du secteur agricole. Il offre aux agriculteurs la possibilité de garantir leurs récoltes, produits agricoles ou animaux, qu'ils soient présents ou à venir, en vue d'obtenir un financement[731]. Dans une décision en date du 12 novembre 2015[732], la Cour de cassation a confirmé ce principe de subsidiarité en

---

727 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e édition. Paris : Dalloz, 2023, p. 3.

728 AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13e éd. Paris, L.G.D.J, 2024. p. 20, « *De même, le droit de la vente immobilière est spécial par rapport au droit commun de la vente ; mais il est général, parce qu'il gouverne toute toutes les ventes immobilières, urbaines ou rurales ; à cet égard, il constitue en droit commun, le droit commun de la vente immobilière ; on pourrait longuement continuer ce genre de scissiparité.* »

729 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p. 151.

730 ZINTY, Stéphane. « *Application subsidiaire du droit commun du gage à l'assiette du warrant agricole ; Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 12 novembre 2015, pourvoi numéro 14-23.106* ». *JCP E*. Février 2016, Vol. 7, p. 48-52 « *Le droit positif n'ignore pas la subsidiarité du gage de droit commun, qu'il consacre à de nombreuses occasions, notamment en présence d'un warrant agricole. Ainsi, parce que ce dernier a été pendant longtemps assimilé en jurisprudence à un gage avec dépossession fictive (Cass. civ., 23 avr. 1918, DP 1919, 1, 33, note H. Capitant ; Cass. 1re civ., 2 déc. 1975, n° 74-10.864 : Bull. civ. 1975, I, n° 352), la Cour de cassation en a déduit que le créancier warrantiste dispose d'un droit de rétention sur les biens engagés (Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-21.340 : JurisData n° 2010-051351 ; RD bancaire fin. 2010, comm. 62), bien que cette prérogative ne soit pas prévue par les dispositions concernées du Code rural. Cette subsidiarité du droit commun demeure depuis la réforme de 2006, alors même que le warrant agricole est devenu une sûreté sans dépossession avec la perte du caractère réel du gage, puisque le créancier conserve, à l'instar du gagiste, un droit de rétention fictif sur le bien engagé* ».

731 PIETTE, Gaël. « *Warrant agricole et droit commun du gage* ». *Lexbase Affaires*. Décembre 2015, Vol. 446.

732 Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.106, FS-P+B : JurisData n° 2015-025201.

autorisant que le warrant agricole s'applique non seulement aux récoltes pendantes par les racines, mais aussi aux récoltes futures, conformément au droit commun du gage[733]. Dans cette affaire, une société de production viticole avait accordé des avances de trésorerie à une société civile d'exploitation agricole (SCEA). Cette dernière n'ayant pas remboursé les avances, le créancier a entrepris une saisie-vente des récoltes sur pied. La SCEA a répliqué que ces récoltes étaient déjà couvertes par un warrant agricole en faveur d'une société coopérative vinicole. La SCEA a alors demandé l'annulation du procès-verbal de saisie-vente, tandis que la société créancière cherchait à obtenir l'annulation du warrant. La Cour d'appel de Bastia, le 7 mai 2014, a rejeté la demande d'annulation du warrant agricole. Le créancier a formé un pourvoi en cassation, soutenant notamment qu'un warrant agricole ne peut être établi que sur les biens spécifiquement listés à l'article L. 342-1 du Code rural et de la pêche maritime. La décision de la Cour de cassation repose sur le fait que le régime du warrant agricole n'exclut pas explicitement les récoltes futures et rejette l'idée que l'article L. 342-1 du Code rural[734] énumère de manière exhaustive les biens pouvant faire l'objet d'un warrant agricole. Le principe de subsidiarité a été appliqué dans cette affaire de sorte que, en l'absence de dispositions spécifiques du droit spécial (comme pour le warrant agricole), les dispositions du droit commun du gage s'appliquent[735]. Le warrant agricole est emblématique de la sous-spécialisation des contrats spéciaux.

244. Bien souvent impulsée par la pratique, les contrats spéciaux ont fait et continuent de faire l'objet de consécration législative. Cette tendance à la codification qui a pu être qualifiée par d'aucun comme relevant de la « *frénésie* »[736] n'est certainement pas anodine. M. MOLFESIS

733 Article 2333 du Code civil : « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables* ».

734 Article L. 342-1 du Code rural « *Tout agriculteur peut emprunter sur les objets ci-après dont il est propriétaire : 1° Les produits de son exploitation, y compris les animaux et le sel marin ; 2° Le matériel de toute nature servant à contenir les produits warrantés ; 3° D'une façon générale et sans distinction, sur toutes choses composant le matériel affecté à l'exploitation agricole ; 4° Sur les récoltes pendantes par les racines et les fruits non encore recueillis. L'emprunt peut porter sur les objets ayant, en vertu des articles 520 et 524 du code civil, le caractère d'immeubles, par nature ou par destination, à l'exception de ceux qui sont scellés au mur.* »

735 JUILLET, Christophe. *« Le warrant agricole, les sûretés mobilières spéciales et le droit commun du gage ». D. 2016,* Vol. 3, p. 178-182.

736 MALFOSSIS, Nicolas. « *Le Code civil et le pullulement des codes* ». Dans : *le Code civil, un passé, un présent, un avenir*. Paris, Dalloz, 2004, p. 309. Cité également dans GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p117, n°79.

ne relevait-il pas que le défaut de neutralité caractérise la « *décision même de codifier* »[737] ? Pour Monsieur François GRUA, « *toute codification suppose que les sources de la matière n'ont pas à être cherchées ailleurs ; sans quoi elle ne servirait à rien* »[738]. À cela, Mme Charlotte GOLDIE-GENICON ajoute que « *la séparation avec le droit commun est plus que formelle : codifier une branche du droit, c'est la porter sur les fonts baptismaux, acquiescer à son existence et à l'originalité de la matière qu'elle régit. De la spécificité à l'indépendance, le pas est vite franchi : la codification va nourrir les aspirations à l'indépendance de la matière. Elle emporte reconnaissance au moins symbolique du nouveau corps de règles…* »[739]

2. Des velléités émancipatrices du droit spécial significativement perceptible dans son évolution qualitative

245. Des auteurs font remarquer un double mouvement dans l'évolution de la matière : « *le droit spécial se généralise* »[740] et *« le droit commun se spécialise »*[741]. Certains textes régissant les contrats spéciaux font bien souvent référence au droit commun. *Pour ces auteurs, « c'est la vocation naturelle du droit spécial que d'illustrer le droit commun […]. Ainsi, le droit de la vente permet de raisonner efficacement sur la notion de promesse de contrat ou sur mécanisme de l'offre et de l'acceptation* »[742]. Ces références faites au droit commun créent selon Mme Charlotte GOLDIE-GENICON des « *doublons* » qui tendent à se développer[743]. L'auteure précise que si l'existence de ces redondances entre le droit commun et le droit spécial des contrats n'est pas l'apanage des dernières législations, force est de constater qu'elles gagnent en ampleur du fait de la création

737 MALFOSSIS, Nicolas. « *Le Code civil et le pullulement des codes* ». Dans : *le Code civil, un passé, un présent, un avenir*. Paris, Dalloz, 2004, p. 309. Cité également dans GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p117, n°79.

738 François GRUA, « *les divisions du droits* », RTD civ. 1993, p. 59. L'auteur émet une critique virulence de la codification. On peut ainsi lire sous sa plume que « *un droit qui serait une somme de droits autonome ne serait pas viable* ».

739 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p117, n°79.

740 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e édition. Paris : Dalloz, 2023, p. 12.

741 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e édition. Paris : Dalloz, 2023, p. 11 n°1.

742 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e édition. Paris : Dalloz, 2023, p. 11.

743 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p119.

de nouveaux régimes spéciaux[744]. Sans prétendre à l'exhaustivité, il importe de citer à titre illustratif, certains cas signifiants de règles de droit commun dont le droit spécial s'est accaparé.

246. Les dispositions spéciales consacrées par le Code de commerce ou la loi du 6 juillet 1989 aux baux commerciaux et aux baux d'habitation aménagent ainsi le renouvellement du contrat prévu, de manière générale, par l'article 1214 du Code civil[745]. Il en va de même des nombreux régimes spéciaux de rétractation (en droit de la consommation, en droit des assurances, en droit immobilier…) qui ne sont en fait que la réaffirmation des dispositions de l'article 1122 du Code civil[746]. Dans son *« Traité de droit civil »*, M. Jérôme Huet évoque également des dispositions édictées pour des contrats particuliers qui ne sont que le rappel de principes généraux[747]. Ainsi, recense-t-il les cas suivants. L'article 1985 du Code civil énonce que la preuve testimoniale du mandat n'est « *reçue que conformément au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général"* » ; l'article 1584 du Code civil qui prévoit que la vente peut être faite sous condition suspensive ou résolutoire précise que son effet est à cet égard *« réglé par les principes généraux des conventions »* ; lorsque l'article 1741 prévoit que le louage des choses peut être résolu en cas d'inexécution de ses obligations par le bailleur ou le preneur, ou pour cause de perte de la chose, il ne fait que réaffirmer les dispositions de l'article 1654 du Code civil.

247. Il arrive même que certaines dispositions particulières, loin de se limiter à une simple réaffirmation du droit commun, apportent des précisions sur la manière dont ces règles générales à toutes les obligations doivent s'appliquer ou s'adapter aux contrats spéciaux. Ces dispositions particulières se voient de fait, investies de la fonction d'assurer la mise en œuvre de règles générales[748]. L'article 1876 du Code civil présente le prêt à usage comme le contrat « *essentiellement gratuit* », ce qui exerce une influence notable sur les obligations des parties ; les

744 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p119

745 RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des contrats spéciaux*. 10e éd. Paris : LexisNexis, 2019, n° 2, p. 2.

746 RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des contrats spéciaux*. 10e éd. Paris : LexisNexis, 2019, n° 2, p. 2.

747 HUET, Jérôme, MOREL-MAROGER, Juliette et GHESTIN, Jacques (dir.). *Les principaux contrats spéciaux*. 3. éd. Paris : L.G.D.J, 2012, n° 7, p. 13.

748 HUET, Jérôme, MOREL-MAROGER, Juliette et GHESTIN, Jacques (dir.). *Les principaux contrats spéciaux*. 3. éd. Paris : L.G.D.J, 2012, n° 7, p. 13.

articles 1605 et 1606 donnent une définition de la délivrance de la chose vendue, qui varie suivant la nature mobilière ou immobilière ; l'article 1657 prévoit que la résolution de la vente de marchandises a lieu de plein droit au gré du vendeur si l'acheteur n'est pas venu retirer les marchandises à la date convenue ; les articles 1730 et 1731 envisagent comment le preneur doit restituer la chose louée et précisent que, s'il a été fait un état des lieux, il est tenu de le rendre tel qu'il l'a reçu, et que s'il n'en a pas été fait, il est présumé l'avoir reçue en bon état de réparations locatives et doit la rendre telle[749].

248. Ce développement qualitatif des règles particulières pourrait remettre en cause la relation originelle entre droit commun et droit spécial[750]. À force, le droit commun perd son statut d'unique « *socle de référence susceptible d'être interrogé en cas de silence ou d'ambiguïté de la loi spéciale ; le droit spécial n'est plus nécessairement lu à la lumière du droit commun* ». MM. COLLART DUTILEUL et DELEBECQUE dressent un constat similaire lorsqu'ils indiquent que « *le droit commun n'est plus qu'un droit résiduel appelé à n'intervenir que dans les interstices laissés, si l'on ose dire, à l'air libre et échappant à l'emprise d'une réglementation de plus en plus touffue* »[751].

Les contrats d'assurance et de travail symbolisent parfaitement cette capacité du droit spécial à assumer une autonomie à l'égard du droit commun. Tous leurs aspects sont couverts par des textes précis si bien qu'ils ne doivent plus grande chose à la théorie générale.

Ainsi, MM. AYNES, GAUTIER et MALAURIE en viennent à conclure que « l*e Droit des contrats spéciaux est plus élaboré et plus concret que ne l'est la théorie générale […] ».* Ils ajoutent que *« le Droit des contrats spéciaux présente ainsi un aspect vivant et une diversité auxquels parvient difficilement la théorie générale des contrats »*[752]. MM. COLLART DUTILEUL et DELEBECQUE se montrent tout aussi dithyrambiques à l'égard du droit spécial en ces termes : « *plus réaliste que le droit commun du contrat, plus moderne aussi, le droit spécial des contrats a une vocation pratique indéniable*… ». Ces propos résument bien à l'esprit la présente section. Il est vrai, en effet, que l'intitulé de la présente section suggère clairement que pour l'uniformisation du droit matériel

749 HUET, Jérôme, MOREL-MAROGER, Juliette et GHESTIN, Jacques (dir.). *Les principaux contrats spéciaux*. 3. éd. Paris : L.G.D.J, 2012, n° 7, p. 14.

750 SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse : Paris I, 1993, p 24.

751 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e édition. Paris : Dalloz, 2023, p6.

752 AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13e éd. Paris, L.G.D.J, 2024. p. 19.

applicable aux contrats transfrontaliers, il faut choisir entre le droit commun et le droit spécial. Et les observations qui précèdent semblent donner l'avantage au droit spécial. Néanmoins, il se dégage dans la doctrine une troisième voie qui pourrait être qualifiée de médiane entre le droit commun et le droit spécial. En effet, certains auteurs militent en faveur d'une théorie générale des contrats spéciaux. Si l'on considère le contrat transfrontalier comme une réalité particulière comparativement au contrat interne, cette voie peut paraître séduisante.

SECTION II.

LA PROPOSITION D'UNE ALTERNATIVE SÉDUISANTE : LA THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS SPÉCIAUX

249. Les éloges dressés à l'endroit du droit spécial semblent mérités au regard de tout ce qui précède. Aussi, dans l'optique d'un *corpus* de règles matérielles destinées aux rapports contractuels transfrontières, ne serait-il pas plus opportun d'envisager un droit spécial plutôt que des règles générales ? D'ailleurs, le contrat international, indépendamment de la matière sur laquelle il porte, n'est-il pas en lui-même, un contrat spécial ? Le raisonnement conflictuel que déclenche sa simple caractérisation, en termes de compétences juridictionnelle et législative, illustre fort bien sa particularité. De fait, tout semble conforter l'option d'un droit spécial relatif aux contrats transfrontaliers. Cependant, le principe d'un droit spécial relatif aux contrats transfrontières exclut-il de facto des règles générales à tous les contrats et régissant les questions telles que la formation, l'exécution, la sanction et l'extinction ? En clair, un droit des contrats transfrontières peut-il se passer de règles générales à tous les contrats ?

250. Dans une tentative d'offrir une solution qui se voudrait aux interstices du droit spécial et du droit général, certains auteurs ont émis la proposition d'une théorie générale des contrats spéciaux. Appliquée à l'objet de ce travail de recherche, cette idée pourrait inspirer celle d'une théorie générale des contrats internationaux (qui sont par définition des contrats spéciaux) susceptible de présenter certains attraits. Il convient d'exposer la théorie générale des contrats spéciaux (**§1**) avant d'envisager son application aux contrats transfrontières (**§2**).

§ 1. PRÉSENTATION DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS SPÉCIAUX

Ne manquant pas de défenseurs, cette proposition qui préconise une troisième voie dans une discipline aussi marquée par une organisation binaire se heurte à un certain scepticisme d'une partie de la doctrine. Toutefois, quand bien même il s'agirait d'une théorie sujette à controverse doctrinale (**A**), elle n'en est pas moins intéressante sous réserve d'être construite à l'aune des familles de contrats (**B**).

A. UNE THÉORIE SUJETTE À CONTROVERSE DOCTRINALE

251. Une partie de la doctrine suggère vivement de regrouper les règles régissant les contrats spéciaux en instaurant une ou plusieurs *« théories générales »* des contrats spéciaux. Il s'agirait d'un niveau de législation *« intermédiaire entre la théorie abstraite du contrat général et chacun des contrats spéciaux »*[753]. Pour M. Jacques RAYNARD, la théorie générale des contrats spéciaux s'inscrirait *« à l'interstice des carences du droit commun et des besoins du droit spécial »*[754]. L'auteur justifie le recours à cette théorie par les insuffisances objectives respectives du droit commun et du droit spécial. Ainsi retient-il que *« les insuffisances de la théorie générale du droit commun du contrat vont alors de pair avec les insuffisances liées à l'absence de théorie générale qui servirait de socle au droit spécial des contrats »*[755].

Effectivement, au regard des critiques ci-dessus relevées, le droit commun des contrats ne présente pas toutes les garanties d'exhaustivité nécessaire à une meilleure prévisibilité des solutions en matière contractuelle. Les solutions apportées par le droit commun ne tiennent pas nécessairement compte de la grande diversité des contrats nommés et encore moins de la combinaison de ces contrats[756]. Inversement, une théorie générale des contrats spéciaux qui ne reposerait pas sur un socle commun à tous contrats nommés nuirait selon

753 BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 15e éd. Paris : L.G.D.J, 2024, p. 23.

754 RAYNARD, Jacques. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial* ». *RDC.* Avril 2006, no 2, p. 597

755 RAYNARD, Jacques. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial* ». *RDC.* Avril 2006, no 2, p. 597.

756 Prévoir, une note explicative des différentes combinaisons courantes des contrats nommés.

M. RAYNARD *« tout à la fois à l'évolution de ces figures classiques, à la perception exacte du périmètre de la matière et à la définition de formes contractuelles contemporaines »*[757].

Selon M. COLLART DUILLEUL, il est possible de douter a priori qu'une théorie relative aux contrats spéciaux puisse avoir une portée générale au point d'être dénommée théorie générale des contrats spéciaux[758]. Une théorie générale de contrats spéciaux ne viendrait en réalité qu'enrichir le droit commun dont elle en élargirait le champ. L'auteur en veut pour preuve, les obligations de sécurité et de bonne foi dans la formation des contrats qui, créées par le juge à partie de contrats spéciaux et à force d'être approfondies par la doctrine, ont fini par enrichir le droit commun qui s'en est accaparé. Aussi, juge-t-il que la théorie générale des contrats spéciaux *« pourrait bien être parfois le résultat d'une illusion d'optique, le fruit de la doctrine qui regarde la portée des arrêts avec des verres grossissants »*[759]. Comment ne pas partager ce scepticisme M. COLLART DUILLEUL ? Le phénomène contractuel est d'une extrême complexité. D'une part les contrats nommés coexistent avec des contrats innommés. D'autre part, les contrats s'entremêlent au gré de la pratique, donnant lieu à de nouvelles formes contractuelles[760]. Malgré cette complexité, une chose demeure constante à savoir la nécessité de règles communes à ces ensembles contractuels.

252. Conscient de cette constance, M. Daniel MAINGUY écrit que *« le droit des contrats spéciaux ne peut plus aujourd'hui être enseigné ou étudié comme si la liste des contrats spéciaux s'enchaînait sans lien, la vente, le contrat d'entreprise, le mandat ou plus exactement comme si ce lien était assuré par une couche commune, le droit des obligations, le droit des contrats »*. L'auteur relativise toutefois l'ampleur de ce lien en faisant remarquer que *« les contrats spéciaux ne sont pas une somme de contrats dont chaque régime serait homogène »*. Pire encore, certains contrats sont éclatés en plusieurs sous-contrats spéciaux. À travers ses différentes déclinaisons[761], la vente illustre fort bien cet éclatement de régime. Or, certains auteurs soutiennent que le Code civil repose sur une articulation qui

---

757 RAYNARD, Jacques. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial* ». *RDC*. Avril 2006, nº 2, p. 597.

758 COLLART DUTILLEUL, François. « *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens* ». *RDC*. 2006, nº 2, p. 604.

759 COLLART DUTILLEUL, François. « *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens* ». *RDC*. 2006, nº 2, p. 604.

760 BÉNABENT, Alain. « *L'hybridation dans les contrats* ». *Dalloz*. 1999, p. 27-31.

761 Nonobstant l'existence d'un droit commun de la vente, il existe toute une série de types de ventes : la vente immobilière, la vente au consommateur, la vente internationale, la vente commerciale, la vente aux enchères, la cession de titres, la cession de droit de propriété corporels, la cession de fonds de commerce…

veut que la vente, contrat spécial le plus usuel, et partant, contrat spécial dominant, constitue en filigrane, la base de droit des contrats spéciaux[762]. C'est dire que les rédacteurs du Code civil avaient, eux-mêmes, envisagé un embryon de théorie général des contrats spéciaux reposant sur la vente. Cette idée, à supposer qu'elle eût été vraie, serait aujourd'hui remise en cause par l'éclatement que connaît la vente. Cette multiplication des sous-catégories de vente emporte une diversification corrélative des régimes de contrat de vente. Comment concevoir que la vente sujette à un régime aussi éclaté puisse servir de référence pour les autres contrats spéciaux nommés, qui eux-mêmes font l'objet d'un pareil éclatement ? L'idée que la vente ait été perçue par les rédacteurs du Code civil comme le socle des autres contrats spéciaux nous paraît a minima anachronique. Par ailleurs, le droit des contrats soulève aujourd'hui, des questions qui transcendent significativement le domaine du contrat de vente. Il s'agit en l'occurrence de l'obligation de sécurité, le domaine de la garantie des vices cachés, le transfert de propriété opposé au mécanisme de l'accession, de la durée dans les contrats, l'existence de l'obligation de restitution, de la sous-traitance, etc.[763]

B. UNE THÉORIE INTÉRESSANTE SOUS RÉSERVE DE SON ARTICULATION AUTOUR DES FAMILLES DE CONTRATS

253. Comment procéder à la théorisation du droit spécial ? Ces précédentes observations ne sauraient toutefois remettre en cause l'opportunité d'identifier un ensemble de règles communes aux contrats spéciaux. Il se pose alors la question du procédé idoine à adopter pour cette identification. En raison de l'état actuel du droit des contrats, il serait inopportun de fonder une théorie générale des contrats spéciaux en ne se référant qu'à un ou certains contrats. Aussi, une théorisation des contrats spéciaux pourrait se faire à l'aune de familles de contrats. Lorsqu'il existe entre divers types de contrats, un lien tel qu'ils soient caractérisables par une communauté de qualification ou d'objet, ou encore de qualité des parties, on peut envisager de les regrouper à partir de ces critères. Ainsi, alors que les rédacteurs du Code civil avaient constitué les familles de contrats à partir des qualifications, d'autres critères pourraient présider à une reconstitution tout à fait différente.

762 MAINGUY, Daniel. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux ?* ». *RDC*, 2006, n° 2, p. 614.

763 MAINGUY, Daniel. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux ?* ». *RDC*, 2006, n° 2, p. 614.

254. Il est nécessaire d'identifier des familles de contrats. C'est dans une telle perspective que s'inscrit par le M. Pierre-Yves GAUTIER pour qui *« les contrats spéciaux appellent une théorie générale par familles de contrats, que ni les Romains ni les codificateurs n'ont pas faites, tous entiers mus par la tradition et une philosophie technique et fonctionnelle »*[764]. Si la qualité des parties et la forme de la convention jouent un rôle dans l'identification des contrats appartenant à la même famille, ce rôle n'est que subsidiaire[765] puisque *« la nature des obligations principales conditionne la nature du contrat »*[766]. C'est alors à partir de l'obligation caractéristique des contrats qu'il faudra éventuellement identifier les familles de contrats. Cette idée s'inscrit dans la lignée de la proposition de M. Alain BENABENT. À l'occasion du bicentenaire du Code civil et dans le cadre des réflexions sur la réforme des contrats spéciaux, M. Alain BENABENT met en avant la grande diversité et l'étendue des contrats spéciaux, couvrant divers domaines tels que les contrats de mariage, les cautionnements, les baux et les assurances[767]. Il explique que cette diversité complique considérablement la tâche de recodification. Aussi, propose-t-il une refonte des contrats spéciaux suivant une approche transversale basée sur différents types d'obligations. Selon l'auteur, pour surmonter les difficultés actuelles de la recodification des contrats spéciaux, il est nécessaire de développer une théorie transversale des obligations. Cette approche permettrait de rationaliser et d'homogénéiser le droit des contrats spéciaux, tout en assurant une plus grande adaptabilité aux évolutions contemporaines. La théorie de M. BENABENT, en proposant une base commune et cohérente pour les obligations contractuelles, pourrait servir de fondement à une réflexion sur le droit commun des contrats transfrontaliers. Le principal critère qui servirait de colonne vertébrale de cette approche devrait être le caractère transfrontalier, prenant en compte les facteurs de conflits de lois. Ce critère objectif ne saurait cependant écarter les considérations de nature subjective. Au regard de ces dernières considérations, un contrat sera qualifié de contrat de consommation et un autre de contrat entre professionnels. Toujours au regard des considérations tenant à la qualité des parties l'on distinguera les contrats commerciaux des contrats civils.

764 GAUTIER, Pierre-Yves. « *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux* ». *RDC*, 2006, n° 2, p. 610.

765 BARBIÈRI, Jean-Jacques. « *Pour une théorie spéciale des relations contractuelles* ». *RDC*, 2006, n° 2, p. 621.

766 JAMIN, Christophe, BILLIAU, Marc et GHESTIN, Jacques. *Les effets du contrat*. 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2001. p. 88, n°68 s.

767 BÉNABENT, Alain. « *Les difficultés de recodification : les contrats spéciaux* ». Dans : *Le code civil, 1804-2004: livre du bicentenaire*. Paris : Dalloz Litec, 2004, p. 245-254.

255. En tout état de cause, une théorie générale des contrats spéciaux ne pourrait être que diversifiée et non unitaire. Autrement dit, une approche globale de la théorie générale des contrats spéciaux serait amplement plus périlleuse. Dans la mesure où la construction scientifique de la théorie générale des obligations est relativement récente (sous l'influence de DOMAT) et le droit des contrats spéciaux ayant une histoire plus ancienne, une fusion de tous contrats spéciaux en une seule théorie générale risquerait d'en ébranler fortement les fondements historiques[768]. Le professeur Pierre-Yves GAUTIER apporte des précisions sur la démarche à suivre dans l'optique d'une théorisation efficiente des contrats spéciaux. En effet l'auteur fait observer que dès lors que l'avant-projet de réforme de la théorie générale des obligations, qui depuis lors s'est concrétisé dans l'ordonnance de 2016, était *« lui-même porteur de filins entre les contrats, il semble opportun de conserver aux contrats spéciaux leur relative autonomie technique, tout en soulignant leurs points communs, par le jeu susvisé "des familles" »*[769]. L'auteur ne parle pas de *« théorie générale des contrats spéciaux » c'est-à-dire au singulier,* mais de *« théories générales » (au pluriel).* Ainsi exhorte-t-il à la nécessité d'établir d'urgence, *« à l'intérieur de chaque contrat »* une théorie générale. Ce faisant, il y aurait une théorie générale de la vente, un droit commun du bail, etc.

256. Une réforme du droit des contrats spéciaux réalisée dans cet esprit conduirait à rapatrier et ordonner dans le Code civil, des textes extérieurs et épars traitant notamment des baux civils, la propriété, les mandats spéciaux de toutes sortes. D'ailleurs, le droit français des contrats qui est depuis quelques années, sujet à réforme, pourrait connaître un bouleversement. Ainsi, après l'aboutissement de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve en 2016, le droit des contrats spéciaux est en passe d'être réformé. L'Association Henri CAPITANT a publié le 26 juin 2017, un avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. L'Association Henri Capitant justifie doublement « *le caractère impérieux* » d'une réforme du droit des contrats spéciaux.

257. En premier lieu, il est avancé qu'alors que des évolutions jurisprudentielles, législatives ou réglementaires se sont produites, le Code civil est demeuré significativement inchangé. En conséquence, un certain nombre de règles régissant des contrats spéciaux demeure extérieur au Code civil. Toute chose qui fait dire aux rédacteurs de l'avant-projet précité que le Code

768 GAUTIER, Pierre-Yves. « *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux* ». *RDC*. 2006, n° 2, p. 610.

769 GAUTIER, Pierre-Yves. « *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux* ». *RDC*. 2006, n° 2, p. 610.

civil ne serait donc plus que *« l'écrin du droit des contrats spéciaux, ce qui, dans le système de droit codifié, comme le droit français, est pour le moins incongru. Partant, il a perdu de son accessibilité et de son intelligibilité »*.

258. En second lieu, ainsi que nous l'avons relevé, certains contrats spéciaux se sont déclinés en contrats « *plus spéciaux* » si bien que le droit des contrats spéciaux constitue désormais un ensemble de règles intermédiaires entre la théorie générale des contrats et des règles spécifiques à des sous-catégories de contrats spéciaux.

259. Les rédacteurs de cet avant-projet, au nombre desquels figure le professeur Pierre-Yves Gautier, ont clairement opté pour une théorisation fragmentaire des contrats spéciaux. Il n'y a pas une théorie générale des contrats spéciaux, mais des théories générales propres à diverses familles de contrats. Certains titres consacrés à des contrats spéciaux sont ainsi articulés en deux chapitres consacrés d'une part aux règles communes à tous les contrats de la même famille[770] et d'autre part, aux règles propres à certains contrats de la famille donnée. Pour les autres contrats dont la particularité n'appelle pas une telle subdivision, les dispositions qui leur sont propres sont égrenées en un chapitre unique. C'est le cas de la famille des contrats aléatoires et celle des contrats de représentation.

260. Au regard de cette initiative de l'Association Henri CAPITANT, ne convient-il pas de se poser la question de la pertinence d'une théorie générale des contrats internationaux ?

§ 1. DE LA PERTINENCE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS INTERNATIONAUX

261. La réflexion portant sur l'adoption d'un droit matériel applicable aux contrats transfrontières au sein de L'UE et de l'OHADA repose sur le constat de l'inexistence d'un droit commun des contrats internationaux (**A**). À partir de cette constatation, un projet de droit matériel pourrait être élaboré en s'inspirant de la théorie générale des contrats spéciaux (**B**).

770 Il en va ainsi pour les contrats de vente, de location, de prestation de service, de dépôt, le prêt.

A. L'INEXISTENCE D'UN DROIT COMMUN DES CONTRATS INTERNATIONAUX

262. Pour un droit matériel consacré aux contrats transfrontières, faut-il opter pour des règles générales à tous les contrats ou des règles visant des contrats spécifiques ? Tel est l'enjeu de la présente section. Si l'on considère que du simple fait des éléments d'extranéité, le contrat international est en lui-même un contrat spécial, l'on pourrait envisager l'élaboration de règles communes à tous les contrats internationaux. Aussi, pourrait-on s'inspirer de la théorie générale des contrats spéciaux proposée par une partie de la doctrine française dans le cadre d'une réflexion relative à un droit matériel des contrats transfrontières. Dans l'hypothèse d'une transposition dans la sphère internationale, de la théorie générale des contrats spéciaux de M. Pierre-Yves GAUTIER qui paraît la plus convaincante, il pourrait être soutenu que la voie la plus pertinente serait celle de l'uniformisation fragmentaire par familles de contrats.

263. Dans une perspective de résolution des conflits de lois en matière contractuelle, l'uniformisation fragmentaire ci-dessus décrite serait fort malaisée. Dans un premier temps, cette solution inspirée de la France mérite d'être nuancée. Si le M. Pierre-Yves GAUTIER préconise des théories générales propres à chaque famille de contrats spéciaux, il n'exclut certainement pas pour autant la théorie générale des obligations et plus particulièrement le droit commun des contrats. Tous les *« régimes généraux »* propres à des contrats spéciaux ne viendraient que s'agréger sur un corps de règles qui leur sont communes. Ces dernières régiraient notamment la formation, l'exécution et l'extinction des obligations contractuelles. L'avant-projet de réforme du droit français des contrats spéciaux illustre bien cette réalité. Le texte ne prévoit pas des règles générales gouvernant la formation des contrats. Les vices du consentement sont ainsi particulièrement absents du texte.

264. Or, si les rédacteurs dudit avant-projet de réforme ont pu faire *fi* des vices du consentement, c'est parce que cette matière est régie par le droit commun des contrats. Existe-t-il un droit commun des contrats au sein de L'UE et l'OHADA qui viendrait combler le vide laissé par un éventuel droit uniforme relatif des contrats particuliers ?

Certains auteurs[771] considèrent qu'il existe des règles qui sont véritablement communes à tous les contrats internationaux. Certaines de ces règles sont impératives à savoir celles qui

771 KESSEDJIAN, Catherine et PIRONON, Valérie. *Droit du commerce international.* 2e éd. Paris : PUF, 2020., p 37-93.

relèvent des lois de police et de l'ordre public international. D'autres sont supplétives dans la mesure où elles ont vocation à régler les conflits de lois. L'OHADA, quant à elle, ne dispose pas encore de telles normes.

265. Ainsi qu'il a été démontré dans le titre précédent, ces différentes catégories de normes n'apportent qu'une réponse imparfaite à la résolution des conflits de lois en matière contractuelle. À cette faiblesse s'ajoute le caractère sectoriel des textes matériels touchant aux contrats transfrontaliers. Qu'ils soient multilatéraux ou bilatéraux, nationaux ou a-nationaux, ou encore régionaux, ces derniers textes concernent des domaines donnés et partant, des contrats transfrontières particuliers. À titre d'illustration, peuvent être citées la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM), la Convention des Nations-Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, la Convention de Rotterdam sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer de 2009 (non encore entrée en vigueur en France), la Convention de Montréal pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international qui vient consolider le système mis en place par la Convention de Varsovie (1929) et enfin, la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) signée le 19 mai 1956 à Genève.

266. En considération de ces diverses normes applicables aux contrats internationaux, certains auteurs ont pu juger possible *« d'envisager un tel droit commun des contrats internationaux »*[772]. Faut-il pour autant conclure à l'existence d'un droit commun des contrats transfrontières au sein de L'UE et de l'OHADA ? En toute rigueur, la réponse à cette question ne saurait être que négative. Pour cause, l'existence d'un tel droit commun procède de sources qui *« foisonnent, de façon assez anarchique d'ailleurs, partagées entre les règles de source internationale, les conventions internationales, voire communautaires… »*[773]. Ces textes n'offrent pas suffisamment de lisibilité permettant d'identifier un socle de règles communes à tous les types de relations contractuelles transfrontières. D'ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que l'OHADA ne dispose pas de règles de conflits de lois. Au demeurant, il est impossible de dégager un droit commun des contrats à partir de ses Actes uniformes. Il convient toutefois, de ne pas

772 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019, p. 343, n°904.

773 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019, p. 343, n°904.

perdre de vue qu'une partie de la doctrine défend l'existence d'un droit commun des contrats internationaux. Effectivement, il a été soutenu que la CVIM constituerait le droit commun des contrats internationaux[774]. Attribuer à ce texte la vocation de droit commun revient à lui conférer, corrélativement, la fonction subsidiaire que Mme Charlotte GOLDIE-GENICON attribue au droit commun. La CVIM s'appliquerait à tous les contrats transfrontières qui ne sont pas réglementés par un régime plus spécial. Or, à la lecture dudit texte, on peine à l'imaginer comme pouvant s'appliquer subsidiairement à toutes les obligations contractuelles de nature transfrontière. L'intitulé du texte est très éloquent quant au champ matériel qu'il recouvre : la convention porte sur la vente internationale de marchandises. L'évocation de la vente de marchandises renvoie logiquement à une vente impliquant des professionnels. Cette idée est confirmée par l'article 2, a) de la CVIM qui prévoit qu'elle ne s'applique pas aux ventes « *de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage* ». Le champ matériel couvert par ce texte n'excède dont pas le domaine des ventes de marchandises dans un cadre professionnel. Comment un tel texte pourrait-il servir de droit commun à tous les contrats transfrontières ? On comprend alors que d'autres auteurs, traitant des contrats internationaux, évoquent la CVIM en tant que droit spécial[775]. S'agissant du droit commun, ces auteurs font à la fois référence aux règles de conflits de lois et à certaines règles matérielles. Parlant de ces dernières, ils écrivent que « *Cohabitent avec ces sources "officielles", des sources "privées" qui ne sont pas moins importantes comme certaines Règles et Usances codifiées par la Chambre de commerce internationale, les Incoterms, ou, de façon plus moderne, les œuvres a priori doctrinales, mais à vocation normative représentées par les Principes* Unidroit *ou les Principes pour un droit européen des contrats.* »[776]. Au regard de tout ce qui précède, force est de conclure à l'inexistence d'un droit commun des contrats transfrontaliers au sens d'un droit positif subsidiaire aux réglementations spécifiques des contrats transfrontaliers spéciaux.

774 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, p. 234 et s. ; BUY, Frédéric. *Droit des contrats d'affaires*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023.

775 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019, p. 589 et s.

776 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019, n°884, p. 528.

267. En définitive, l'OHADA et L'UE ne disposant pas vraiment d'un droit commun matériel des contrats transfrontières, la résolution efficace des conflits de lois en pareille matière requiert l'adoption de règles substantielles. Dans cette perspective, la théorie générale des contrats transfrontières pourrait être mise à profit.

B. LA THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS SPÉCIAUX TRANSFRONTIÈRES AU SECOURS DE LA MÉTHODE MATÉRIELLE

268. Dans un premier cas, des textes sont ponctuellement adoptés pour des contrats spécifiques et ces textes sont le plus exhaustifs possible. De la sorte, ils comporteraient des règles gouvernant la formation, l'exécution et le régime général des obligations naissant des contrats en question. Dans un second cas, un texte est adopté pour une série de contrats spéciaux, notamment les plus usuels. Également dans cette hypothèse, le texte devra être le plus exhaustif possible. Il est à noter que dans ces deux hypothèses, la nécessité d'un texte exhaustif s'impose notamment pour des raisons de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique. Dans cette optique, il semble plus judicieux de s'inspirer du droit français des contrats qui repose sur une cohabitation entre droit commun des contrats et droit des contrats spéciaux.

269. Certes, tant au sein de l'OHADA que de L'UE, il existe des règles tantôt uniformes, tantôt harmonisées, relatives à des contrats particuliers. Mais, il serait plus cohérent d'adopter un droit commun à toutes les obligations contractuelles transfrontières. Ce texte servirait de socle à toute la matière contractuelle et à toutes les législations intervenant pour des contrats particuliers. Il s'agira d'élaborer une théorie générale des contrats transfrontières qui régirait la naissance et l'exécution des obligations contractuelles transfrontières ainsi que le régime général de ces obligations. À l'instar du droit français, l'OHADA et L'UE pourront au gré de la nécessité, édicter des règles relatives à des contrats spécifiques, règles spéciales qui viendraient se superposer à des règles générales préétablies. Une telle recherche de l'exhaustivité apparaît comme une démarche efficace en vue de l'éradication des conflits de lois en matière contractuelle sein de l'OHADA et L'UE.

270. La Commission européenne n'est pas insensible à l'idée d'un *corpus* de règles de droit commun faisant office de socle à des règles spéciales. D'ailleurs, la Commission n'a-t-elle pas lancé le 6 mai 2015, un plan dévoilant sa stratégie pour la mise en place d'un marché

unique [777] ? Cette stratégie repose sur trois piliers au nombre desquels figure la recherche de la garantie d'un meilleur accès pour les consommateurs et les entreprises aux biens et services numériques au sein de L'UE. L'objectif affiché par la Commission consiste en la suppression des obstacles à l'activité transfrontière en ligne. Pour ce faire, envisageant un dépassement du cadre actuel des règles déjà harmonisées pour le contrat de vente en ligne, elle entend proposer des règles harmonisées pour les achats de contenu numérique en ligne[778]. Ces règles permettraient au vendeur de se prévaloir de sa loi nationale *« basée sur un socle commun ciblé de droits contractuels impératifs de L'UE applicables aux ventes de biens corporels en ligne qu'elles soient nationales ou transfrontière »*. S'il est pertinent que le marché unique en ligne nécessite la mise en place d'un droit commun de la vente en ligne, il est tout autant pertinent pour un fonctionnement efficace du marché unique *« physique »* que les opérateurs économiques disposent *a minima* d'un droit commun des contrats transfrontières à défaut d'une uniformisation des droits internes des États membres. Ce droit commun sera idéalement applicable tant à des contrats civils que commerciaux.

271. L'OHADA est *a priori* favorable à une législation exhaustive. Le second *« avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA »* qui a clairement fait le choix de l'exhaustivité, prévoit ainsi que le texte sera applicable *« sans distinction aux obligations civiles et commerciales »*. Par ailleurs, cet avant-projet prévoit pour ce qui est du contrat, des dispositions concernant notamment, la période précontractuelle, les conditions de formation ainsi que l'effet du contrat. S'il venait à aboutir, un tel texte sonnerait le glas des conflits de lois en matière contractuelle au sein de l'OHADA. Rappelons que la prévoyance des rédacteurs de cet avant-projet les a conduits à envisager des règles de conflits de lois qui viendraient pallier le vide laissé par le droit matériel uniforme. Dans le contexte d'un droit intégré relatif aux relations contractuelles internationales, cette précaution paraît tomber sous les sens eu égard à la complexité qui peut caractériser lesdites relations contractuelles.

272. Les opérations du commerce international nécessitent souvent des montages contractuels dont la complexité peut être très accentuée en fonction des enjeux économiques. En effet, l'activité des opérateurs du commerce international, principaux acteurs des contrats

---

777 Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe* », 6 mai 2015, COM (2015) 192 final.

778 TENENBAUM, Aline. « *Droit européen des contrats : illustrations récentes de la combinaison complexe de règles de droit international privé et de règles matérielles* ». *RDC*. Mars 2016, n° 1, p. 132.

internationaux, se caractérise par une grande diversité tant au titre des buts poursuivis qu'à la diversité des traditions juridiques impliquées[779]. Cette diversité des buts et des traditions juridiques s'exprime, en l'occurrence, en droit du commerce international, par des figures contractuelles variées relevant pour certaines, des contrats nommés et d'un régime bien identifié, mais relevant pour la plupart, d'un régime *sui generis*[780].

Ainsi, si l'on retrouve dans la sphère internationale des contrats semblables, au moins dans leur dénomination, à des contrats de droit interne, force est de constater que ces contrats recouvrent un spectre continu[781] *« avec de multiples nuances, plutôt qu'une typologie nette »*[782]. Certes, les opérations transfrontières recourent à des contrats de vente, d'entreprise, de mandat, ou de transport. Cependant, ces opérations obéissant à des schémas qui peuvent s'avérer plus complexes, les contrats semblables à ceux du droit interne, peuvent faire l'objet de montages juridiques tout aussi complexes.

273. La vente internationale de marchandise illustre bien cette particularité des relations contractuelles transfrontalières. Revêtant bien souvent un caractère central au cœur d'une *« constellation contractuelle »*[783], le contrat de vente en constitue la matrice et le centre de gravité. Par ailleurs, si la plupart des systèmes juridiques considèrent la vente comme un acte translatif de propriété, il demeure cependant quelques difficultés à délimiter avec netteté les frontières entre contrat de vente et contrat d'entreprise avec fourniture de matière[784]. Force est cependant de constater que les conventions internationales en matière de vente traitent peu ou mal de ces difficultés de qualifications des schémas contractuels complexes. Par exemple, la question du transfert de propriété est généralement occultée et celle de la distinction entre vente de chose à fabriquer et contrat d'entreprise avec fourniture de matière n'est pas traitée de manière homogène[785].

779 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018, p. 179.

780 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018, p. 179.

781 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e éd. Paris : Dalloz, 2023, p. 29-30.

782 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018, p. 179.

783 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018, p. 253.

784 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : LexisNexis, 2019, p. 396, n° 396

785 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : LexisNexis, 2019, p. 396, n° 396.

Outre ces difficultés de qualification et de distinction entre différents types de contrats, les relations contractuelles internationales peuvent aussi présenter la particularité d'articuler différents contrats. C'est ainsi que les contrats de vente, de transport et d'assurance peuvent s'articuler. Ce sont là, tant de facteurs qui militent en faveur d'une uniformisation la plus étendue.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

274. La question fondamentale qui se pose est : quelles sont les difficultés liées au champ matériel de l'intégration juridique ? Cette interrogation est au cœur des discussions tant au niveau de l'UE que de l'OHADA et reflète les difficultés inhérentes à l'intégration juridique en matière contractuelle. Les fondements juridiques qui sous-tendent l'intégration juridique et l'orientation de cette intégration déterminent en grande partie les réponses apportées à cette question, influençant ainsi la portée des règles applicables et la manière dont elles sont perçues et appliquées dans différents contextes.

275. En ce qui concerne l'UE, les interventions restent souvent ciblées sur des problématiques spécifiques, sans embrasser une vision globale du droit des contrats. Cette approche peut être critiquée pour son manque de vision globalisante et pour le maintien de conflits de lois entre les États membres. L'UE doit donc décider si elle souhaite poursuivre cette politique fragmentée ou adopter une approche plus ambitieuse et exhaustive avec un texte unifiant le droit des contrats.

276. Pour l'OHADA, l'intérêt pour l'intégration juridique en matière contractuelle se manifeste à travers deux hypothèses principales : l'une envisage que l'Acte uniforme s'applique à tous les contrats, tant civils que commerciaux, avec des dispositions spécifiques pour certains types de contrats comme les contrats de consommation ; l'autre limite l'application de l'Acte uniforme aux seuls contrats commerciaux, ce qui restreint son champ d'application aux contrats conclus entre commerçants, qu'ils soient personnes physiques ou morales. Ces hésitations reflètent la complexité du choix à opérer entre une approche globale et les spécificités locales des législations en vigueur.

277. L'intégration juridique en matière contractuelle nécessite donc une réflexion approfondie sur les domaines à uniformiser. Une approche globale pourrait offrir une plus grande cohérence et réduire les conflits de lois, mais elle exige une concertation et une volonté politique fortes. Par ailleurs, la voie alternative de la théorie générale des contrats spéciaux pourrait également être envisagée, bien qu'elle nécessite une définition claire et précise de son champ d'application.

278. La complexité des rapports entre droit commun et droit spécial, ainsi que les choix stratégiques à opérer pour une intégration juridique effective, restent des défis majeurs. La

théorie générale des contrats spéciaux transfrontaliers, qui a été exposée, repose sur l'adoption d'un cadre commun pour les contrats transfrontaliers. En combinant la méthode matérielle avec une approche flexible et contextuelle, cette théorie pourrait faciliter une intégration juridique plus cohérente et harmonieuse, en réduisant les conflits de lois et en offrant une plus grande sécurité juridique pour les acteurs de l'économie transfrontière. Ainsi, elle pourrait promouvoir une véritable convergence des systèmes juridiques tout en préservant la diversité et les particularités locales, offrant une solution viable et pragmatique aux défis actuels de l'intégration juridique en matière contractuelle.

CONCLUSION DU TITRE II

279. L'idéal de prévisibilité en matière juridique se réfère à la capacité des parties à anticiper avec certitude les règles applicables et les résultats potentiels de leurs litiges. Cet objectif, en théorie, offrirait une sécurité juridique optimale et favoriserait les transactions transfrontalières. La méthode des règles matérielles peut-elle réellement atteindre cet idéal de prévisibilité ? C'est la question centrale qui a guidé l'analyse.

Il va de soi que la résolution des conflits de lois au sein d'espaces communautaires tels que l'UE et l'OHADA nécessite une action concertée de la communauté, illustrée parfaitement par le règlement Rome I. Ce règlement vise à instaurer un cadre juridique uniforme, appliqué de manière identique d'un État à l'autre. Ce faisant, ce texte participe de l'intégration juridique spécifiquement en matière de règles de conflits de lois. En cela, il est un exemple d'intégration juridique réussie.

280. Cette expérience d'intégration juridique doit pouvoir s'étendre aussi aux règles matérielles. Cette idée est d'autant plus pertinente dans le cadre de la présente étude qu'un texte comportant des règles matérielles communes a pour ambition de contourner les conflits de lois en s'attaquant à la cause première : la diversité des droits nationaux en matière contractuelle. Une telle intégration permettrait non seulement de gagner du temps dans la résolution des litiges, mais aussi d'augmenter la prévisibilité des solutions, grâce à des règles spécialement conçues pour les rapports contractuels internationaux.

281. Cependant, cette démarche n'est pas sans défis. L'étendue de la compétence des organes chargés de l'intégration, le degré d'intégration souhaité, et l'objet même de cette intégration (qu'il s'agisse de droit commun des contrats ou de contrats spécifiques) sont autant de facteurs complexes à prendre en compte. Ces facteurs déterminent le choix de l'outil juridique de réalisation de l'intégration juridique. Diverses voies s'offrent, en effet, à l'UE et l'OHADA. L'harmonisation vise à faire converger les droits nationaux, permettant une certaine flexibilité aux États membres. L'unification cherche à rendre semblables des droits nationaux dissemblables, tout en conservant une marge d'adaptation. L'uniformisation, approche la plus contraignante, implique l'adoption d'un texte unique appliqué de manière identique dans tous les États membres. Ces trois concepts se distinguent donc par le degré de contrainte qu'ils imposent aux États, les deux premiers offrant plus de liberté que le

dernier. Aussi, dans le cadre du présent titre, a-t-il été proposé de prioriser l'uniformisation du droit matériel des contrats transfrontières. Apparaissant comme une voie prometteuse, l'uniformisation s'appuierait sur les expériences respectives de l'UE et de l'OHADA. L'UE, par le biais du règlement Rome I, et l'OHADA, avec son droit uniforme en matière d'affaires, démontrent que ces deux organisations possèdent une expertise solide en matière de production de droit uniforme. Leurs expériences antérieures peuvent donc servir de modèle pour l'uniformisation du droit matériel contractuel.

282. Un autre obstacle majeur réside dans la question de la compétence juridique. Concernant l'OHADA, la compétence de cette organisation excède le strict cadre du droit des affaires, ce qui permettrait une intégration plus large des règles matérielles en matière contractuelle. En revanche, pour l'UE, la compétence législative est étroitement corrélée au fonctionnement du marché intérieur. Ainsi, l'intégration du droit matériel en matière contractuelle ne sera envisageable que si elle est nécessaire au bon fonctionnement du marché unique ou si elle contribue à éliminer les distorsions de concurrence causées par la diversité des droits nationaux.

283. En définitive, l'intégration juridique en matière contractuelle, bien qu'ambitieuse et porteuse d'un idéal de prévisibilité, se heurte à des réalités institutionnelles et juridiques complexes. Le chemin vers une véritable uniformité des règles matérielles est semé d'embûches, mais reste un objectif digne d'intérêt pour renforcer la cohérence et la sécurité juridique dans les espaces communautaires.

284.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

285. Les conflits de lois en matière contractuelle peuvent être abordés par deux méthodes distinctes : la méthode conflictuelle et les règles matérielles. La méthode conflictuelle repose sur des règles de conflits de lois, tandis que les règles matérielles proposent des solutions directement applicables au fond du contrat. Mais peut-on réellement résoudre la problématique des conflits de lois en se reposant exclusivement sur l'une ou l'autre de ces méthodes ? L'objet de cette première partie était d'apporter une réponse à cette question.

L'examen critique des méthodes conflictuelles dans le cadre du droit de l'OHADA et de l'UE révèle des défis notables en matière de prévisibilité et de sécurité juridique pour les opérateurs économiques impliqués dans des contrats transfrontières[786]. Pourtant, la raison d'être de cette méthode conflictuelle est bien d'assurer une meilleure prévisibilité du droit et renforcer la sécurité juridique dans le domaine des contrats transfrontières[787]. Cependant, les multiples critères de rattachement, les divergences entre qualifications autonomes et législatives supranationales, ainsi que la complexité intrinsèque de la méthode conflictuelle, soulèvent des inquiétudes quant à la garantie d'une solution prévisible pour les parties impliquées. La méthode conflictuelle implique souvent des règles de rattachement variées qui peuvent changer d'une juridiction à l'autre, rendant difficile pour les parties de prévoir avec certitude quelle loi sera appliquée. De plus, la mise en œuvre de la *lex contractus*, c'est-à-dire la loi applicable choisie par les parties, peut être complexe, notamment lorsque le juge doit déterminer et appliquer la substance du droit étranger. Cette complexité peut entraîner des incertitudes et des coûts supplémentaires pour les parties contractantes, d'où l'intérêt de recourir à l'autre méthode de résolution des conflits de lois : les règles matérielles.

286. Néanmoins, malgré l'attrait objectif de cette autre méthode, force est de reconnaitre que sa mise en œuvre est également complexe. L'uniformisation du droit des contrats, en

786 BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Université de Bordeaux, 7 décembre 2021, p.66 et s.

787 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023, n° 941, p. 511 ; COHEN, Caroline. « *Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé (réflexions sur les règles permissives)* ». *Droits*. Paris cedex 14 : PUF, 2017, Vol. 66, n° 2, p. 211-226.

particulier pour les contrats transfrontières, est envisagée comme une solution, mais elle pose des défis considérables en raison de la diversité des contrats et des législations nationales. En dépit de ces difficultés, l'objectif d'intégration normative en matière contractuelle au sein de l'OHADA et de l'UE demeure pertinent. Cependant, la voie à suivre devrait être soigneusement étudiée, en tenant compte de la nécessité de garantir l'efficacité et la prévisibilité du droit applicable aux opérateurs économiques transfrontières. L'uniformisation du droit des contrats, particulièrement pour les contrats transfrontières, pourrait offrir une solution viable. Pour ce faire, il importe de définir clairement le champ matériel de cette uniformisation et d'adopter une approche idoine afin de surmonter la diversité tant des contrats que des législations. Ainsi, si l'on réfléchit du point de vue du droit français, la recherche d'une telle approche conduirait à choisir entre le droit commun des contrats et le droit des contrats spéciaux. Selon l'alternative choisie, l'uniformisation pourrait prendre une telle ampleur qu'elle poserait la question de la compétence à légiférer. Plus que l'OHADA, l'UE illustre bien cette problématique. L'UE aspire à une intégration normative, particulièrement dans le domaine du droit civil, avec des ambitions parfois évoquées comme celles d'un projet de code civil européen. Cependant, cette ambition se heurte à des conditions institutionnelles, comme l'a souligné Mme NADAUD[788]. L'intégration juridique doit respecter le principe de subsidiarité et de proportionnalité, qui limitent l'intervention de l'Union aux domaines nécessaires au bon fonctionnement du marché unique. Une uniformisation globale du droit civil nécessiterait une révision des traités pour étendre les pouvoirs de l'Union, ce qui n'est pas forcément souhaitable ou nécessaire.

287. L'uniformisation du droit des contrats transfrontaliers au sein de l'UE pourrait cependant se justifier par des arguments économiques solides. Une telle intégration doit viser à éliminer les distorsions de concurrence dues à la diversité des droits nationaux et à faciliter le commerce intracommunautaire. L'expérience du Règlement Rome I pourrait servir de modèle pour développer un droit uniforme des contrats transfrontaliers. Ce texte a été conçu pour couvrir le champ matériel le plus vaste des contrats transfrontaliers. Il est la preuve même que la « *théorie générale des contrats transfrontières* » peut se matérialiser dans un texte. Concernant le choix en droit commun et droit spécial des contrats, le contrat transfrontalier a ceci de particulier qu'il peut être situé à la confluence de ces deux alternatives. Ce type de

788 NADAUD, Séverine. *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse : Limoges, 2007 p. 183 notamment.

contrat peut être considéré comme spécial par nature. Sa spécificité tient, en effet, à son caractère international, contrairement au contrat de nature interne. En même temps, comme le démontre le règlement Rome I, un texte peut être consacré aux contrats transfrontaliers tout en intégrant à la fois des dispositions générales et des règles spéciales. En conséquence, afin de pallier les limites susmentionnées de la méthode conflictuelle incarnée par le règlement Rome I, l'une des idées maîtresses soutenues dans la présente étude consiste en l'application de la « *théorie générale des contrats transfrontaliers* » en matière de règles substantielles. Autrement dit, constatant les lacunes de la méthode conflictuelle pour résoudre les conflits de lois en droit des contrats, il serait pertinent d'adopter un droit uniforme des contrats transfrontaliers. Afin de s'inscrire dans l'esprit économique et des affaires qui anime l'UE et l'OHADA, cette uniformisation devrait prioritairement concerner les contrats transfrontaliers à dimension patrimoniale, donc économique.

288. En fin de compte, pour garantir une meilleure prévisibilité du droit et renforcer la sécurité juridique dans le domaine des contrats transfrontaliers, l'OHADA et l'UE pourraient tirer des leçons de leurs expériences respectives. En plus de cette convergence souhaitée entre les expériences de l'OHADA et de l'UE, une autre convergence est également nécessaire. Au regard des limites de la méthode conflictuelle et de la complexité de la mise en œuvre des règles matérielles uniformes, une approche dualiste, combinant ces deux méthodes, pourrait offrir une solution plus complète et efficace.

DEUXIÈME PARTIE.

L'ACCUEIL D'UNE APPROCHE DUALISTE DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

289. Les éléments abordés dans la première partie de cette thèse ont mis en lumière la difficulté majeure d'éliminer les conflits de lois en matière contractuelle en utilisant une approche moniste. Les règles de conflits de lois à elles seules n'épuisent pas elles-mêmes la question, tandis que la méthode des règles matérielles serait malaisée à mettre pleinement en œuvre. Les considérations purement juridiques (question de compétence), de souveraineté des ordres juridiques des États membres de l'UE et l'OHADA, pour ne citer que celles-là, ne laissent pas les coudées franches à ces deux organisations pour s'orienter vers une uniformisation entière de la matière contractuelle. Jusque-là, le recours aux règles de droit matériel n'a été que sectoriellement opéré en matière contractuelle soit par des directives au sein de l'UE soit dans le cadre d'Actes uniformes OHADA portant sur des aspects particuliers du droit des affaires. Toutefois, les développements à venir seront l'occasion de mettre en lumière la volonté des deux organisations d'opérer un dépassement de l'approche sectorielle à travers leurs ambitions d'un droit commun des contrats. Pour autant, si l'UE et l'OHADA peuvent se frayer un chemin dans la vallée jusque-là peu explorée de la matière contractuelle, ce chemin risque d'être étroit. L'un des problèmes à résoudre sera de déterminer s'il est préférable d'avoir un droit commun des contrats ou des règles générales applicables à des contrats spécifiques. Aussi, si la voie du droit matériel s'avère trop restrictive et que certains aspects du droit contractuel ne peuvent pas être uniformisés, sera-t-il nécessaire de recourir à des règles de conflits de lois pour les contrats transfrontaliers qui ne sont pas entièrement couverts par le droit matériel uniformisé.

290. En somme, tout en envisageant le droit matériel uniforme comme le pilier central de l'approche dualiste (**Titre I**), il importe de ne pas perdre de vue que c'est son improbable autonomie qui constitue la raison d'être une approche dualiste dans la résolution des conflits de lois en matière contractuelle (**Titre II**). Pour que l'ambition ambition de l'UE et l'OHADA réussisse, il faudra intégrer la méthode conflictuelle afin de soutenir la méthode matérielle, assurant ainsi complétude de la réglementation des contrats transfrontières.

TITRE PREMIER.

LE DROIT MATÉRIEL UNIFORME, PILIER CENTRAL DE L'APPROCHE DUALISTE

291. Dans l'éventualité où l'UE et l'OHADA parviendraient un jour à se doter chacune d'un droit matériel des contrats, dépassant ainsi l'approche sectorielle actuelle, ce texte ne naîtra pas ex nihilo. Il sera le fruit d'un long processus historique qui aura forgé cette capacité de fabrication normative. Les rédacteurs du droit matériel uniforme ne manqueront pas de sources pour s'orienter. En effet, du *jus commune* au droit savant contemporain, puis du droit savant contemporain au droit européen, le droit matériel uniforme dispose d'un socle solide à partir duquel il pourra se construire (**chapitre 1**). Cette évolution historique et doctrinale est essentielle pour comprendre les bases sur lesquelles ce droit pourra s'ériger. Les racines profondes du droit des contrats, allant du *jus commune* au droit savant contemporain, et jusqu'au droit européen actuel, forment le fondement indispensable pour les rédacteurs. Ainsi, le passé offre un ancrage solide et une richesse de références qui guideront la construction future.

292. Parallèlement, l'intégration normative au sein de l'UE et de l'OHADA est marquée, en matière d'uniformisation du droit des contrats, par des projets de textes aux orientations diverses (**chapitre 2**). Ces initiatives contemporaines méritent une analyse approfondie pour évaluer leur pertinence, leur justesse et leur faisabilité réelle. En examinant ces projets, on peut dégager les forces et les faiblesses de chaque proposition, et déterminer comment elles pourraient s'intégrer dans un cadre normatif plus vaste. Ainsi, en établissant un lien entre les bases historiques et doctrinales et les projets contemporains, un objectif clair émerge : comprendre comment l'histoire et la doctrine fournissent un socle indispensable pour les projets actuels et futurs. Cette perspective critique et prospective constitue la fondation solide nécessaire à la mise en œuvre d'un droit matériel des contrats véritablement uniforme.

CHAPITRE PREMIER.

L'UNIFORMISATION DU DROIT DES CONTRATS TRIBUTAIRE D'UN LONG PROCESSUS

293. L'observation des projets de texte visant à uniformiser le droit des contrats au sein de l'UE et l'OHADA permet de se rendre compte que ces textes sont essentiellement d'origine savante. Ils sont élaborés par des juristes universitaires et experts en droit, sans l'initiative du « *législateur communautaire* »[789]. Le sujet de l'uniformisation du droit des contrats dans l'espace de l'UE renvoie implicitement au « *jus commune »* romain. Il sert à démontrer qu'il existe des acquis normatifs que les États membres de l'UE ont originellement en commun. C'est sur cette base que les universitaires et experts sollicités réfléchiront à l'élaboration d'un « *jus commune* » des contrats. Ce fondement historique[790] s'articule autour de deux mouvements principaux. D'une part, l'évolution du jus commune romain vers le droit savant contemporain sera explorée (**section 1**), mettant en lumière les influences historiques et doctrinales qui ont façonné le cadre juridique actuel. D'autre part, l'analyse portera sur la transition du droit savant vers un droit commun au sein de l'UE (**section 2**), soulignant les efforts contemporains pour harmoniser les législations contractuelles des États membres. Cette double approche permet de comprendre comment les bases historiques et doctrinales peuvent être utilisées pour créer un droit contractuel uniforme et moderne, en s'appuyant sur des acquis normatifs communs et des contributions académiques.

789 Que « *les philosophes soient rois* » ! Tout se passe comme si le souhait de Platon trouvait en quelque sorte, à se réaliser. PLATON. *La république*. Traduit par LEROUX Georges, 2. éd. Paris : Flammarion, 2004. Dans le Livre V, Socrate suggère que pour résoudre les maux de la cité, il faudrait idéalement que les « *philosophes soient rois* » ou que les rois et souverains soient « *vraiment et sérieusement philosophes* ». Rapporter au droit, les philosophes évoqués par Socrate sont les universitaires et experts du droit. Ces derniers ne doivent pas être laissés hors du champ de création de la norme juridique.

790 WITZ, « *Claude. La longue gestation d'un code européen des contrats - Rappel de quelques initiatives oubliées* ». *RTD Civ.* 2003, n° 3, p. 447.

SECTION I.

DU JUS COMMUNE AU DROIT SAVANT CONTEMPORAIN

294. L'UE s'est fixée pour mission de rapprocher les droits des États membres, et il est raisonnable de penser qu'elle en a les moyens. Les fondateurs de l'Union ont probablement identifié des facteurs favorables à ce rapprochement. Dresser des ponts entre les droits des États membres serait une entreprise réalisable notamment en raison de la proximité de ses États. Certains estiment que ces droits partagent un héritage, spirituel et culturel, sur lequel le droit de l'UE pourrait s'appuyer. La réflexion sur le droit commun européen serait ainsi confortée par l'exemple du *jus commune* (**§ I**) et sa réalisation aidée par l'existence d'une pensée juridique commune (**§ II**).

§ 1. L'IDÉE D'UN DROIT COMMUN EUROPÉEN CONFORTÉE PAR L'EXEMPLE DU JUS COMMUNE ROMAIN

295. Depuis sa création, l'UE s'est imposée comme un espace d'intégration normative doté d'un ordre juridique propre, qui a produit des normes juridiques influençant profondément les ordonnancements juridiques des États membres. Bien que ce droit soit le résultat des efforts des institutions de l'Union, l'intégration juridique de vingt-sept États membres aux cultures juridiques variées incite à rechercher un facteur déterminant pouvant servir de ciment à cette intégration. Il est évident que la construction européenne trouve ses racines dans le droit romain, et ce lien historique sera mis en lumière. Il est incontestable que ce droit est le fruit des efforts des instances de l'Union. Il apparaît que la construction européenne est héritière du droit romain **(A).** Ce droit étant commun aux États membres, il semblerait que l'Union se caractérise par l'émergence d'un droit commun européen naguère désigné par l'expression de « *droit communautaire* », aujourd'hui *« droit de l'UE* » **(B)**.

A. DU LIEN HÉRÉDITAIRE ENTRE LE DROIT COMMUN EUROPÉEN ET LE JUS COMMUNE ROMAIN

296. La théorie présentant le droit de l'Union comme un droit imaginé et conçu dans la postérité du droit romain comme un *jus commune* devra être confrontée aux marqueurs

historiques de l'époque romaine. Ces marqueurs conduisent à présenter l'Empire romain comme l'ancêtre commun des États européens **(1).** En matière de droit, ces marqueurs renseignent sur l'existence d'une sorte de droit commun des contrats sous l'Empire romain **(2).** L'intérêt manifesté en Europe pour le *jus commune* **(3)** semble montrer l'attachement de l'UE à cet héritage.

1. L'Empire romain comme ancêtre commun des États européens

297. L'évolution de l'idée d'un droit uniforme des contrats a été essentiellement impulsée par la doctrine, et en particulier par l'action d'un groupe de spécialistes ayant développé les principes européens du droit du contrat. Le postulat qui a servi de point de départ à l'élaboration de ce texte n'est pas très éloigné de l'essence du *jus commun* romain[791]. Un auteur observe ainsi que « *L'Empire romain est l'ancêtre commun de tous les États européens. Un droit commun, le jus commune s'est développé dans cet* »[792] espace multi-ethnique qui a duré plusieurs siècles et s'est illustré par une capacité à faire cohabiter une grande diversité de peuples, le tout, dans une recherche permanente d'universalité.

Avant la promulgation de l'Édit de Caracalla, en 212, l'Empire romain regroupait une diversité de peuples comprenant, d'une part, les citoyens romains et, d'autre part, les habitants dépourvus de cette citoyenneté. Ces derniers étaient assujettis aux droits locaux qui s'appliquaient aux rapports privés. À côté de ces règles locales, il existait un corps de règles romaines régissant la vie collective. Déjà à cette époque, et en dépit de la grande diversité des peuples, le droit romain avait réussi à s'imposer comme le droit commun à tous les peuples se trouvant dans le giron de l'Empire romain[793].

791 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : : Aix-Marseille III, 2002, n°21, p. 54.

792 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : : Aix-Marseille III, 2002, n°24, p. 55.

793 GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3e éd. Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2009. p.2. L'auteur y explique comment s'étant développée, le droit romain s'est imposé à tout l'Empire romain d'occident.

298. Ce droit hérité de Rome a été repris par certains empereurs tels que JUSTINIEN[794], les glossateurs, les docteurs ainsi que par les avocats et les juges des juridictions supérieures. Par la suite, le *jus commune* s'est considérablement enrichi d'un apport conséquent du droit canonique qui, à l'instar du droit romain, était mis en forme par des docteurs. Grâce à cet apport, le *jus commune* « *intègre les secteurs nouveaux (en particulier dans le droit des personnes, celui de la famille ou des obligations)* », tout en ajoutant une réflexion morale de nature chrétienne à celle qui est stoïcienne du droit romain.

Utilisé par tous les acteurs de la vie juridique à savoir les parties à un acte, les professionnels du droit, le droit romain a même progressivement pénétré la coutume si bien qu'après son association au droit canonique, il devint le « *droit commun (ius commune) de l'Europe, par opposition au ius propium, le droit local propre à chaque ordre juridique* »[795].

2. L'existence d'une sorte de droit commun des contrats sous l'Empire romain.

299. Il serait erroné de présenter le droit romain comme un droit « *chimiquement pur* » qui aurait été exporté en l'état dans les sociétés placées sous l'hégémonie romaine, au gré de l'expansion de l'Empire romain. Il est vrai que, déjà au premier siècle avant notre ère, les juristes romains avaient dégagé les concepts d'obligations et de contrat, défini les principaux contrats, les avaient classés par catégories, avaient déterminé des règles communes, jetant ainsi les bases de la théorie générale des obligations telle que nous la connaissons aujourd'hui[796]. Or,

794 TISSOT, Pascal-Alexandre, TISSOT, Pascal-Alexandre et BÉRENGER FILS, Alphonse. *Les douze livres du code de l'Empereur Justinien, de la seconde édition*. Aalen (Allemagne) : Scientia, 1979 : L'empereur Justinien (527-565) y est évoqué. Justinien est l'un des empereurs les plus connus pour avoir révisé et codifié le droit romain. Il a supervisé la compilation du « *Corpus Juris Civilis* », également appelé Code de Justinien, qui a consolidé et organisé les lois romaines en un ensemble structuré. Ce *corpus* comprend le Code (Codex), le Digeste (Digesta), les Institutes (Institutiones) et les Novelles (Novellae).

GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3e éd. Paris : Montchrestien-Lextenso, 2009 : L'empereur Théodose II (408-450) a dirigé la compilation du « *Code Théodosien* » (Codex Theodosianus) en 438. Ce recueil rassemblait les lois émises après le règne de Constantin jusqu'à celui de Théodose II, jouant un rôle crucial dans l'uniformisation et la diffusion du droit romain dans l'Empire romain d'Orient.

795 STEIN, Peter. *Le droit romain et l'Europe : essai d'interprétation historique*. 2e éd. Genève Zurich Bâle : Schulthess, 2004. p. 14.

796 ROBAYE, René. *Le droit romain*. 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2014, p. 192. L'auteur cite le juriste Paul, qui dans le Digeste considérait que « *L'essence des obligations, n'est pas de nous faire acquérir la propriété ou une servitude sur un objet déterminé, mais de contraindre aux autres personnes à nous transférer quelque chose, ou à faire quelque chose pour nous, ou à nous garantir un certain résultat* ».

Justinien définissait l'obligation comme « *le lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer une certaine chose, conformément aux règles de droit de notre Cité* »[797]. Aussi, le juriste romain se devait de connaître le droit des cités concernées par le droit romain. Cela implique, de fait, un brassage entre ce droit et celui des cités conquises par l'Empire. Malgré ce brassage, comment un droit régissant les relations d'obligations a-t-il pu se développer entre les sujets de l'Empire ?

300. Dans son acception entendue comme un lien juridique entre un débiteur et un créancier, donnant lieu à une prestation de nature pécuniaire, la notion d'obligation n'apparaît qu'après plusieurs siècles dans l'histoire romaine[798]. Notons néanmoins que l'obligation en tant que « *notion théorique, abstraite (…) est peu à peu dégagée par les juristes de l'époque de César et d'Auguste (seconde moitié du 1er siècle avant notre ère, au milieu du 1er siècle après)* »[799].

La construction théorique du droit des obligations, et par extension du droit des contrats a été élaborée par les juristes romains. Cette élaboration a conduit à l'émergence de notions générales d'obligations et de contrats. Dans les Institutes (III, 89-90), Gaius déclare que l'obligation est « *contractée par la remise d'une chose, par des paroles, par l'écrit ou par le consentement* »[800]. De cette classification découlent les catégories de contrats « *verbaux, littéraux, réels, et consensuels* »[801]. Ces juristes ont défini et classé les principaux contrats en différentes catégories et ont établi des règles communes pour l'exécution des prestations[802]. Il en a résulté des principes généraux de solutions relatives à différentes figures contractuelles, édifiant une « *théorie générale des contrats* »[803]. Le relais de cette construction théorique du droit

797 ROBAYE, René. *Le droit romain.* 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2014, p. 191.

798 ROBAYE, René. *Le droit romain.* 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan , 2014, p. 193.

799 GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain.* 3e éd. Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2009. p.255.

800 Déjà au troisième siècle de notre ère, Ulpien comparait « *la conclusion d'un contrat à un double mouvement des volontés qui se reconcentrent et s'unissent comme la trajectoire de deux corps qui se croisent en un même lieu. Le consentement est donc le commun dénominateur des contrats* » : ROBAYE, René. *Le droit romain.* 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2014, 2005, p. 206.

801 GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain.* 3e éd. Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2009. p.261.

802 ROBAYE, René. *Le droit romain.* 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-Bruylant, 2014, p. 206.

803 GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain.* 3e éd. Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2009. p. 262.

des obligations a été pris par le droit byzantin qui lui donnera la forme sous laquelle il sera légué aux systèmes juridiques modernes[804].

301. Malgré cette construction théorique naissante, dans la pratique quotidienne romaine, le contrat *stricto sensu* n'était pas développé dans la mesure où, l'engagement d'égal à égal, par la vertu d'une simple convention, y était quasiment ignoré ; le contractant tel que nous le concevons actuellement, était soit l'obligé qui a « *reçu un service d'ami, et dans ce cas sa dette de reconnaissance ne se solde pas par une simple contre-prestation ; ou bien il se trouve placé dans un état d'infériorité, et il se soumet à son créancier à son bienfaiteur* »[805]. Après que le commerce eut fait son irruption dans le quotidien des romains et des peuples conquis, avec la recrudescence des opérations d'échanges en dehors des cercles familiaux ou amicaux, le troc fit son apparition[806]. Puis le recours aux contrats s'est développé notamment au cours des trois derniers siècles de la République romaine. Cette apparition des pratiques contractuelles a occasionné un bouleversement dans le monde romain parce qu'elle était essentiellement la conséquence de l'expansion de l'Empire romain. En effet, ayant profondément modifié les habitudes sociales, les invasions romaines ont engendré une croissance démographique impactant l'économie marquée par de nouvelles pratiques[807].

302. Le droit romain des contrats en sortait renouvelé, si bien qu'ont été reconnus dans l'ordre juridique de la République romaine, d'abord dans le *ius gentium*[808] et ensuite dans le *ius civile*[809], les grands contrats consensuels que sont la vente, le louage, les contrats de société ou de mandat[810].

---

804 YETOHOU, Thomas Sixte K. *Aux origines des systèmes juridiques modernes*. Paris : l'Harmattan, 2016. p. 136.

805 ROBAYE, René. *Le droit romain*. 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2014, p. 205.

806 ROBAYE, René. *Le droit romain*. 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2014, p. 304.

807 ROBAYE, René. *Le droit romain*. 5e éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan, 2014, p. 206.

808 SCHIAVONE, Aldo, BOUFFARTIGUE, Geneviève et BOUFFARTIGUE, Jean. *Ius, l'invention du droit en Occident*. Nouvelle éd. Paris : Belin, 2011. Le Ius gentium y est décrit comme le « *Droit des nations* » c'est-à-dire le Droit international public

809 KERNEIS, Soazick. *Une histoire juridique de l'Occident : IIIe-IX siècle le droit et la coutume*. Paris : PUF, 2018. Pièce maîtresse du droit romain, le ius civile désigne l'ensemble des règles de droit applicables à tous les citoyens romains.

810 ROBAYE, René. *Le droit romain*. 5. éd. Louvaine-la-Neuve : Academia-L'Harmattan , 2014, p. 206.

3. L'intérêt manifeste en Europe pour le *jus commune* romain

303. Ce *jus commune* enrichi de tous ces apports au fil des années a toujours retenu l'attention des royaumes comme la France ou l'Espagne. Ces derniers étaient caractérisés par la coexistence entre des règles ou coutumes locales et celles qui émanaient du souverain. En Espagne par exemple, l'« *Ordenamiento de Alcata de Henarès* » qui faisait office de loi royale supérieure aux « *fueros* » locaux, était marqué par le *jus commune* dont il accueillait une partie lui donnant une « valeur supplétoire »[811]. Quant à la France, « *le Prologue de Beaumanoir* » à ses « *Coutumes de Beauvaisis* » (achevées en 1283) indique l'ordre qui devait être observé lorsqu'il fallait faire appel à diverses sources du droit. Figure en dernier lieu « *le droit qui est commun à tous au Royaume de France* ». La formule est célèbre, mais sa signification fut longtemps discutée… »[812]. La Thaumassière, le premier éditeur des « Coutumes » estimait que ce « *droit commun* » était le droit romain[813]. Pierre PETOT, « *dans un article célèbre a donné ses raisons de se rallier à cette dernière interprétation* »[814].

304. Tout ce qui précède illustre l'importance de la place du droit romain et en partie du *jus commune* dans la construction des droits nationaux de certains États européens. Qu'en est-il alors du « *du droit européen* » ? À ce niveau, en sus du contenu matériel du *jus commune*, on pourrait croire que la méthodologie, le raisonnement[815] sur lesquels il repose, sont une source d'inspiration pour les rédacteurs du droit européen des contrats.

Il est important de préciser que l'évocation du droit romain consiste en l'espèce, à explorer la possibilité de s'inspirer « *de la tradition du jus commune, entendu non comme l'ordre juridique positif unifié qu'il n'a au demeurant jamais été, mais comme un cadre de pensée, une méthode de raisonnement*

811 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1139, p. 1018.

812 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1139, p. 1018.

813 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1139, p. 1018.

814 PETOT, Pierre. « *Le droit commun selon les coutumiers* », RHD, 1960, 412-219. Cité dans GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1139, p. 1018.

815 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. « *Vers un droit communautaire des contrats* ». Aix-Marseille III, 2002, p. 57.

permettant de réfléchir à l'articulation de l'universel et du particulier dans une approche historique et comparative »[816]. L'émergence d'un droit commun européen ne doit pas être gouvernée par la volonté de reproduire « *le jus commune d'autrefois* »[817]. C'est ce que défend M. Jean-Louis HALPERIN pour qui la recherche de « *traits communs dans le passé juridique de l'Europe est plus pertinente que la nostalgie d'une unité imaginaire, sorte de paradis perdu* »[818]. De même, M. Jérôme PORTA relève que la pensée juridique communautaire s'est construite grâce à des héritages intellectuels provenant notamment du *jus commune*[819]. Il y présente le *jus commune* comme un « *modèle* » inspirant les politiques étatiques de rapprochement des droits. La référence à ce modèle aurait pour conséquence de mettre en évidence l'existence d'une certaine pensée juridique européenne

B. L'ÉMERGENCE DU DROIT COMMUN EUROPÉEN : DU DROIT COMMUNAUTAIRE AU DROIT DE L'UE.

305. L'idée d'un droit commun des contrats au sein de l'UE implique nécessairement une ouverture, un décloisonnement des systèmes nationaux afin de mettre en exergue les ponts les liant[820], ou à défaut, d'en construire. Il s'agit de mettre en avant les liens profonds qui peuvent exister entre ces systèmes et qui faciliteraient l'avènement d'un *corpus juris* qui leur est commun. C'est cette nécessité qu'exprime Jean GAUDEMET lorsqu'il écrit que « *le temps n'est plus où le Droit, manifestation au plein sens du terme de "l'autonomie", naissait du pouvoir d'un bourg*

816 LEQUETTE, Yves. « *Vers un Code civil européen ?* » *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*. nº n°107, p. 97-126. [Consulté le 11 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://revue-pouvoirs.fr/Vers-un-Code-civil-europeen.html. L'auteur y renvoie à un article de HALPERIN, Jean-Louis « *l'approche historique et problématique du jus commune* », Variation autour d'un droit commun, 2001, p. 17.

817 MARCHADIER, Fabien. « *Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme* ». *RDC*. Septembre 2014, nº 3, p. 553.

818 HALPERIN, Jean-Louis. « *L'approche historique et la problématique du jus commune* ». *RIDC*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2000, Vol. 52, nº 4, p. 717-731. [Consulté le 14 juin 2024]. DOI 10.3406/ridc.2000.18625.

819 PORTA, Jérôme. *La réalisation du droit communautaire : essai sur le gouvernement juridique de la diversité*. Thèse : Clermont-Ferrand : Fondation Varenne diff. L.G.D.J, 2007. p. 11.

820 ZENATI-CASTAING, Frédéric. « *Transsystémisme et droit commun* ». Une clé du droit occidental. RIDC. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2017, Vol. 69, nº 4, p. 733-755. [Consulté le 26 juin 2024]. DOI 10.3406/ridc.2017.20881.

ou d'un empire, et en respectait les frontières. Des droits viennent d'ailleurs pour des États réunis en Communauté »[821].

Une partie de la doctrine a souvent recours aux termes de « *droit commun* »[822] européen, de « *droit européen* »[823], « *droit communautaire* »[824] ou encore de « *jus commune* »[825] lorsqu'il est question du droit *lege lata* ou *lege feranda* de l'UE. L'intégration juridique au sein de l'UE est alors associée au *jus commune*. Évoquant l'hypothèse de l'héritage du *jus commune*, GAUDEMET soulève les questions suivantes, « *Que fut-il ? Son exemple, sinon son contenu, peut-il intéresser le droit communautaire ? Telle est la question que l'on voudrait poser* »[826].

Si ces différentes notions peuvent se recouper en certains points, elles obéissent à des définitions différentes. Dans le cadre de la présente étude, le droit de l'UE, anciennement désigné sous le vocable « *droit communautaire* »[827], pourrait s'identifier à l'ensemble des règles de droit édictées par les instances de l'UE soit au titre du droit primaire (Traités) soit au titre du droit dérivé (règlements et directives). Aujourd'hui, la notion de droit de l'Union désigne ainsi « *un impressionnant corps de règles et de solutions en constance expansion qui s'est développée à la faveur de la construction européenne…* »[828].

---

821 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II)*. Paris : D., 2000.

822 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Vers un droit commun européen de la vente. *D.* Janvier 2012, n° 01, p. 34.

823 TALLON, Denis (dir.). « *Vers un droit européen du contrat* ». Dans Mélanges offerts à André Colomer. Paris : LITEC, 1993 ; JAMIN, Christophe. « *Un droit européen des contrats* » ? Dans Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières. Paris : Economica, 1998, pp. 54-55.

824 A titre d'illustration, citons TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Aix-Marseille III, 2002.

825 PIGNARRE, Geneviève. « *La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ?* » Da ns « *L'autre droit (européen et international) des contrats ?* ». *RDC*. Septembre 2014, n° n°3, p. 559.

826 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II)*. Paris : D., 2000.

827 DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude. *Droit matériel de l'Union européenne*. 8e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2019, p.27. On peut y lire que « *le droit communautaire a précédé le droit de l'Union, puis à coexisté avec lui avant de lui céder la place, formellement tout au moins* ». En effet, si le Traité sur l'UE, signé à Maastricht le 7 février a apporté des nouveautés au système juridique en conservant le pilier communautaire, le Traité de Lisbonne a définitivement supprimé ce pilier, substituant ainsi la Communauté européenne à l'UE. Madame POILLOT Élise définit dans sa thèse portant sur *« Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats »*. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 9, le droit européen comme « *un droit communautaire au sens technique et européen au sens conceptuel* ».

828 TERRÉ, François et MOLFESSIS, Nicolas. *Introduction générale au droit*. 12e éd., 2020. Paris : Dalloz, 2020, n°1637, p. 224.

306. Depuis qu'elle a été portée sur ses fonts baptismaux, l'UE « *est dotée de compétences en vertu desquelles les institutions, organes et organismes adoptent des actes juridiques, en application de procédures prévues par les traités, le cas échéant, explicitées par des actes de droit dérivé* »[829]. Les instances de l'Union exercent ainsi un pouvoir normatif qui leur permet d'adopter des actes juridiques sous la forme de directives ou de règlements. Le traité de Lisbonne a consacré une nouvelle « *architecture normative* »[830] s'articulant « *en trois types d'actes de droit de l'Union qui correspond à l'exercice de trois fonctions : législation, délégation et exécution* »[831]. Cette architecture normative s'exprime aujourd'hui à travers un ensemble de règles qui forme l'ordre juridique de l'Union dont la Cour de justice a « *constitutionnalisé les caractéristiques spécifiques* »[832]. Dans son avis 1/91, elle a affirmé que « *le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la Charte constitutionnelle d'une communauté de droit* »[833]. La cour y ajoute que selon une jurisprudence constante rendue par ses soins, « *les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants* ». Cet ordre juridique européen a pour caractéristiques essentielles « *sa primauté par rapport aux droits des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes* »[834].

Ce droit sécrété par l'Union est commun à tous les États membres. Précisément, si le droit commun a pu être défini comme un ensemble de règles générales de droit applicable par défaut, c'est-à-dire à défaut de règles particulières à une question donnée[835], rapportée à

829 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°478, p.386.

830 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°108, p.60.

831 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°108, p.60.

832 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°108, p.60.

833 Avis de la Cour du 14 décembre 1991. *Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du traité - Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre-échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen. Avis 1/91*. 1991. [Consulté le 27 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61991CV0001. Cité dans MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°108, p.60.

834 Ce faisant, l'avis 1/91 s'inscrit dans postérité des affaires Van Gend en Loos et Costa : *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*. 5 février 1963. [Consulté le 27 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A61962CJ0026 ; *Flaminio Costa contre ENEL*. 15 juillet 1964. [Consulté le 27 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006.

835 GUINCHARD, Serge et DEBARD, Thierry. *Lexique des termes juridiques*. 29e éd., 2021-2022. Paris : Dalloz, 2021. p. 396.

l'UE, cette définition par distinction est à nuancer. Parler de droit commun à propos du droit de l'Union pourrait faussement suggérer que le droit européen ne s'appliquerait qu'en l'absence de règles d'ordre interne aux États. En réalité, ce rapport d'exclusion se manifeste tout en amont de la création du droit matériel européen. En vertu du principe de subsidiarité[836], posé par l'article 5, § 3 TFUE, « *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres (…), mais peuvent l'être mieux en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union* ». ». Il en résulte qu'une règle européenne de droit matériel n'est envisageable que lorsqu'aucune règle d'ordre interne n'est de nature à régir efficacement la matière en cause. Le droit ainsi édicté par l'Union est commun à tous les États membres.

307. Les instruments de droit primaire et de droit dérivé constituent les sources du droit matériel et institutionnel de l'Union. Le premier, encore appelé droit substantiel, rapporté à l'UE, renvoie au contenu des règles applicables aux activités régies par le droit de l'Union[837]. Nous l'avons vu à propos des méthodes d'intégrations juridiques auxquelles l'Union a recours, ces règles pouvant constituer tantôt un droit pleinement commun aux États membres (règlements), tantôt simplement un moyen de rapprochement des droits nationaux (directives). Quant au droit institutionnel de l'Union, il renvoie au régime juridique de ces règles à savoir les questions relevant de la procédure d'élaboration, la nature, et l'autorité desdites règles[838]. Naturellement, le droit uniforme européen des contrats relèvera du d DEroit matériel de l'Union.

Ces observations illustrent bien que l'UE a été conçue comme « *une communauté de droit au sens premier d'une communauté instituée par le Droit. C'est de ce fait, dans le droit que se traduit l'un des défis majeurs de la construction européenne, celui de constituer une communauté, tout à la fois, des États citoyens* »[839].

836 ROUX, Jérôme. *Droit général de l'Union européenne.* 7e éd. Paris : LexisNexis, 2021. p.141.

837 DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude. *Droit matériel de l'Union européenne.* 8e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2019, p.27.

838 DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude. *Droit matériel de l'Union européenne.* 8e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2019, p.27.

839 PORTA, Jérôme. *« La réalisation du droit communautaire : essai sur le gouvernement juridique de la diversité ».* Thèse : Clermont-Ferrand [Paris] : Fondation Varenne diff. L.G.D.J, 2007. p10.

Ce droit de l'Union, plus particulièrement le droit matériel, commun aux États membres, est souvent associé à la notion de « *jus commune* »[840]. Mais plus généralement, c'est la recherche d'un droit uniforme qui appelle la référence au « *mythique ius cummun*e »[841].

§ 2. LE DROIT COMMUN EUROPÉEN DES CONTRATS AIDÉ PAR L'EXISTENCE D'UNE PENSÉE JURIDIQUE EUROPÉENNE

308. Les États membres de l'UE ne partagent pas uniquement une proximité géographique. Dans les précédents développements, nous avons expliqué comment le droit romain a influencé le droit de certains États européens. L'Europe ne doit pas omettre son héritage spirituel et culturel du droit romain lorsqu'elle ambitionne de se doter d'un droit commun en matière contractuelle. Ainsi que le relevait Mireille DELMAS-MARTY, « *la véritable vocation du droit "commun" est d'être partagé par des nations et des peuples différents, international donc au sens propre du terme. Ce droit commun là commence dans les régions déjà unies par une certaine communauté des cultures et des traditions. D'où l'exemple de l'Europe, présentée comme "laboratoire" parce qu'il s'agit d'un lieu où, en effet, on expérimente les conditions d'un droit commun* »[842]. Cette perspective met en évidence la naissance d'une culture ou d'une pratique juridique européenne[843]. En écho à cette vision, M. André-Jean ARNAUD, qui s'est particulièrement intéressé à la question de la pensée juridique en Europe, souligne de son côté qu'*« En parlant de culture juridique, l'utilisateur de l'expression visera donc aussi bien, au sens large, l'ensemble des connaissances, des valeurs, des principes, des idéologies liées au Droit, que, dans un sens plus restreint, les techniques d'exposition et d'interprétation employées par les opérateurs du Droit, ou l'ensemble des opinions et des appréciations du public sur le Droit* »[844]. Cette conception de la culture juridique est en résonance avec les observations de M. Jean GAUDEMET. En référence notamment aux travaux du Max

840 PIGNARRE, Geneviève. « *La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ?* » in « *L'autre droit (européen et international) des contrats ?* ». *RDC*. Septembre 2014, no n°3, p. 559.

841 PORTA, Jérôme. *« La réalisation du droit communautaire : essai sur le gouvernement juridique de la diversité »*. Thèse : Clermont-Ferrand [Paris] : Fondation Varenne diff. L.G.D.J, 2007. p. 11.

842 DELMAS-MARTY, Mireille. Réinventer le droit commun. *D*. 1995, no 1, p. 1.

843 ARNAUD, André Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris : PUF, 1991. p.23.

844 ARNAUD, André Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris : PUF, 1991. p.23.

Planck Institut « *für Europäische Rechtsgeschichte* », fondé à Francfort par Helmut COING[845], M. Jean GAUDEMET constate que « *sur un vaste territoire qui va des rives de la Méditerranée et de celles de l'Atlantique, s'étend jusqu'à la Baltique, des droits nationaux voisins, qui ne sont pas sans parenté les uns avec les autres. Dans les États membres de la Communauté européenne, "un droit européen" s'esquisse en divers domaines. Ils s'imposent dans la pratique quotidienne aux juges, aux avocats, aux administrateurs, parfois aux législateurs nationaux* »[846]. Ce constat est tel que « *pour les disciplines juridiques, apparaît la nécessité d'une référence à une culture juridique européenne qui, dépassant la réglementation de détail, va à l'essentiel, qu'il s'agisse de principes ou de notions fondamentales, de systématisation du droit, d'interprétation des règles, etc.* »[847]. Cette pensée ou culture juridique européenne commune à l'Europe s'apparente à une réminiscence du *jus commune*. C'est notamment dans ce sens qu'en 1934, l'italien Emilio BUSI, s'est employé à mettre en lumière « *la place qu'avait tenue le ius commune médiéval, après le droit romain et en l'utilisant, dans l'élaboration du droit des biens et de celui des obligations dans les divers droits nationaux* »[848].

En tout état de cause, s'il y a un aspect que l'époque contemporaine semble avoir conservé du *jus commune* c'est bien la place importante de la doctrine qui œuvre à proposer des modèles de droits dits savants aux législateurs nationaux et européens.

---

845 Jean GAUDEMET évoque « *la publication d'une imposante série de volumes ayant pour titre général Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichite* » à l'initiative dudit institut. À cela, l'auteur ajoute la propre publication du Coing en 1985 intitulé « *Europäischen Privatrecht* », « *Parcours de l'Europe de 1500 à 1800* ». Jean GAUDEMET relève que de multiples travaux ont été consacrés à l'origine du « *droit communautaire* » essentiellement en provenance d'Allemagne et d'Italie. L'Angleterre comme sa voisine la France ne sont pas illustrées en cette matière. Notons néanmoins les travaux du juriste anglais du XVIIe siècle, Arthur DUCK qui s'est intéressé à la question du « *jus commune* » dans son livre « *de l'usage de l'autorité du droit civil dans les États des Principes chrétiens, traduit du latin* » (Londres, 1653 ; Paris 1689 ; voir aussi V. A. WIJFFELS, « *Arthur Duck et le ius commune européen* », Rev. d'Hist. des Fac. de droit,10-11/1990.193-221, avec DUCK, la fin des civilians anglais.

846 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1135, p. 1013.

847 GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1139, p. 1018.

848 BUSI, Emilio. « *La formazione dei dogmi di dirito privato nel dirito commune* » (diritti reali e diritti di obligazione), studi di diritto privato italiano, vol. 37, Padoue, 1937, cité dans GAUDEMET, Jean. « *Du jus commune au droit communautaire* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II).* Paris : Dalloz, 2000, n° 1135, p. 1013.

SECTION II.
DU DROIT SAVANT CONTEMPORAIN AU DROIT COMMUN EUROPÉEN

309. Si des États européens ont pu bénéficier de certains savoirs juridiques romains, c'est bien avec l'important concours des experts du droit et surtout, de la doctrine. Consacrant l'essentiel de leurs recherches et productions intellectuelles à la découverte de voies opérantes de réalisations d'un droit commun européen, les acteurs de la doctrine jouent un rôle décisif dans la construction théorique du droit européen (**§1**). Et cette expertise doctrinale ne laisse pas indifférente l'UE, comme l'OHADA qui se sont toutes deux montrées conquises (**§2**).

§ 1. LE RÔLE DE LA DOCTRINE DANS LA CONSTRUCTION THÉORIQUE DU DROIT EUROPÉEN

310. L'œuvre significative du droit savant dans la construction du droit européen (**A**) est marquée par un recours important aux techniques du droit comparé (**B**).

A. L'APPORT SIGNIFICATIF DE LA DOCTRINE DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT EUROPÉEN

311. Le droit savant désignait « *les deux disciplines enseignées dans les Écoles ou Facultés de droit, c'est-à-dire le droit romain et le droit canonique*… ». L'élévation du droit au rang d'objet de réflexion dans le cadre d'une « *doctrine scientifique du droit* » est aussi un héritage des Romains[849]. Ce fut aux jurisconsultes que revenait la tâche d'élaborer une doctrine dans leur avis. Ces derniers se sont employés à définir le droit et ses grands concepts, en s'inspirant des rhéteurs et grammairiens de l'époque.

Parti d'Italie, un courant doctrinal prône « *la renaissance du jus commune* »[850]. Ce courant doctrinal est symbolisé par « *les travaux de Calasso et s'est poursuivi jusqu'à nos jours avec des historiens*

849 YETOHOU, Thomas Sixte K. *Aux origines des systèmes juridiques modernes.* Paris : l'Harmattan, 2016.

850 DELMAS-MARTY, Mireille. *« Le phénomène de l'harmonisation l'expérience contemporaine », L'harmonisation du droit des contrats en Europe.* 2001. KJC1720 .H367 2001.

du droit médiéval comme Adriano CAVANNA. Mais c'est surtout en Allemagne, notamment avec Helmut Coing, que le jus commune s'est trouvé élevé au rang de système juridique commun et que des auteurs comme Schulze (…) cherchent à s'appuyer sur la tradition du jus commune pour justifier l'émergence d'un droit commun. Conception relayée en France, plus récemment, par des historiens comme Marie-France Renoux Zagamé »[851]. Ces conceptions ont influencé l'élaboration du droit en général et du droit commun en particulier.

312. S'il apparaît que le droit savant a été « *apparemment refoulé, ces deux derniers siècles, hors du droit positif* »[852], force est de constater qu'il s'invite de plus en plus dans le processus d'élaboration du droit. La matière contractuelle appréhendée tant dans l'ordre interne que dans la sphère internationale est illustrant. Il n'en demeure pas moins que, pour des questions comme les contrats internes ou internationaux, la productivité de la doctrine est d'une utilité remarquable dans ses apports et ses propositions. Tout extra-légal qu'il fut, le droit savant n'a pas été pour autant lettre morte. En effet, en dehors de l'hypothèse de sa consécration par le législateur, l'évolution jurisprudentielle a, à maintes reprises, démontré que le droit savant pouvait intervenir concrètement dans des rapports contractuels[853]. Les affaires Bisbal[854] et Compagnie des Signaux et d'Entreprises électriques[855] de la Cour de cassation ainsi que celle dite « *Banque Ottomane* »[856] montrent que le juge peut donner une effectivité à une disposition du droit savant. Dans ces trois affaires, les juges « *donnent à lire pour motifs des fragments du discours doctrinal* ». Dans d'autres arrêts, à l'instar de ceux des affaires Lautour[857] et Charr[858], les juges « *écrivent eux-mêmes ces fragments* ».

---

851 DELMAS-MARTY, Mireille. *« Le phénomène de l'harmonisation l'expérience contemporaine », L'harmonisation du droit des contrats en Europe*. 2001. KJC1720 .H367 2001.

852 ANCEL, Bertrand. « *Le droit savant du contrat international* ». *Dans : Clés pour le siècle: droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion.* Paris : Dalloz, 2000. n° 301, p. 265.

853 DEUMIER, Pascale. « *L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale* ». *D.,* Février 2008, n° 08, p. 494.

854 Cass. civ., 12 mai 1959, Bisbal. Commenté dans ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.* Paris : Dalloz, 2006. n°32.

855 Civ. 1ère 17 décembre 1985. Commenté dans ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.* Paris : Dalloz, 2006.n°72.

856 CA, Paris 19 mars 1965. Évoqué dans ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.* Paris : Dalloz, 2006. n° 22, §14.

857 Cass. 25 mai 1948, Lautour. ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.* Paris : Dalloz, 2006.n°19.

858 CA Paris, 21 octobre 1955, Charr.

313. Ainsi, s'agissant des contrats internationaux qui nous intéressent particulièrement, le rôle du droit savant est considérable. Le fait est que le droit international privé, et plus particulièrement le droit du commerce international, offre « *un banc d'épreuve relativement favorable* »[859] à l'intervention du droit savant en amont d'une éventuelle action législative *stricto sensu.*

Le droit international privé est à n'en point douter une matière qui se distingue du droit purement national. Ce particularisme du droit international privé s'illustre aussi bien dans son application que dans son effectivité quotidienne tant il « *puise habituellement et assez largement hors du bassin des sources authentifiées et s'enrichit de normes d'origine extra-légale*… »[860]. À cet égard, les « *Principes relatifs aux contrats du commerce internationa*l »[861] d'Unidroit publiés en 1994, apporte un exemple typique de normes d'origine extra-légale puisant aux sources savantes. Les Principes indiquent dans leur préambule en quoi ils pourraient être utiles. On peut y lire, en effet, que les rédacteurs ont conçu ces principes dans un premier temps comme des instruments de régulation des rapports contractuels. Dans un second temps, les rédacteurs du texte nourrissent le vœu de voir ces dispositions mises à profit en vue « *d'interpréter et de compléter d'autres instruments de droit international uniformes* ». C'est cette seconde utilité des Principes qui illustre l'irruption d'initiatives savantes dans la fabrique du droit positif. Nous verrons plus tard qu'avec l'OHADA et même, dans une certaine mesure l'UE, cette irruption ne relève plus d'un simple vœu, mais constitue une réalité.

B. LE DROIT COMPARÉ, INSTRUMENT PAR EXCELLENCE DE LA DOCTRINE

314. Dans le cadre de sa contribution au contrat international, la doctrine a très souvent eu recours à la méthode comparative. L'ouvrage de M. Yves-Marie LAITHIER, intitulé « *Droit comparé* », démontre de manière éloquente l'intérêt profond de la doctrine pour cette discipline. L'auteur y souligne que cette méthode ne se limite pas à une simple comparaison, mais offre des outils méthodologiques rigoureux et permet une application pratique dans la

859 ANCEL, Bertrand. « *Le droit savant du contrat international* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*. Paris : Dalloz, 2000. n° 303, p. 268.

860 ANCEL, Bertrand. « *Le droit savant du contrat international* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*. Paris : Dalloz, 2000. n° 302, p. 266.

861 ANCEL, Bertrand. « *Le droit savant du contrat international* ». *Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*. Paris : Dalloz, 2000, n° 302, p. 266.

résolution de problèmes juridiques internationaux[862]. Elle joue également un rôle crucial dans la réforme juridique en s'inspirant des meilleures pratiques d'autres pays et contribue à l'harmonisation et à l'unification du droit au niveau international, facilitant ainsi les échanges et la coopération mondiale. Cet usage du droit comparé a permis de faire émerger un droit savant enrichi de la confrontation de divers systèmes juridiques et droits nationaux. En France, l'intérêt pour la méthode comparative est tel que, dès 1869, est fondée « *La Société de Législation Comparée* (SLC) ». Cette institution regroupe divers professionnels du droit : universitaires, avocats, magistrats, notaires, juristes d'entreprises français et étrangers. Ainsi, s'étant vue confier par la SLC la mission de réfléchir à la « *fonction subversive du droit comparé* »[863], M. Horatia MUIR WATT écrit que le « *développement du droit comparé pourrait constituer, dans ce pays comme tous les systèmes européens, un équivalent à ces courants contestataires, en ce sens que la comparaison des droits serait une source d'interrogation, de réflexion, et d'ouverture aussi bénéfique* ». Quand le comparatiste s'intéresse à un droit étranger ou à un système juridique étranger, sa démarche participe d'un « *message d'interdisciplinarité* » qui *« oriente clairement vers la connaissance du droit comme phénomène culturel contextualisé* ». Ce phénomène culturel est observé par le comparatiste, aussi bien dans le droit légiféré que dans la jurisprudence.

315. Au regard de l'importance prêtée à la méthode comparative dans le processus de création du droit savant, Mireille DELMAS-MARTY, s'était intéressée, dans le cadre d'un échange accordé à l'éditeur juridique Dalloz, au « *rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun* »[864]. Elle relevait à cette occasion que si, « *pendant toute la première moitié du XXe siècle, les comparatistes vont rêver de l'unification du droit…* », « *dans les années 20, le projet s'était même concrétisé avec la création, sous l'égide de la Société des Nations, de l'Institut international pour l'unification du droit privé Unidroit, auquel on doit, la convention internationale sur les lettres de change (et beaucoup plus tard, en 1980, la convention sur les ventes internationales de marchandises, puis les "principes" à vocation mondiale sur les contrats internationaux, en 1994)* ».

Aux questions — « *quelle est la nécessité de rechercher, en se servant ou pas du droit comparé, un droit commun ? À quoi ça sert ?* » —, Mireille DELMAS-MARTY répondait par la formule de M. René DAVID *« le problème n'est pas de savoir si l'unification internationale du droit se fera, il est de*

862 LAITHIER, Yves-Marie. *Droit comparé.* Paris : Dalloz, 2009, p. 14 et s.

863 MUIR-WATT, Horatia. *« La fonction subversive du droit comparé* ». RIDC, 2000, Vol. 52, n° 3, p. 503-527.

864 DELMAS-MARTY, Mireille. « *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun* ». *D.* 2001, n° 17, p. 1326.

savoir comment elle se fera ». L'auteure suggérait alors que le droit comparé était appelé à jouer un rôle crucial dans la réflexion portant sur le droit commun européen en général, et plus spécialement sur l'uniformisation du droit des contrats internationaux. Les acteurs du droit savant y accordent, en conséquence, un intérêt particulier.

316. Aussi comprend-on mieux pourquoi l'OHADA et l'UE se sont tournées vers des acteurs du droit savant lorsqu'il a été question de réfléchir à la faisabilité d'un *corpus juris* en matière contractuelle.

§ 2. L'OHADA ET L'UE CONQUISES PAR LE DROIT SAVANT

317. La volonté de l'OHADA et de l'UE de se doter d'un corps de règles matérielles en matière contractuelle a dépassé le stade des simples intentions. Des actions concrètes sont déjà engagées au sein de ces deux organisations pour atteindre cet objectif. L'OHADA a recouru au droit savant pour l'uniformisation du droit matériel (A), s'inspirant de l'exemple de l'UE qui a intégré le droit savant dans ses processus normatifs (B). Ce recours au droit savant joue un rôle crucial dans la structuration et l'uniformisation des législations contractuelles au sein de ces espaces régionaux. L'analyse portera donc sur la manière dont l'UE a intégré le droit savant dans ses processus normatifs et comment cette approche a influencé l'OHADA dans la construction de son propre cadre juridique.

A. LE RECOURS DE L'OHADA AU DROIT SAVANT

318. Dans son processus de fabrication d'un droit OHADA des contrats, l'organisation s'est d'abord tournée vers l'expertise de l'Unidroit (**1**) puis vers celle des universitaires africains sous l'égide de la fondation du droit continental (**2**).

1. Le recours à l'expertise de l'Unidroit

319. Une chose est certaine : l'OHADA a résolument décidé de poursuivre son œuvre d'uniformisation en matière contractuelle. Cette appétence pour l'uniformisation du droit des contrats soulève cependant une question : « *devrait-il s'agir d'une synthèse des droits des contrats existants dans les États parties, ou bien d'un droit inspiré d'un modèle extérieur, considéré comme*

particulièrement adapté dans un contexte international ? »[865]. En réponse à ce débat, des actions concrètes ont été prises pour déterminer la voie à suivre. Ainsi, après la réunion de Bangui du 23 mars 2001, lors de laquelle il a été décidé que le Programme d'uniformisation du droit des affaires devrait s'étendre notamment au « *droit des contrats* », le Conseil des ministres a fait le choix de l'Unidroit aux termes de la réunion de Brazzaville du février 2002. Le Secrétariat permanent a ensuite été mandaté pour se rapprocher de l'Unidroit qui a accepté cette demande de coopération. C'est ainsi que M. Marcel FONTAINE[866] s'est vu confier la mission de préparer l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit des contrats (**a**). Il a été observé que l'exécution de cette mission devait nécessairement tenir compte des particularismes inhérents aux réalités africaines[867] (**b**).

a. Le droit OHADA des contrats soumis à l'expertise de M. Marcel FONTAINE

320. M. FONTAINE a élaboré un ensemble de dispositions ouvertement inspirées des Principes d'Unidroit. Néanmoins, dans la note explicative accompagnant l'avant-projet, le rédacteur indique avoir œuvré à adapter, voire compléter lorsque cela s'avérait nécessaire, ces Principes Unidroit. Pour ce faire, conformément à la feuille de route, l'auteur a visité neuf pays de l'OHADA au cours de trois voyages fin 2003 et début 2004. À cette occasion, il a pu s'entretenir avec les différentes commissions nationales de l'OHADA ainsi qu'avec des spécialistes de divers milieux juridiques, politiques et économiques. Ont ainsi été consultés des fonctionnaires, magistrats, professeurs, avocats, notaires, conseillers juridiques, experts-comptables, représentants de chambre de commerce, etc. Pour recueillir l'avis de ses interlocuteurs, M. FONTAINE a eu recours à un questionnaire qui leur a été préalablement soumis. Ce questionnaire aborde différentes questions, dont celle de l'utilité du choix des

865 ETOUNDI, Félix Onana. *« Les Principes d'UNIDROIT et la securite juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats »* . *R.D.U.* Décembre 2005, Vol. 10, n° 4, p. 683-686, spec. p. 685.

866 M. Marcel FONTAINE est Professeur émérite, ancien Directeur au Centre de droit des obligations, Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain (Belgique), et Membre du Groupe d'étude de l'Unidroit pour la préparation des Principes.

867 ZOUNGRANA, Ibrahim. *« Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français) »* : Université de Perpignan, 17 décembre 2016, p. 6. L'auteur relève que *« depuis un certain temps, on assiste à une réappropriation du droit par les législateurs africains afin de prendre en compte certaines réalités africaines ».*

Principes d'Unidroit comme modèle d'élaboration du futur Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. Le rédacteur fait état d'avis largement positifs sur le fait que ce choix vise à doter les pays composant l'OHADA, d'un *corpus* de règles modernes surtout sur le plan international. En outre, les spécialistes consultés ont été interrogés pour savoir si, en raison des avantages présentés par le choix du modèle Unidroit, il ne serait pas judicieux de faire en sorte que le futur Acte uniforme en soit le plus proche possible[868]. Selon le rédacteur de l'avant-projet, les pays consultés ont été favorables à l'unanimité sur cette question, sous réserve d'adaptations nécessaires tenant compte des spécificités africaines.

321. M. FONTAINE a également soumis à l'appréciation des spécialistes consultés, diverses questions plus particulières « *en vue de tester l'accueil possible de certaines solutions où les Principes d'Unidroit s'écartent de la tradition française dominant dans la plupart des membres actuels de l'OHADA* ». Par exemple, les juristes de *common law* du Cameroun ont été particulièrement consultés sur la question de l'abandon des notions de cause et de *considération*. L'avant-projet d'Acte uniforme ayant été confié à l'Unidroit, on peut y voir une forme de validation de ce modèle de la part des instances de l'OHADA ou, à tout le moins, la marque de leur intérêt pour ce modèle. Or, les Principes d'Unidroit ne reprennent pas les notions de « *cause* » dont certains systèmes de tradition civiliste sont si familiers, ni de « *consideration* » chère aux systèmes de *Common Law*. Au moment de la rédaction de l'avant-projet, l'intérêt de l'OHADA pour le modèle Unidroit soulevait nécessairement la question du sort réservé à ces deux notions. Les rédacteurs de l'avant-projet pouvaient-ils ainsi écarter ces deux notions ? Les juristes camerounais sont doublement concernés par cette question. En effet, si on a pu voir que le droit de la plupart des États membres de l'OHADA est d'inspiration française, relevant ainsi de la tradition civiliste, le Cameroun a la particularité d'avoir reçu la double influence du droit français et de la *Common Law*[869]. Cette double culture juridique caractéristique du Cameroun illustre bien l'importance de tenir compte des particularismes locaux.

868 FONTAINE, Marcel. *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*. 2008. p. 536.

869 GAORANG WANGKARI, Wairou. « L*e commerce électronique : aspects de droit international privé camerounais* ». *OHADA.com*. n° Ohadata D-23-03.

b. La nécessité exprimée de tenir compte des particularismes africains

322. Ce choix de confier aux soins de l'Unidroit, l'élaboration du projet AUDC n'a pas manqué de soulever des interrogations au sein de la doctrine africaine. Dans sa thèse soutenue en 2013 à l'Université de Montréal, M. Karel DOGUE relève pertinemment que, « *même si le désir exprimé de se référer aux Principes Unidroit était indiscutable, l'équation demeure entière de savoir en termes de choix africain quelle direction maintenir à la base ? Suivre l'option finale des Principes d'établir un consensus entre les deux systèmes juridiques pour un commerce international plus efficace ; en l'espèce un commerce africain plus développé ? Ou garder le substrat civiliste mais vétuste de nos droits africains quitte à simplement les moderniser ? Que prendre et que laisser puisque les Principes coupent en deux la poire des systèmes juridiques de common law et de droit civil ? Ils empruntent à l'un comme à l'autre et rejettent des éléments de l'un comme de l'autre système. Quelle place pour la coutume dans l'élaboration de ce droit commun des contrats ?* »[870]. Ce sont là tant d'interrogations qui devraient gouverner l'élaboration d'un droit uniforme relatif à la matière contractuelle au sein de l'OHADA. Ces questions se posent avec d'autant plus d'acuité que le projet est élaboré par une institution non africaine. Certains auteurs ont fait observer que le choix des Principes Unidroit appelle à s'interroger sur l'équilibre à observer entre ces principes et le « *fonds commun contractuel africain* »[871]. Dans sa thèse portant « *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* », Madame Charlotte GOLDIE-GENICON explique que dans « *le contexte africain, ce fonds commun contractuel africain est un ensemble cohérent de pratiques contractuelles observées par les acteurs d'un secteur et que le juge ou même l'arbitre devrait suivre en les adaptant aux faits en cause* »[872]. Madame GOLDIE-GENICON ajoute que le « *fonds commun contractuel africain* » se constitue de spécificités africaines auquel s'ajoutent des règles matérielles relatives aux contrats de nature spécifique au contexte africain. Notons pour autant que l'auteur distingue ce « *fonds commun africain* », propre à la matière contractuelle, du droit commun des contrats. Rappelons que les droits nationaux des contrats des États membres de l'OHADA sont issus essentiellement du droit français qui était applicable avant l'accession de ces États à l'indépendance. Si le droit

870 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats* Thèse : Université de Montréal, 2013, n° 46, p. 27.

871 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Thèse : Université de Montréal, 2013, n° 46, p. 27. L'auteur y explique que par fonds commun, il entend « *un ensemble de règles générales proposées principalement au juge sans s'imposer à lui, dans lequel il peut puiser à sa convenance* ».

872 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009, p. 350.

commun des contrats relève du droit positif, notamment des États membres de l'OHADA, « *le fonds commun contractuel africain* » est en réalité dépourvu de force contraignante. Ce dernier aurait l'avantage d'être plus « *persuasif et plus proche de la réalité des justiciables* »[873].

323. Cependant, des auteurs africains ont émis des réserves relatives à la compatibilité d'un droit des contrats conçu à partir d'un modèle international intégrant les spécificités africaines[874]. Cette critique est formulée malgré le fait que M. FONTAINE ait pris soin d'indiquer, dans sa note explicative de l'avant-projet, que deux principes de base en ont gouverné l'élaboration : tout en veillant à ce que l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit des contrats reste proche des Principes d'Unidroit, il fallait s'assurer de ce qu'il tienne compte des spécificités africaines. Mais, est-il possible de proposer un texte moderne dans le contexte d'une organisation qui prétend à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, en tenant compte de ces fameuses spécificités africaines ? D'ailleurs, que recouvre ce concept ? Dans quelle mesure peut-il pertinemment être pris en compte dans l'élaboration d'un texte portant sur le droit des contrats ? Faut-il tenir compte de ces spécificités pour la conclusion du contrat, son exécution ou son extinction ? M. FONTAINE nous livre des clés d'appréciation de ce concept dans la note explicative de son projet.

M. Marcel FONTAINE reconnait que l'expression « *spécificités africaines* » « *appelle des précisions, car elle peut évoquer des réalités différentes* »[875]. L'auteur commence par se demander si ce concept fait « *allusion au droit traditionnel des pays africains en cause, tel qu'il existait avant la colonisation et tel qu'il connaît encore certains domaines d'application ?* »[876]. Il est vrai que l'évocation de normes juridiques empreintes de spécificités africaines ne conduit pas à penser tout de suite à la matière contractuelle, mais davantage à des domaines du droit touchant aux questions purement sociétales. Le droit de la famille, le droit des successions, le droit foncier ne peuvent ainsi être envisagés indépendamment des spécificités africaines. C'est ce qu'exprime M. Marcel FONTAINE lorsqu'il écrit qu'« *autant ce droit traditionnel connaît des*

873 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Thèse : Université de Montréal, 2013, n° 46, p. 28.

874 POUGOUÉ, Paul Gérard. « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* ». *Ohadata* D-07-41, p. 11.

875 FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 561-591.

876 FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 567.

manifestations bien connues dans des domaines tels que celui du droit de la famille, autant il paraît difficile d'identifier son contenu en droit général des contrats »[877]. Dans une démarche qui se voulait empirique, l'auteur déclare n'avoir eu de cesse, lors de ses voyages préparatoires dans différents pays africains, de poser la question qui suit à ces interlocuteurs : « *quelles sont donc les règles applicables si j'achète des fruits sur le marché de Bamako ?* »[878]. À son grand dam, aucun de ses interlocuteurs ne lui aurait donné de réponse précise ; toute chose qui illustrerait bien qu'à supposer la subsistance des normes typiquement africaines concernant les rapports contractuels, elles seraient mal connues des locaux et même des professionnels du droit. Précisons néanmoins que des études traitant du droit africain traditionnel ont révélé que ce dernier connaît des contrats particuliers et originaux qui n'ont pas encore à ce jour connu une systématisation en théorie générale des contrats[879]. L'auteur rapporte dans sa note explicative que certains de ses interlocuteurs lui auraient confié qu'à « *leur avis, les usages locaux qui peuvent subsister, adaptés à des échanges économiques de faible ampleur, ne sont guère pertinents dans la perspective d'un Acte uniforme sur le droit des contrats* »[880] dès lors que le texte projeté a vocation à établir un cadre normatif commun plaçant tous les États parties à l'OHADA sur un pied d'égalité.

324. Si le concept de « *spécificités africaines* » ne renvoie ici, ni à une théorie générale typiquement africaine des contrats ni à des usages locaux, peut-être renvoie-t-il à quelque chose de moins typiquement africain. Cela renvoie à l'hypothèse émise par M. FONTAINE de considérer que ce concept se réfère « *aux traditions juridiques actuelles des différents pays* ». Il s'agirait alors de systèmes juridiques hérités de la période coloniale et plus ou moins conservés après les indépendances. Pour des États comme le Togo, la Côte-d'Ivoire, le Bénin, le Sénégal et le Mali, la tradition juridique est d'inspiration française. Un État comme la Guinée-Bissau appartient à une tradition juridique d'inspiration portugaise. Quant au Cameroun, il se distingue par la coexistence de deux systèmes juridiques, l'un proche du droit français et

877 FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 567.

878 FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 567.

879 FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 567.

880 FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 567.

l'autre de la *Common Law*. Peut-être s'agit-il alors d'élaborer un texte qui tienne compte de ces particularités des États parties à l'OHADA ? Cette hypothèse ne serait véritablement probable qu'à condition de considérer que les États parties à l'OHADA se sont pleinement et définitivement appropriés ces systèmes juridiques hérités des anciens empires coloniaux. Or, M. FONTAINE nous apprend qu'il a *« rencontré quelques résistances à cette vision, quelques interlocuteurs soulignant que malgré l'accoutumance, le droit importé n'était pas ressenti comme véritablement approprié* ».

Après avoir écarté toutes ces hypothèses, l'auteur finit par conclure qu'il « *semble que par "spécificités africaines", il faille finalement entendre les circonstances de fait et les données sociologiques qui prévalent dans les différents pays, et qui peuvent avoir une incidence sur le choix des règles les plus appropriées* ». Aussi dégage-t-il deux caractéristiques soulignées par ses interlocuteurs lors des missions préparatoires : le taux d'alphabétisation des populations de l'espace OHADA et leur carence en culture juridique. Il reste à rechercher la pertinence de ces deux caractéristiques dans l'élaboration d'un droit uniforme des contrats dans l'OHADA.

En ce qui concerne la première caractéristique, l'auteur de l'avant-projet d'AUDC relève que « *les règles juridiques relatives aux conditions de formation des contrats, aux modes de preuve, à la mise en place de formalités diverses ne peuvent évidemment manquer de tenir compte* » du taux d'alphabétisation des populations locales.

325. Pour ce qui est de la culture juridique des populations de l'espace OHADA, faut-il en conséquence « *prévoir un droit des contrats simplifiés, limité à un certain nombre de règles élémentaires de compréhension aisée* » ? À juste titre, M. FONTAINE estime que cette solution ne serait pas pertinente. Qu'en est-il en effet des autres actes uniformes ? Sont-ils davantage accessibles ? ou faut-il tous les réécrire afin de les simplifier et les rendre accessibles au « *citoyen OHADA lambda* » ? Les droits nationaux font-ils de leur côté un tel effort de compréhensibilité ? De notre point de vue, l'intelligibilité, l'accessibilité, la clarté et la simplicité d'un texte constituent un objectif qui s'impose au législateur ou à l'organisme compétent, mais pas en fonction de l'alphabétisation ou l'appétence juridique majoritaire des citoyens. La solution ne tient pas à un droit uniforme des contrats ultrasimplifié, mais plus à un effort de vulgarisation du droit OHADA en général. Cette vulgarisation passe par la bonne diffusion du droit OHADA auprès du monde universitaire (enseignants et étudiants) et des professionnels concernés de près ou de loin par le droit OHADA.

326. Force est cependant de reconnaitre que les précédents développements n'ont pas véritablement épuisé la question consistant à savoir ce que sont les « *spécificités africaines* » dont ce premier projet n'aurait pas suffisamment tenu compte. M. POUGOUÉ, membre de l'équipe en charge de la rédaction du second projet d'Acte uniforme, a quant à lui une approche différente. Dans un article intitulé « *l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* »[881], il aborde la question de l'importance d'une prise en compte de spécificités africaines. D'emblée, l'auteur soutient que les expressions « *spécificités africaines* » et « *réalités africaines* »[882] sont synonymes et interchangeables dans cette optique. Il admet que toutes les innovations contenues dans l'avant-projet d'AUDC sont possibles et souhaitables sous réserve que le rédacteur garde à l'esprit le « *fonds juridique et les pratiques judiciaires de l'espace OHADA* ». L'auteur précise ainsi que « *Quoi qu'on dise, une famille juridique dominante existe dans l'espace OHADA et constitue la spécificité africaine dont il fallait tenir compte. Elle est formée au fil du temps en trois couches successives. La strate de fond est le système juridique romano-germanique, ou plus précisément la tradition civiliste à travers le droit français hérité de la colonisation tel que réinterprété au contact de la culture juridique personnaliste de l'Afrique noire. La strate intermédiaire est l'ensemble des réformes intervenues depuis les indépendances dont les innovations ont eu un impact considérable sur la théorie générale des contrats : le code sénégalais des obligations civiles et commerciales issu de la loi du 10 juillet 1963, le Code civil de Guinée Conakry de 1983, la loi malienne du 28 août 1987 fixant le régime général des obligations. La strate supérieure est formée des actes uniformes OHADA en vigueur dont certaines dispositions (…) contiennent des éléments intéressants et innovant de la théorie générale du contrat* »[883]. Et l'auteur d'ajouter que « *de façon générale, l'uniformisation du droit des contrats dans l'espace OHADA ne peut réussir que si elle part de cette spécificité juridique latine, prendre en compte des réformes effectives* » sus-évoquées. De ces affirmations, il ressort que le fond commun africain prend un sens particulier dans le cadre de l'OHADA. Dans ce contexte, les spécificités africaines semblent recouvrir un champ plus large que celui d'un droit traditionnel africain[884]. Limiter la notion de fond commun africain à une conception traditionnelle du droit,

881 POUGOUÉ, Paul Gérard. « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* ». *Ohadata* D-07-41, p. 10.

882 POUGOUÉ, Paul Gérard. « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* ». *Ohadata* D-07-41, p. 10.

883 POUGOUÉ, Paul Gérard. « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* ». *Ohadata* D-07-41, p. 11.

884 BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Thèse : Université de Bordeaux, 7 décembre 2021, n° 28, p. 36.

conduirait les rédacteurs d'un projet de texte OHADA à procéder à un exercice d'« *archéologie juridique* »[885] comme l'indique M. Djibril ABARCHI. L'auteur affirme en effet que « *prôner l'archéologie juridique qui consiste, sous prétexte de tenir compte des réalités locales à se replier sur les institutions traditionnelles pour élaborer le droit applicable à la société contemporaine, est une opération qu'on ne saurait recommander en certaines matières* ». Surtout en matière contractuelle, la recherche d'un fond commun africain qui se limiterait au droit coutumier ou traditionnel africain reviendrait à imposer aux rédacteurs du texte une tâche d'une particulière difficulté sans pour autant qu'ils soient assurés d'un résultat satisfaisant. Le droit uniforme des contrats devrait tenir compte du droit traditionnel ou coutumier des relations de nature contractuelle. Encore faudrait-il réussir à identifier des règles relevant de ce droit coutumier[886]. On comprend alors pourquoi, parlant de spécificités africaines, M. POUGOUÉ renvoie à des contenus plus modernes : le droit hérité de la période coloniale, le droit adopté par les États africains depuis leurs indépendances ainsi que le droit. *In fine*, du point de vue droit, le fond commun africain recouvre des réalités plutôt contemporaines. Pourtant, il semblerait que la filiation entre l'avant-projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats et les Principes d'Unidroit ne tienne pas suffisamment compte de ce fond commun pourtant d'une certaine modernité. On comprend que ce modèle n'ait pas été conservé dans le second avant-projet auquel a justement participé le M. POUGOUÉ.

2. La sollicitation de la Fondation de Droit Continental.

327. « *Avec l'assentiment du Secrétariat Permanent de l'OHADA* »[887], la Fondation pour le Droit Continental a missionné MM Joseph ISSA-SAYEGH, Paul Gérard POUGOUÉ, Filiga Michel SAWADOGO pour l'élaboration « *d'un projet de texte en matière, d'obligations, de preuve et prescription* ». Aux dires des rédacteurs dudit projet, « *le premier souci a été de respecter la culture juridique de base des pays de l'OHADA afin de proposer une œuvre utile et adaptée qui n'entraîne pas une*

885 ABARCHI, Djibril. « *Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit* ». *Penant : revue de droit des pays d'Afrique* 2003, Vol. 113, n° 842, p. 88-105.

886 RAMBAUD, Thierry. *Introduction au droit comparé. Chapitre I - Les traditions juridiques religieuses*. 2e éd. Paris : PUF, 2017, p. 259 et s.

887 SAYEGH, Joseph Issa, POUGOUÉ, Paul-Gérard et SAWADOGO, Filiga Michel. *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA*. - Disponible à l'adresse : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/07/Avant-projet-droit-des-obligations-OHADA -texte-final-150603.pdf.

sorte de dépaysement pour les juristes déjà formés ». Aussi ont-ils pris soin de « *rechercher l'inspiration de départ dans le droit africain des obligations, par une étude historique et comparative du droit des obligations des pays actuels de l'OHADA et de quelques pays intéressés par l'OHADA comme la République Démocratique du Congo (RDC)* »[888]. Dans cet ordre d'idée, les trois rédacteurs ont consulté et analysé les principaux textes de droit positif de ces États. En particulier, il leur a fallu s'appuyer sur le Code civil français dans sa version antérieure aux indépendances des pays francophones d'Afrique subsaharienne. D'autres textes propres à des pays africains ont été étudiés à l'instar du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales (COCC), issues de la loi du 10 juillet 1963 et qui a fait l'objet de plusieurs compléments depuis cette loi, le Code civil de Guinée Conakry de 1983, le Code des activités économiques de Guinée Conakry de 1992, la loi malienne du 29 août 1987 fixant le régime général des obligations. À ces textes, s'ajoutent les sources jurisprudentielles et productions doctrinales majeures.

328. À l'instar de M. FONTAINE, les trois professeurs africains ont consulté des professionnels du droit africain, notamment à l'aide d'un questionnaire « *sur l'état du droit des obligations* ». Des universitaires africains de renom ont été consultés tels que M. Diouf NDIAW du Sénégal, Mme Dorothée Cossa SOSSA du Bénin ou encore M. Roger MASSAMBA de la République Démocratique du Congo. Par ailleurs, le droit comparé a été également mis à profit[889]. Ce recours au droit comparé est bien caractéristique du droit savant. La rédaction d'un projet de texte relève dans une certaine mesure de la prospection juridique qui amère les rédacteurs à s'intéresser aux expériences législatives étrangères afin d'en éviter les écueils et de s'enrichir des succès. Ce travail analytique comparatif est un atout indéniable dans la préparation d'un projet de texte portant notamment sur le droit des contrats transfrontières. On comprend dès lors pourquoi l'UE n'hésite pas, elle aussi, à recourir au droit savant.

888 SAYEGH, Joseph Issa, POUGOUÉ, Paul-Gérard et SAWADOGO, Filiga Michel. *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* - Disponible à l'adresse : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/07/Avant-projet-droit-des-obligations-OHADA -texte-final-150603.pdf.

889 L'avant-projet cite aussi le Code civil mauricien, les dispositions du droit des obligations des réformes allemandes, suisse, espagnole. À ces sources s'ajoutent les projet CATALA et de la Chancellerie en France, le projet LANDO et GANDOLFI européen, les Principes d'Unidroit, les modèles-types de la CNUDCI, la CVIM du 11 avril 1980, les principes contractuels communs européens ainsi que le projet Fontaine en Afrique d'AUDC concurrent.

B. LE RECOURS DE L'UE AU DROIT SAVANT

Si pendant longtemps le droit positif n'a pas su fournir *« les éléments décisifs pour conclure à la mutation législative de la fonction normative dans l'Union »*[890], depuis le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, le droit primaire admet l'existence d'une « *fonction législative* »[891] dont sont investis le Parlement européen et le Conseil européen (articles 14 et 16 du TUE). Cette fonction ne fait toutefois pas l'objet d'une définition par le droit primaire qui se contente de « déterminer « les procédures législatives » et d'identifier les « *actes législatifs* »[892]. Au départ limité, au mieux, à l'émission d'avis consultatifs, le Parlement européen a vu son pouvoir normatif considérablement s'accroître au gré de l'évolution de la construction européenne. Dès les années 1970, il a été investi de compétences en matière budgétaire, « *puis à partir de l'Acte unique européen et du traité de Maastricht, grâce à l'instauration de procédures nouvelles et diversifiées* »[893] associant le « *de façon variable le Parlement européen à l'exercice du pouvoir législatif dans l'Union, sans jamais cependant lui conférer le monopole au détriment du Conseil…* »[894]

Avant le Traité de Lisbonne, la compétence ainsi dévolue au Parlement européen et au Conseil européen permettait au Parlement d'être associé au processus législatif suivant quatre processus : la consultation simple, la procédure d'avis conforme, la procédure de coopération et enfin la procédure de co-décision[895]. Si la consultation demeure inchangée, le Traité de Lisbonne modifie significativement ce dispositif en étendant le champ d'application de la procédure désormais désignée comme la procédure législative ordinaire. L'avis conforme est désormais appelé « *approbation* » tandis que la procédure de coopération est supprimée[896]. Désormais, l'article 289 TFUE prévoit une distinction introduite par le Traité de Lisbonne entre deux procédures législatives : d'une part, la procédure législative ordinaire qui consiste en l'adoption d'un acte conjointement par le Parlement européen et Conseil, sur proposition

890 ROUX, Jérôme. *Droit général de l'Union européenne*. 7e éd. Paris : LexisNexis, 2021. p.204

891 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°478, p.388.

892 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°478, p.388.

893 ROUX, Jérôme. *Droit général de l'Union européenne*. 7e éd. Paris : LexisNexis, 2021. p.176.

894 ROUX, Jérôme. *Droit général de l'Union européenne*. 7e éd. Paris : LexisNexis, 2021. p.176.

895 CLERGERIE, Jean-Louis, GRUBER, Annie et RAMBAUD, Patrick. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*. 13e éd. Paris : Dalloz, 2020. p.127

896 CLERGERIE, Jean-Louis, GRUBER, Annie et RAMBAUD, Patrick. *Droit institutionnel et matériel de l'Union européenne*. 13e éd. Paris : Dalloz, 2020. p.127

de la Commission ; d'autre part, une procédure spéciale, dans les cas spécifiques prévus par les Traités, qui suppose l'adoption d'un acte par le Parlement européen avec la participation du Conseil ou par celui-ci avec la participation du Parlement européen[897]. C'est donc dans le cadre de la procédure ordinaire que la Commission européenne prépare un projet de texte et le soumet conjointement au Parlement européen et au Conseil. Dans bien des cas, la Commission a recours à des experts pour la préparation du projet de texte. Une pratique courante de l'UE consiste à solliciter les avis des experts, praticiens et universitaire à travers ses livres verts[898]. On peut ainsi lire sur le site Internet de l'UE que « *Les livres verts sont des documents publiés par la Commission européenne dont le but est de stimuler une réflexion au niveau de l'UE (UE) sur un sujet particulier. Ils invitent ainsi les parties concernées (organismes ou individus) à participer à un processus de consultation et de débat sur la base des propositions qu'ils émettent. Les livres verts sont parfois à l'origine de développements législatifs qui sont alors exposés dans les livres blancs* ». Sans directement confier un projet de texte à la doctrine ou à des experts, les livres verts permettent de les mettre à contribution afin d'affiner une idée ou un projet. Justement en matière contractuelle, l'UE a ainsi un « *Livre vert sur le droit européen des contrats* ».

329. En tout état de cause, c'est bien cette démarche qui a été observée dans le cadre des réflexions des instances européennes relatives à l'uniformisation du droit des contrats[899]. Cela étant, il importe de relever que les premières réflexions dans la perspective d'un rapprochement des droits des contrats en Europe furent l'œuvre de la doctrine[900] et qu'il a fallu « *attendre la fin du XXe siècle pour que les institutions européennes, en l'occurrence de Parlement et la Commission, se prononcent en faveur d'une harmonisation des contrats en Europe* »[901]. Par exemple, en 1974, Ole LANDO, professeur à l'Université de Copenhague, écrivait que l'« *On ressent le besoin d'une infrastructure communautaire au droit du contrat pour servir de fondement constant* ». Malgré le fait que cette idée n'ait pas laissé les instances communautaires de l'époque insensibles,

897 MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n° 478, p. 391.

898 BÉHAR-TOUCHAIS, Martine et CHAGNY, Muriel. *Livre vert sur le droit européen des contrats : réponses du Réseau Trans Europe Experts*. Paris : Société de législation comparée, 2011.

899 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.,* Janvier 2012, no 01, p. 34.

900 BLANC, Dominique et DEROULEZ, Jérôme. « *La longue marche vers un droit européen des contrats* ». *D.* 2007, no 23, p. 1615.

901 MAISONNEUVE, Caroline. *« Approche historique du droit européen des contrats, Caroline Maisonneuve ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

elles ne l'ont abordée qu'avec prudence : « *le travail qui serait entrepris par la Commission Lando devrait rester une œuvre privée*… »[902]. Un groupe composé de 22 juristes issus des États membres fut ainsi formé sous la direction de M. LANDO, certes sans mandat officiel des instances communautaires. Les travaux de la Commission LANDO entamés en 1982, ont abouti à un recueil intitulé « *principes du droit européen des contrats* »[903] publié en 3 temps (1995,1999 et 2002). L'objectif de cette codification privée, qui se présente à certains égards comme un « *Restament* »[904], est « *à long terme […] d'aider à réaliser l'harmonisation de la théorie générale du contrat au sein de l'UE* »[905].

Par la suite, estimant que la diversité des droits nationaux relatifs aux contrats constitue un frein au fonctionnement du marché commun, l'UE réfléchit depuis des années à l'élaboration d'un droit européen des contrats. Mais, consciente des difficultés juridiques jonchant le chemin menant à une telle réalisation, la Commission se serait résolue à l'idée que la voie à suivre[906] « *était non, celle d'un Code européen qui harmoniserait le droit des contrats des États membres, mais celle de l'élaboration d'un Cadre commun de référence (CCR), sorte de boîte à outils à trois tiroirs renfermant la définition de concepts clé, l'énoncé de principes fondamentaux et celui de règles modèles* »[907]. C'est ainsi qu'elle a lancé une consultation en 2001 sur la pertinence de cette idée[908]. À la suite de cette consultation, la Commission européenne a présenté en 2003, un « *plan d'action* »[909]. Dans ce plan, la commission avançait l'idée d'un règlement « optionnel ». Cette idée a conduit la Commission sur la voie d'un « *projet de Cadre commun de référence* » (CCR)[910]. Pour ce faire, elle a sollicité des groupes d'experts à savoir l'Association Henri

902 TALLON, Denis. « *Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique* ? ». *Defrénois*. Juin 2000, n° 11, p. 683.

903 ROUHETTE, Georges, LAMBERTERIE, Isabelle de et EUROPÄISCHE KOMMISSION (dir.). *Principes du droit européen du contrat*. Paris : Soc. de Législation Comparée, 2003.

904 GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions* ». *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. 2000, p. 228.

905 GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions* ». *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. 2000, p. 228.

906 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.*. Janvier 2012, n° 01, p. 34.

907 LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1393. [

908 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM (2001) 398 final du 11 juill. 2001.

909 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission* ». *D*. 2003, n° 18, p. p.1171.

910 REINER, SCHULZE. « *Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire* ». Juillet 2008, RDC, p. 922.

Capitant des amis de la culture juridique française et la Société de législation comparée (SLC), d'une part, et le groupe dirigé par M. von Bar, d'autre part[911]. Ce dernier groupe a élaboré un projet de CCR dit « académique »[912] constituant en réalité « *un Code extrêmement détaillé de plus de 1 000 articles qui traite de l'ensemble du droit des obligations et de certains aspects du droit des biens* »[913]. Le premier groupe a également rendu à la Commission les résultats de ses travaux constitués notamment de principes, définitions et règles modèles en droit des contrats.

Après ces deux projets, la Commission a mandaté, en avril 2010, un groupe d'experts praticiens et universitaires[914] pour préparer un CCR propre au droit des contrats en étudiant sa faisabilité. Précisons que ce groupe n'a été constitué que par des membres du groupe von Bar, auteur du précédent CCR dit « *académique* ». En juillet de la même année, la Commission a lancé une consultation dans laquelle elle présente sept options au nombre desquelles figure l'idée d'un « *règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats* [915]». Les apports tirés de ces initiatives concertées ont conduit la Commission à adopter en 2011, une proposition de règlement relatif au droit commun des contrats de vente. Si un texte venait à être adopté dans la suite de cette initiative, ce texte devrait énormément au droit savant. Quoi qu'il en soit, même en état de projet ou de proposition, l'apport du droit savant est déjà appréciable tant il contribue à nourrir la réflexion sur l'uniformisation du droit des contrats au sein de l'UE.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

330. Déjà en 2001, la Commission européenne produisait sa fameuse communication sur le droit européen des contrats[916]. Quant à l'OHADA, depuis 2001, elle a affiché son appétence pour l'uniformisation du droit des contrats. Malgré toute cette volonté clairement affichée

911 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés* ». *D.* 2008, n° 9, p. p.556.

912 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.* 2012, n° 01, p. 34.

913 LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC.* Octobre 2012, n° 4, p. 1393.

914 Décision de la Commission du 26 avril 2010 portant création du groupe d'experts pour un cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (2010/233/UE).

915 Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 final du 1er juill. 2010. 319.

916 *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats [COM(2001) 398 final - Journal officiel C 255 du 13.9.2001]*. [Consulté le 18 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al33158.

par l'OHADA et l'UE, force est de constater que toutes leurs démarches ne se sont pas encore concrétisées dans leurs droits positifs respectifs. Cet apparent échec est tel que l'on est en droit de s'interroger sur la faisabilité de ces deux projets. Les développements précédents ont eu pour objectif d'apporter des éléments de réponses à la question de savoir si les conditions sont remplies pour que l'adoption d'un droit matériel en matière contractuelle soit effective au sein de l'UE et de l'OHADA. Il en ressort qu'en ce qui concerne la matière première, le socle, l'ossature et surtout la conception du contenu d'un droit commun des contrats, l'UE et l'OHADA ne partent pas démunies. Loin de là ! La réalisation de l'entreprise d'uniformisation du droit des contrats n'a matériellement jamais été autant réalisable que maintenant. L'UE et l'OHADA peuvent compter sur une doctrine d'une fécondité intellectuelle impressionnante comme en attestent les propositions de textes, les thèses, articles et commentaires produits et précités.

Si l'UE et l'OHADA parvenaient dans les années qui viennent, à se doter d'un droit commun des contrats, ces textes ne seraient que le résultat final d'un long processus de maturation intellectuelle allant du *jus commune* romain aux codifications privées telles que celles établies par les soins de l'Unidroit.

Ces efforts intellectuels et doctrinaux montrent que les fondations pour une uniformisation existent et qu'elles sont solides. Toutefois, il est crucial de passer des intentions aux actes concrets en examinant les projets de textes déjà élaborés.

CHAPITRE II.

LES PROJETS D'UNIFORMISATION DU DROIT DES CONTRATS AU SEIN DE L'UE ET DE L'OHADA

331. Il existe différentes voies d'uniformisation possible : un droit commun des contrats dans le sens d'une théorie générale des contrats ou un droit spécial relatif à des contrats spécifiques. Dans le cadre des développements antérieurs de cette thèse[917], il avait été proposé une sorte de fusion des deux approches avec la théorie générale des contrats spéciaux appliquée aux spécificités des contrats transfrontières. Dans le cadre du présent chapitre seront analysés les différents projets de textes les plus avancés au sein de l'UE et de l'OHADA. Sont désignés, tous « *projets* » non encore adoptés, mais dont l'élaboration a été commanditée par ces deux organisations. Trois projets de texte retiendront ainsi l'attention. L'un concerne l'UE et les deux autres l'OHADA. Pour ce qui est de l'UE, il s'agit de la proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente. Comme son intitulé l'indique, la proposition vise à uniformiser le droit relatif à un contrat spécifique : le contrat de vente. Quant à l'OHADA, on l'a vu, elle a initié deux avant-projets, le premier portant sur le droit des contrats et le second relatif au droit des obligations. Ces projets de texte divergent donc, non seulement quant à l'objet du droit matériel envisagé (**Section 1**), mais aussi quant à leurs portées normatives (**Section 2**), avec des degrés de contrainte différents. En effet, tout porte à croire qu'à l'image des autres Actes uniformes de l'OHADA, celui portant sur le droit des contrats ou sur le droit des obligations aura une réelle portée contraignante et fera dès son adoption, partie de l'ordonnancement juridique des États membres. En revanche, la proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente se caractérise par sa nature optionnelle.

917 V. « *§ 1. De la pertinence d'une théorie générale des contrats internationaux* », n° 240 et s.

SECTION I.

DES PROJETS DE TEXTES DIVERGENTS QUANT À L'OBJET DU DROIT MATÉRIEL

332. L'UE nourrit, de longue date, l'ambition d'un droit commun européen en matière contractuelle. Si cette ambition ne s'est pas encore concrétisée dans son droit positif, l'UE dispose malgré tout d'un embryon de droit commun européen des contrats. Depuis le 11 octobre 2011, une proposition de règlement du Parlement européen a été présentée par la Commission européenne[918]. Cette proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente (ci-après le DCEV) vise expressément les rapports entre professionnels et consommateurs et les contrats entre professionnels dont l'un pourrait être une PME. À la lecture de la proposition de la Commission, un constat s'impose au juriste. Il y a un écart entre son intitulé, révélateur de l'ambition affichée par ses rédacteurs, et son contenu, qui semble viser un champ matériel plus large que celui suggéré par ledit intitulé. On a l'impression que, derrière l'intention affichée d'uniformiser le droit de la vente, les rédacteurs du texte ont entendu proposer des règles matérielles uniformes applicables à des contrats autres que la vente. Autrement dit, le projet européen n'est qu'en apparence consacré à la vente (**§1**). De son côté, l'OHADA peine à opérer un choix entre le droit commun des contrats et le droit des contrats spéciaux, voire le droit des obligations et semble marquée par des atermoiements quant au champ matériel. Au vu des projets de textes élaborés, ses ambitions semblent varier entre théorie générale des obligations, droit commun des contrats et droit des contrats spéciaux (**§2**).

§1. LE PROJET EUROPÉEN EN APPARENCE CONSACRÉ À LA VENTE

333. Le texte intitulé « *proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente* » met ainsi en avant un objet spécifique affirmé en apparence (**A**). Cet objet trouve son expression dans un règlement. Mais, outre la partie principale, le texte prévoit une annexe qui comporte une proposition de dispositions détaillées et très

918 *Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à un droit commun européen de la vente*. 201. (ci-après le DCEV) [Consulté le 25 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:52011PC0635.

substantielles portant sur le droit des contrats. Toute chose qui fait dire à certains observateurs avisés[919] que la proposition recèle un dessein caché perceptible à sa lecture (**B**).

A. UN OBJET SPÉCIFIQUE AFFICHÉ : LE DROIT COMMUN DE A VENTE

334. Outre un exposé des motifs constitué de trente-sept considérants, la proposition de règlement est articulée en trois parties : ce que l'on peut qualifier de règlement à proprement parler, une annexe I au règlement contenant les règles de droit contractuel (le droit commun européen de la vente) et une annexe II contenant un avis d'information type. Conformément à ce qui est annoncé dans l'intitulé du texte, ses rédacteurs proposent des dispositions relevant du « *droit commun européen de la vente* »[920]. Cependant, ces dispositions ne se retrouvent pas tout à fait dans la première partie de la proposition. En réalité, c'est cette première partie composée de seize articles qui dresse délicatement le champ d'application du texte proposé (1). Il conviendra de proposer une explication à cet autocadrage aussi délicat des rédacteurs du texte (2).

1. Un champ d'application délicatement dressé

335. Le règlement ne contient à proprement parler que seize articles qui ne sont consacrés qu'à la détermination des conditions d'application. S'agissant d'un texte qui prétend proposer un « *droit commun européen de la vente* », on peine à comprendre pourquoi la partie constitutive du règlement ne prévoit pas véritablement de dispositions portant notamment sur les conditions de formation, d'exécution et d'extinction du contrat.

336. D'abord, *ratione materiae*, la proposition qui vise uniquement la vente dans son titre fait l'impasse totale sur des questions phares touchant notamment à la licéité, la capacité, la représentation, la pluralité de débiteurs ou de créanciers, le transfert de propriété, etc. Le contrat y est défini à l'article 2 a) comme « *une convention destinée à donner naissance à des obligations ou à d'autres effets juridiques* ». Visiblement, les rédacteurs de la proposition ont préféré l'assimilation des notions de contrat et de convention contrairement au Code civil français

---

919 LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1393.

920 *Proposition de RÈGLEMENT DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relatif à un droit commun européen de la vente*. 2011, p.12. [Consulté le 25 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:52011PC0635.

qui met plus l'accent sur l'accord de volonté des parties. Ajoutons que la proposition ne porte pas sur le contrat en général, mais sur le contrat de vente. Aussi, l'on pourrait se demander pourquoi retenir une définition aussi large de la notion de contrat plutôt que de se limiter à définir spécifiquement le contrat de vente. Cette définition large de la notion de contrat peut s'expliquer par le fait que les rédacteurs n'ont pas voulu retenir une définition trop restrictive qui limiterait encore plus le champ du texte proposé. Cette définition large pourrait s'apparenter à une petite porte ouverte sur des réalités contractuelles qui ne sont pas principalement visées par le texte. L'article 1.1 semble corroborer cette intention des rédacteurs. Cette disposition contient une phrase indiquant que les règles prévues par le texte « *peuvent être utilisées dans le cadre de transactions transfrontières portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques et la prestation de services connexes lorsque les parties contractantes conviennent de les appliquer* ». D'ailleurs, le contrat de vente est défini *lato sensu* à l'article 2 (k) de sorte qu'il comprend « *les contrats portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire* », « *ce qui inclut certains contrats que notre droit qualifie de contrats d'entreprise lorsque la prestation a pour objet un "travail spécifique"* »[921]. Précisons que la vente visée par le texte est celle qui porte tantôt sur un « *bien* » défini comme « *tout objet mobilier corporel sauf exclusion prévue à l'article 2 (b), tantôt sur la fourniture de « contenu numérique* »[922].

En outre, le texte ne se limite pas strictement à la vente et à la fourniture de contenu numérique, mais évoque également « la prestation de services connexes ». L'article 3 (m) définit ainsi le « *service connexe* » comme « *tout service lié à un bien ou à un contenu numérique, tel que l'installation, l'entretien, la réparation ou tout autre traitement, fourni par le vendeur du bien ou le fournisseur du contenu numérique en vertu du contrat de vente, du contrat de fourniture de contenu numérique ou d'un contrat distinct de services connexes conclu simultanément au contrat de vente ou de fourniture de contenu numérique* ». La porte est ouverte même si le texte précise que le terme service connexe exclut

921 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.* Janvier 2012, n° 01, p. 34.

922 L'article 2 (j) définit la notion de contenu numérique comme étant « des données produites et fournies sous forme numérique, que ce soit ou non d'après les spécifications de l'acheteur, notamment les vidéos, enregistrements audio, images ou contenus numériques écrits, les jeux numériques, les logiciels, et les contenus numériques qui permettent de personnaliser des équipements informatiques ou logiciels existants… ». Sont ainsi exclu par cette disposition, les services financiers, y compris les services bancaires en ligne (i) ; les conseils juridiques ou financiers fournis sous forme électronique (ii) ; les soins de santé électroniques (iii) ; les services et réseaux de communications électroniques ainsi que les infrastructures et services associés (iv) ; les activités de jeux d'argent (v) ; la création de nouveaux contenus numériques et la modification de contenus numériques existants par des consommateurs, ou toute autre interaction avec les créations d'autres utilisateurs.

les services de transport, de formation, d'assistance aux télécommunications et à caractère financier.

337. Ensuite, *ratione loci,* le règlement proposé ne s'applique qu'aux contrats transfrontières, à l'exclusion des contrats internes (article 4). L'article 4.2 précise qu'un « *contrat entre professionnels est un contrat transfrontière lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans différents pays dont l'un au moins est un État membre* ». Cette exclusion de la vente interne est de nature à rassurer ceux qui craignent que les codes civils des États membres ne soient concurrencés, en particulier en matière de droit des contrats. Cette délimitation ménage ainsi la souveraineté des États membres.

338. Enfin, *ratione personae*, le texte est destiné à ne s'appliquer qu'aux relations contractuelles entre professionnels et consommateurs ainsi que dans les rapports entre professionnels à la condition qu'un des deux soit une PME. Du fait de cette délimitation *ratione personae*, l'article 2 (k) définit le contrat de vente tantôt comme « *tout contrat en vertu duquel un professionnel ("le vendeur") transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens à une autre personne ("l'acheteur"), et l'acheteur paie ou s'engage à en payer le prix…* ». Le point (i) de cet article 3 définit le contrat de vente impliquant un consommateur comme « *un contrat de vente dans lequel le vendeur est un professionnel et l'acheteur, un consommateur* ».

339. Ces trois critères d'application du règlement délimitent en réalité un champ assez étroit pour un texte dont l'article premier annonce qu'il « *a pour objet de favoriser les conditions d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur par la création d'un corps uniforme de règles en matière contractuelle, qui figure à l'annexe I (le "droit commun européen de la vente") »*.

2. La tentative d'explication d'une délimitation aussi délicate

340. L'Union ne jouit pas d'une totale latitude en la matière. Cela étant, ce défaut de latitude totale n'est manifestement pas de nature à freiner les ambitions de l'Union pour la matière contractuelle. Dans le titre précédent, nous avons pu expliciter comment cette ambition est confrontée à de multiples contrariétés.

L'une de ces contrariétés, et non la moindre, réside dans la difficulté de déterminer une base légale indiscutable justifiant la compétence de l'Union pour concrétiser une telle ambition. Suivant certains auteurs, nous observons qu'une telle action des autorités européennes peut trouver un fondement dans « *l'ancien article 95 du traité instituant la*

Communauté européenne, devenu l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) qui leur permet de prendre des mesures rapprochant les dispositions législatives des États membres lorsque cela est nécessaire à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur », et ce, uniquement dans cette optique[923]. Corrélativement, la marge d'action de l'UE en matière contractuelle subordonnée à des considérations tenant au fonctionnement du marché intérieur exclut toutes les relations contractuelles non essentiellement liées à ce marché. On comprend alors que les rédacteurs de la proposition aient décidé d'en circonscrire si strictement le champ d'application, du moins, en apparence.

Le premier critère d'applicabilité qui illustre vraiment l'importance des considérations tenant au marché intérieur est le critère personnel. La proposition vise les consommateurs, les professionnels ainsi que les PME. Le texte proposé a pour but de régir les rapports contractuels liant ces derniers. Mais pourquoi en particulier ces acteurs ? Le 1er janvier 2010, la Commission européenne a publié un livre vert qui apporte une réponse claire à cette question. Le titre est assez éloquent en ce qu'il est « *relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises* ». Et la Commission de relever que dans la mesure où « *le marché intérieur repose sur une multitude de contrats…* », « *l'Union doit œuvrer davantage pour faciliter les transactions transfrontières* ». Mais « *la question posée est de savoir quelle voie prendre…* »[924]. Un premier indice interpelle à la lecture de ce livre vert : il n'est jamais question de ces acteurs principaux à savoir, les entreprises en général, les consommateurs ainsi que les PME. Pourtant, pour fonder une éventuelle action visant à la création d'un droit européen des contrats destiné aux consommateurs et aux entreprises, la Commission est partie du constat selon lequel les « *disparités entre droits nationaux des contrats peuvent être un frein aux transactions transfrontalières, tant du point de vue du consommateur, que de celui des entreprises, spécialement des PME* »[925].

923 LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC.* Octobre 2012, no 4, p. 1393..

924 DESHAYES, Olivier et HANNOUN, Charley. *« Dits et non-dits du livre vert ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises.* Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

925 HAMMJE, Petra. *« Livre vert de la Commission en vue de la création d'un droit européen des contrats, Enjeux de droit international privé ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

Pour ce qui est du champ d'application, la Commission européenne indique entre autres que « *L'instrument devrait viser à la fois les contrats conclus entre entreprises et consommateurs et les contrats conclus entre entreprises* »[926]. Il est vrai qu'à ce titre, la Commission a semblé exprimer le souhait de voir le texte régir aussi bien le contrat transfrontière que son semblable de droit interne. En tout état de cause, l'arbitrage s'est opéré en faveur du contrat transfrontière pour ménager la souveraineté des droits internes des États membres, de surcroit dans un contexte où la compétence de l'Union n'est pas des plus absolues. En ce qui concerne le *« périmètre d'intégration »* attribué au possible texte, la Commission fait des propositions dans un paragraphe qu'elle intitule *« Quel champ d'application matériel ?* »[927]. En substance, la Commission « *pose la question de savoir s'il doit se limiter aux règles générales du droit des contrats, ou bien comprendre certaines matières considérées comme voisines (comme par exemple le droit des sûretés), ou bien encore comprendre les règles applicables à certains types de contrats (par exemple la vente, les contrats de services, etc.)* »[928]. On peut ainsi lire au paragraphe 4.3.3 du livre vert qu'aux yeux de la Commission, « *En plus des dispositions sur le droit général des contrats, l'instrument pourrait comporter des dispositions spéciales applicables aux types de contrats les plus fréquents. Le contrat de vente de marchandises est le plus courant et le plus pertinent sous l'angle du marché intérieur* ». La Commission n'a toutefois pas manqué de préciser à la même occasion que « *Les contrats de services sont également très importants…* ».

341. En définitive, deux critères semblent justifier le strict périmètre de la proposition de DCEV : l'importance de certains acteurs pour le marché intérieur et l'importance de certains contrats dans le fonctionnement du marché intérieur. Si l'UE est fondée à légiférer en matière contractuelle dans le sens d'une uniformisation plus ou moins globale, c'est à condition que le texte envisagé participe au fonctionnement du marché intérieur. Pour ce faire, le texte doit concerner les acteurs clés et les contrats les plus pertinents, les plus fréquents et de fait, les plus importants pour le fonctionnement de ce marché intérieur. Le contrat entre ces acteurs doit porter essentiellement sur la vente et la fourniture de service par ailleurs. Dès lors qu'il

926 *Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. 2010. § 4.2.1 p. 12.

927 *Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. 2010. § 4.1 p. 13.

928 DESHAYES, Olivier et HANNOUN, Charley. *« Dits et non-dits du livre vert ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. Cergy-Pontoise : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

est question du fonctionnement du marché intérieur de l'Union, il est tout aussi logique que le texte vise les contrats transfrontières évitant ainsi d'entrer en concurrence avec les droits nationaux. Toujours dans la même veine, le texte proposé s'intéresse aussi au contrat de vente et plus spécifiquement aux ventes en ligne qui représentent un enjeu majeur du développement du marché intérieur[929]. Voilà comment l'Union envisage de se frayer un chemin vers l'uniformisation du droit des contrats. Il semble qu'au vu des difficultés à démontrer sa compétence législative en matière d'uniformisation du droit des contrats, l'UE est soupçonnée de dissimuler derrière l'annexe I un dessein caché : une uniformisation allant au-delà du seul contrat de vente.

B. Un objectif générique dissimule : le droit commun des contrats

342. L'annexe I de la proposition de règlement contient des éléments de nature à révéler une ambition hégémonique de l'UE, certains identifiant là une tentative de l'Union d'instaurer un droit commun des contrats (**2**). Cette crainte est en partie liée à l'architecture et au contenu singuliers de cette annexe I (**1**).

1. Une annexe à l'architecture et au contenu singulière

343. La singularité de l'annexe I tient à la fois à une architecture singulière (**a**) et à un contenu singulier (**b**).

a. La structuration de l'annexe

344. Fort curieusement, l'annexe I s'avère plus consistante que la partie principale, à savoir la proposition de DCEV. Cette annexe est constituée de huit parties, allant de l'énoncé de principes généraux au traitement de questions relatives à la prescription. « *Un tel plan "chronologique" n'est pas sans rappeler d'autres projets de droit européen antérieurs (tel est le cas des Principes de droit européen du contrat, des Principes Unidroit, de l'avant-projet Gandolfi, ou encore des Principes*

929 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.,* Janvier 2012, n° 01, p. 34. L'auteur y évoque « *Seuls 7% des consommateurs européens achèteraient des biens sur le site d'un vendeur d'un autre État membre, contre un tiers dans leur pays (Eurobaromètre Flash 299 cité p. 3 de la Communication du 11 oct. 2011, préc.)* ».

contractuels communs de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée) »[930]. La curiosité du lecteur de cette proposition ne s'arrête pas à la subdivision disproportionnée du texte. En effet, l'annexe I est subdivisée en plusieurs parties, avec une numérotation continue des chapitres à travers l'ensemble du texte. La première partie, intitulée « *Dispositions introductives* », commence par le chapitre 1, qui établit les principes généraux de droit des contrats tels que la liberté contractuelle et la bonne foi. La deuxième partie, « *Formation du contrat* », continue cette numérotation avec des chapitres sur les informations précontractuelles (chapitre 2), la conclusion du contrat (chapitre 3), le droit de rétractation (chapitre 4) et les vices du consentement (chapitre 5). La troisième partie, « *Appréciation du contenu du contrat* », débute avec le chapitre 6 sur l'interprétation des clauses contractuelles, suivi des chapitres sur le contenu et les effets des contrats (chapitre 7) et les clauses contractuelles abusives (chapitre 8). Cette numérotation continue ainsi jusqu'à la dernière partie (partie VIII) de l'annexe I qui est constituée du chapitre 18 consacré à la prescription. En résumé, l'annexe I contient dix-huit chapitres numérotés de manière continue à travers ses huit parties. On peut deviner que dans l'entendement des rédacteurs de la proposition, une telle structure continue permet une compréhension fluide et intégrée des différentes sections de l'annexe, facilitant ainsi l'application et l'interprétation des règles présentées. Toutefois, cette organisation de la proposition n'en facilite pas la lecture. Le lecteur est contraint à une véritable « *gymnastique intellectuelle à faire entre les chapitres ou sections qui s'entrecoupent, et renferment, tantôt des dispositions de droit général des contrats, tantôt des dispositions de droit spécial, soit en raison des parties aux contrats (B2C ou B2B), soit en raison de l'objet du contrat (contrat de vente d'un bien corporel, de fourniture de contenu numérique ou contrat de service connexes)* »[931].

b. Le contenu de l'annexe

345. Quant à son contenu suggéré par l'intitulé « *droit commun européen de la vente* », l'annexe I contient deux types de dispositions. Les parties I à III et VI à VIII abritent des règles générales, tandis que les parties IV et V se concentrent sur des règles spécifiques. Les dispositions générales établissent des principes et règles transversaux. Les dispositions

930 ANCEL, François. « *Propos introductifs* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1427. L'auteur y précise même qu'il « *avait même été suggéré de le reprendre dans le projet initial de réforme du droit français des contrats* ».

931 ANCEL, François. « *Propos introductifs* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1427.

spécifiques régissent les contrats de vente, les contrats de fourniture de contenu numérique et les services connexes.

La partie I réservée aux « *Dispositions introductives* » commence par l'énonciation de principes généraux tels que la liberté contractuelle (article 1), la bonne foi et la loyauté (article 2), ou encore la coopération (article 3). Ces principes ne sont pas inconnus des juristes de tradition civiliste[932]. En France, le nouveau droit des contrats, issu de la réforme de 2016, a renforcé ces notions en les inscrivant explicitement dans le Code civil[933]. La liberté contractuelle[934] est affirmée à l'article 1102 du Code civil[935], la bonne foi[936] est posée comme un principe fondamental à l'article 1104[937], et la coopération entre les parties, bien que moins explicitement formulée, se déduit des obligations générales de bonne foi et de loyauté[938]. Ainsi, la réforme de 2016 a harmonisé et clarifié des principes qui étaient déjà sous-jacents dans la pratique contractuelle française, les alignant davantage avec les standards européens et facilitant leur application[939]. Ces dispositions reflètent une volonté d'assurer une plus grande sécurité juridique et de renforcer la confiance entre les parties contractantes[940].

---

932 DUPICHOT, Philippe. « *Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats* ». *Droit et Patrimoine*. Mai 2015, Vol. 247, p. 32-47. MESTRE, Jacques. « *La réforme projetée du droit français des contrats* ». *RLDC*. Juin 2015, Vol. 132 supp., p. 6-11. DUPICHOT, Philippe. « *Les principes directeurs du droit français des contrats* ». *RDC*. Janvier 2013, Vol. 2013/1, p. 387-399.

933 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e ed. Paris : Dalloz, 2022, n° 17 et s., p. 17 et s.

934 PIGNARRE, Louis-frédéric. « *La codification des principes constitutionnels dans le Code civil ; Note sous Loi numéro 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance numéro 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ». *Revue des contrats*. Décembre 2018, Vol. 2018/4, p. 648-651. SIZAIRE, Christophe. « *De la liberté contractuelle a l''intervention du juge''. Libres propos sur l'impact de la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016* ». *Construction-Urbanisme*. Novembre 2016, Vol. 11, p. 1-2.

935 Article 1102 « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* »

936 JOUAULT, Lora et PRAT, Sébastien. « *La bonne foi et l'obligation d'information précontractuelle appliquées à la pratique des affaires : vices et vertus de la réforme ; Note sous Ordonnance numéro 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve* ». *La Gazette du Palais*. Juin 2017, Vol. 22, p. 43-48. BALAT, Nicolas. « *Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ?* » *D*. 2018, Vol. 38, p. 2099-2101.

937 Article 1104 « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* »

938 CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 15e ed. Paris : Dalloz, 2022, p. 34.

939 LANDO, Ole. « *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences* ». *RDC*. 1 janvier 2006. N° n°1, p. 167.

940 AYNÈS, Laurent. « *Un nouveau droit des contrats au service du droit français des affaires. Rapport de synthèse ; Note sous Ordonnance numéro 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.* » *La Gazette du Palais*. Juin 2017, Vol. 22, p. 88-90.

La partie II traitant de la « *Formation du contrat* » se compose des chapitres 2 à 5 respectivement relatifs aux informations précontractuelles, au droit de rétractation et aux vices de consentement.

Dans la partie III relative à l'« *appréciation du contenu du contrat »,* les rédacteurs posent des règles générales d'interprétation des contrats (chapitre 6). Ils abordent également dans le chapitre 7 dédié aux *« Contenu et effets »,* les règles sur les clauses du contrat et la détermination du prix.

À la faveur du chapitre VI portant sur les « *Dommage et intérêts ; intérêts de retard* », les rédacteurs de la proposition consacrent « *le principe traditionnel de la réparation intégrale du préjudice, tempéré par une disposition, déjà présent dans les modèles européens et internationaux, intitulée "réduction du préjudice" (article 163 qui exonère le débiteur lorsque le créancier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables…* »[941].

La partie VII dédiée à la « *restitution* » comporte les dispositions qui fixent l'objet de la restitution en cas d'annulation ou de résolution du contrat.

Dans la partie VIII traitant de la « *Prescription* », le texte propose un délai raccourci de deux ans et un autre rallongé de dix ans ou trente ans encadrant l'action en préjudices corporels. La question du point de départ de ces délais y est aussi réglée.

346. Par ailleurs, la proposition portant explicitement sur la vente, elle prévoit logiquement des règles spécifiques à la vente. Au titre des règles spécifiques au contrat de vente, la partie IV consacrée aux « *Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de vente* » regroupe des chapitres traitant de l'inexécution, l'exonération, des obligations respectives du vendeur et de l'acheteur et des moyens d'action à la disposition tant de l'acheteur que du vendeur. Le texte proposé aborde les obligations connexes au contrat de vente, avec une partie V qui concerne justement le sujet des « *Obligations et moyens d'action des parties à un contrat de services connexes* ». Ces obligations connexes s'observent dans « *les cas dans lesquels un vendeur fournit, en étroite relation avec un contrat de vente de biens ou de fourniture de contenus numériques, certains services tels que l'installation, la réparation ou l'entretien* »[942]. Cette disposition, qui aborde la question des contrats de services connexes à la vente, s'étend déjà de ce fait, en dehors du strict cadre du contrat

941 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.*, Janvier 2012, n° 01, p. 34.

942 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.,* Janvier 2012, n° 01, p. 34

de vente. Visiblement, les rédacteurs de la proposition n'avaient pas l'intention de se limiter à cette première excursion en dehors du cadre du contrat de vente. En effet, l'annexe I est révélatrice de la volonté d'instaurer un droit commun européen des contrats.

2. Une annexe révélatrice de la volonté d'instaurer un droit commun européen des contrats

347. Cette volonté prêtée à L'UE semble être déduite de la dissimulation d'un véritable droit uniforme des contrats excédant le simple domaine de la vente (**a**). Il conviendra de tenter une explication de cette apparente dissimulation des ambitions réelles de la Commission (**b**).

a. De la dissimulation d'un véritable droit uniforme des contrats excédant le domaine de la vente

348. La marge d'action de l'Union en matière contractuelle est limitée et strictement encadrée par le Traité. Toute action éventuelle dans le sens de l'adoption d'un droit européen des contrats devra être subordonnée à sa nécessité pour le fonctionnement du marché intérieur, d'où le choix apparent du contrat de vente. Mais derrière cette prétention affichée à la mise en place d'un droit commun européen des contrats de vente[943], tout porte à croire que la proposition de règlement constitue en réalité une tentative d'instaurer un droit commun des contrats en général.

En effet, lorsque l'on parcourt la proposition de texte, on s'aperçoit qu'alors que le texte est constitué de 186 articles, les rédacteurs n'évoquent la vente qu'à partir de l'article 91. En conséquence, si l'on tient compte du fait que les 28 derniers articles ne traitent pas spécifiquement de la vente, il en ressort que, sur 186 articles, 120 d'entre eux, soit les deux tiers de la proposition, traitent non de la vente, mais de ce qu'il faut bien appeler « *un droit commun du contrat, en sorte qu'on est en présence d'une théorie générale du contrat, accompagné de quelques dispositions propres à la vente, plutôt que d'un droit commun de la vente* »[944].

---

943 AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Chronique Droit européen des obligations - Législation en cours* ». *RTD Eur.* 2013, p. p.580.

944 LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. Vol. 2012/4. RDC, 1 octobre 2012, p. 1393-1400.

349. Estimant avoir parfaitement saisi cette dissimulation d'un projet plus global derrière une proposition en apparence moins ambitieuse, M. Yves LEQUETTE y voit une intention des autorités européennes de dépasser le simple cadre du droit commun des contrats de vente. Selon l'auteur, frustrée par les objections tenant à sa compétence qui lui sont jusque-là opposées, l'UE aurait choisi « *la méthode de l'engrenage* »[945]. Cette méthode a été autrement qualifiée de façon encore plus suggestive par Jean Foyer, de méthode du « *"plumage successif" des volatiles nationaux, pour bien montrer que ceux-ci étaient dépouillés de leur compétence plume par plume* »[946]. Aussi, M. LEQUETTE estime que la proposition de règlement portant sur le droit commun européen de la vente constituerait « *la première dent de l'engrenage* » d'un processus qui, une fois mis en branle, « se déroulera de manière implacable ». L'auteur prédit même que « *Les principales phases en sont d'ores et déjà programmées. Dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur du règlement, un examen est annoncé, lequel débouchera nécessairement sur une extension de son domaine* »[947]. Aussi, passerait-on, du moins officiellement, d'un droit commun de la vente, à un droit commun des contrats qui se voudrait obligatoire et applicable aux rapports purement internes et également à ceux entre professionnels sans distinction. En cas de réalisation de ces prédictions, l'auteur juge qu'« *On sera alors en face de ce que Jean Carbonnier nommait, à propos du droit européen de la consommation « un système autopoïétique* »[948], c'est-à-dire un système dans lequel les normes engendrent les normes. Mais alors que le droit de la consommation était greffé au flanc de notre système civil, on sera en présence d'un « *système autopoïétique* »[949] qui constitue le cœur et dont on voit mal comment il pourrait être maîtrisé. L'EU aura alors

945 LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. Vol. 2012/4. RDC, 1 octobre 2012, p. 1393-1400.

946 LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. Vol. 2012/4. RDC, 1 octobre 2012, p. 1393-1400.

947 LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. Vol. 2012/4. RDC, 1 octobre 2012, p. 1393-1400.

948 LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. Vol. 2012/4. RDC, 1 octobre 2012, p. 1393-1400.

949 LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. Vol. 2012/4. RDC, 1 octobre 2012, p. 1393-1400 : « *c'est-à-dire un système dans lequel les normes engendrent les normes* ».

dépossédé les « *États de leur fonction de gardien des pactes, comme elle les a déjà privés de leur fonction de gardien de la monnaie* », et ce, sans véritable base légale.

350. Les craintes de M. LEQUETTE semblent confortées par le choix de la Commission de charger un groupe constitué de personnalités issues de l'équipe supervisée par M. Christian von Bar qui et qui avait élaboré la *Cadre commun de référence* (CCR). Ces derniers ont donc proposé un règlement européen des contrats de vente très inspiré de la CCR[950]. Rappelons que cette CCR, élaborée par le groupe von Bar, excède le strict cadre du droit des contrats[951] puisqu'elle s'intéresse au droit des obligations ainsi qu'à certains pans du droit des biens.

351. Cependant, d'autres auteurs estiment que la proposition de DCEV illustre une ambition plus noble. Ainsi, M. Fabien MARCHADIER envisage les implications potentielles de l'intégration du DCEV dans les ordres juridiques nationaux et y voit une évolution qui pourrait conduire à un droit des contrats plus centré sur des valeurs telles que la loyauté, la coopération et l'attention aux intérêts des cocontractants en phase avec les principes des droits fondamentaux[952]. D'ailleurs, à l'occasion de sa participation à un colloque intitulé « *Le contrat en Europe, aujourd'hui et demain* »[953], Mme Anne PÉLISSIER a soutenu l'intérêt de la participation « *des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats* »[954]. L'auteure a pu, en effet, affirmer que la prise en compte des « *droits fondamentaux du contractant, et non pas du contrat, est sans doute l'apport le plus marquant que l'on puisse attendre pour la construction d'un droit européen des contrats…* ». L'analyse de M. Fabien MARCHADIER, associée à celle de Mme Anne PÉLISSIER, est d'autant plus intéressante si l'on garde à l'esprit que le dispositif du DCEV *« n'a pour l'heure vocation à s'appliquer qu'aux contrats internationaux* »[955]. Il s'agit d'un

950 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.*, Janvier 2012, n° 01, p. 34.

951 VON BAR, Christian. « *Le Groupe d'études sur un Code civil européen* ». *RIDC*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2001, Vol. 53, n° 1, p. 127-139.

952 MARCHADIER, Fabien. « *Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme* ». Dans : *Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? »* Vol. 2014/3. RDC, 1 septembre 2014, p. 553-558.

953 CABRILLAC, Rémy, MAZEAUD, Denis et PRÜM, André (*dir.*) *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : colloque du 22 juin 2007 », Université du Luxembourg, Association Henri Capitant.* Paris : Société de législation comparée, 2008.

954 PÉLISSIER, Anne, « *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats* ». Dans : CABRILLAC, Rémy, MAZEAUD, Denis, et al. *(Dir.) « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : colloque du 22 juin 2007 », Université du Luxembourg, Association Henri Capitant.* Paris : Société de législation comparée, 2008.,

955 DESHAYES, Olivier. *Le droit commun européen de la vente : examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*. Paris : Société de législation comparée, 2012, p. 10. La citation est tirée de la préface rédigée par M. DESHAYES.

droit destiné à régir les contrats transfrontières au sein de l'UE. Ces derniers propos de Mme PÉLISSIER s'inscrivent dans la logique des analyses de M. Jean-Michel JACQUET, M. Philippe DELEBECQUE et Mme Laurence USUNIER, qui voient dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), « *la véritable matrice des règles applicables à l'ensemble des contrats du commerce international* »[956]. De la même manière, le DCEV peut être perçu comme la base commune pour tous les contrats internationaux au sein de l'UE. Cette perspective permettrait de structurer un cadre juridique uniformisé pour les contrats internationaux en Europe, similaire à l'impact de la CVIM à l'échelle globale, en renforçant la cohérence et la sécurité juridique des transactions transfrontalières. Cela contribuerait ainsi à la construction du droit européen des contrats à laquelle faisait référence Mme Anne PÉLISSIER.

352. Certes, si un tel droit devait voir le jour à l'initiative de l'UE, c'est certainement sur le fondement du bon fonctionnement du marché intérieur. Mais, le projet devra tenir compte des principes et droits fondamentaux chers à l'UE. Cela renvoie aux valeurs que défend l'UE et qui se trouvent liées au contrat : la défense des plus faibles, la liberté contractuelle, la libre circulation des personnes et des marchandises, la liberté d'entreprise, etc[957]. En plus d'influencer les droits internes des États membres afin qu'ils se conforment davantage à ces valeurs, on comprend que les instances de l'UE aient trouvé opportune l'idée du DCEV qui a vocation à régir les contrats transfrontaliers impliquant notamment les consommateurs et qui sera vecteur desdites valeurs. Cette vocation du DCEV à ne s'appliquer qu'aux contrats transfrontières[958] est par ailleurs de « *nature à le rendre plus acceptable pour les États membres et à conforter la thèse suivant laquelle les institutions de l'Union ont compétence pour l'adopter* »[959]. Le DCEV a été conçu par ses rédacteurs comme ayant pour objet les contrats transfrontières, mais

---

956 JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international.* 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n° 528 p. 444 ; v. aussi BUY, Frédéric. *Droit des contrats d'affaires.* Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023 ; JACQUET, Jean-Michel. « *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources* ». Dans : *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn.* Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000, p. 90 et s.

957 DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude. *Droit matériel de l'Union européenne.* 8e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2019, p.27.

958 JACQUEMIN, Zoé. « *Le champ d'application et la structure du droit commun européen de la vente* ». Dans : *Le droit commun européen de la vente : examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011.* Paris : Société de législation comparée, p. 65 et s.

959 DESHAYES, Olivier. *Le droit commun européen de la vente : examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011.* Paris : Société de législation comparée, 2012, p. 10.

alors, comment expliquer ce que certains considèrent comme la dissimulation par l'UE d'une toute autre ambition ?

b. La tentative d'explication de cette apparente dissimulation de l'ambition réelle de la Commission

353. M. LEQUETTE, observateur et acteur plus qu'avisé du droit national et international, représente une telle autorité intellectuelle qu'il serait présomptueux de remettre en cause ses aptitudes à la prédiction des desseins les plus inavoués de l'Union. Il s'agit pour l'UE d'opérer une évolution qui la rapprocherait véritablement de l'OHADA. Son droit commun européen des contrats sera applicable, impérativement aussi bien aux rapports d'ordre interne qu'à ceux à caractère transfrontière. Tel est le cas des actes uniformes de l'OHADA.

354. Mais peut-on véritablement concevoir un texte portant droit commun de la vente sans des dispositions relevant de la théorie générale des contrats ? Nous l'avons relevé, quel que soit le domaine dans lequel il intervient, tout contrat est régi à la fois par des règles générales et par des règles spéciales. Les premières constituent *« la théorie générale des obligations contractuelles »*[960]. Les dernières ne sont applicables qu'en fonction de l'espèce à laquelle appartient le contrat et constituent le « *droit des contrats spéciaux* ». Rappelons que la théorie générale des contrats pose les règles communes à toutes les obligations de nature contractuelle. Cet ensemble de règles *« présente ainsi un tour abstrait, énonçant le régime applicable à tout contrat, quel qu'il soit (force obligatoire et relativité du contrat, intégrité du consentement, etc.)* »[961].

355. Un droit commun européen de la vente n'aurait qu'une efficacité limitée s'il ne prévoyait pas les dispositions relevant en l'occurrence de l'intégrité du consentement, de la force obligatoire et de la relativité du contrat. En réalité, ce qui semble nourrir les suspicions à l'égard de l'UE en la matière, c'est le fait qu'un nombre conséquent des dispositions de la proposition de règlement sont générales sans traiter spécifiquement de la vente. Peut-être aurait-il fallu qu'elle précisât « *dispositions générales à tous les contrats de vente* ». Aussi, aurait-il fallu

960 AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13e éd. Paris, L.G.D.J, 2024, p18.

961 AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13e éd. Paris, L.G.D.J, 2024, p18.

aborder directement chacune des thématiques sans aucune précision. De la sorte, une partie pourrait-être réservée à « *l'intégrité du consentement des parties au contrat de vente*… ».

356. Pour notre part, nous voyons dans la proposition de règlement une tentative de théorisation générale des contrats de vente. Il s'agirait d'une consécration de la théorie générale européenne des contrats spéciaux. La compétence de l'UE étant subordonnée au fonctionnement du marché intérieur, cette théorie permettrait d'encadrer tous les contrats qui à l'instar du contrat de vente répondraient à ce besoin. Mieux encore, on peut y voir une théorie générale des contrats transfrontières au sein de l'Union.

357. Cette idée d'une théorie générale des contrats spéciaux notamment transfrontières ne manque pas d'intérêt. En effet, cette théorisation des contrats spéciaux pourrait se faire à l'aune des familles de contrats. De la sorte, dès lors qu'il existe entre divers types de contrats, un lien tel que l'on puisse caractériser par une communauté de qualification, d'objet ou de qualité des parties, n'est-il pas idoine de prévoir un *corpus* commun à ces réalités ? Nous répondrons volontiers par l'affirmative. À ce titre, nous ne voyons rien de suspicieux dans la démarche des rédacteurs de la proposition de règlement. Comment auraient-ils pu éviter de prévoir un nombre même substantiel des dispositions générales et certaines spécifiques à la vente ? Rappelons que l'article 1.1 dispose que les règles prévues par le texte « *peuvent être utilisées dans le cadre de transactions transfrontières portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques et la prestation de services connexes lorsque les parties contractantes conviennent de les appliquer* ». Le texte est certes principalement destiné aux contrats de vente transfrontières, mais il concerne accessoirement des contrats qui ne sont pas des contrats de vente. C'est en cela que certains ont pu voir dans cette proposition de règlement, la première étape de l'adoption d'un Code civil européen. Or, en réalité, surtout à la lumière du droit français, il n'est pas surprenant qu'un « *droit commun européen de la vente* » apparaisse comme pouvant « *servir de modèles et constituer la base d'un futur droit européen des contrats* »[962] dès lors que le contrat de vente, aussi spécial soit-il, constitue « *l'archétype du droit des contrats* »[963].

358. Par ailleurs, la proposition de règlement est essentiellement articulée autour du contrat de vente ou de service impliquant des consommateurs. Il est vrai que les interventions de l'UE

962 SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, AUBERT DE VINCELLES, Carole, BRUNAUX, Geoffray, et al. *Les contrats de consommation : règles communes*. 2e éd. Paris : L.G.D.J., 2018. p.41.

963 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.,* Janvier 2012, no 01, p. 34.

dans la sphère contractuelle ont très souvent été liées au contrat de consommation. Cela est aussi perceptible dans les travaux portant CCR qui mettait un accent particulier sur les problématiques relatives aux contrats de consommation. Cette récurrence des interventions de l'UE en matière de contrats de consommation a poussé M. Dominique BLANC à soulever la question qui suit : « *le droit communautaire de la consommation, "matrice" du droit européen des contrats ?* »[964]. D'ailleurs, l'élaboration d'un droit commun européen articulé notamment autour du contrat de consommation pourrait être une bonne « *stratégie de structuration de l'acquis communautaire* »[965] marquant le dépassement de l'approche sectorielle actuelle et la consécration d'une démarche qui se voudrait plus ambitieuse[966].

359. En définitive, il est évident que la proposition de règlement ne traite que de la matière contractuelle. Elle est plus ostensiblement articulée autour du contrat de vente. Par ailleurs, le texte vise expressément les contrats transfrontières liés au fonctionnement du marché intérieur. Aussi, au regard de ses dispositions générales, il est possible d'avancer que l'ambition de ses rédacteurs s'apparente davantage à une volonté de mettre en place un droit commun aux contrats transfrontières, utile au fonctionnement du marché intérieur, qu'à une volonté d'imposer un droit commun à tous les contrats, y compris ceux de droit interne[967]. Il offre ainsi l'avantage d'un instrument mis à disposition des parties contractantes. D'ailleurs, l'ampleur du travail réalisé par les auteurs de cette proposition est telle qu'un auteur a pu écrire que *« tant par la méthode utilisée qu'à travers l'esprit qui l'anime, la proposition de règlement européen pour la vente pourrait favoriser l'éclosion et l'épanouissement d'un modèle de jus commune conçu comme un savoir commun et partagé »*[968]. Dans ce contexte, l'OHADA fait face à une réflexion similaire concernant l'uniformisation du droit contractuel. Les hésitations entre l'adoption

964 BLANC, Dominique. « *Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution* ? ». *D.* 2008, n° 9, p. p.564.

965 CHARBIT, Nicolas. « *L'esperanto du droit ? la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats à propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. Janvier 2002, n° 1, doctrine 100.

966 POILLOT, Élise. *« Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats »*. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 341.

967 DOUVILLE, Thibault. « *L'émergence d'un droit commun de la cybersécurité* ». *D.* 2017, p. 2255

968 PIGNARRE, Geneviève. « *La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ?* **»** in « *L'autre droit (européen et international) des contrats ?* ». *RDC*, Septembre 2014, n° n°3, p. 559.

d'un droit commun des contrats et celle d'un droit des contrats spéciaux mettent en lumière les défis et les décisions complexes nécessaires pour élaborer un cadre juridique cohérent.

§ 2. L'OHADA PARTAGÉE ENTRE DROIT COMMUN DES CONTRATS ET DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

360. En l'état actuel de la réflexion au sein de l'OHADA sur une action d'uniformisation portant sur la matière contractuelle, il est difficile d'identifier une stratégie claire d'option entre le droit commun des contrats et le droit des contrats spéciaux. En effet, s'il est bien envisagé de réserver un texte spécifique au contrat de consommation (**A**), les ambitions de l'OHADA en matière contractuelle semblent être marquées par des initiatives oscillant entre droit commun des contrats et théorie générale des obligations (**B**).

A. LA PROPOSITION D'UN TEXTE SPÉCIFIQUE AU CONTRAT DE CONSOMMATION

361. La genèse du projet d'Acte uniforme portant droit des contrats de consommation (**1**) doit être retracée avant de procéder à l'analyse de son contenu et de ses caractéristiques (**2**).

1. La genèse du projet d'Acte uniforme portant droit des contrats de consommation

362. L'OHADA s'est fixée pour objectif de créer un espace propice aux affaires. Les matières auxquelles elle consacre une législation sont d'une indéniable importance au regard de l'objectif de mise en place d'un espace sécurisant pour les affaires. Affirmés ainsi, les objectifs de l'OHADA semblent orientés vers la sphère « *Business to Business (B2B)* »[969] c'est-à-dire l'ensemble des relations entre professionnels. Et cela concerne toutes les entreprises[970].

969 Le terme « Business to Business », souvent abrégé en « B2B », désigne l'ensemble des transactions commerciales ou de relations d'affaires entre deux entreprises, plutôt qu'entre une entreprise et des consommateurs individuels (B2C, ou Business to Consumer). Lorsque le second « business » est écrit avec la première lettre « b » en minuscule, le terme désigne les relations entre grande entreprises et Petites et moyennes entreprises (PME). L'Académie française propose une définition similaire accessible via le lien suivant : https://www.academie-francaise.fr/sites/academie-francaise.fr/files/economie_finances_2012.pdf

970 Cela concerne aussi les relations entre grandes entreprises ou Business to business (B2b) lorsqu'il s'agit de relations entre grandes entreprises et petites et moyennes entreprises (PME).

Manifestement, « *à la suite de la sécurisation des investissements dans son espace, l'OHADA entend également assurer la protection du consommateur africain* »[971]. Autrement dit, à la question d'un Acte uniforme portant droit des contrats civils, commerciaux ou de consommation, l'OHADA semble désireuse de dissocier le dernier des deux premiers en se dotant d'un Acte uniforme propre au contrat de consommation. Une chose est de nourrir une telle ambition, une autre est de la concrétiser. Pour l'heure, la protection des consommateurs est assurée par des normes communautaires de régulation des marchés et par des dispositions nationales et communautaires régulant des contrats de consommation.

363. Pour ce qui est de la protection des consommateurs assurée par des normes communautaires, des textes ont été adoptés au plan communautaire pour réguler les marchés et partant, l'activité des acteurs économiques. Ainsi, le Règlement n° 03/2010/CM/UEMOA[972] portant schéma d'harmonisation des activités d'accréditation, de certificat, de normalisation et de la métrologie et le Règlement N° 007/2007/CM/UEMOA relatif à la sécurité sanitaire des végétaux, des animaux et des aliments ont été adoptées par l'UEMOA afin « *d'améliorer les échanges des produits et des services tant dans l'espace communautaire qu'au plan international, et à constituer le cadre d'actions visant à approfondir et à consolider le marché commun tout en assurant une meilleure protection des agents économiques et notamment des consommateurs* »[973]. Autre texte, la Directive n° 02/19-UEAC-639-CM-33 du 08 avril 2019 portant harmonisation de la protection du consommateur au sein de la CEMAC.

Dans le cadre de la régulation des contrats de consommation, la protection des intérêts économiques des consommateurs repose aussi sur des dispositions communautaires sectorielles. Si l'UEMOA intervient de manière sectorielle, c'est bien parce que « *traditionnellement, la régulation des contrats relevait de la compétence exclusive des différentes législations nationales, mais la reconfiguration des marchés nationaux en un marché communautaire a fait prendre conscience aux différents législateurs communautaires de l'importance de s'intéresser à la régulation des*

971 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°359, p. 117.

972 Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA), est une organisation ouest-africaine créée pour promouvoir l'intégration économique entre les pays qui partagent le franc CFA comme monnaie commune. Son but est renforcé la compétitivité des activités économiques dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé.

973 ZOUNGRANA, Ibrahim. *« Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français) »*. Université de Perpignan, 17 décembre 2016, p. 118. Disponible à l'adresse : https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01453166/document.

contrats. L'UEMOA, étant une organisation à but économique, ne s'est pas particulièrement intéressé aux aspects contractuels »[974]. Aussi, n'intervient-elle que sur des thématiques ou des problématiques particulières. On peut ainsi citer des dispositions qui semble encadrer certains aspects du contrat de consommation tels que le Règlement n° 15/CM/2002/UEMOA relatif au système de sécurisation des paiements électroniques y compris celles de la Décision n° 10/2010/CM/UEMOA portant adoption des lignes directrices pour le contrôle de l'information et la publicité sur les médicaments auprès des professionnels de la santé dans les États membres de l'UEMOA.

Bien qu'il serait prématuré de parler d'un droit communautaire de la consommation, il n'en demeure pas moins qu'une communauté d'États comme celle de l'UEMOA dispose d'un ensemble conséquent de dispositions touchant à la protection de l'intégrité du consentement des consommateurs notamment dans le cadre de contrats spéciaux. Le Code de la Conférence Inter-africaine de la Propriété Intellectuelle (ci-après le Code CIMA) illustre bien le caractère conséquent des actions communautaires en faveur du consommateur[975].

Ce maillage communautaire sectoriel du droit de la consommation, associé aux carences des droits nationaux des États africains en cette matière, pourrait être analysé comme justifiant une intervention globale, supranationale et uniformisée de l'OHADA. En effet, « *l'encadrement juridico-institutionnel communautaire ouest-africain ne semble pas régler toutes les problématiques liées à la protection des consommateurs* »[976].

364. L'ambition de l'OHADA en faveur d'un droit consumériste n'a pas manqué de soulever des critiques tenant notamment à la « *légitimité douteuse du droit OHADA à protéger le consommateur* »[977]. Cette critique peut être entendue si l'on s'en tient à l'objectif de l'OHADA

974 ZOUNGRANA, Ibrahim. *« Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français) »*. Université de Perpignan, 17 décembre 2016, p. 183.

975 Il importe de relever que bien que depuis ces deux dernières décennies, les États africains « *ont pris conscience de l'urgence consumériste, sans toutefois que cela débouche sur une action politique achevée, le minimum consenti jusque-là étant la protection indirecte procurée par les législations relatives au prix, fortement éloignées de tout esprit consumériste. À cette date-ci, peu de pays de l'OHADA disposent d'une véritable législation de protection des consommateurs…* » *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°361, p. 118.

976 ZOUNGRANA, Ibrahim. *« Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français) »*. Université de Perpignan, 17 décembre 2016, p. 21.

977 FASSASSI, Qowiyou. « La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA ». *Revue Horizons du droit*, nº 20, p. 46-75. [Consulté le 14 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://www.ohada.com/uploads/actualite/5584/PMA-OHADA -2020.pdf.

qui est de mettre en place un espace normatif propice aux affaires. Mais la légitimité de l'ambition de l'OHADA pour un droit consumériste devrait s'apprécier au regard du Traité instituant l'organisation. Or, dès l'origine, ce texte inclut une matière comme le droit du travail au nombre des domaines devant faire l'objet d'un Acte uniforme. S'il est clair que le droit du travail ne régit pas les relations B2B ou B2b[978], c'est bien pourtant une forme de relation contractuelle liant un professionnel à une partie dite économiquement faible. Ainsi, si le travailleur a pu faire l'objet d'une protection par le biais d'un Acte uniforme, le consommateur ne devait pas se voir refuser la protection des instances OHADA.

365. Bien des observateurs avisés de l'OHADA ne manquent pas de relever que « *les questions consumeristes s'imposent et se multiplient, au moins proportionnellement aux succès des investissements* »[979]. Ainsi, dans le cadre d'une communication portant sur « *la réalisation de l'hypothèque dans le projet de réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés : Priorité à la viabilité des garanties* »[980], présentée le 28 octobre 2010 à l'Université de Dschang à l'occasion des Journées annuelles OHADA, M. Pierre BOUBOU mettait en exergue l'impérieuse nécessité d'accorder notamment aux « *consommateurs du crédit bancaire* » une protection efficace. L'auteur relève même que certaines dispositions du droit OHADA ont potentiellement pour effet de fragiliser la situation du consommateur. Ainsi, l'application des articles 198[981], 199[982] et 200[983] de l'Acte uniforme sur les Sûretés peut porter entrave « *à un droit fondamental dont rien ne permet d'interdire le bénéfice*

978 BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et JACQUEMIN, Zoé. « *Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation* ». *RDC*. Janvier 2012, n° n°1, p. 191. Les relations B2b sont celles qui lient les professionnels exerçant dans le cadre de grande entreprise à d'autres professionnels officiant eux dans le cadre d'une PME. Ce sont donc des professionnels mais des petits professionnels.

979 BOUBOU, Pierre. *« La réalisation de l'hypothèque dans le projet de réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés : Priorité à la viabilité des garanties »*. Exposé présenté le 28 octobre 2010 à l'Université de Dschang à l'occasion des Journées annuelles OHADA, 2010. Cité dans *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°360, p. 118.

980 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°360, p. 118.

981 Article 198 : « *A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement* ».

982 Article 199 : « *À condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation, il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéquée.*

À l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extra-judiciaire demeurée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque État Partie en matière de transfert d'immeuble ».

983 Article 200 : « *Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné amiablement ou judiciairement.*

Si sa valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence. S'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

au consommateur : le droit permet d'interdire le bénéfice au consommateur : le droit au juge garanti par l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples »[984]. En tout état de cause, il faudra bien que l'OHADA s'intéresse au consommateur dès lors que le droit qu'elle institue a inexorablement un impact sur les consommateurs. La conséquence des investissements attirés par l'OHADA conduit à la « *création d'une véritable société de consommation* »[985] *au sein de laquelle si le professionnel bénéficie de dispositions nationales ou communautaires sécurisant son activité, le consommateur apparaît comme « le laissé pour compte des législateurs et juges africains* »[986]. En définitive, comment ne pas adhérer au constat du Président John F. KENNEDY pour qui « *les consommateurs représentent le groupe économique à la fois le plus important et le moins écouté* »[987] ; ce qui est particulièrement vrai dans la zone OHADA. Aussi souhaitait-il « *l'établissement d'une législation susceptible de leur assurer le plein exercice de leurs droits : droit à la sécurité, droit d'être entendu, droit d'être informé, droit de choisir* »[988]. C'est cette volonté qui trouve un écho auprès des instances de l'OHADA à travers leur ambition d'un AUCC. Cela étant, il reste à savoir comment l'OHADA devrait aborder cette question.

366. Malgré les critiques et conformément au vœu formulé en 2001 par les instances de l'OHADA le 31 août 2005, un avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation (ci-après AUCC) a été transmis au Secrétariat permanent de l'OHADA. Il semblerait que cet avant-projet ait été précédé d'une première version de 2003 qui a fait l'objet d'une vive critique notamment de la part de M. Henri TEMPLE, Directeur du Centre de droit de la consommation de l'Université de Montpellier.

2. Le contenu et les principales caractéristiques de l'AUCC

367. L'avant-projet d'AUCC remis en 2005 contient 138 articles essentiellement tournés vers le contrat de consommation. Il s'agit d'un droit spécial des contrats destiné à régir les contrats

984 *Encyclopédie du droit OHADA.* Paris : Lamy, 2011, n°360, p. 118.

985 *Encyclopédie du droit OHADA.* Paris : Lamy, 2011, n°359, p. 118.

986 NJEUFACK TEMGWA, René. « *Regards sur la protection juridique du consommateur africain : lecture comparée* ». *Penant.* 2009, Vol. 119, n° 868, p. 293-311.

987 CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE, Henri et DEPINCÉ, Malo. *Droit de la consommation.* 10e éd. 2020. Paris : Dalloz, 2020, p. 3. V. aussi le « *Message sur l'état de la nation* » consultable via le lien https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest (consulté le 2 mars 2022).

988 CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE, Henri et DEPINCÉ, Malo. *Droit de la consommation.* 10e éd. 2020. Paris : Dalloz, 2020, p. 3.

de consommation de tous types. Ce dernier fait office de droit commun des contrats dans la zone OHADA. L'article 14 dispose ainsi que « *Les questions non réglées par le présent Acte uniforme sont régies par les dispositions de l'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats. À défaut, le droit national du lieu de formation du contrat s'applique* ». L'expérience législative de la France illustre bien à quel point la naissance et le développement du droit du contrat de consommation trouvent leur cause dans les carences du Code civil et plus particulièrement dans celles du droit commun des contrats[989]. Il y a lieu de nuancer ce rapport entre le Code civil et le droit de la consommation. En effet, certains mécanismes du contrat de consommation, à l'instar des clauses abusives, sont empruntés au droit civil des contrats[990].

368. À l'image du projet d'AUDC, l'AUCC demeure, pour l'heure, à l'état d'avant-projet. Chose peu rassurante, M. Paul-Gérard POUGOUÉ, observateur avisé du droit OHADA, avait estimé que l'avant-projet d'AUCC a fait l'objet d'un report *sine die*[991]. L'actualité lui a, pour l'instant, donné raison[992]. M. Henri TEMPLE juge pour sa part que la démarche de l'OHADA tendant à se doter d'un droit de la consommation serait « *dangereuse et inopinée, doit être reconsidérée* »[993]. Cet expert international oppose à ce projet de l'OHADA des arguments relatifs à la méthode, la stratégie ainsi qu'au projet lui-même.

369. Relativement à la méthode, M. TEMPLE avance que l'avant-projet serait non conforme au cadre institutionnel de l'OHADA. Cette non-conformité serait due au fait que le droit de la consommation est « *étranger au droit des affaires* »[994]. Il s'agit là d'une opinion critiquable. De quelle source l'OHADA tirerait-elle sa légitimité à adopter un Acte uniforme relatif au contrat de consommation ? Elle la tirerait tout simplement du fait que le Traité de l'OHADA prévoit, qu'en plus des matières visées par le texte constitutif de l'organisation, les instances

989 CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE, Henri et DEPINCÉ, Malo. *Droit de la consommation*. 10e éd. 2020. Paris : Dalloz, 2020, p. 18.

990 ROUHETTE, Georges. « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* ». Dans : *Études offertes à René Rodière*. Paris : Dalloz, 1981. RZEPECKI, Nathalie. *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Thèse : Aix-en-Provence. PUAM, 2002, n° 177, p. 156.

991 POUGOUÉ, Paul-Gérard. L'arbitrage dans l'espace OHADA. *RCADI, Tome 380, Academie de droit international de la Haye*. Brill, Avril 2016, p. 150.

992 AKAKPO, Martial Koffi. *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA*. Paris : L'Harmattan, 2018, p. 27.

993 TEMPLE, Henri. « *Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation (juin 2003)* ». *Revue burkinabè de droit*. 2003, n° 33-34, p. 105-122.

994 TEMPLE, Henri. « *Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation* (juin 2003) ». *Revue burkinabè de droit*. 2003, n° 33-34, p. 105-122.

peuvent décider ultérieurement d'inclure des matières devant faire l'objet d'actes uniformes[995]. On a pu ainsi parler d'actes uniformes de « *seconde génération* ». Or, il semblerait bien que ce soit en vertu de cette disposition du Traité que l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit de la consommation a été initié. En effet, dans un rapport datant du 1er août 2007 établi lors de la réunion spéciale du Conseil des Ministres de l'OHADA tenue les 26 et 27 juillet 2007, il a résulté qu'en « *dehors du projet d'Acte uniforme sur le droit de la preuve, le Secrétariat Permanent attend, à ce jour, les observations des États Parties sur les Projets d'actes uniformes relatifs au droit du travail, au droit des sociétés coopératives et mutualistes, au droit de la consommation et au droit des contrats* ».

370. Presque vingt ans après l'élaboration de cet avant-projet, cette ambition de l'OHADA ne s'est toujours pas concrétisée en un droit consumériste adopté et appliqué effectivement. Il est alors difficile de fonder un espoir sur cet avant-projet d'autant plus qu'il est difficile d'obtenir des informations sur son évolution, même sur les plateformes officielles de l'OHADA.

371. Définition des notions clés proposée par l'AUCC. Cet avant-projet comporte d'entrée des dispositions préliminaires constituées des douze premiers articles précisant, d'une part, la définition des termes les plus sensibles du droit de la consommation et, d'autre part, le champ d'application.

372. Mais qu'est-ce que le consommateur au sens de l'AUCC ? Dans son message précité sur l'état de la Nation, John F. KENNEDY clamait que : « *nous sommes tous des consommateurs* »[996]. Cette affirmation traduit le caractère commun et usuel du contrat de consommation. Le contrat de consommation est le contrat de tout le monde et de tous les instants. Pour satisfaire une grande partie de ses besoins, l'individu sera placé dans la situation du consommateur. L'avant-projet d'AUCC définit ainsi, en son article 6, le consommateur comme une « *personne physique qui se procure, reçoit ou utilise un produit ou un service principalement*

995 L'article 2 du Traité modifié à Québec le 17 octobre 2008 dispose ainsi que « pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après ».

996 CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE, Henri et DEPINCÉ, Malo. *Droit de la consommation*. 10e éd. 2020. Paris : Dalloz, 2020, p. 8.

pour son usage personnel, familial ou domestique ». Ainsi, à la différence du droit français[997] de la consommation où le consommateur peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale, l'AUCC n'entend reconnaitre cette qualité qu'à la personne physique. Par la définition retenue ainsi que les termes employés (procure, reçoit ou utilise), les rédacteurs de l'AUCC expriment une certaine innovation dans la détermination du bénéficiaire de la protection apportée par cet instrument juridique. Le consommateur peut être aussi bien une personne qui achète un produit ou souscrit à la fourniture d'un bien, qu'une personne qui reçoit ledit produit ou ledit service, sous-entendu en pleine propriété sans qu'elle ne soit partie au contrat de consommation. Mais encore, le consommateur est une personne qui n'a que l'*usus*. Cette disposition dont peut se prévaloir l'ayant-droit du consommateur contractant constitue, en réalité, une « *approche réaliste qui peut trouver à s'appliquer notamment dans le cadre des litiges relatifs à la mise en danger de la vie d'autrui en matière de sécurité alimentaire* »[998].

373. Le contrat de consommation est défini par l'article 7 al. 1 de l'Avant-projet d'AUCC comme « *tout contrat conclu entre un consommateur et une entreprise ayant pour objet un produit ou un service* ». Et l'alinéa 2 de ce texte d'ajouter que « *sont assimilés aux contrats de consommation les textes législatifs ou réglementaires contenant les conditions de fourniture de produits ou de services* ». Trois termes utilisés par l'article 7 méritent une attention particulière : « *entreprise* », « *produits* » et « *service* ». Au sens de l'AUCC, le terme « *entreprise* » préféré à celui de « professionnel » « *s'avère moins proconsumériste que celui de "professionnel" employé en droit français de la consommation* »[999]. Aux termes de l'article 3 de l'AUCC, à la qualité d'entreprise, « *la personne physique ou morale, publique ou privée, qui met sur le marché un produit ou un service dans l'exercice d'une activité habituelle ou organisée* ». Encore une fois, l'AUCC se distingue du droit français qui, à la faveur de l'ordonnance du 14 mars 2016[1000], modifiant l'article liminaire du Code de la consommation, définit le professionnel comme « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit*

997 Aux termes d'un article préliminaire qu'avait introduit la Loi Hamon du 17 mars 2014 dans le Code de la consommation, « … *est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.* » Cette définition a étendue par le législateur en 2017 de sorte que désormais, est consommateur, d'une part, toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, ou toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles, d'autre part.

998 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°374, p. 121.

999 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°359, p. 121.

1000 Ratifiée par la loi n° 203 du 21 février 2017.

au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». Ce choix sémantique traduit la volonté des rédacteurs du projet de s'inspirer de l'approche propre aux Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur[1001]. Au sens de l'avant-projet d'AUCC, le contrat consumériste porte tantôt sur un produit, tantôt sur un service. Le produit y est défini comme « *tout bien mobilier, y compris les biens mobiliers incorporés dans un immeuble* ». Un produit est un bien meuble par nature ou immeuble par destination. Qu'en est-il alors des immeubles par nature ? Visiblement, contrairement au droit français de la consommation, l'AUCC semble faire fi de cette catégorie non négligeable de bien. Peut-on y voir, la volonté des rédacteurs de ménager les droits fonciers des États membres ? Il y a fort à parier que la complexité de ces droits qui se caractérisent par un taux élevé de contentieux a échaudé l'ardeur des rédacteurs de l'avant-projet d'AUCC qui ont dû préférer l'écarter du champ du droit OHADA de la consommation. L'exclusion de certaines questions du champ d'application de l'AUCC justifie que soient prévues des règles générales. Cela renforce l'intérêt qu'il convient de porter aux deux autres projets au champ plus étendu que celui de l'AUCC, même si ces deux projets témoignent d'un certain atermoiement entre droit commun des contrats et théorie générale des obligations.

B. DES INITIATIVES OSCILLANT ENTRE DROIT COMMUN DES CONTRATS ET THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

374. À l'heure actuelle, deux autres projets existent au sein de l'OHADA. Le premier, l'avant-projet d'AUDC est, comme son intitulé l'indique, exclusivement consacré à la matière contractuelle entendue de façon générale (**A**). Le second est quant à lui encore plus général que le premier puisqu'il a l'ambition de couvrir tout le droit des obligations. Il excède ainsi le strict cadre de la matière contractuelle (**B**).

1. L'avant-projet d'AUDC exclusivement consacré à la matière contractuelle.

375. Composé de deux cent treize (213) articles au total, le texte a pour vocation l'uniformisation complète du droit des contrats. L'avant-projet organise la matière

1001 *Encyclopédie du droit OHADA.* Paris : Lamy, 2011, n°378, p. 122

contractuelle en treize chapitres en sus d'un chapitre préliminaire consacré au champ d'application, comme suit : Dispositions générales ; Validité ; Interprétation ; Contenu du contrat et droit des tiers ; Exécution ; Interprétation ; Contenu du contrat et droit des tiers ; Exécution ; Inexécution ; Compensation ; Confusion ; Obligations conventionnelles, solidaires et alternatives ; Cession de créances, cessions de dettes, cessions de contrats ; Délais de prescriptions ; Protection des créanciers et des tiers. En dépit d'une telle densité, le texte est critiqué pour son incomplétude dès lors qu'il n'aborde pas les questions de théorie générale[1002]. Parler de théorie générale à propos de cet avant-projet impliquerait qu'il ait fait ou non le choix d'un champ d'application, soit en faveur de tous les contrats, soit restreint aux contrats commerciaux ou encore à ceux de nature civile. Or, les rédacteurs ont fait le choix de laisser cette décision aux organes compétents de l'OHADA. Dans un chapitre introductif consacré au champ d'application, ils ont ainsi prévu deux champs d'application alternatifs selon que « *l'acte est applicable à tous les contrats, tant civils que commerciaux (solutions préconisées)* »[1003] ou que « *l'acte n'est applicable qu'aux contrats commerciaux* »[1004]. *Malgré cette précaution de rédaction, il est reproché au texte son inadéquation à constituer un droit commun général et unifié d'une part, et son inadéquation à constituer un Acte uniforme spécifique aux contrats commerciaux* »[1005]. En somme, il est reproché au texte d'être difficile à appréhender car il englobe, sans les épuiser, les principes généraux des contrats. De plus, il est jugé insaisissable en raison de son dépassement du cadre spécifique du droit des affaires… L'idée que malgré les précautions prises par M. FONTAINE, l'avant-projet ne couvre pas tout le champ de la théorie générale des contrats, est confortée par le fait que la sous-section 4 traitant de la durée du contrat se limite aux seuls contrats à durée déterminée, sans aucune référence à ceux à durée indéterminée.

376. Au demeurant, les débats sur le champ d'application de l'avant-projet nous paraissent assez injustifiés. M. FONTAINE a clairement exprimé sa préférence pour un droit uniforme

1002 SOSSA, Dorothé Cossi. « *Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général ; contrats commerciaux ; contrats de consommation* ». *R.D.U, UNIDROIT*. 2008, n° n° 1/2, p. 346. [Consulté le 22 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://www.ohada.com.

1003 L'article 00/1 dispose à cet effet que « *Les dispositions du Présent Acte Uniforme s'appliquent à tous les contrats, sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans l'Acte Uniforme sur le contrat de consommation* ».

1004 Dans cette optique, l'article 0/1 prévoit que « *Les disposition du présent Acte Uniforme s'appliquent aux contrats conclus entre commerçant, personnes physiques ou personnes morales* ».

1005 SOSSA, Dorothé Cossi. « *Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général ; contrats commerciaux ; contrats de consommation* ». *R.D.U, UNIDROIT*. 2008, n° n° 1/2, p. 346.

général à tous les contrats, tant civils que commerciaux. Sa feuille de mission reçue des instances de l'OHADA ne distingue pas entre ces deux types de contrats. Pourquoi M. FONTAINE devrait-il distinguer là où le commanditaire, l'OHADA, ne distingue pas ? En effet, la décision de l'OHADA d'étendre l'œuvre d'uniformisation à la matière contractuelle fait référence au « *droit des contrats* » sans distinction. Comment d'ailleurs, imaginer un droit commun des contrats civils distinct de celle sur les contrats commerciaux ? Il convient de préciser qu'en droit français, cette distinction est relativisée. En effet, les auteurs François COLLART DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE et Charles-Édouard BUCHER relativisent la distinction entre contrats civils et commerciaux, soulignant que la nature d'un contrat dépend des parties et de leur objectif, plutôt que d'une classification stricte. Ils précisent que certains contrats sont nécessairement civils ou commerciaux, mais que la plupart des contrats peuvent être à la fois civils et commerciaux selon les circonstances[1006]. Cette approche soutient l'idée d'un droit uniforme applicable à tous les contrats, tel que prôné par M. FONTAINE.

De *lege lata*, dans les différents États parties à l'OHADA, il n'existe qu'un seul droit général des contrats qui s'applique tant aux contrats commerciaux qu'aux contrats civils sous réserve de certains particularismes. Ainsi, les conditions de formation du contrat (capacité, consentement, objet, cause, sanction de la violation des conditions de formation), la force obligatoire des contrats, l'interprétation sont régies par le droit commun des contrats sans distinction. Il n'y a aucun intérêt à ce que l'OHADA déroge à cette unicité du droit commun des contrats. La question de compétence ne se pose pas pour les raisons évoquées supra relativement au fait qu'elle s'est elle-même autorisée à se doter d'un « *droit des contrats* » conformément à son Traité.

377. Le texte ne traite pas de la matière probatoire. L'article 1/3 .2 prévoit à ce propos que « *les questions de preuve sont régies par les dispositions qui les concernent* ». Cette exclusion de la faute s'explique par le fait que lors de la rédaction du texte, les instances de l'OHADA avaient prévu de consacrer au droit des contrats et à la preuve, deux textes distincts. Notons cependant que cette approche a été abandonnée par l'OHADA dont le conseil des ministres

1006 COLLART DUTILLEUL, François, DELEBECQUE, Philippe et BUCHER, Charles-Édouard. *Contrats civils et commerciaux*. 12e éd. Paris-La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023, n° 20, p. 29. Ces auteurs écrivent précisément que : « *La catégorie des contrats commerciaux n'existe pas en tant que telle*… ».

a, en définitive, décidé de réunir le droit des contrats et la question de la preuve dans un seul *corpus*[1007].

378. Si M. Fontaine, inspiré des Principes d'Unidroit, est allé jusqu'à aborder la théorie générale des obligations, il s'est cependant limité aux règles généralement appliquées à la pratique contractuelle. Le texte se distingue par la volonté de son auteur de prendre en compte des usages et pratiques tantôt parce qu'ils sont appliqués par les parties, tantôt en raison du fait qu'ils « *constituent une référence généralisée pour tout contrat du même type* ». L'article 1/8 de l'Avant-projet dispose ainsi que « *1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que les pratiques qu'elles ont établies entre elles ; 2) Elles sont liées par tout usage qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature, à moins que son application ne soit déraisonnable* ». Cette prise en compte des usages et pratiques est propice à l'épanouissement des pratiques et usages commerciaux tant internes qu'internationaux. L'idée de ce conventionnement des usages et pratiques prend une envergure particulière avec l'importance que l'OHADA accorde à l'arbitrage qui fait une part belle aux normes non traditionnelles telles que la *lex mercatoria*. D'ailleurs, l'article 1.5.2 prévoit un procédé permettant au juge et à l'arbitre d'interpréter et de compléter le texte en ayant recours aux principes généraux. Ce texte dispose effectivement que « *les questions qui entrent dans le champ d'application du présent Acte uniforme, mais que celui-ci ne tranche pas expressément, sont, dans la mesure du possible, réglées conformément aux principes généraux dont il s'inspire* »[1008].

Autres aspects de l'importance accordée aux usages et pratiques contractuelles, le chapitre consacré à la formation du contrat est une reprise intégrale des solutions de la CVIM (articles 14 à 24), les Principes d'Unidroit (articles 2.1.2 à 2.1.11) relativement aux questions de l'offre et de l'acceptation. L'avant-projet d'AUDC reprend ainsi les solutions sur la monnaie de paiement (6/13), le hardship (articles 6/22 à 6/24), la force majeure (article7/7), ou les clauses d'incessibilité des articles (article 11/9).

379. Bien qu'essentiellement inspiré des Principes d'Unidroit, l'avant-projet d'AUDC élaboré par les soins du M. FONTAINE manifeste une volonté de compléter lesdits principes de règles traditionnelles du droit des contrats. C'est ainsi que la théorie des nullités a été enrichie

1007 Décision prise le 27 juillet 2007.

1008 Notons que cette disposition est inspirée des Principes d'Unidroit dont l'article 1.6 permet au juge et à l'arbitre de rechercher l'esprit de la réglementation uniforme, et de la puiser dans le texte moderne qui en est la source, et au besoin dans les principes généraux ou les usages dont ils s'inspirent eux-mêmes.

des articles 3/12 et 3/14 ; il en va de même du paiement dont certains aspects ont été étoffés aux articles 6/6, 6/8 à 6/10 ; principe phare du droit français des contrats, le principe de la relativité s'est vu consacrer les articles 5/10 et 5/11. Par ailleurs, l'auteur prévoit aussi la réglementation de la promesse de porte-fort qui a été réglementée à l'article 5/18. Au titre des innovations, il convient également de mentionner que le texte prévoit d'une part, des chapitres traitant des obligations conditionnelles solidaires, et alternatives (article 10/1 à 10/21), et des dispositions protectrices des créanciers et des tiers à travers les mécanismes de l'action oblique, l'action en inopposabilité, et la simulation (articles 13/1 à 13/8) d'autre part.

380. Malgré des emprunts substantiels aux Principes d'Unidroit, M. FONTAINE a accordé une attention particulière aux grands principes du droit français des contrats « *en les adaptant aux conditions économiques nouvelles* ». Au nombre de ces principes essentiels figure la liberté contractuelle[1009], de la force obligatoire du contrat[1010], de la relativité du contrat[1011], de l'interprétation du contrat[1012], de la bonne foi[1013]. La volonté du M. FONTAINE de proposer un texte moderne et innovant est telle qu'il incorpore des solutions nouvelles et progressistes. Ce progressisme concerne le traitement des clauses exonératoires de la responsabilité, la technique juridique, la réparation intégrale, la rénovation par l'introduction de conceptions nouvelles, la formulation des principes généraux relatifs à l'inexécution du contrat.

381. En ce qui concerne le traitement des clauses exonératoires, l'avant-projet d'Acte uniforme apporte une solution nouvelle. En effet, le texte reconnait le principe de la validité des clauses exonératoires de responsabilité même si le juge peut refuser de leur donner effet en les

---

1009 Article 1.1 de l'avant-projet d'AUDC « … *les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu* »

1010 L'article 1.4 de l'avant-projet d'AUDC « *Le contrat valablement formé lié ceux qui l'ont conclu. Les parties ne peuvent le modifier ou y mettre fin que selon ses dispositions, d'un commun accord ou encore pour les causes énoncées par le présent Acte uniforme* ».

1011 Article 5/10 de l'avant-projet d'AUDC dispose que « *1) les droits et obligations nés du contrat n'ont d'effets qu'entre les parties. 2) La situation juridique créée par le contrat est opposable aux tiers de plein droit, sauf si la loi requiert des formalités particulières* ».

1012 Article 4.1.1 de l'avant-projet d'AUDC « *1) Le contrat s'interprète selon la commune intention des parties. 2) Faute de pouvoir déceler la commune intention des parties, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation* ».

1013 Notons que de l'avant-projet d'AUDC ne définit pas la notion de bonne foi même si l'article 1/6 dispose que « *Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi ; elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ». Et l'article 2/15.2 d'ajouter que « … *la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie* ».

écartant en raison de leur caractère manifestement inéquitable[1014]. Le texte reconnait ainsi aux juges de la zone OHADA, une certaine latitude d'appréciation quant à l'effectivité de la clause exonératoire qui reste subordonnée à l'équilibre qu'il établit entre les parties. Cette clause peut faire l'objet d'une sanction du juge dès lors que « *la clause est inéquitable par elle-même, car son application provoquerait un déséquilibre évident des prestations des parties, ou lorsque l'inexécution du contrat est le fait de la négligence manifeste du débiteur* ». Ce pouvoir reconnu au juge peut être considéré comme excessif.

382. S'inscrivant dans la lignée du droit traditionnel des contrats, l'avant-projet choisit de reprendre des solutions anciennes en les modernisant. Cette rénovation est perceptible au sujet de la technique juridique. Si le texte reprend des concepts déjà présents dans des textes comme le Code civil français, il prend la peine de les expliciter. L'avant-projet reprend ainsi le principe de la réparation intégrale notamment à l'article 7/20 rédigé comme suit : « *1) Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée. 2) Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale* ». En droit français, la réparation intégrale est déjà un principe fondamental[1015]. [1016] Elle a pour but de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'avait pas eu lieu[1017]. Cela comprend les pertes matérielles, les dommages corporels et moraux[1018]. Certes, l'avant-projet semble aligner en grande partie sur

---

1014 L'article 7/6 de l'avant-projet d'AUDC dispose qu'une « Partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ».

1015 CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 15e éd., 2022. Paris : Dalloz, 2022, n° 343, p. 332.

1016 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n° 865, p. 967.

1017 Et l'article 6/23 de proposer la définition qui suit : « *Il y a bouleversement des circonstances lorsque surviennent des évènements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et*

a) que ces évènements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;

b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels évènements en considération ;

c) que ces évènements échappent au contrôle de la partie lésée ; et

d) que le risque de ces évènements n'a pas été assumé par la partie lésée »

1018 MOUY, Sébastien. « *La réparation intégrale du préjudice* ». *Village de la Justice*. Octobre 2021. [Consulté le 16 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://www.village-justice.com/articles/reparation-integrale-prejudice,40489.html ; DELBARD, Marie. « *Réparation et dommage corporel ». Dans : « La réparation du dommage. Perspectives nouvelles du droit en France et en Italie ».* Poitiers : 2022, p. 41.

les principes actuels du droit français concernant la réparation intégrale, avec une attention toute particulière portée aux économies réalisées par le créancier en raison de l'inexécution, ainsi qu'une reconnaissance explicite des préjudices non pécuniaires. Mais, alors que le principe découle de l'application de l'article 1240 du Code civil (naguère article 1282), sans qu'aucune disposition du Code civil ne lui soit consacrée, la proposition de réforme de la responsabilité[1019] civile déposée le 29 juillet 2020 devant le Sénat français prévoit de donner une consécration textuelle à ce principe établi de manière constante par la jurisprudence[1020].

383. Un autre point de rénovation à mettre au crédit de l'avant-projet consiste en la formulation de principes généraux portant sur l'inexécution du contrat. En plus de reconnaitre au juge et à l'arbitre un pouvoir d'appréciation de la clause d'exonération, le texte prévoit plusieurs dispositions relativement à l'inexécution du contrat. Ainsi, l'article 7/1 définit la notion d'inexécution et l'article 7/3 aborde l'exception d'inexécution quand l'article 7/4 est consacré à la correction de l'inexécution.

384. Le point culminant de l'innovation issue de l'avant-projet d'AUDC de M. FONTAINE, a trait à l'introduction des concepts inédits. L'avant-projet prévoit la prise en compte expresse et explicite des « *bouleversements des circonstances* »[1021]. L'article 6/22 dispose en ce sens que « *Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes* ». Par ailleurs, la force majeure est également consacrée par le texte en son article 7/7. En effet, il ressort de ce texte que le débiteur d'une obligation contractuelle est exonéré des conséquences de son inexécution due à la force majeure.

385. La mise en exergue du contenu et des principaux traits caractéristiques de l'avant-projet conduit à reconnaitre la qualité et l'ampleur du travail fourni par M. FONTAINE. Ce texte, qui s'inspire d'un droit anational que sont les Principes d'Unidroit, instrument à vocation universelle, présente l'avantage d'une certaine modernité et d'une neutralité de nature à rassurer les États parties de l'OHADA qui ne sont pas héritiers du droit des contrats français.

1019 (326) Pour un commentaire de la proposition : BONDON, Marie-Sophie. *Le principe de réparation intégrale du préjudice : contribution à une réflexion sur l'articulation des différentes fonctions de la responsabilité civile*. Thèse : Montpellier, 28 novembre 2019.

1020 Civ. 2e, 4 févr. 1982, JCP, 1982, note J. F. Bariéri ; Cass. 2ème Civ, 28 octobre 1954, J.C.P. 1955, II, 8765 ; Civ. 1ère 17 juillet 1996 n°94-18181 Bull Civ. 1 n°327. Dans toutes ces affaires, la Cour de cassation a rappelé qu'il est de la vocation de la responsabilité civile *« de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* ».

1021 Le chapitre 6 de l'avant-projet d'AUDC contient une section 2 intitulé « *bouleversements des circonstances* ».

Cependant, le pragmatisme du rédacteur l'a conduit à jeter son dévolu sur des concepts empruntés au droit français des contrats. Toujours dans une optique de modernisation et d'innovation, ces concepts font l'objet d'une rénovation marquée par leur explication concrète. Malgré toutes les qualités que l'on peut reconnaitre au texte proposé par M. FONTAINE, il n'en demeure pas moins que cette proposition soulève des difficultés de référence et de cohérence[1022]. Elle suscite deux questions : « *En premier lieu, la substitution de l'actuel droit des contrats, généralement reconnu comme inadapté, par un droit des contrats inspiré d'un modèle "anational" est-elle compatible avec la stabilité des transactions garantie par la pratique contractuelle dans le contexte de l'Afrique ? En second lieu, le recours au modèle des Principes d'Unidroit, dont les règles ont été conçues particulièrement pour les contrats du commerce international, peut-il justifier l'uniformisation d'une théorie générale des contrats impliquant à la fois les contrats civils et les contrats commerciaux dans le contexte particulier de l'espace OHADA ?* »[1023]. Ces interrogations sont tout à fait stimulantes. Si l'on a pu s'interroger sur la légitimité du droit interne à régir les contrats transfrontières, l'on se doit de poser la même question dans le sens inverse. Sachant que les Actes uniformes ont, par principe, vocation à intégrer l'ordonnancement juridique des États membres et se substituer au droit interne et que le droit OHADA s'applique également aux situations purement internes, il importe de se s'interroger sur l'adaptabilité d'un texte inspiré des Principes Unidroit à ces situations purement internes. Autrement dit, un Acte uniforme portant droit des contrats élaboré à partir d'un modèle essentiellement orienté vers les contrats du commerce international est-il adapté aux contrats internes, de surcroît lorsqu'il s'agit de contrat de nature civile ? Cette question en suscite une autre : les Principes Unidroit sont-ils si éloignés du droit commun des contrats internes ? M. Jean-Michel JACQUET a justement entrepris une comparaison entre le droit français des contrats et les Principes Unidroit[1024]. L'auteur y démontre que malgré l'existence des divergences notables entre le droit français des contrats et les principes d'Unidroit, notamment dans la formation des contrats et la gestion de l'inexécution, il y a également de nombreuses convergences, en particulier dans la reconnaissance de la force obligatoire des contrats et la liberté contractuelle. Les deux

1022 POUGOUÉ, Paul Gérard. « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* ». *OHADAta* D-07-41, p. 3.

1023 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n°506, p. 155.

1024 JACQUET, Jean-Michel. « *Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT* ». *R.D.U.* Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 179-194.

systèmes partagent une vision fondamentale du contrat en tant qu'accord volontaire liant les parties. L'auteur relève par exemple que les deux systèmes accordent une place importante aux vices du consentement (erreur, dol, violence), bien que les principes d'*Unidroit* se concentrent davantage sur l'aspect moral de l'erreur. Un autre exemple fourni par l'auteur concerne la gestion de l'inexécution du contrat. À l'instar du droit français[1025], les Principes d'*Unidroit* reconnaissent aux parties la possibilité de gérer les situations d'inexécution, avec des options telles que l'exécution forcée ou la résolution du contrat. Cependant, les principes d'*Unidroi*t sont plus libéraux concernant la résolution unilatérale du contrat. Il a fallu attendre la réforme du droit des contrats de 2016 pour que le droit français permette la résolution unilatérale. Avant cette réforme et à l'époque des propos de M. JACQUET, le droit français pouvait paraître plus strict, car il exigeait des procédures judiciaires plus formelles pour qu'une partie puisse unilatéralement résoudre un contrat pour inexécution[1026]. Cette possibilité de résolution unilatérale introduite par la réforme de 2016, démontre qu'au-delà des éléments de comparaison relevés par M. JACQUET, il existe des contacts entre les Principes d'*Unidroit* et le droit français des contrats[1027]. D'ailleurs, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit

1025 JAOUEN, Magali. *La sanction prononcée par les parties au contrat : étude sur la justice privée dans les rapports contractuels*. Paris: Economica, 2010.

1026 L'article 1217 du Code civil français dispose que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; - obtenir une réduction du prix ; - provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* ». Tel que cité, l'article 1217 du Code civil français, introduit par la réforme du droit des contrats de 2016, centralise les dispositions concernant les sanctions en cas d'inexécution des obligations. Avant cette réforme, les textes relatifs à ces sanctions étaient disséminés dans le Code civil et manquaient de clarté en étant répartis sur plusieurs articles. Avant 2016, les principes de l'inexécution des obligations reposaient principalement sur la jurisprudence et divers articles du Code civil. Par exemple, l'exécution forcée en nature était prévue par l'article 1142, la résolution du contrat par l'article 1184, et les dommages-intérêts par les articles 1146 à 1152. La réforme de 2016 a regroupé et simplifié ces dispositions, notamment par l'article 1217, pour améliorer la lisibilité et l'accessibilité des règles en cas d'inexécution contractuelle. Avant cette réforme, il n'existait pas d'article unique détaillant toutes les sanctions possibles pour l'inexécution d'une obligation contractuelle. Les parties devaient consulter plusieurs articles et la jurisprudence pour connaître les recours disponibles.

1027 « *le Rapport de présentation du projet du ministère de la Justice, les Principes de droit européen du contrat, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, le projet de Code civil européen rédigé par l'Académie des privatistes de Pavie, les travaux du réseau de chercheurs sur le Cadre commun de référence n'ont pas été négligés pour élaborer le projet de réforme du droit des contrats* ».

des contrats, du régime général et de la preuve des obligations évoquait l'intérêt des rédacteurs du projet de réforme pour les Principes d'Unidroit[1028].

386. Cet exemple de la réforme française du droit des contrats illustre bien que l'avant-projet d'Acte uniforme portant sur le droit des contrats, qui s'appliquerait également aux contrats internes, ne devrait pas être disqualifié au profit du second avant-projet en raison de son inspiration des Principes d'Unidroit. En outre, le droit français, qui a su tirer parti des Principes d'Unidroit, n'a-t-il pas lui-même inspiré ce second avant-projet ?

2. Le second avant-projet excédant le strict cadre de la matière contractuelle.

387. Alors que les instances de l'OHADA ne se sont prononcées que pour l'extension du domaine d'uniformisation notamment au droit des contrats et au droit de la preuve, le second avant-projet embrasse « *tout le droit des obligations (contrats, actes unilatéraux, actes collectifs, délits et quasi-délits, quasi-contrats), la preuve et la prescription extinctive* ». Le premier chapitre du texte est consacré à la délimitation de son champ d'application. L'article 1 précise ainsi qu'il concerne les obligations civiles et commerciales, sans distinction. Le texte propose une définition de la notion d'obligation en distinguant l'obligation juridique et l'obligation naturelle tout en proposant des éléments d'appréciation des obligations non explicites (article 2). Aux termes de ce second projet, les sources des obligations sont définies comme pouvant être un acte juridique, un fait juridique ou la loi (art. 1, 3 et 4). Le contrat y est spécifiquement abordé au titre 2 dont le sous-titre 1 est intitulé « *le contrat* ». Dans ce sous-titre, les dispositions 21 à 262 sont consacrées aux contrats. Le contrat, désigné comme un « *acte juridique conventionnel* », y est défini comme un accord de volontés conclu entre deux ou plusieurs en vue de produire des effets de droit (article 21). Ce projet d'Acte uniforme assimile ainsi, du moins implicitement, la notion de contrat à celle de convention. Dans ce sens, le projet évoque le

1028 *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. [Consulté le 31 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte. Le rapport indique que *« Le sous-titre Ier intitulé « Le contrat » se subdivise en quatre chapitres, relatifs aux dispositions liminaires (chapitre Ier), à la formation du contrat (chapitre II), à son interprétation (chapitre III), et à ses effets (chapitre IV). Le plan adopté se veut donc clair, si Unidroit chronologique, pour garantir une accessibilité et une compréhension plus aisée que dans le code civil actuel, dont les règles relatives au contrat sont dispersées dans cinq chapitres. A l'instar des PDEC et des principes Unidroit, ce plan chronologique, qui reflète l'entière vie juridique du contrat, de sa formation à sa fin, facilite également la compréhension et l'application des règles énoncées* ».

contrat unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagements réciproques de celles-ci (article 22). Le texte apporte une innovation avec la définition des contrats conjonctifs[1029], des contrats-cadres[1030] et des contrats interdépendants[1031].

388. Au titre des principes directeurs, les rédacteurs de l'avant-projet ont été guidés par le principe de la liberté de contracter qui implique la liberté de déterminer le contenu et la forme du contrat, y compris celle de ne pas contracter. Les principes de force obligatoire du contrat et de bonne foi occupent également une place importante en phase précontractuelle, de conclusion, d'exécution et d'extinction du contrat. Enfin, un autre principe ayant emporté la conviction des rédacteurs est celui de la force obligatoire des usages auxquels les parties ont consenti ainsi que des pratiques qu'elles ont établies entre elles.

L'avant-projet d'Acte uniforme portant droit général des obligations aborde le contrat suivant deux phases : l'une précontractuelle et l'autre purement contractuelle. La phase précontractuelle est traitée au chapitre 2 après le chapitre 1 consacré aux dispositions préliminaires où sont abordées, la négociation, les notions d'offres et d'acceptation ainsi que les avant-contrats.

389. Portant sur le « *droit général des obligations* », le champ matériel de ce second avant-projet soumis aux instances de l'OHADA révèle une volonté d'uniformisation plus ambitieuse que celle affichée par le premier avant-projet, limité au droit des contrats. Bien que cet avant-projet sur le droit des contrats couvre un champ matériel plus restreint, il demeure manifestement plus ambitieux que la proposition européenne, dont l'intitulé cible spécifiquement la vente. Les projets de l'OHADA et celui de l'UE se distinguent donc par leurs champs matériels. Outre cet aspect, ces projets se différencient également par leurs portées normatives.

1029 Le contrat conjonctif y est défini comme étant celui dans lequel plusieurs personnes sont rassemblées dans une partie plurale comme la coentreprise, la coassurance ou le pool bancaire.

1030 Quant au contrat cadre, il y est défini comme un accord de base par lequel les parties conviennent de négocier, nouer ou entretenir des relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques essentielles.

1031 Le projet d'Acte uniforme portant droit général des obligations, définit les contrats interdépendants comme étant des contrat concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent.

SECTION II.

DES PROJETS DE TEXTES DIVERGENTS QUANT À LA PORTÉE NORMATIVE DU DROIT MATÉRIEL

390. Selon l'objet que l'on choisit d'uniformiser, le texte adopté aura une portée normative plus ou moins contraignante. Un texte uniformisant strictement le droit des contrats sera caractérisé par sa supplétivité et la place de choix laissée au principe d'autonomie. Un texte portant sur les contrats de consommation sera quant à lui constitué de dispositions revêtues du caractère d'ordre public économique de protection. Aussi, l'analyse du DCEV révèle-t-elle l'apparent choix de l'UE pour la nature optionnelle du texte en projet (**§1**). De son côté, le droit OHADA des contrats semble s'illustrer par un ballotage entre la tradition législative de textes obligatoires et le caractère supplétif inhérent à la matière contractuelle (**§2**).

§1. L'APPARENT CHOIX DE L'UE POUR LA NATURE OPTIONNELLE DU TEXTE EN PROJET

391. L'UE manifeste clairement sa préférence pour un texte optionnel, comme en témoigne l'affirmation explicite du caractère facultatif du DCEV (**A**). Toutefois, cela soulève la question de la pertinence d'un tel texte optionnel, notamment en ce qui concerne la nécessaire protection des parties faibles (**B**).

A. L'AFFIRMATION EXPRESSE DU CARACTÈRE FACULTATIF DU DROIT COMMUN EUROPÉEN DE LA VENTE

392. Le choix de conférer au règlement proposé « *le caractère optionnel, facultatif, ou alternatif, implique un choix des opérateurs de s'y soumettre, choix que l'on peut qualifier d'"opt in", selon l'expression consacrée* »[1032]. La proposition de règlement portant droit commun européen des contrats constitue une véritable innovation au sein du droit de l'UE. Pour la première fois, un *corpus*

1032 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. *Mise en œuvre des instruments optionnels européens en droit privé*. Paris : Société de législation comparée, 2012. p. 54.

d'une telle envergure est proposé sous la forme d'un droit optionnel[1033]. Si l'UE a déjà conçu des instruments optionnels européens à l'instar de ceux portant sur la société européenne ou

1033 Le Livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises suggérait les différentes options qui suivent :

« *Option 1 : Publication des résultats du groupe d'experts* ». La première option, la moins « *engageante* » consiste à rendre publics les résultats des travaux actuellement menés par le groupe d'experts chargé d'améliorer le cadre commun de référence. Selon toutes vraisemblances, ces résultats se présenteront sous la forme d'un corps de règles-modèles limité au domaine du contrat. Un Code « *savant* » des contrats.

« *Option 2 : Une « boîte à outils » officielle destinée au législateur* »

La deuxième option consiste à faire du cadre commun de référence proposée par le groupe d'experts, un outil, plus exactement une « *boîte à outils* », destiné uniquement à l'usage des institutions européennes (Commission seule, ou Commission, Parlement et Conseil en cas d'accord interinstitutionnel). Il s'agirait pour ces institutions de piocher dans le cadre commun de référence les règles ou principes destinés à façonner les futures règles adoptées par l'Union dans des domaines sectoriels de manière que l'ensemble formé par ces règles soit traversé par une logique connue et indentifiable, gage de cohérence.

« *Option 3 : Recommandation de la Commission relative à un droit européen des contra*ts »

La troisième option consiste pour la Commission à recommander aux États membres d'adopter ou de s'inspirer pour l'avenir des règles du cadre commun de référence. Avec le risque, inhérent aux recommandations, de constater que la recommandation n'est pas suivie.

« *Option 4 : Règlement instituant un instrument facultatif de droit européen des contrats* »

La quatrième option consiste à introduire dans les droits des États membres, par le biais d'un règlement, les textes du cadre commun de référence adopté par la Commission, lesquels ne se substitueraient pas aux règles nationales préexistantes mais coexisteraient avec elles en s'offrant aux choix des parties, à titre d'alternative. Un droit optionnel des contrats, le même dans tous les États membres, serait ainsi ajouté aux différents droits nationaux. Le droit européen des contrats se présenterait dans ce cas, et selon les termes mêmes de la Commission, comme un « *second régime* » de droit des contrats.

« *Option 5 : Directive relative au droit européen des contrats* »

La cinquième option consiste à recourir à une directive d'harmonisation minimale afin de faire du cadre commun de référence adopté par la Commission un « *minimum* », que les États membres pourraient compléter. Suivant un jargon habituel mais à vrai creux dans l'hypothèse étudiée, les États pourraient « *conserver des règles plus protectrices* ». Protectrice de quoi, ou plutôt de qui ? Le livre vert ne le précise pas.

« *Option 6 : Règlement instituant un droit européen des contrats* »

La sixième option consiste à imposer aux États membres, par le biais d'un règlement, le cadre commun de référence adopté par la Commission, lequel remplacerait alors purement et simplement les dispositions nationales applicables aux contrats. Il s'agirait de créer un droit européen des contrats uniforme et pleinement contraignant, pour les États comme pour les parties (en en sens que ces dernières ne disposeraient pas d'une option leur permettant de se soumettre à un autre corps de règles).

« *Option 7 : Règlement instituant un code civil européen* »

La septième option est proche de la sixième par la nature qu'elle vise à conférer aux règles qui pourraient être adoptées. Il s'agirait en effet là encore de créer, par le biais d'un règlement, un corps de règles immédiatement applicables se substituant totalement aux dispositions nationales préexistantes. Simplement, son domaine serait plus vaste. N'était pas limités aux contrats, les textes nouveaux porteraient sur l'ensemble du droit civil, et constituerait donc un « *Code civil européen* ».

Le choix entre ces différentes options peut difficilement se faire sans qu'il soit tenu compte, ne serait-ce qu'à la marge, du contenu des règles dont il vise à déterminer le statut futur. Notamment, ce choix est largement impacté par la décision à prendre sur le point de savoir si les règles dont on parle sont destinées à s'appliquer à tous les contrats, internes comme internationaux, ou bien uniquement aux contrats internationaux. La Commission, qui en a parfaitement conscience, propose ainsi d'envisager plusieurs hypothèses, qui sont autant de variables susceptibles de modeler les options précédemment décrites.

la marque communautaire[1034], il s'agit cette fois d'un droit commun des contrats de vente comportant même des dispositions générales susceptibles de s'appliquer à des contrats autres que la vente. À ce titre, il s'agit d'une rupture avec la tradition d'harmonisation sectorielle opérée par le truchement des directives d'harmonisation même totale. Pour une fois, sans modifier directement les droits nationaux, la Commission propose « *un droit alternatif* ». Ce faisant, la proposition de la Commission est perçue comme consistant en « *l'adoption d'un 28e régime européen de droit du droit contrat de vente qui pourrait être choisi comme loi applicable au contrat à l'instar d'une loi étatique* ». La conséquence de cette méthode est que le droit commun européen de la vente intègre l'ordonnance juridique des États membres tout en observant un équilibre entre le respect du pluralisme et l'unité nécessaire à la stimulation de marché intérieur[1035].

393. L'article 3 de la proposition de règlement confère un caractère facultatif au droit commun européen de la vente. Ce texte dispose que « *les parties peuvent convenir de soumettre au droit commun européen de la vente leurs contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes, dans le cadre du champ d'application territorial, matériel et personnel défini aux articles 4 et 7* ».

Le texte étant facultatif, les parties à un contrat peuvent choisir de placer partiellement ou totalement leur relation contractuelle sous l'empire de ses dispositions. Précisons, néanmoins, que cette faculté d'application partielle du règlement proposé est exclue dans les relations entre professionnels et consommateurs, car le droit commun européen de la vente ne peut être appliqué partiellement, mais uniquement dans son intégralité (article 8.3 de la Proposition de règlement). La Commission entend donc laisser aux parties le choix de l'opt

1034 Règlement n°6/2002/CE, 12 décembre 2001, sur les dessin ou modèles communautaires ; Règlement n° 40/94/CE, 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, remplacée par Règlement n°207/2009/CE, 26 février 2009 sur la marque communautaire ; Règlement n° 861/2007/CE, 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges ; Règlement n°2137/85CEE, 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) ; Règlement n°1896/2006/CE, 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer ; Règlement n° 2157/2001/CE, 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne ; Règlement n°1435/2003/CE, 22 juillet 2003, relatif u statut de la de société coopérative européenne.

1035 PIGNARRE, Geneviève. « *La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ?* » in « *L'autre droit (européen et international) des contrats ?* ». *RDC*. Septembre 2014, no n°3, p. 559.

in « *qui se matérialise par une convention portant sur le droit applicable et dont le formalisme est plus lourd dans les contrats de consommation (Prop., art. 8 et 9 et considérant 22)* »[1036].

La faculté ouverte aux contractants d'opter pour l'application du règlement est subordonnée à la conclusion préalable d'une convention dite d'application. L'article 8.1 de la Proposition dispose ainsi que « *L'application du droit commun européen de la vente requiert une convention des parties à cet effet. Les conditions d'existence et de validité d'une telle convention sont déterminées sur la base des paragraphes 2 et 3 du présent article, de l'article 9, ainsi que des dispositions pertinentes du droit commun européen de la vente* ». À la lecture de ce texte, l'on est porté à penser aux dispositions générales de l'annexe I qui sont assimilées à une théorie générale des contrats transfrontières. Ces dispositions prévoient des règles gouvernant la validité des contrats. Une disposition particulière nous vient à l'esprit : l'article 6 de ladite annexe. Ce texte prévoit la libre forme des conventions placées sous l'empire de la Proposition de DCEV. Il dispose que « *Sauf disposition contraire du droit commun européen de la vente, aucune forme particulière n'est requise pour conclure un contrat, effectuer une déclaration ou dresser tout autre acte régi par ce droit ou pour en apporter la preuve* ». Il semble légitime de conclure qu'une convention d'application n'est, par principe, soumise à aucune forme particulière.

394. Cependant, en application de l'article 8 de la Proposition, dès lors que le contrat comporte une partie qui a la qualité de consommateur et l'autre professionnel, ce formalisme tend à s'alourdir. Le paragraphe 2 de cet article dispose que « *dans les contrats entre professionnels et consommateurs, la convention d'application du droit commun européen de la vente n'est valable que si le consentement du consommateur est donné par une déclaration expresse distincte de celle exprimant son accord pour conclure un contrat. Le professionnel délivre au consommateur une confirmation de cette convention sur un support durable* ». Ce formalisme participe de la nécessité d'assurer la protection des parties.

B. De l'opportunité d'un texte optionnel au regard de la nécessaire protection des parties faibles

395. Si le DCEV suscite une interrogation quant à l'opportunité de son caractère optionnel c'est notamment en raison de l'existence d'un risque d'éviction des droits nationaux plus protecteurs (**1**). Une réflexion s'impose sur la nécessité de conférer au règlement un caractère

1036 AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Protection des consommateurs - Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. LexisNexis SA, Décembre 2011, n° 50, p. 1376.

obligatoire au moins au profit des consommateurs impliqués dans des contrats transfrontières (**2**).

1. L'existence d'un risque d'éviction des droits nationaux plus protecteurs

396. Dans sa réponse à la Commission européenne à propos de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises[1037], l'association Henri CAPITANT juge qu'il « *est a priori très séduisant de proposer un régime optionnel, un 28e droit des contrats en Europe* ». L'association évoque ainsi que cette approche a pour avantage de « *ménager les susceptibilités nationales en ce qu'elle ne fait pas disparaître les droits des États membres* » dès lors qu'elle « *ne brusque pas les contractants qui peuvent ne pas choisir le droit européen et rester dans le giron habituel des droits nationaux* ».

Cependant, l'apparent enthousiasme de l'Association CAPITANT est tempéré en raison du fait qu'elle n'approuve pas que l'instrument optionnel soit étendu au-delà de la sphère des contrats liant des professionnels ou des entreprises. En effet, distinguant les rapports entre professionnels et consommateurs de ceux liant des professionnels entre eux, l'Association fait valoir auprès de la Commission européenne que « *cet instrument optionnel devrait être destiné aux contrats conclus entre professionnels. En effet, l'idée même d'un instrument optionnel semble contrarier l'objectif de protection du consommateur* »[1038]. Sensible à cette problématique, M. Simon WHITTAKER s'est interrogé sur l'opportunité de demander aux consommateurs, dont l'infériorité de la position contractuelle appelle en droit interne et communautaire une protection particulière, de choisir entre des *corpus* qu'ils auront certainement du mal à apprécier[1039]. La Fondation pour le droit continental abonde dans le sens de l'Association

1037 *Réponse d'un Groupe de l'Association Henri Capitant au Livre Vert de la Commission européenne*. Disponible à l'adresse : http://www.henricapitant.org/reponse-dun-groupe-de-lassociation-henri-capitant-au-livre-vert-de-la-commission-europeenne.

1038 Pour les contrats impliquant les consommateurs, l'Association exprime clairement sa préférence pour une directive porteuse d'un droit commun des contrats de consommation. Cette idée correspond à la cinquième option évoquée par la Commission dans son livre vert… Cette option consiste à recourir à une directive d'harmonisation minimale afin de faire du cadre commun de référence adopté par la Commission un « *minimum* », que les États membres pourraient compléter. Suivant un jargon habituel mais à vrai creux dans l'hypothèse étudiée, les États pourraient « *conserver des règles plus protectrices* ».

1039 WHITTAKER, Simon. « *L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle* ». *RDC*. Avril 2011, no n° 2, p. 579.

CAPITANT en ce qu'elle juge que rien n'est moins sûr qu'il faille prévoir un instrument unique et optionnel pour les entreprises et les consommateurs[1040]. La Fondation préconise également que des textes distincts soient destinés à chacun de ces acteurs du marché intérieur dans la mesure où leurs attentes respectives seront ainsi mieux satisfaites.

397. Il est vrai que si pour les rapports entre professionnels, intervenant dans la sphère des affaires caractérisée par le libéralisme, l'idée d'un texte optionnel peut paraître certainement attrayante, cet intérêt reste à relativiser au regard du statut de partie contractuelle faible du consommateur. Cela s'applique également aux professionnels qui peuvent se trouver dans la position de dépendance vis-à-vis d'autres professionnels, notamment dans les rapports de distribution[1041]. Même dans l'hypothèse où le choix de l'application du règlement portant droit commun européen des contrats serait encadré strictement comme nous l'avons évoqué plus haut, il n'en demeure pas moins que cela représente un risque pour le consommateur. Un contrat de consommation étant un contrat d'adhésion, « *le risque serait en effet qu'une place soit laissée aux choix stratégiques des professionnels quant au choix du droit applicable* »[1042]. On peut espérer que des règles spéciales de droit international privé, protectrices du consommateur, viennent déroger et s'imposer à cette proposition de règlement. La protection du consommateur ne saurait être garantie *a minima,* mais plutôt à niveau élevé[1043]. Au fond, si la protection des parties faibles paraît avoir été prise en compte par les dispositions de la proposition de droit commun de la vente, il est à craindre que la même garantie d'équilibre fasse défaut au stade de la mise en jeu de ce régime optionnel[1044]. Le risque existe que, fort de sa position dominante, le professionnel agisse de sorte à écarter le droit national protecteur

---

1040 GRIMALDI, Michel et DE VITA, Anna. « *Réponse de la Fondation pour le droit continental* ». *RDC*. Octobre 2011, n° n°4, p. 1376.

1041 AUBERT DE VINCELLES, Carole, DANIS-FATÔME, Anne et USUNIER, Laurence. « *Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontalières conclues entre professionnels et consommateurs* ». *RDC*. 2 juin 2022. N° 4, p. 1426 : « *Quant aux rapports BtoB, la dimension protectrice des droits nationaux ne doit pas non plus être minimisée. En effet, certains droits nationaux, comme celui de la France, ont développé une protection de la partie professionnelle la plus faible, par le moyen de règles ne relevant pas du droit général des contrats mais pouvant relever du droit de la concurrence ou du droit de la distribution. Permettre l'application, dès lors, d'un instrument optionnel européen aux contrats nationaux conclus entre professionnels pourrait conduire à un degré de protection moindre de la partie faible au contrat.* »

1042 *Réponse d'un Groupe de l'Association Henri Capitant au Livre Vert de la Commission européenne*. [Consulté le 14 juin 2024]. Disponible à l'adresse : http://www.henricapitant.org/reponse-dun-groupe-de-lassociation-henri-capitant-au-livre-vert-de-la-commission-europeenne.

1043 GRIMALDI, Michel et DE VITA, Anna. « *Réponse de la Fondation pour le droit continental* ». *RDC*. Octobre 2011, n° n°4, p. 1376

1044 WALTER, Doralt. « *De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats* ». *RDC*. Octobre 2011, n° n° 4, p. 1313.

du consommateur. Des auteurs jugent même que « *la mise à l'écart des règles nationales protectrices du consommateur est le corollaire incontournable de la création d'un régime européen dont l'attrait repose sur son application à l'identique dans tous les États membres à l'UE* »[1045]. En réalité, cette crainte n'est pas excessive dans la mesure où en vertu du règlement Rome I, « *aujourd'hui, le choix de la loi applicable par le professionnel est possible et il est même quasiment systématique dans le cas des contrats transfrontaliers* »[1046] même si ce texte assure au consommateur une protection minimale correspondant à celles prévues pour ce consommateur dans son pays.

Consciente de ce risque de contournement des droits nationaux de la consommation au profit du règlement relatif au contrat de vente, la Commission n'a eu de cesse de préciser que ce règlement optionnel doit procurer au consommateur, une protection a minima de même niveau que celle des droits internes, voire davantage si possible. Le considérant 11 de la proposition de règlement revient sur cette nécessité. On peut y lire que « *Le droit commun européen de la vente devrait constituer un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs. Conformément à l'article 114, paragraphe 3, du traité, ces règles devraient garantir un niveau de protection élevé des consommateurs afin d'accroître la confiance de ces derniers dans le droit commun européen de la vente et de les encourager ainsi à conclure des contrats transfrontières régis par ce droit spécifique. Les règles devraient augmenter le niveau de protection que le droit de la consommation de l'Union assure aux consommateurs* » notamment à travers les directives.

Le consommateur n'est pas la seule partie faible dont la protection pourrait être remise en cause. Certaines entreprises, en raison de leur taille économique ou de leur vulnérabilité, se retrouvent en situation de dépendance économique face à des cocontractants d'envergure économique nettement supérieure. Il est ainsi très révélateur que la proposition de règlement évoque spécifiquement les PME.

398. Dans le cadre d'une étude menée sur les expériences de l'UE en matière d'instrument optionnel, « *l'ensemble des rapports a montré que la technique de l'instrument optionnel est un but en soi,*

1045 BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et JACQUEMIN, Zoé. « *Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation* ». *RDC* [Janvier 2012, no n°1, p. 191. [

1046 WALTER, Doralt. « *De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats* ». *RDC.* Octobre 2011, no n° 4, p. 1313. L'auteur y évoque à titre d'illustrations les conditions générales d'amazon.fr qui stipulent que « *Les présentes conditions générales de vente sont soumises au droit luxembourgeois (…). Tous les litiges relatifs à la relation commerciale existant entre Vous et Nous sont soumis à la compétence non exclusive des juridictions luxembourgeoises* » ; ou l'exemple du site internet de la FNAC qui stipule « *Article 14 - Droit applicable - Litiges. Le présent contrat est soumis à la loi française. La langue du présent contrat est la langue française. En cas de litige, les tribunaux français seront seuls compétents* ».

une technique propre, et non un moyen d'aboutir à terme à l'harmonisation maximale »[1047]. Cette étude a permis de mettre en exergue que certains instruments optionnels européens ont été couronnés de succès dans certains pays[1048] et que d'autres ont eu un sort différent[1049]. Est-ce pour autant une raison suffisante de croire que le règlement européen portant droit optionnel des contrats de vente connaîtra un sort aussi heureux ? Même dans l'éventualité d'une réponse affirmative à cette interrogation, le consommateur et les PME en tireront-ils véritablement avantage ? Les auteurs de l'étude précitée avancent qu'avec quelques mesures d'optimisation tirées de l'expérience positive de textes optionnels déjà adoptés, les instruments optionnels à venir connaîtront davantage de chances de succès. Au nombre de ces mesures d'optimisation, il est fait état de l'adaptation de « *l'instrument optionnel à la situation à traiter, de la bonne ou de la mauvaise mise en œuvre de l'instrument optionnel* ». Il y est tout de même précisé que « *l'instrument optionnel doit être élaboré dans les domaines où il va apporter une plus-value, où il va avoir un intérêt pour l'opérateur parmi les instruments existants* ». Évoquant le cas particulier de la proposition de règlement portant droit des contrats, les auteurs de l'étude jugent qu'« *un instrument optionnel pour les contrats de vente pourrait avoir du succès, car il permettrait à un professionnel d'avoir un régime commun pour commercer avec les consommateurs des 27 États membres. Ce serait assurément une importante plus-value. Entre professionnels, il leur donnerait un régime neutre qui ne serait ni celui du vendeur ni celui de l'acheteur* ». Il est surprenant de constater que la plus-value potentielle apportée par la proposition de règlement est appréciée à l'aune des intérêts du professionnel et qu'aucune distinction n'est faite entre les grandes entreprises et les PME dont l'infériorité économique pourrait appeler une certaine protection juridique. Comme il a été expliqué, un règlement optionnel laisse à la partie contractante la plus forte, la possibilité de choisir entre le droit national et le droit optionnel au détriment des intérêts de la partie faible (consommateur ou PME). Afin de prévenir ce risque, il est précisé que « *la plus-value n'est rien*

1047 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. *Mise en œuvre des instruments optionnels européens en droit privé*. Paris : Société de législation comparée, 2012. p. 412.

1048 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. *Mise en œuvre des instruments optionnels européens en droit privé. Paris : Société de législation comparée, 2012. p. 412. Les auteurs y relèvent que : La société européenne est à cet égard remarquable. Absolument ou quasiment inexistante dans certains pays (Grèce, Bulgarie, Espagne, Portugal, Pologne), elle progresse avec difficulté dans d'autres (Suède, France, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas, Slovaquie), mais elle connaît un réel succès en République Tchèque, et en Allemagne, même s'il ne faut pas minimiser le nombre des SE dormantes. La même remarque vaut pour le GEIE.*

si on ne la connaît pas ». Pour ce faire, les auteurs de l'étude portant sur l'expérience européenne en matière de droit optionnel préconisent une publicité tous azimuts portant sur le texte et les droits qu'il ouvre au profit des opérateurs économiques. Cette publicité irait au-delà des techniques propres au monde juridique[1050], selon d'autres modalités. Ces auteurs proposent ainsi la mise en place d'une « *communication à triple détente* » qui se décline en trois mouvements ci-dessous décrits.

D'abord, « *un premier stade concerne une information succincte sur les avantages comparés entre les deux branches de l'option (cette information doit donc être le plus souvent distincte selon le pays, puisque la branche nationale de l'option est différente selon les pays)* ». Ensuite, « *si l'opérateur est intéressé, il peut cliquer sur un lien qui va lui donner une information simplifiée sur la mise en œuvre de l'instrument optionnel* ». Enfin, « *s'il est encore, un dernier clic lui permettra d'arriver à un troisième niveau où il aura l'information complète, voire les textes concernés* ». Cette communication à triple détente reflète l'esprit de l'article 9 de la Proposition de DCEV qui impose des obligations d'information particulières dans les contrats de consommation. Mais n'est-ce pas là que des vœux pieux ? Est-il vraiment raisonnable de penser que tous les consommateurs prendront le temps et le soin de lire ces différentes informations afin de se forger solidement leur religion sur le droit qui sera applicable à leur contrat d'achat conclu notamment via internet ? Combien de consommateurs prennent le temps de lire les conditions générales des contrats qu'ils concluent en ligne ? Un dispositif comme celui de la communication à double détente ne sera-t-il pas en réalité, une manière légale et habile de renvoyer le consommateur et le professionnel dos à dos ? En dépit de ces interrogations, il faut bien reconnaitre que les pouvoirs publics se doivent de veiller à l'intégrité du consommateur contractant et à ce qu'il ne soit pas vicié par des pratiques commerciales qui leur seraient défavorables[1051]. Que les consommateurs soient moins enclins à suivre les recommandations visant à assurer leur protection ou que les professionnels les trouvent excessives, toujours est-il que les pouvoirs publics se doivent de fixer un cadre juridiquement qui peut prendre la forme d'un

1050 Les colloques, formation des juges, avocats, des notaires, mise au programme des examens professionnels.

1051 LOISEAU, Grégoire. « *Le formalisme informatif par voie électronique : les conditions d'équivalence au support écrit du support durable* ». *Communication Commerce Électronique*. Octobre 2012, Vol. 10, p. 26-28.

formalisme[1052]. En France, en matière de contrat conclu en ligne, l'article 1127-1 du Code civil[1053] prévoit que lorsque l'offre est faite sous forme électronique, elle doit comporter certaines mentions obligatoires notamment, différentes étapes à suivre pour conclure le contrat, les moyens techniques permettant à l'utilisateur d'identifier les erreurs commises dans la saisie avant la conclusion du contrat[1054]. Le droit de l'UE participe aussi à la construction du formalisme informatif protecteur des intérêts du consommateur. C'est ainsi que la Cour de justice a pu retenir que le fait de prévoir un lien hypertexte conduisant vers des conditions générales de vente en ligne « *ne vaut pas confirmation au consommateur des informations relatives au contrat* »[1055]. Cette affaire concerne l'interprétation de l'article 5, § 1 de la directive nº 97/7/CE[1056] qui prévoit notamment que le professionnel doit fournir au consommateur, par écrit ou sur tout autre support durable dont il dispose et auquel il a accès, une confirmation des informations pertinentes dans le cadre du contrat, en temps utile. Aussi, la question posée à la Cour de justice était de « *savoir si le fait de ne rendre accessibles au consommateur les informations prévues à l'article 5, § 1 de la directive nº 97/7/CE que par un hyperlien*

1052 CATALA, Pierre. « *Le formalisme et les nouvelles technologies* ». *Répertoire du Notariat Defrénois*. Août 2000, Vol. 15, p. 897-910. L'auteur y cite Jacques FLOUR qui affirmait que : « *Le formalisme n'apparaît, écrivait-il, qu'autant que le consentement doit être enveloppé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque.* »

1053 Article 1127-1 (Ord. N° 2016-131 du 10 fev. 2016, art. 2, en vigueur le 1er oct. 2016) : « *Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.*

L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

L'offre énonce en outre : 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ; 4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. »

1054 CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 15e éd., 2022. Paris : Dalloz, 2022, n° 50, p. 59.

1055 *CJUE, 05-07-2012, aff. C-49/11, Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer*. [Consulté le 17 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124744&doclang=FR : « *L'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, doit être interprété en ce sens qu'une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni «fournies» par cette entreprise ni «reçues» par le consommateur, au sens de cette même disposition, et qu'un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un «support durable» au sens dudit article 5, paragraphe 1.* »

1056 *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret*. Vol. 144. 20 mai 1997. [Consulté le 17 juin 2024]. Disponible à l'adresse : http://data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj/fra.

sur un site internet du cybercommerçant satisfait aux exigences de ladite disposition »[1057]. Cette décision ainsi que la directive dont elle interprète une disposition illustrent le travail réalisé sur le plan communautaire et interne pour assurer la protection du consommateur à travers un formalisme informatif que les professionnels peuvent juger excessif à certains égards.

399. En tout état de cause, il y a lieu de penser que ce lourd dispositif informatif prévu par le DCEV n'aboutira qu'à faire peser sur le consommateur la charge de la connaissance du droit applicable au contrat le liant à un professionnel. Aussi vrai que les consommateurs ne lisent pas systématiquement les conditions générales des contrats, il est fort probable qu'ils se contentent du choix à eux proposé par le professionnel. Il y a fort à parier qu'évoluant dans « *les eaux glacées du calcul égoïste* », le professionnel n'ira jamais porter à la connaissance de chaque consommateur que le choix de tel ou tel *corpus* de normes lui serait plus avantageux. Il est fort probable que le consommateur soit noyé dans une quantité d'informations dont la complexité est telle qu'elle ne lui permettra pas d'opérer un choix éclairé et utile. C'est l'un des inconvénients du droit optionnel en pareille matière : il crée une « *concurrence* » « *entre le droit national et le droit européen, de nature à déconcerter le citoyen, notamment le consommateur, censé être apte à choisir entre deux systèmes juridiques* »[1058]. Il n'est pas certain que tous les professionnels qui dirigent leurs services ou produits vers les consommateurs du marché intérieur pourront actualiser leurs connaissances des droits internes protégeant les consommateurs. Comment pourraient-ils transmettre aux consommateurs des informations qu'eux-mêmes ne maîtrisent pas ?

400. Aussi nous semble-t-il préférable, dans l'intérêt des consommateurs, que le rubicond du caractère obligatoire soit franchi au moins en ce qui concerne ces derniers. Autrement dit, le texte serait obligatoire envers le professionnel à moins que le consommateur consente à l'écarter.

1057 CASTETS-RENARD, Céline. « *Le formalisme informatif en droit européen du commerce électronique* ». *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*. Décembre 2012, Vol. 88, p. 6-10.

1058 SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, AUBERT DE VINCELLES, Carole, BRUNAUX, Geoffray, et al. *Les contrats de consommation : règles communes*. 2e éd. Paris : L.G.D.J., 2018. p.40.

2. La nécessité de conférer au règlement un caractère obligatoire au moins au profit des consommateurs impliqués dans des contrats transfrontières

401. Dans son Livre vert relatif « *aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour le consommateur et les entreprises* », la Commission suggère différentes options dont la sixième qui consiste en la création d'un Règlement européen des contrats. Cette sixième option implique d'imposer « *aux États membres, par le biais d'un règlement, le cadre commun de référence adopté par la Commission, lequel remplacerait alors purement et simplement les dispositions nationales applicables aux contrats. Il s'agirait de créer un droit européen des contrats uniforme et pleinement contraignant, pour les États comme pour les parties (en en sens que ces dernières ne disposeraient pas d'une option leur permettant de se soumettre à un autre corps de règles)* »[1059]. Si la proposition de règlement portant sur le droit européen de la vente est revêtue du caractère optionnel, l'idée d'un règlement obligatoire a bien été évoquée dans les considérants 11, 12 et 13. Dans le premier de ces considérants, les rédacteurs du texte affichent leur préférence pour des dispositions impératives dès lors qu'elles concernent le consommateur[1060]. Et le considérant 12 d'ajouter que « *puisque le droit commun européen de la vente comprend un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs, il n'y aura aucune disparité entre les législations des États membres en la matière lorsque les parties auront choisi d'appliquer ce droit* ». Visiblement, la Commission a dû renoncer à ce caractère obligatoire. Comment expliquer cet apparent renoncement ? Est-il rédhibitoire ? Assurément, l'avènement du droit européen des contrats, même limité à la vente, devra transcender divers obstacles au nombre desquels la compétence juridique de l'UE à entreprendre une telle œuvre législative ? Malgré ces obstacles, il nous semble que l'UE peut légiférer subsidiairement, avec un règlement au domaine précis (option 6 précitée). Ce domaine précis, nous l'avons déjà précisé : contrats transfrontières

1059 DESHAYES, Olivier et HANNOUN, Charley. *« Dits et non-dits du livre vert ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises.* Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

1060 Le considérant 11 énonce : « *le droit commun européen de la vente devrait constituer un corps complet de règles impératives et totalement harmonisées protégeant les consommateurs. Conformément à l'article 114, paragraphe 3, du traité, ces règles devraient garantir un niveau de protection élevé des consommateurs afin d'accroître la confiance de ces derniers dans le droit commun européen de la vente et de les encourager ainsi à conclure des contrats transfrontières régis par ce droit spécifique. Les règles devraient maintenir ou augmenter le niveau de protection que le droit de la consommation de l'Union assure aux consommateurs* ».

liant notamment les consommateurs à des professionnels. Naturellement, la légalité d'un tel règlement doit être jaugée à l'aune du principe de subsidiarité et de sa base juridique.

En effet, s'agissant du principe de subsidiarité, l'article 4, § 2 du TFUE prévoit qu'en matière de « *protection des consommateurs* » et de « *marché intérieur* », les compétences sont partagées entre l'Union et ses États membres. Il est à noter qu'en cas d'attribution par les traités de l'Union d'une compétence partagée avec les États membres, dans un domaine déterminé, l'article 2 TFUE prévoit que « *les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne* ». Ainsi rapportée, « *cette disposition pourrait laisser accroire que l'Union est libre de légiférer comme elle l'entend, ne laissant aux États qu'une compétence résiduelle* ». Mais cette lecture est battue en brèche par l'article 5§3 TFUE qui prévoit le principe de subsidiarité et aux termes duquel en cas de partage de compétence, « *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être atteints de manière suffisante par les États membres (…), mais peuvent l'être mieux en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée au niveau de l'Union* ». Dans sa proposition de directive relative aux droits des consommateurs de 2008, le Parlement européen a estimé qu'une harmonisation maximale en droit de la consommation ne contreviendrait pas au principe de subsidiarité[1061].

Il convient de rappeler qu'une telle directive s'écarterait du principe d'harmonisation minimale opérée par les directives adoptées jusque-là et qui laisse aux États la latitude de maintenir ou adopter des règles nationales plus strictes que celles émanant de la directive. La directive d'harmonisation maximale ou encore d'harmonisation complète interdit aux États membres de maintenir ou adopter des dispositions s'écartant de la directive. Cette approche a déjà fait l'objet d'une mise en œuvre à travers la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur du 11 mai 2005[1062].

1061 *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs {SEC(2008) 2544} {SEC(2008) 2545} {SEC(2008) 2547}*. 2008. [Consulté le 20 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX%3A52008PC0614.

1062 *Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales ») (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*. Vol. 149. 11 mai 2005. [Consulté le 20 juin 2024]. Disponible à l'adresse : http://data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj/fra.

402. Dans la proposition de directive de 2008, le Parlement européen suggère qu'il devrait être possible de démontrer que la protection des consommateurs sera davantage garantie au niveau de l'Union qu'au niveau national par une directive d'harmonisation du droit européen. Aussi le Parlement européen y indique que « *la proposition a pour objectif de contribuer à un meilleur fonctionnement du marché intérieur entre professionnels et consommateurs, en renforçant la confiance des consommateurs dans le marché intérieur et en réduisant les réticences des entreprises vis-à-vis des échanges transfrontaliers. Cet objectif global doit être atteint en réduisant la fragmentation, en renforçant le cadre réglementaire, en assurant aux consommateurs un niveau de protection commun élevé, ainsi qu'en leur fournissant des informations appropriées sur leurs droits et sur les modalités d'exercice de ces derniers. À cet effet, la Commission mettra en place un processus destiné à déterminer le moyen le plus approprié pour informer les consommateurs de leurs droits fondamentaux sur le lieu de vente* ». Cette proposition de directive a beaucoup été critiquée notamment en raison de la suppression de la liberté des États membres et du fait qu'elle prévoit un niveau de protection plus élevé des consommateurs. Les membres de l'association CAPITANT ont ainsi soutenu que « *de façon, générale, le souhait d'une harmonisation maximale dénature en effet l'instrument même de la directive : elle perd toute flexibilité puisque les États ne peuvent par hypothèse aller au-delà des objectifs qu'elle poursuit tandis qu'elle n'offre pas la sécurité d'un règlement en exposant au risque d'absence ou de mauvaise transposition* »[1063]. L'association ajoute que « *s'agissant des contrats de consommation, une harmonisation maximale conduirait, suivant toute vraisemblance et non sans quelque paradoxe, à une protection seulement minimale des consommateurs : la recherche du plus petit dénominateur politique commun entre pays de l'UE opérerait certainement en ce sens* ». Un plus petit dénominateur peut justement consister en la circonscription de l'action de l'UE en matière contractuelle, à un champ matériel limité qui ménagerait au demeurant, la souveraineté des États membres. Comme nous l'avons déjà suggéré, cette action devrait s'appuyer sur les besoins, même théoriques, du marché intérieur et partant, s'articuler autour des rapports contractuels concernant les professionnels et les entreprises. À ce premier critère de restriction de l'action de l'Union, devra nécessairement s'ajouter celui des éléments d'extranéité. Les seuls contrats concernés devront être les contrats transfrontières au sein de l'espace du marché intérieur. À cet égard, il n'est pas étonnant de constater que la proposition de directive précitée de 2008 n'ait pas prospéré. L'article 3 de cette proposition prévoit en

1063 *Réponse d'un Groupe de l'Association Henri Capitant au Livre Vert de la Commission européenne*. [Consulté le 14 juin 2024]. Disponible à l'adresse : http://www.henricapitant.org/reponse-dun-groupe-de-lassociation-henri-capitant-au-livre-vert-de-la-commission-europeenne.

effet au titre du champ d'application matérielle qu'elle « *s'applique, dans les conditions et dans la mesure prévues par ses dispositions, aux contrats de vente et aux contrats de services conclus entre le professionnel et le consommateur* ». Les rédacteurs de la proposition de directive n'ayant pas distingué les contrats internes de leurs homologues à caractère transfrontière, et, étant donné qu'il s'agit d'une directive, ses dispositions ont vocation à être transposées dans les droits internes. En cas de contrats transfrontières, il faudra recourir au règlement Rome 1 qui désignera le droit national qui s'appliquera à l'affaire. C'est ainsi que les dispositions de la directive en viendraient à régir probablement un contrat transfrontière.

403. Un règlement prévoyant une protection plus élevée et revêtue du caractère obligatoire pourrait nettement moins achopper sur les craintes exprimées à l'égard des différentes initiatives européennes, s'il est clairement limité aux contrats transfrontières de vente impliquant les professionnels et les consommateurs. Au fond, le marché unique de l'Union n'implique-t-il pas surtout le développement et la sécurisation accrue des relations transfrontières ? Il semble que ce sont surtout ces relations qui sont vectrices de la circulation des personnes, des marchandises et des capitaux.

404. Qu'en est-il de la base juridique d'une approche plus contraignante ? Pour ce qui est du fondement juridique d'un règlement obligatoire, il ressort de l'article 169 TFUE que, pour promouvoir les intérêts des consommateurs, l'Union agit à travers, d'une part, « *des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur* » (§ 2, a)) et, d'autre part, par *« des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi* » (§ 2, b)). Or, ce même article 169 TFUE précise que les mesures prises par le Parlement européen et le Conseil en application du §2, b) « *ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes* » (§4). Une lecture *a contrario* de cette disposition pourrait conduire à conclure qu'un règlement impératif n'est faisable qu'à condition qu'il le soit à la double fin de la réalisation du marché intérieur et de la protection des consommateurs. D'ailleurs, la protection du consommateur par l'UE revient aussi à protéger le marché intérieur[1064]. Encore une fois, les textes précités dévoilent une marge d'action certes étroite, mais existante, au profit de l'UE. Un règlement impératif portant droit commun de la vente transfrontière impliquant professionnels et consommateurs ne paraît pas hors de la compétence de l'Union.

1064 *Les mesures de protection des consommateurs. Fiches thématiques sur l'UE. Parlement européen.* 31 mars 2023.

§2. L'OHADA : DE LA TRADITION LÉGISLATIVE CONTRAIGNANTE À LA SUPPLÉTIVITÉ INHÉRENTE AU CONTRAT

405. Le principe de l'autonomie de la volonté est repris par les rédacteurs des projets de droit OHADA des contrats[1065]. Ainsi, l'article 32 de l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA dispose que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter* », et l'article 33 d'ajouter que « *La liberté contractuelle emporte celle de choisir son cocontractant ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. Toutefois, il ne peut être dérogé, par des conventions, à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». Quant à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (AUDC), en son article 1/1 que *« sous réserve de l'article 3/1, les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu* ». L'article 3/1 prévoit la nullité de tout contrat ou clause « *contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* » et « *aux dispositions impératives de la loi, sauf si la loi en dispose autrement* ». Conséquemment à cette consécration de la liberté contractuelle, l'article 1/2 dispose que « *les parties peuvent exclure l'application du présent Acte uniforme, déroger à une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets, à moins que cet Acte uniforme n'en dispose autrement* ». C'est ici la consécration du caractère supplétif des dispositions de l'AUDC[1066]. Les contractants peuvent choisir de soumettre leurs contrats à l'AUDC ou à l'Acte uniforme relatif au droit général des obligations, ou à une disposition nationale pour régir leur contrat. La loi d'autonomie trouve ainsi pleinement matière à s'épanouir surtout lorsqu'il s'agit de contrat transfrontière[1067].

406. Considérer la première acception de la liberté contractuelle comme impliquant pour les contractants, une « *liberté d'initiative* »[1068] — c'est-à-dire, la liberté de pouvoir choisir son partenaire — semble relevée de l'évidence. Cependant, dans la mesure où cette liberté permet aux parties de s'affranchir de l'Acte uniforme en déterminant librement la forme, le contenu de leur contrat et la loi applicable, la portée de cette liberté soulève quelques questions.

1065 LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U*. Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 319-337.

1066 *Encyclopédie du droit OHADA.* Paris : Lamy, 2011, n°409, p. 149.

1067 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019.p1971. MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé.* 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. p.824 s.

1068 LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U*. Janvier 2008, Vol. 13, n° 1-2, p. 319-337.

407. L'article 00/1 de l'AUDC fournit un premier indice sur l'appréciation de la portée de cette liberté : « *Les dispositions du présent Acte uniforme s'appliquent à tous les contrats, sans préjudice des dispositions spécifiques contenues dans l'Acte uniforme sur le contrat de consommation* ». La protection assurée au consommateur par l'Acte uniforme portant droit des contrats (AUCC) viendrait limiter la portée de la liberté contractuelle proclamée par les deux autres projets d'Acte uniforme précités. Le contractant professionnel ne saurait imposer au consommateur un contenu contractuel ou une loi nationale choisie à la seule convenance du premier et contraire aux dispositions protectrices du second contenues notamment dans l'AUCC. En effet, l'article 138 « *des dispositions finales* » de l'AUCC proclame le caractère d'ordre public de l'Acte uniforme relatif au contrat de consommation. L'évocation d'un ordre public au profit des consommateurs, dont seront garants les États parties à l'OHADA, suggère qu'il s'agit à coup sûr d'un ordre public de protection. Dès lors « *le consommateur ne saurait être privé du bénéfice de la protection que l'Acte uniforme ici présenté lui assure, si les parties font le choix d'une autre loi applicable au contrat de consommation. Il offre donc un corpus juridicum minimum de protection du consommateur africain* »[1069].

408. Cela dit, à la lecture de l'article 138 précité, il apparaît que cette disposition fait référence aux contrats régis par un *corpus* autre que l'AUCC. Dans cette hypothèse, « *le renvoi peut porter sur la loi applicable à tout le contrat (ex. : renvoi exprès au code français de la consommation). Mais il pourrait s'agir d'un renvoi à un texte spécial portant sur un aspect précis du contrat (exemple : renvoi exprès des parties de l'Ordonnance française du 17 février 2005 relative à la conformité du bien au contrat due par le consommateur au vendeur)* »[1070]. En tout état de cause, l'AUCC offrant aux consommateurs de la zone OHADA une protection de droit commun, il y a fort à parier que ces derniers la préfèreront à chaque fois que la *lex contractus* offrirait une protection inférieure à celle de l'Acte uniforme.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

409. L'UE et l'OHADA ont visiblement entamé une démarche concrète en vue de l'adoption d'un droit matériel uniformisé en matière contractuelle. Les différents textes en projet, commandités par les instances de ces deux organisations, illustrent encore une fois la

1069 *Encyclopédie du droit OHADA.* Paris : Lamy, 2011, n°483, p. 147.

1070 *Encyclopédie du droit OHADA.* Paris : Lamy, 2011, n°483, p. 147.

difficulté de l'entreprise. Ces difficultés ne sont toutefois pas insurmontables. L'existence même de ces projets est la preuve que l'uniformisation est réalisable en matière contractuelle au sein de l'UE et de l'OHADA. Les points cruciaux qui doivent faire l'objet d'une attention particulière touchent au champ matériel de l'uniformisation et à la nature, optionnelle ou obligatoire, du texte. Ces deux questions peuvent s'avérer liées par un lien de dépendance.

410. En effet, pour l'OHADA et l'UE, afin de mettre en place un espace propice aux affaires ou un marché intérieur, il ne saurait être question de se limiter aux rapports entre les entreprises. À défaut de pouvoir procéder à l'uniformisation générale du droit des contrats, un type spécifique de contrat mérite d'être considéré en priorité : les contrats liant les professionnels aux consommateurs. Il s'agit là d'un point de départ pertinent. L'uniformisation du droit des contrats peut se faire par le prisme des contrats de consommation[1071]. Cette approche conviendrait bien à l'UE où l'idée d'une uniformisation générale du droit des contrats se heurte aux considérations de compétence. C'est d'ailleurs, le choix qu'elle semble avoir opéré par la proposition de DCEV. Quant à l'OHADA, ses instances ont manifestement choisi de distinguer le droit du contrat de consommation du droit général des contrats.

411. Le choix d'uniformiser le droit des contrats de consommation est lié à celui de la portée du texte projeté. Dans le cas d'un droit des contrats visant à assurer la protection des parties faibles comme les consommateurs, il serait contreproductif de ne pas opter pour des dispositions impératives. Un texte optionnel ou supplétif de volonté, mis à la disposition des professionnels, aurait pour effet de priver le consommateur de la protection garantie par le droit interne (dans le cadre d'un contrat transfrontière).

412. L'UE ne peut espérer agir contre la diversité législative en matière contractuelle, que sous réserve de la démonstration de ce que l'uniformisation du droit des contrats concourt à l'établissement ou le fonctionnement du marché unique. Les critères de contrats transfrontières et de consommation peuvent servir de fondement à cette intervention même sous forme d'instrument obligatoire.

En tout état de cause, une intervention de l'OHADA et l'UE, au regard de la marge d'action que leurs droits primaires leur confèrent, laisseraient des pans entiers de la matière

---

1071 POILLOT, Élise. *« Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats »*. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 27.

contractuelle en dehors du champ du droit matériel uniformisé. Aussi, le concours de la méthode conflictuelle s'avérera inévitable. En effet, ces lacunes du droit matériel uniformes conduisent à recourir aux droits nationaux. On en revient ainsi à la diversité des droits nationaux, potentiellement sources de conflits de lois.

CONCLUSION DU TITRE I

413. L'UE et l'OHADA ont entrepris des démarches concrètes pour adopter un droit matériel uniformisé en matière contractuelle. Les différents projets de textes commandités par ces organisations illustrent la complexité de cette entreprise. Cependant, ces difficultés ne sont pas insurmontables. L'existence même de ces projets démontre que l'uniformisation contractuelle est réalisable au sein de l'UE et de l'OHADA. Les points cruciaux à considérer sont le champ matériel de l'uniformisation et la nature optionnelle ou obligatoire du texte, ces deux aspects étant potentiellement interdépendants. Cette interdépendance doit être particulièrement considérée dans les contrats impliquant une partie en situation de vulnérabilité ou de dépendance, comme les contrats de consommation ou de distribution. En effet, l'uniformisation du droit des contrats de consommation est intrinsèquement liée à la portée du texte proposé. Pour protéger les parties faibles comme les consommateurs, des dispositions impératives sont nécessaires. Pour que cette uniformisation soit réellement efficiente, elle doit inclure des dispositions impératives, c'est-à-dire des règles auxquelles les parties ne peuvent pas déroger par accord. Ces dispositions sont essentielles car elles garantissent une protection minimale et incontournable pour les consommateurs, qui sont souvent la partie la plus vulnérable dans les contrats.

414. Pour l'OHADA et l'UE, l'objectif de créer un espace propice aux affaires ou un marché intérieur ne peut se limiter aux relations inter-entreprises. En l'absence d'une uniformisation générale du droit des contrats, il est pertinent de se concentrer sur les contrats liant professionnels et consommateurs. L'uniformisation du droit des contrats via les contrats de consommation constitue un point de départ stratégique, particulièrement pour l'UE, où les compétences en matière d'uniformisation générale sont limitées. C'est le choix reflété dans la proposition de DCEV. De son côté, l'OHADA a opté pour une distinction entre le droit des contrats de consommation et le droit général des contrats.

415. L'UE doit démontrer que l'uniformisation du droit des contrats est essentielle pour le marché unique, notamment via les critères des contrats transfrontaliers et de consommation, même sous forme d'instrument obligatoire. Une intervention de l'OHADA et de l'UE, dans le cadre de leurs compétences respectives, laisserait certains aspects du droit contractuel en dehors de l'uniformisation. Ces lacunes du droit matériel intégré seraient comblées par le

droit interne, entraînant alors un retour à la diversité des droits nationaux et des conflits de lois potentiels. En conséquence, le recours à la méthode conflictuelle serait inévitable.

TITRE II.

L'AUTONOMIE IMPROBABLE DU DROIT MATÉRIEL UNIFORME, RAISON D'ÊTRE DE L'APPROCHE DUALISTE

416. Plus que la résolution des conflits de lois en droit des contrats, un droit uniforme comme celui proposé à travers le DCEV ou les projets d'Actes uniformes sus analysés, doit être un outil d'éradication des risques de conflits de lois dans la matière visée. Pour justifier une telle entreprise, les instances de l'UE ont mis en évidence que la diversité des droits nationaux et leurs différences étaient de nature à freiner le développement du commerce transfrontière entre les opérateurs économiques des États membres. Plutôt que de laisser ces derniers s'accommoder tant bien que mal d'un environnement juridique comportant autant d'inconnues, l'UE envisage de mettre à leur disposition un « *corps de règles unique qui s'appliquerait, ou pourrait s'appliquer, de manière identique dans tous les États membres* »[1072] sans que les opérateurs économiques et plus particulièrement les PME n'aient à supporter l'appréhension de droits nationaux dont les dispositions leur seraient inconnues. Un tel droit uniformisé concourrait à unifier davantage le marché européen[1073] et, en ce qui concerne l'OHAHA, à consolider l'environnement juridique propice aux affaires qu'elle a pour mission d'assurer. Cela étant, l'efficacité d'une telle uniformisation et la recherche d'une sécurité juridique impliquent que le texte en question soit doté d'une autonomie.

417. Un texte communautaire serait véritablement autonome si son application n'impliquait pas un recours inévitable aux dispositions des droits nationaux, notamment par voie de rappel. Un tel renvoi et l'application de règles nationales variées seraient contraires à l'objectif d'uniformisation du droit des contrats. De plus, l'exclusion de questions essentielles du droit matériel, malgré leur importance pour la conclusion et l'exécution des contrats, affaiblit

---

1072 BORGHETTI, Jean-Sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel 1* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1417.

1073 BASEDOW, Jurgen. « Un droit commun des contrats pour le Marché commun ». *RIDC*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1998, Vol. 50, n° 1, p. 7-28. [Consulté le 27 juin 2024]. DOI 10.3406/ridc.1998.1113.

l'effort d'uniformisation. Ces exclusions conduisent les parties à se référer systématiquement aux droits nationaux, compromettant ainsi la prévisibilité et la sécurité juridique recherchées.

Or, dans sa thèse traitant de la relation entre « *Droit OHADA et conflits de lois* », M. Gérard ANOU relève le « *caractère inachevé du droit matériel OHADA* » qui comporterait des lacunes[1074]. L'auteur consacre ainsi des développements conséquents à la démonstration du caractère lacunaire du droit matériel uniforme de l'OHADA[1075]. L'auteur rappelle une définition selon laquelle l'on entend par lacune du droit, un « *point sur lequel la loi, muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique ou l'interprète* »[1076], grâce notamment à d'autres sources du droit. L'auteur établit ainsi un lien direct entre le caractère lacunaire d'un texte et son autonomie. Ce faisant, il met en exergue que pour être autonome, le droit uniforme se doit d'être autosuffisant notamment quant à ses conditions d'applications, du champ matériel qu'il recouvre et pour sa mise en œuvre.

L'analyse de M. ANOU porte sur les précédents Actes uniformes déjà adoptés par l'OHADA. Considérant les hésitations de l'organisation quant à la détermination de l'objet du droit matériel en droit des contrats, tout porte à croire que le caractère lacunaire du droit OHADA soit en passe de se perpétuer à travers le droit matériel uniforme portant sur le droit des contrats.

S'agissant de l'UE, le caractère optionnel de la proposition de DCEV ne va pas du tout dans le sens d'une autonomie. Au nombre des « *facteurs essentiels qui compromettent* »[1077] l'autonomie de l'instrument optionnel figure sa nécessaire articulation avec les droits nationaux. Considérant cela, certains auteurs ont soutenu que le DCEV « *doit être autosuffisant*

1074 NGOUMTSA ANOU, Gérard. *Droit OHADA et conflits de lois*. Paris : L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, n°21 p. 29.

1075 NGOUMTSA ANOU, Gérard. *Droit OHADA et conflits de lois*. Paris : L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, n°25, p. 30. L'auteur commence par définir la notion même de lacune comme suit : « *appliquée à un texte de droit, la lacune ferait alors référence à un manque involontaire dans la réglementation contenue dans le texte quant à une situation juridique. Il s'agirait de l'insuffisance de texte quant à la solution d'un cas donné. Cette définition ressort bien l'idée que la lacune du droit est avant tout un problème d'insuffisance d'une règle ou d'un corps de règles juridiques quant à la réglementation d'une question. Mais elle est étroite en ce qu'elle ramène les lacunes aux carences « involontaires », alors même que le législateur peut volontairement passer sous silence une question donnée ou renvoyer à une autre source de droit pour sa solution. Il n'en résulte pas moins une lacune du texte juridique* ».

1076 NGOUMTSA ANOU, Gérard. *Droit OHADA et conflits de lois*. Paris : L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, n°25, p. 30.

1077 BORGHETTI, Jean-Sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel 1* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1417. L'auteur relève qu'il y a « *deux facteurs essentiels qui compromettent, pour ne pas dire plus, l'autonomie de l'instrument optionnel. Il s'agit en premier lieu de la nécessaire articulation de l'instrument avec les droits nationaux et en second lieu du rôle des juges nationaux dans la mise en œuvre de l'instrument* ».

et autoréférent, c'est-à-dire que son corpus de règles doit être le plus complet possible pour éviter d'avoir à être complété par un droit national et que son interprétation et le comblement de ses lacunes doivent intervenir en le prenant comme référent lui-même et non en ayant recours à un autre système »[1078]. Cependant, il sera démontré dans les développements qui suivent que l'uniformisation envisagée à travers cette proposition de texte ne se caractérise pas par une réelle autonomie.

En somme, ne serait-ce qu'au regard de leurs objets, les projets de textes envisagés au sein de l'OHADA et de l'UE semblent condamnés à ne pas régir tout le champ de la matière contractuelle. Aussi, s'agira-t-il d'expliciter dans quelle mesure l'œuvre d'uniformisation projetée par ces deux organisations, notamment en l'état actuel des réflexions y afférentes, serait inévitablement lacunaire (**Chapitre premier**). Comme l'a expliqué M. ANOU, les lacunes des textes uniformisés conduisent à recourir à d'autres sources de droit, notamment le droit interne. Dans un contexte marqué par la diversité des droits nationaux en matière contractuelle, cette référence aux droits nationaux implique nécessairement le recours aux règles de conflits de lois afin de déterminer la législation nationale apte à combler l'insuffisance du droit matériel. Autrement dit, le caractère lacunaire du droit matériel envisagé impose un inévitable recours aux règles de conflits de lois (**Chapitre II**).

CHAPITRE PREMIER.

L'INÉVITABLE CARACTÈRE LACUNAIRE DU DROIT MATÉRIEL PROJETÉ

418. Les projets de droit matériel uniformisé, tels que le DCEV et les avant-projets d'actes uniformes de l'OHADA, visent à créer un cadre normatif uniforme pour les contrats transfrontaliers. Cependant, le régime juridique que ces projets visent à instaurer semble condamné à comporter des lacunes. Certains pans du droit sont destinés à être exclus du domaine matériel du texte projeté, malgré leur lien particulier avec la matière contractuelle.

1078 BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et JACQUEMIN, Zoé. « *Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation* ». *RDC*. Janvier 2012, n° n°1, p. 191.

Le droit matériel projeté serait ainsi lacunaire en raison de son champ matériel. En sus de ces lacunes, il semblerait que certains mécanismes typiques du droit des contrats soient sujets à des exclusions. Les lacunes affectant les projets de textes étudiés peuvent ainsi être classées en deux catégories : celles liées à la phase antérieure à la conclusion du contrat et celles concernant la période postérieure.

419. Concernant la phase antérieure à la conclusion du contrat, les lacunes incluent le processus de formation et les négociations précontractuelles, créant de fait des incertitudes sur la validité des contrats et les droits des parties. L'analyse des projets de textes initiés au sein de l'OHADA et de l'UE laisse entrevoir une certaine volonté d'éluder, ou du moins de minimiser, l'importance du processus qui conduit à la rencontre de la volonté des contractants et, partant, à la création de l'obligation contractuelle. Le droit matériel projeté serait lacunaire s'il persiste à exclure certains aspects essentiels du processus de formation du contrat (**Section I**).

420. S'agissant de la phase postérieure à la conclusion du contrat, les lacunes qui cristalliseront l'attention concernent surtout la question du transfert de propriété. Cette question est exclue notamment par le considérant 27 de la proposition de DCEV. Cette exclusion, qualifiée d'anomalie par M. Pascale ANCEL, fragilise le texte en laissant des zones d'ombre sur les droits des parties. Cet auteur considère même qu'en raison de cette anomalie, le DCEV prévoit « *des règles en deçà du droit de la vente* »[1079]. En laissant en dehors de son champ la question du transfert de propriété, un tel texte, pourtant ouvertement consacré à la vente, ne régit pas pleinement le contrat de vente. Aussi convient-il de critiquer cette perceptible tentation d'éluder la question du transfert de propriété du droit matériel en projet (**Section II**).

1079 ANCEL, Pascal. *« Retour sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°15, p. 155.

SECTION I.

L'EXCLUSION DE CERTAINS ASPECTS ESSENTIELS DU PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT

421. Il ne sera pas question de faire l'inventaire de toutes les exclusions, mais il conviendra de mettre l'accent sur les questions exclues implicitement ou explicitement du champ de l'uniformisation en projet dont l'importance sera exposée pour une relation contractuelle en général et pour la vente en particulier. Le but de la démonstration est d'illustrer le caractère lacunaire des projets de textes jusque-là entrepris par l'UE et l'OHADA.

422. Des trois projets étudiés, le DCEV et l'avant-projet de l'OHADA portant droit des contrats sont constitués de dispositions dont l'ensemble vise à instaurer un droit commun portant sur un type spécifique de contrats ou un ensemble plus large des contrats. Cependant, si ces projets témoignent d'une ambition d'appréhender la matière contractuelle de la manière la plus large possible, il n'en demeure pas moins que certains aspects essentiels de cette matière semblent ne pas susciter l'attention qu'ils méritent. Qu'ils visent nommément un type de contrat en particulier ou qu'ils concernent les contrats en général, ces projets de texte sont bien consacrés au contrat c'est-à-dire à l'obligation contractuelle à partir de sa création. Cependant, un aspect essentiel, mésestimé de la réalité contractuelle mérite une attention toute particulière : la gestation du contrat. En effet s'il est normal qu'un texte traitant du contrat ou d'un type de contrat accorde l'essentiel de ces dispositions au moment de la rencontre des volontés, aux effets, à l'exécution et à l'extinction du contrat. Ce qui l'est moins c'est que les rédacteurs du texte en question donnent l'impression d'ignorer que « *la construction de l'accord* » être le fruit d'un processus plus ou moins long d'échanges et de discussions. Cela est d'autant vrai dans les relations d'affaires[1080]. Le caractère transfrontalier du contrat est un facteur qui peut installer la construction du contrat dans une temporalité plus longue en comparaison du contrat interne[1081]. Le contrat qui sera régi par le DCEV ou l'AUDC ne naîtra pas ex nihilo, mais de cette construction. En conséquence, ces deux projets

1080 BUY, Frédéric. *Droit des contrats d'affaires*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023, n°46, p. 55. L'auteur y affirme que « *le processus d'un contrat d'affaire peut être, selon le cas, plus ou moins long et compte complexe* ». Ce processus commence par le choix du cocontractant, avant d'entamer toute négociation qui aboutira à la conclusion du contrat.

1081 BLANCO, Dominique. *Négocier et rédiger un contrat international*. 3e éd. Paris : Dunod, p. 72 et s.

de textes ne sauraient ignorer ou du moins refléter une mésestimation de tout ce qui se passe entre les parties avant le contrat et conduit justement à sa création. Des auteurs au nombre desquels figure M. Jean-Marc MOUSSERON « *le pape de la technique contractuelle* »[1082] ont choisi de désigner sous l'expression « *avant-contrat* » toute cette phase préparatoire qui précède la conclusion du contrat. Ces auteurs ont consacré à cette phase précontractuelle un manuel qu'ils ont intitulé « *L'avant-contrat* »[1083]. L'usage du singulier est clairement révélateur de l'intention des auteurs de distinguer l'intitulé de leur ouvrage de la notion classique des « *avant-contrats* »[1084] qui sont des contrats préparatoires ou préliminaires[1085] au contrat définitif[1086]. M. Jean-Marc MOUSSERON et ses collègues regroupent sous l'intitulé « *L'avant-contrat* » tous « *Les instruments de la négociation* »[1087]. Certains de ces instruments de la négociation sont dénués de caractère contractuel quand d'autres sont déjà des contrats. Les développements qui suivent sont inspirés de cette approche qui consiste à désigner sous le terme de « l'avant-contrat » tout le processus qui mène à la conclusion du contrat.

423. Quelle que soit la nature contractuelle ou non contractuelle de l'instrument de la négociation, ce qui importe c'est ne pas perdre de vue cette phase qui précède la conclusion du contrat. Pour illustrer l'intérêt de l'avant-contrat, les auteurs citent l'exemple des contrats-cadres qu'ils abordent au titre des instruments contractuels de la négociation. Ils affirment que la phase de construction de l'accord pourra « *se retrouver dans l'élaboration des contrats-cadres, individuels ou collectifs, par lesquels des opérateurs, directement ou par la voie de mandataires, construisent les mécanismes contractuels gouvernant leurs relations ultérieures* »[1088]. C'est dire que ce qui se construit

1082 BARTHELEMY, Jacques. « *Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi* ». *RJS*. 2016.

1083 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001.

1084 LEDUC, Etienne. *Des avant-contrats*. Thèse : Paris : A. Rousseau, 1909.

1085 COHET, Frédérique. Chapitre 3. Les avant-contrats. Dans : *Le contrat*. 2e éd. FONTAINE : Presses universitaires de Grenoble, 2020, p. 53-61 ; E BOURG, Johann. Fiche 8. Les avant-contrats. Dans : *Fiches de Droit des contrats spéciaux*. 2e éd. Paris : Ellipses, 2019, p. 57-67 ; DESHAYES, Olivier (dir.). *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens] [Paris : [CEPRISCA] PUF, 2008.

1086 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n° 74, p.60 n° 255 p. 272 : « La conclusion du contrat définitif peut être précédée de celle d'avant-contrats, qui (…) correspondent à des *figures aux contours nettement définis. Pacte de préférence, promesse unilatérale de contracter, promesse synallagmatique de contracter sont de véritables contrats, distincts du contrat définitif, mais qui rapprochent toujours plus de celui-ci ceux qui y sont parties* ».

1087 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001, n° 339 et s. p. 200 et s.

1088 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001, n° 339 et s. p. 200 et s.

avant le contrat a un impact sur la relation contractuelle des parties. En cas de conclusion du contrat définitif, les parties poursuivront leur relation contractuelle éventuellement d'un contrat préparatoire. Mais même si la l'avant-contrat n'aboutit pas à la conclusion du contrat définitif, les parties peuvent continuer à être juridiquement liées dans le cadre d'une relation de nature délictuelle. Autrement dit, l'avant-contrat peut être source de responsabilité délictuelle pour les parties en négociation.

424. En définitive, quelle que soit l'étendue du champ matériel que l'UE et l'OHADA prévoient de consacrer au contrat dans le cadre de leur droit uniforme, il est essentiel de ne pas négliger l'importance de la formation du contrat. Or, à la lecture des projets étudiés, on perçoit la tentation d'exclure l'avant-contrat de l'uniformisation (**§1**). Le peu d'intérêt accordé à la responsabilité délictuelle inhérente à l'avant-contrat en dit long sur cette tentation. Pourtant, il est nécessaire de consacrer des dispositions à la responsabilité précontractuelle (**§2**) en raison de son lien particulier avec la matière contractuelle.

§1. L'EXCLUSION DE L'AVANT-CONTRAT

425. Parler de ces accords préliminaires revient à s'intéresser à cette étape du processus contractuel désigné sous le vocable d'avant-contrat. Même si ce terme renvoie à des réalités, à proprement parler, antérieures à la conclusion du contrat considéré, il n'en est pas moins digne d'intérêt[1089]. Le terme d'avant-contrat peut faire l'objet de deux acceptions alternatives selon qu'on l'utilise au singulier ou au pluriel. Plusieurs termes sont employés par les auteurs pour décrire les accords préliminaires marquant la phase précontractuelle. Quand certains parlent d'actes préparatoires, d'autres évoquent des contrats préparatoires, ces deux expressions étant utilisées comme synonymes de celle d'avant-contrat[1090]. Dans ces deux cas, il nous intéresse : « *au singulier et au sens large, l'avant-contrat désigne la période précontractuelle dans son ensemble ; tandis qu'au pluriel et dans un sens plus précis, les avant-contrats désignent les contrats*

1089 DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Thèse : Université de Montréal, 2013, n° 46, pp. 246 et s. Dans sa thèse qui nous a admirablement ouvert la voie, en matière de réflexions l'uniformisation du droit des contrat, M. Karel DOGUÉ a consacré tout un titre à l'avant-contrat. Cependant, jugeant que « *dans l'avant-contrat il n'existe d'autre principe directeur majeur que celui de l'autonomie de la volonté* », l'auteur n'a accordé davantage de développements aux formes concrètes sous lesquelles la préparation du contrat peut se matérialisée.

1090 FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*. 17e éd., 2022. Paris : Sirey, 2022, n°256, p. 325. Ces auteurs assument leur net préférence pour l'expression « *contrats préparatoires* ».

préparatoires, dont l'objet est d'encadrer la conclusion d'un autre contrat à venir »[1091]. M. Olivier DESHAYES exprime très bien l'attention à accorder à l'avant-contrat dans l'appréciation du rapport contractuel. Il écrit que « *l'avant-contrat, ce n'est pas avant-le-contrat ; c'est le contrat en train de se faire* »[1092]. Estimant que les mots employés se doivent de rendre compte de ce que cette phase préliminaire constitue une projection vers le contrat, l'auteur suggère l'expression « *processus de formation des contrats* »[1093] qui convient mieux pour appréhender cette réalité globale. Il convient d'abonder dans ce sens et de soutenir que le contrat définitif qui sera conclu entre des parties ne naîtra pas *ex nihilo,* mais sera nécessairement le résultat d'un processus qui peut avoir pris plus de temps que la seule conclusion définitive. Alors, comment ne pas voir dans le contrat plus qu'un acte singulier, mais un processus, un processus contractuel ? L'avant-contrat ne doit pas être écarté d'une initiative d'uniformisation du droit des contrats, même circonscrite à la vente. C'est en conséquence qu'il sera traité successivement de l'intérêt de soumettre la phase précontractuelle au droit matériel uniforme projeté (**A**) et de celui d'y inclure, non seulement la promesse de contrat (**B**), mais aussi le contrat-cadre (**C**).

A. L'INTÉRÊT D'INCLURE LA PROMESSE DE CONTRAT DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL OBJET DU DROIT MATÉRIEL

426. À l'occasion d'une journée d'étude intitulée « L'avant-contrat, actualité du processus de formation des contrats », M. Oliviers DESHAYES posait, en avant-propos, la question suivante : « *Pourquoi parler de l'avant-contrat ?* »[1094]. Pour paraphraser l'auteur, on pourrait tourner la question dans un autre sens : pourquoi ne peut-on pas ne pas parler de l'avant-contrat dans un texte portant droit matériel uniforme relatif à un type de contrat particulier ou à un ensemble plus large de contrats ? M. DESHAYES donne une indication : s'intéresser

1091 DESHAYES, Olivier. *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens. CEPRISCA. PUF, 2008, p. 8.

1092 DESHAYES, Olivier. *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens] [Paris : [CEPRISCA] PUF, 2008, p. 9.

1093 DESHAYES, Olivier. *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens] [Paris : [CEPRISCA] PUF, 2008, p.9. Dans cette phase du processus de formation du contrat, on trouve les avant-contrats mais aussi l'offre, les pourparlers *etc.*

1094 DESHAYES, Olivier. *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens. CEPRISCA. PUF, 2008, p. 7.

à l'avant-contrat c'est surtout s'intéresser au « *processus de formation des contrats* ».[1095] La loi qui régit le contrat doit en régir aussi le processus de formation. À défaut, il faudra trancher la question du droit applicable audit processus par recours à une règle de conflit de lois[1096]. On en revient encore à la diversité législative à laquelle est confronté le contrat transfrontalier et à laquelle le droit matériel uniforme est censé répondre. Aussi, la position défendue ici, consister à dire que légiférer sur le contrat en n'accordant pas à l'avant-contrat l'intérêt qu'il mérite est aussi un facteur d'incomplétude du dispositif normatif mis en place. En conséquence de cette incomplétude, le texte ne pourra prétendre à l'autonomie notamment vis-à-vis du droit national dont le recours sera nécessaire pour apprécier les conséquences de la phase précontractuelle : création du contrat ou responsabilité en raison du comportement des contractants au cours de cette phase. Ainsi, s'il importe de s'intéresser à la phase précontractuelle, c'est parce qu'il s'agit d'un critère essentiel d'appréciation du caractère autonome d'un droit matériel uniforme en matière contractuelle (**1**). Cet intérêt pour l'avant-contrat revient à faire entrer dans la sphère contractuelle, la prise en compte du facteur temps dans la formation du contrat (**2**).

1. Un critère essentiel d'appréciation du caractère autonome d'un droit matériel uniforme en matière contractuelle

427. La phase précontractuelle et le régime de la responsabilité qui lui est afférente sont essentiels comme critère d'appréciation de la complétude d'un droit matériel uniforme en matière contractuelle. En effet, si une ancienne approche préconisait la soumission « *des différentes phases et composantes du contrat à des lois propres* »[1097], la tendance contemporaine prédominante est en faveur de l'appréhension de l'opération contractuelle comme une « *unité psychologique et économique* »[1098]. Devant procédant à un délicat arbitrage dans la détermination du champ matériel à assigner au droit uniforme projeté, l'OHADA et l'UE ont dû choisir

1095 DESHAYES, Olivier. *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens. CEPRISCA. PUF, 2008, p. 9.

1096 WIDIEZ, Gaëlle. « *La loi applicable aux fautes commises pendant les pourparlers* ». *Revue Lamy Droit Civil*. Septembre 2020, Vol. 184, p. 37-41.

1097 ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik. *Droit des contrats internationaux*. 2e éd. Paris : Dalloz, 2020, p. 27.

1098 BATIFFOL, Henri, LAGARDE, Paul et BATIFFOL, Henri. *Traité de droit international privé*. 8e éd. Paris : L.G.D.J, 1993, t. II, n° 597, p. 319.

d'exclure certaines considérations qui s'inscrivent pourtant dans l'« *unité psychologique et économique* »[1099] qu'est bien souvent une opération contractuelle transfrontière. Ces considérations concernent surtout la période précédant la conclusion du contrat. Si cette période dénommée par certains d'« *avant-contrat* »[1100] a pu être qualifiée par le Doyen CARBONNIER de zone « *de non-droit* »[1101], par d'autres de « *No man's land juridique* »[1102] ou encore de « *régime de liberté surveillée* »[1103] par Denis MAZEAUD, il nous semble que l'on ne saurait concevoir un texte moderne en matière contractuelle en la passant sous silence. Cette approche est défendue par un auteur qui suggère de ne pas considérer comme autonome au sens du droit international privé, toute convention « *ayant pour but exclusif la conclusion d'un autre contrat (…), mais uniquement une excroissance du contrat qu'il a pour objet* » de permettre la conclusion[1104]. Légiférer sur le contrat transfrontière implique de mettre à la disposition des opérateurs, un texte qui appréhende le processus contractuel dans sa globalité.

428. Les rédacteurs du DCEV ont dans un premier temps semblé sensibles à la nécessité de prendre en compte la phase précontractuelle. On peut ainsi lire dans le considérant 26 du DCEV que les dispositions de ce texte « *devraient couvrir les matières du droit des contrats qui présentent un intérêt concret pendant le cycle de vie des types de contrats relevant des champs d'application matérielle et personnelle plus particulièrement les contrats conclus en ligne. Outre les droits et obligations des parties et les moyens d'action possibles en cas d'inexécution, le droit commun européen de la vente devrait donc régir les obligations d'information précontractuelle, la conclusion du contrat (y compris les conditions formelles), le droit de rétractation et ses conséquences*… ». Il est vrai que le DCEV prévoit des dispositions relatives aux obligations d'information précontractuelle, aux conditions de formations du contrat et à leurs sanctions ainsi que celles constituant le régime juridique de la rétractation. Le mérite de ces dispositions doit être reconnu aux rédacteurs du projet. Cependant,

---

1099 BATIFFOL, Henri, LAGARDE, Paul et BATIFFOL, Henri. *Traité de droit international privé*. 8. éd. Paris : L.G.D.J, 1993, t. II, n° 597, p. 319.

1100 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001.

1101 CARBONNIER, Jean. *Droit civil : les obligations*. 2e éd. Paris : PUF, 1996, n°24, p.67, cité par MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001, n°24, p. 37.

1102 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001, n°24, p. 37.

1103 MAZEAUD, Denis. *« La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée »*. Juillet 1996, p. 44, cité dans MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001, n°24, p. 37.

1104 HAFTEL, Bernard. *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine de conflit de lois*. Thèse : Paris II, 2009, p. 108 et s.

l'échange des informations nécessaires au consentement éclairé des parties n'est pas la seule considération antérieure au contrat qui devrait être prise en compte pour un texte relatif à la vente entrant tantôt dans le champ du droit de la consommation, tantôt dans le cadre d'une relation d'affaires entre professionnels. Surtout dans le cadre des relations d'affaires de nature transfrontière, les parties peuvent avoir besoin de temps pour mener de façon satisfaisante leurs négociations[1105].

2. La prise en compte du facteur temps dans la formation du contrat

429. Si le facteur temps doit être pris en compte dans toute législation consacrée aux contrats transfrontières : c'est notamment en raison du fait que les négociations précédant la signature du contrat sont « *particulièrement importantes en matière internationale, où tout contrat est l'aboutissement d'un long processus de négociation ayant pour objet d'assembler un puzzle d'éléments très variés* »[1106]. Effectivement, la complexité de certaines opérations contractuelles appelle l'analyse aussi bien des données factuelles que du régime juridique. Ce sont tant de facteurs susceptibles de prolonger la période précontractuelle[1107]. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'entre l'initiative que constituent l'entrée en pourparlers, ou l'offre, et la conclusion de la vente, la période précontractuelle qui peut être parfois de longue durée, est souvent jalonnée d'avant-contrats qui se transformeront, peut-être des années après, en un contrat définitif[1108]. La formation du contrat peut procéder de schémas complexes que l'on peut classer en deux catégories de situations juridiques dont la première concerne les conventions qui ont pour vocation d'aménager temporairement des relations entre les parties, de celles qui ont directement pour objet la formation du contrat définitif dont elles constituent une étape[1109]. Dans la première catégorie, on peut citer l'exemple des accords industriels conclus par des parties en négociation, ayant pour objet, la révélation et le maintien du secret en matière de savoir-faire ou des accords portant sur les engagements des parties relatifs notamment aux délais de la

1105 BLANCO, Dominique. *Négocier et rédiger un contrat international.* 3e édition. Paris : Dunod, p. 72 et s.

1106 BLANCO, Dominique. *Negocier et rediger un contrat international.* 3e ed. Paris : Dunod, 2002. p. 72.

1107 GHESTIN, Jacques et DESCHÉ, Bernard (dir.). *La vente.* Paris : L.G.D.J, 1990. N°140, p. 151.

1108 DEMOGUE, René. *« Des contrats provisoires » in Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant.* Paris : Dalloz, 1939 p. 159.

1109 PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit des obligations 2022.* 14e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°124 s. p. 65.

négociation ou à la prise en charge de son coût[1110]. Dans la seconde catégorie, on distinguera les promesses de contrat des autres contrats préparatoires[1111] au nombre desquels figurent les accords de principe souvent assimilés par certains auteurs[1112] aux contrats-cadres[1113], et les engagements de priorité tels que le pacte de préférence.

430. Il ne sera pas question de s'attarder par l'accord de principe dont l'objet essentiel est de faire naître une obligation contractuelle de négocier de bonne foi afin de parvenir au contrat définitif[1114]. En revanche, la promesse de contrat et le pacte de préférence semblent incontournables dans un texte portant uniformisation du droit matériel des contrats même circonscrit à la vente. La vente est par excellence, le contrat qui peut se caractériser par un schéma de formation progressive. Le processus de conclusion de la vente est bien souvent entamé par une promesse unilatérale ou synallagmatique si bien que ce schéma de conclusion du contrat est le plus étudié notamment dans les ouvrages et manuels traitant des contrats spéciaux[1115].

1110 GHESTIN, Jacques et DESCHÉ, Bernard (dir.). *La vente*. Paris : L.G.D.J, 1990. N°140, p. 151.

1111 GHESTIN, Jacques et DESCHÉ, Bernard (dir.). *La vente*. Paris : L.G.D.J, 1990. N°141, p. 152.

1112 GHESTIN, Jacques. « *La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent* » in Le contrat-cadre de distribution, enjeux et perspectives, colloque des 11 et 12 décembre 1996. *Cahier de droit de l'entreprise*. p. 7 et s.

1113 ERÉSÉO, Nicolas. *« L'exclusivité contractuelle »*. Paris : Litec, 2008. n°89, p. 63. L'auteur y explique que dans une certaine mesure, « *lorsqu'il résulte de la volonté des parties que le contrat-cadre se borne, comme son nom laisse entendre, à fixer un cadre juridique aux éventuels contrats futurs sans en commander la conclusion* (…) » l'opération considérée peut alors s'assimiler à un simple accord de principe. Cependant, l'auteur relativise cette assimilation en précisant que le contrat-cadre comporte une double particularité par rapport à l'accord de principe : d'une part, « *la normativité de l'accord de principe n'est que provisoire quand celle de tout contrat-cadre a vocation à suivre, et c'est même sa vocation essentielle, à la conclusion des contrats d'application* ». D'autre part, « *l'obligation de négocier, caractéristique de l'accord de principe, n'est pas nécessairement présente dans le contrat-cadre, tout au moins, initialement* ».

1114 TESTU, François Xavier. *Contrats d'affaires*. Paris : Dalloz, 2010. n°22.13, p. 81.

1115 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e édition. Paris : Dalloz, 2023. p. 67. GHESTIN, Jacques et DESCHÉ, Bernard (dir.). *La vente*. Paris : L.G.D.J, 1990. N°142, p. 154. TESTU, François Xavier. *Contrats d'affaires*. Paris : Dalloz, 2010. n°22.19 et s., p. 85 et s.

B. De l'intérêt d'inclure la promesse de contrat dans le processus contractuel objet du droit matériel

431. Certes, au sens de droits internes comme celui de la France, comme en droit international, « *la promesse de contrat constitue elle-même un engagement contractuel à part entière* »[1116]. Il n'en demeure pas moins que la promesse de contrat a pour objet d'obliger le promettant et le bénéficiaire à conclure un contrat définitif dont tous les éléments constitutifs ont déjà recueilli au moins le consentement du promettant. Mieux, lorsqu'elle est synallagmatique, la promesse de contrat oblige les parties à contracter. Ainsi la promesse de contracter librement consentie par une partie, ou même les deux, constitue la voie directe vers le contrat projeté. L'importance de la promesse de contrat est telle qu'en droit français par exemple, lorsqu'elle est bilatérale, elle se confond au contrat lui-même en vertu de la règle qui dispose que la promesse de vente vaut vente en cas d'accord sur le prix et la chose[1117]. D'ailleurs, la promesse unilatérale est elle-même qualifiée de « *contrat* » par le Code civil[1118]. En outre, la reconnaissance de la nature contractuelle de la promesse est conforme à la définition de l'obligation contractuelle retenue par la Cour de justice. Même unilatérale, la promesse reste un « *engagement librement assumé par une partie envers une autre* » au sens l'arrêt Jakob Handte[1119].

432. Comment envisager un droit uniforme applicable même à une catégorie de contrat comme la vente en faisant l'impasse sur cet instrument majeur de l'avant-contrat ? Certes, pour ce qui est de la promesse unilatérale de vente ou d'achat, cette obligation librement consentie par une partie envers une autre, ne constitue pas en soi un contrat de vente et serait de ce fait *a priopri* hors du domaine de l'uniformisation entreprise. En effet, même si la promesse unilatérale engage contractuellement son auteur,[1120] elle ne s'assimile pas au contrat

---

1116 FONTAINE, Marcel et DE LY, Filip. *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*. 2ème éd. Paris Bruxelles : Forum Européen de la Communication Bruylant, 2003. p. 40.

1117 L'article 1589 du Code civil dispose ainsi que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ».

1118 L'article 1124 al. 1 du Code civil dispose que « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

1119 *CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91, pt. 15.*

1120 Article 1124 du Code civil : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.*

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ».

défini qu'est la vente. D'ailleurs, en droit français, en cas de non-respect de sa promesse, notamment lorsqu'il la rétracte avant la fin du délai imparti au bénéficiaire, ce dernier ne demandera pas l'exécution forcée de la vente, mais « *l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire, la conclusion du contrat projeté* »[1121]. Du reste, ce n'est pas anodin qu'en droit français, il est prévu que la promesse ne s'assimile à la vente que lorsqu'il y a eu accord sur la chose et le prix[1122]. Il s'agit toute de même d'une étape essentielle dans le processus contractuel de la vente envisagée. Que faire si une partie estime que la promesse unilatérale a donné lieu au contrat définitif en raison d'un acte qu'il considère comme constitutif de levée d'option ? C'est ainsi, à l'existence même du contrat principal, que ces interrogations renvoient. On a peine à comprendre qu'aussi bien les rédacteurs de la proposition de règlement portant DCEV que ceux de l'Avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats n'aient pas entendu consacrer des dispositions aux avant-contrats qui peuvent pourtant s'avérer si déterminants dans la compréhension de la relation contractuelle qui finit par se nouer entre les parties. On peut d'autant plus s'étonner de cette omission dans l'Acte uniforme qui, comme son nom le suggère, porte sur les obligations contractuelles. La conséquence de cette omission est que le contrat en négociation serait lui-même régi par le droit uniforme et l'avant-contrat qui le précède, qui lie déjà dans une certaine mesure les parties, se verrait appliquer des règles de conflits de lois afin d'en déterminer le droit applicable. Une telle solution va l'encontre de la recherche de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions en l'occurrence si un différend venait à naître entre les parties sur les questions précédemment relevées à savoir l'existence ou non du contrat déduit de l'avant-contrat. Il faudra, en effet, renvoyer les parties aux droits internes des États concernés.

433. L'avant-projet portant droit OHADA des obligations présente à nos yeux l'intérêt de consacrer des dispositions aux avant-contrats, une section spécifique leur étant d'ailleurs entièrement dédiée. À tout le moins, ses rédacteurs se sont-ils prononcés sur la promesse unilatérale et le pacte de préférence. La première y est définie comme « *la convention par laquelle*

1121 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n° 259 et s. p. 278.

1122 Article 1589 du Code civil : « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.*

Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain.

La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte. »

une partie promet à une autre, qui en accepte le principe, de lui donner l'exclusivité pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, mais pour la formation duquel fait seulement défaut le consentement du bénéficiaire »[1123]. L'intérêt d'une telle disposition est de permettre *a minima* d'apprécier si la promesse unilatérale a donné naissance au contrat définitif. Le deuxième alinéa de l'article 54 précité offre aux parties et aux juges un élément d'appréciation de la conclusion ou non du contrat préparé par la promesse en indiquant que « *la rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis* ». Cette disposition rappelle celle de l'article 1124 du Code civil français. Issu de la réforme de 2016, l'alinéa 2 de cet article précise que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, n'empêche pas la formation du contrat promis ».*

434. Par ailleurs, l'article 54 précité se prononce même sur la portée de l'engagement du promettant dont le contrat conclu avec un tiers en dépit de la promesse, sera considéré comme inopposable au bénéficiaire de la promesse (alinéa 3). La sanction prévue par ce texte est bien différente de celle retenue par l'article 1124 al. 3 du Code civil qui prévoit qu'un tel contrat est « *nul* » si le tiers avait connaissance de la promesse. À défaut de dispositions spécifiques à la promesse de contrat dans le droit matériel uniforme, c'est donc aux droits nationaux qu'il faudra résoudre toutes ces questions. Il en va de même pour le contrat-cadre qui est autre instrument de l'avant-contrat que le droit matériel uniforme a intérêt à inclure.

C. DE L'INTÉRÊT D'INCLURE LE CONTRAT-CADRE DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL OBJET DU DROIT MATÉRIEL

435. Découvert en droit interne, le contrat-cadre s'est de plus en plus internationalisé à l'image de bien d'autres contrats au point d'attirer l'attention des internationalistes[1124]. Comme en droit interne, le contrat-cadre trouve, dans la distribution, un terrain d'expression privilégié[1125]. Les opérateurs économiques exerçant dans le secteur de la distribution peuvent ainsi recourir à des contrats d'approvisionnement exclusif, de concession commerciale, de franchise ou de distribution sélective qui sont autant de moyens d'organiser des ventes

1123 Article 54 al. 1 de l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA.

1124 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, n° 2002, p. 3-33. [Consulté le 29 juin 2024]. DOI 10.3406/tcfdi.2005.1133.

1125 POLLAUD-DULIAN, Frédéric et RONZANO, Alain. « *Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes* ». *RTD com.* 1996, p. 179 et s.

commerciales futures[1126] et sont ainsi des contrats-cadres[1127]. Dans son article consacré au « *contrat-cadre en droit international privé* »[1128], M. Frédéric LECLERC explique y que « *de nombreuses définitions du contrat-cadre ont été proposées. Elles se rejoignent toutes pour affirmer que le contrat cadre est une convention par laquelle les parties fixent les principales règles qui régiront la conclusion des contrats d'application ultérieurs* ». D'après cet auteur, aborder le sujet du contrat-cadre en droit international privé ne manque pas d'intérêt notamment parce que « *la matière des contrats cadres sollicite les différentes méthodes dont use le droit international privé en vue du traitement des rapports de droit international. Mais, plus encore que de solliciter ces méthodes, le contrat-cadre invite à s'interroger sur leur articulation, sur le domaine qu'il convient de leur attribuer à chacune* ». Ce sont autant d'aspects du contrat-cadre qui inclinent à penser qu'il ne doit pas être soustrait du champ du droit matériel pour être soumis au droit conflictuel. Ce type de relation est suffisamment complexe pour éviter de les abandonner à la méthode conflictuelle qui a elle-même son lot de complexité.

436. Le contrat-cadre est pourtant ignoré tant par l'avant-projet OHADA portant droit des contrats que par la proposition de DCEV. Comme sur bien des sujets, dont certains ont déjà été évoqués, l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit à OHADA des obligations se démarque des deux autres projets précités, car il n'est pas entièrement silencieux sur la question. Une définition de la notion de contrat-cadre y est proposée à l'article 28, aux termes duquel, « *Le contrat-cadre est un accord de base par lequel les parties conviennent de négocier, nouer ou entretenir des relations contractuelles dont elles déterminent les caractéristiques essentielles. Des conventions d'application en précisent les modalités d'exécution, notamment la date et le volume des prestations, ainsi que, le cas échéant, le prix de celles-ci* ». Cet article ressemble sensiblement à l'article 1111 du Code civil français.[1129] Cependant, outre cette définition, aucune disposition particulière n'est proposée dans le projet OHADA, notamment quant aux critères de caractérisation d'un contrat-cadre et à son régime juridique. Pourtant, cette question n'est pas dénuée d'intérêt même dans l'ordre international. Légiférer sur des contrats notamment sur le contrat de vente ou de distribution entre professionnels ne devrait pas se faire en excluant le contrat-cadre

1126 SINDRES, David. *« Le contrat-cadre en matière internationale »*. 2017, p. 107.

1127 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, n° 2002, p. 3-33.

1128 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, n° 2002, p. 3-33.

1129 Cet article du Code civil français dispose que « *Le contrat-cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution* ».

qui pourrait servir à organiser ces relations d'affaires. En effet, s'il est évident que le contrat-cadre met en scène une relation contractuelle, la qualification de cette relation ainsi que son régime juridique peuvent s'avérer ardus à établir. Le contrat-cadre correspond à la structure particulière des relations contractuelles dans certains domaines, notamment en en matière de distribution.

437. Le contrat-cadre traduit un schéma contractuel complexe[1130]. Le contrat-cadre présente l'originalité d'une certaine sophistication[1131] venant du fait qu'il « *laisse à d'autres contrats le soin de réaliser l'objectif des contractants* »[1132]. Ces contrats ultérieurs sont qualifiés de « *contrats d'application* »[1133]. Ce particularisme du contrat-cadre accompagné des contrats d'application en fait une réalité « *délicate à mettre en œuvre quand elle est projetée dans l'ordre international* »[1134]. Cette difficulté se justifie par le fait qu'en « *tant que pacte, le contrat-cadre ne se plie pas aisément au jeu des qualifications juridiques, sur lesquelles reposent classiquement les règles de conflits de lois et de juridictions* »[1135]. À cela s'ajoute le fait qu'en raison de la relation à la fois d'autonomie et d'interdépendance liant le contrat-cadre aux contrats d'application[1136], le droit international privé soit constamment balancé entre « *la nécessité de respecter l'individualité juridique de chacun de ces éléments et l'envie de lier leur sort à celui du contrat-cadre* »[1137].

Cette difficulté à qualifier le contrat-cadre dans des relations transfrontières s'est illustrée à l'occasion d'affaires impliquant la mise en œuvre des règles de conflit de juridiction de l'UE. En effet, aux termes de l'article 5, § 1, du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000

1130 VIRASSAMY, Georges J. « *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989* ». *JCP E*. 1990, n° II, p. 15809. L'auteur y décrit le contrat-cadre comme une convention complexe articulant contrat de base et contrat d'application en vue de la réalisation d'opérations telles que la vente.

1131 MOHAMMED, Lamhamedi Cherradi. *Le contrat-cadre en droit international*. Mémoire de Master. Dijon : Université de Bourgogne, 2006.

1132 GATSI, Jean. *Le contrat-cadre*. Paris : L.G.D.J, 1996. p. 3.

1133 DISSAUX, Nicolas et LOIR, Romain. *Droit de la distribution*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2017, n°224 et s. pp. 117 et s..

1134 HEINICH, Julia, LÉCUYER, Hervé, MESTRE, Jacques, et al. (dir.). *Les pactes d'affaires*. Paris-La-Défense : L.G.D.J, 2021, n°205, p184 citant ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik. *Droit des contrats internationaux*. 2e éd. Paris : Dalloz, 2017, n°255.

1135 HEINICH, Julia, LÉCUYER, Hervé, MESTRE, Jacques, et al. (dir.). *Les pactes d'affaires*. Paris-La-Défense : L.G.D.J, 2021 n°205, p184.

1136 POLLAUD-DULIAN, Frédéric et RONZANO, Alain. « *Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes* ». *RTD com.* 1996, p. 179 et s. Ces deux auteurs décrivent parfaitement cette relation lorsqu'ils écrivent que « *l'ensemble formé par le contrat-cadre et ses contrats d'application est à la fois altérité et complémentarité* ».

1137 HEINICH, Julia, LÉCUYER, Hervé, MESTRE, Jacques, et al. (dir.). *Les pactes d'affaires*. Paris-La-Défense : L.G.D.J, 2021, n°205, p184.

concernant notamment la compétence judiciaire (Bruxelles I), lorsqu'il ne s'agit ni d'un contrat de vente, ni d'un contrat de fournitures de services, le juge compétent est déterminé suivant le lieu de l'obligation qui sert de base à la demande. Ce lieu doit être fixé conformément à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon les règles de conflit de la juridiction saisie. Le contrat-cadre n'étant *a priori* ni un contrat de vente ni un contrat de fourniture de service, la détermination du juge compétent obéit à cette règle à la mise en œuvre complexe. Face à cette complexité, certains juges du fond français ont été tentés d'assimiler le contrat-cadre à un contrat de vente comme en témoigne l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 09 juillet 2008[1138]. En l'espèce, une société française, le fabricant, accordait à une société polonaise, la distribution exclusive de ses produits sur les territoires de la Pologne et de la Slovaquie. Ce contrat se référant à la loi polonaise, c'est conformément à cette loi que la Cour d'appel a conclu à la qualification de contrat de vente. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation qui a retenu qu'en « *statuant ainsi alors qu'il lui appartenait de qualifier le contrat au regard du droit communautaire, la Cour a violé le texte précité* ». Cette solution s'inscrit aujourd'hui dans une jurisprudence constante qui se veut respectueuse des qualifications prévues par le règlement Bruxelles 1 par la recherche systématique d'une application littérale de l'article 5 dudit règlement. Si rigoureusement, le contrat-cadre doit être considéré comme n'étant ni un contrat de vente ni un contrat de fourniture de service, « *demeurent entières les épineuses questions de la recherche de la qualification exacte du contrat-cadre de distribution exclusive, du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, nécessitant d'effectuer un détour par la loi applicable et par conséquent de la recherche de la prestation caractéristique du contrat* »[1139]. En réponse à cette dernière interrogation, la Cour de cassation est venue préciser que dans ce cadre, la prestation caractéristique est l'obligation du fournisseur qui consiste « *à assurer l'exclusivité de la distribution des produits* »[1140] au distributeur.

438. Le contrat-cadre, qui met en œuvre un mode de gestion de rapports de force entre partenaires d'affaires[1141], mérite une attention. Outre l'enjeu de la caractérisation du contrat-

1138 *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 9 juillet 2008, 07-17.295, Publié au bulletin.* .

1139 KENFACK, Hugues. « *Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I* ». *D.* 2008, p. 1729.

1140 *Civ. 1re, 23 janv. 2007, D. 2007.*

1141 FRISON-ROCHE, Marie-Anne. « *Le contrat de distribution : création de la pratique et de la jurisprudence, mode de gestion des rapports de force dans les réseaux* » in Le contrat-cadre de distribution, enjeux et perspectives, colloque des 11 et 12 décembre 1996. *Cahier de droit de l'entreprise*, p. 11 et s. La formule « *le contrat-cadre mode de gestion de rapports de force entre partenaire d'affaires* » est librement inspiré tant de l'intitulé que du contenu de cette communication de Mme FRISON-ROCHE.

cadre, une réglementation uniforme de ce contrat peut se justifier par le fait qu'il organise une relation entre au moins deux parties dont l'une peut se trouver en situation de dépendance de l'autre qui jouirait ainsi d'un certain monopole vis-à-vis de son cocontractant, mais, surtout à l'égard d'autres acteurs du marché. Or, l'UE attache un intérêt à la régulation de la concurrence en sein de son espace. La preuve de cet intérêt est que sous son impulsion le droit de la concurrence exerce de plus en plus d'influence sur le droit de la distribution[1142]. Cette impulsion est telle que M. Louis VOGEL explique que la réglementation européenne de la distribution dans un secteur comme celui de l'automobile peut en théorie être considérée comme relevant du droit de la concurrence même si dans la pratique, elle participait plutôt du droit des contrats[1143]. L'adoption d'un régime juridique uniforme du contrat-cadre devra s'inscrire dans cette tendance de régulation de la concurrence à travers les relations contractuelles, notamment de distribution.

Tous ces points témoignent aussi bien de l'intérêt du contrat-cadre dans les relations transfrontières que de la complexité de cette notion dont la qualification et le régime juridiques ne vont pas de soi. Aussi importe-t-il que les rédacteurs d'un texte portant droit uniforme en matière de contrat transfrontière à destination des opérateurs économiques y consacrent une attention particulière.

439. Par ailleurs, l'avant-contrat suscite une autre problématique qu'il ne faut pas ignorer. Le contrat en construction ne se fera peut-être pas. Cet échec peut être imputable à l'une des parties en négociation. Lorsque l'instrument de la négociation est dénué de la nature contractuelle, la partie fautive peut engager sa responsabilité non pas contractuelle, mais précontractuelle.

§2. LA NÉCESSITÉ DE CONSACRER DES DISPOSITIONS À LA RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE

440. L'échec des négociations lors de la phase d'avant-contrat n'implique pas toujours que les parties repartent chacune de leur côté. Elles peuvent être tenues soit par les termes du contrat

1142 BEHAR-TOUCHAIS, Martine et VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de la distribution.* Paris : L.G.D.J, 1999, n° 121 et s., p.70 et s., n° 171 et s., p. 93 et s. n° 267 et s. p. 137 et s.

1143 VOGEL, Louis. « *La réglementation européenne de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats* » in *Le contrat-cadre de distribution, enjeux et perspectives, colloque des 11 et 12 décembre 1996. Cahier de droit de l'entreprise*, p. 32 et s.

envisagé, soit par une responsabilité extracontractuelle de l'une envers l'autre. Cette responsabilité qui se situe en dehors du champ contractuel n'est pas moins intimement liée à la matière contractuelle. Elle naît à l'occasion de processus de formation du contrat. La locution latine « *culpa in contrahendo* » est assez éloquente de la proximité entre cette responsabilité et la matière contractuelle.

En français, cette locution se désigne la « *faute dans la conclusion du contrat* »[1144] et qui en a compromis la conclusion. Cette traduction révèle davantage le lien étroit entre la culpa *in contrahendo* et la matière contractuelle, montrant comment cette notion de faute précontractuelle est intrinsèquement liée à la formation du contrat. En considération de ce lien, le parti a été pris de défendre l'idée de l'inclusion de la *culpa in contrahendo* dans le droit matériel uniforme consacré au contrat (**A**).

441. Cependant, un texte consacré au contrat qui contiendrait des dispositions relatives à la *culpa in contrahendo*, c'est-à-dire à la responsabilité extracontractuelle susciterait de légitimes questions. En effet, puisque le texte ferait cohabiter les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, il devrait se prononcer sur l'épineuse question du non-cumul desdites responsabilités (B).

442. Par ailleurs, cette coexistence dans un même *corpus* interroge l'autonomie de la volonté. En matière contractuelle, cette autonomie permet aux parties de désigner la loi applicable. Si la responsabilité extracontractuelle s'immisce dans un texte sur les contrats transfrontières, la question se pose de savoir si les parties peuvent choisir la loi applicable à leur relation extracontractuelle. En d'autres termes, dans quelle mesure permettra-t-on aux parties de choisir la loi régissant leur rapport extra-contractuel ? Ainsi, intégrer la *culpa in contrahendo* dans un texte de droit des contrats revient à confronter ce régime de responsabilité au libéralisme qui caractérise la matière contractuelle, posant finalement la question de son interaction avec la loi d'autonomie. La *culpa in contrahendo* se trouvera alors confronté à la loi d'autonomie (**C**).

1144 ROLAND, Henri et BOYER, Laurent. *Locutions latines du droit français*. 4e éd. Paris : Litec, 1998, p. 84 « *Faute commise, non pas lors de l'exécution de l'obligation, mais au moment de l'engagement des volontés. Lorsque l'annulation du contrat est due à la faute de la partie qui la réclame en justice, son cocontractant, s'il est de bonne foi, a droit à la réparation du préjudice qu'il subit par* suite *de la nullité (frais exposés inutilement, perte du bénéfice de l'opération). Au contraire, il n'y a pas lieu à indemnisation quand le contrat se trouve annulé pour cause illicite ou immorale, parce qu'à ce moment-là chacun des contractants s'est exposé par sa faute au dommage dont il souffre. La faute ne saurait résider dans la seule demande en annulation, car il est tout à fait légitime de dénoncer en justice la malformation d'une convention. Elle consiste dans le fait d'avoir conclu le contrat, alors qu'on le savait entaché d'un vice ou qu'on aurait dû en connaître la nullité* ».

A. L'INCLUSION DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* DANS LE DROIT MATÉRIEL UNIFORME CONSACRÉ AU CONTRAT

443. À l'image de M. Bertrand FAGES, il convient d'accorder une attention particulière au « *comportement du contractant* »[1145], en l'occurrence, lors de la phase précontractuelle. Si a priori, le « *droit des conventions est une discipline où règne une relative sécurité juridique : les processus qui président à la naissance et au déroulement du contrat* » doivent être bien établis, les grands mécanismes, les notions clés, les tendances fondamentales de cette branche bien dégagés[1146]. Il est entendu que même à supposer cette mécanique parfaitement établie, il existe un facteur contingent ne devant pas être perdu de vue et devant être anticipé, au mieux, par le législateur : le comportement du contractant. Ce dernier peut, par exemple, décider unilatéralement de rompre des négociations contractuelles, pourtant bien avancées.

Malgré l'importance des pourparlers qui peuvent donner lieu à un contrat de vente, ils doivent être distingués de celui-ci en cela que leur rupture peut donner lieu à la mise en cause de la responsabilité du fautif non pas sous le régime de la responsabilité contractuelle, mais sur le terrain délictuel. Il est important que lorsque les pouvoirs publics proposent aux opérateurs économiques un texte en matière contractuelle, ils leur donnent des clés pour appréhender la phase de « *l'avant-contrat* »[1147]. Il peut s'avérer ardu de déterminer avec précision quand commence cette phase d'avant-contrat. Cette détermination peut présenter l'intérêt notamment de « *tenir pour faute précontractuelle des actes de publicité trompeuse, de tromperie ou des propositions discriminatoires* »[1148].

Comme l'illustrent les observations sur la période d'avant-contrat, une relation contractuelle ainsi que le régime de la responsabilité contractuelle qui y est attaché ne naissent pas *ex nihilo*. Elle est la suite d'une phase qui peut se caractériser par des pourparlers, des négociations formelles ou informelles. Si un litige intervient entre les parties dans le cadre de ces pourparlers ou négociations, il relèvera de la responsabilité extracontractuelle. À l'inverse des promesses de contrats qui engagent déjà la responsabilité contractuelle, notamment celle

1145 FAGES, Bertrand. *Le comportement du contractant*. Aix-en-Provence : PUAM, 1997, p. 37.

1146 FAGES, Bertrand. *Le comportement du contractant*. Aix-en-Provence : PUAM, 1997.

1147 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001.

1148 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001. N°11, p. 29.

du promettant, les pourparlers et négociations donnent lieu à une responsabilité extracontractuelle. Un texte portant droit uniforme des contrats ne saurait être conçu comme ilot autarcique vis-à-vis de considérations qui ne seraient pas directement de nature contractuelle. À certains égards, dans l'ordre interne et comme dans l'ordre international, les responsabilités contractuelle et extracontractuelle devraient être envisagées comme des réalités voisines, d'une telle proximité que l'on ne devrait pas concevoir l'une sans envisager dans une certaine mesure l'autre. C'est d'ailleurs, ce qu'exprime un auteur lorsqu'il écrit que « *parce qu'il incombe de ne pas introduire de chaos dans l'agencement des règles qu'il désigne pour régir les situations individuelles, le droit international privé des obligations ne saurait se désintéresser des liens qui existent, au sein des ordonnancements dessinés par le droit interne, entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle* »[1149]. Cette affirmation n'est pas sans rappeler la conception de M. Luigi FERRARI BRAVO pour qui il existerait « *des liaisons logiques ou systémiques* »[1150] entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé[1151]. D'ailleurs, plus globalement, M. FERRARI BRAVO nous fait observer avec justesse que « *si l'on considère la position respective des différents ensembles de règles dans lesquels on peut diviser le droit privé — famille, succession, droit des biens (corporels ou incorporels), contrats, responsabilité civile — on se rend compte assez aisément que le domaine dans lequel se situent les règles relatives aux contrats est assez proche de celui qui appartient à la responsabilité civile. Cela vaut, au moins, pour tous les systèmes des pays occidentaux, qu'ils soient de tradition anglo-saxonne ou de tradition de droit civil (…)* ». Il existe donc une certaine proximité entre la question de la responsabilité civile et ces matières du droit privé au nombre desquelles figure le contrat[1152].

444. Précisons qu'il ne s'agit ici que de la responsabilité civile délictuelle en lien avec le contrat. L'expression « *responsabilité précontractuelle* »[1153] situe bien le pan de la matière délictuelle qui nous intéresse ici singulièrement. *Stricto sensu*, « *la responsabilité précontractuelle est celle encourue à raison d'une faute commise dans la phase de négociation d'un contrat. Elle a donc vocation à englober, outre*

1149 BOLLÉE, Sylvain. « *À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* ». *D.,* 2008, p. 2161.

1150 BOLLÉE, Sylvain. « *À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* ». *D.,* 2008, p. 2161.

1151 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé (Volume 146). RCADI*, Mars 1975. [Consulté le 16 juin 2024].

1152 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé (Volume 146). RCADI*, Mars 1975, p. 347.

1153 DESHAYES, Olivier. « *Le dommage précontractuel* ». *RTD Com.* 2004, p. 187.

la rupture fautive des pourparlers, l'utilisation d'informations confidentielles obtenues dans le cadre des pourparlers, la révocation de l'offre de contrat ou encore la faute conduisant à l'annulation ultérieure du contrat »[1154]. Toutes ces hypothèses sont autant de causes de dommage dit précontractuel même si dans le cadre de notre analyse nous mettons plus en exergue la rupture fautive de la négociation contractuelle.

En effet, il y a une question qui singularise particulièrement l'intérêt de dresser un pont entre les responsabilités contractuelle et le délictuelle, c'est bien celle de la *Culpa in contrahendo* consécutive à la rupture des négociations contractuelles qui « *mêle assez naturellement des questions d'ordre contractuel — la rupture est-elle efficace ou le contrat est-il formé malgré elle ? — et délictuel — si le contrat n'est pas formé, une responsabilité est-elle néanmoins encourue* ? »[1155]. Il n'est pas anodin que traitant des conflits de lois dans les obligations contractuelles et non contractuelles dans deux règlements distincts, l'UE ait toute de même trouvé le moyen d'établir une jonction entre les deux régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle. En effet, en matière de pourparlers, l'article 12, § 1 du règlement Rome II dispose que « *La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de transactions menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu* ». Ce faisant, le règlement Rome II s'inscrit en rupture notamment avec la conception

1154 DESHAYES, Olivier. « *Le dommage précontractuel* ». *RTD Com.* 2004, p. 187.

1155 BOLLÉE, Sylvain. « *À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* ». *D.,* 2008, p. 2161.

française de la *culpa in contrahendo* qui consiste à faire prévaloir par principe[1156], le lieu du fait dommageable[1157] c'est-à-dire la loi du lieu de survenance du fait délictuel[1158].

445. Un tel lien entre la responsabilité de contractant du fait de son comportement dans le cadre des négociations et le contrat projeté pourrait faire l'objet de dispositions dans le droit uniforme destiné aux relations contractuelles. À l'image de ce qui a été fait avec les règlements Rome I et Rome II, il ne s'agit pas de prévoir des dispositions portant sur toute la matière délictuelle, mais sur les questions de cette matière ayant un lien aussi prégnant avec le contrat.

446. D'après un point de vue que nous partageons, dans la mesure où elles font coïncider en principe la loi applicable au contrat et celle applicable au fait extracontractuel, les dispositions de l'article 12, § 1 précité constituent « *certainement l'apport le plus heureux du règlement Rome II s'agissant de la culpa in contrahendo* »[1159]. Reprenant un concept connu des droits nationaux, le Conseil lui reconnait un caractère autonome et précise, dans le considérant n° 30 du règlement Rome II, que « *le concept de culpa in contrahendo est autonome aux fins du présent règlement* » et qu'« *il devrait inclure la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles* ». Par

1156 CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : Dalloz, 2021, n°90, p. 40 ; MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n°724, p. 505 ; NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n°100, p. 92 ; AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n°256 s. p.241 s ; BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*. Vol. 2. 5e éd. mise à jour. Paris : PUF, 2021, n°982 s. p. 520 s : « *Condamne définitivement la tendance de soumettre la responsabilité délictuelle à la loi du for au titre des lois de police et de sûreté (art. 3, al. 1er du Code civil) et renouant avec une très ancienne tradition, la Cour de cassation a consacré la compétence de la lex loci delicti dans l'arrêt Lautour du 25 mai 1948, aux termes duquel « la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle (…) est la loi du lieu où le délit a été commis* ». Cependant en cas de dispersion du lieu du fait dommageable celui du dommage, une jurisprudence s'est progressivement dessinée « *en vue de trancher entre les vocations concurrentes de la loi du fait générateur et celle du lieu du dommage* ». Ce mouvement jurisprudentiel a connu comme point de départ l'arrêt Horn y Prodo du la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 février 1983 aux termes duquel la Haute juridiction a pris parti en faveur de la « *loi du lieu où le dommage a été réalisé* ». Cette première décision a été suivie par plusieurs arrêts : Cass. civ. 1re, 14 janvier 1997, soc. Gordon and Breach, D., 1997. 177, note SANTA CROCE, Muriel ; Cour de cassation (1re Ch. civ.). - 11 mai 1999, Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres, D. 1999, p. 295, obs. Bernard Audit ; Cour de cassation, 1re civ. 5 mars 2002, Sisro — D. 2002. 2999.

1157 VIGNAL, Thierry. *Droit international privé*. 5e éd., 2021. Paris : Sirey, 2020. n°387, p. 251.

1158 Il convient toutefois de nuancer cette différence entre la solution retenue par le règlement Rome II et celle du droit français. En effet, Le second paragraphe de l'article article 12 dudit prévoit des solutions alternatives ayant vocation à jouer « *si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1* ». Le cas échéant, la loi applicable est désignée par trois critères énoncé dans l'ordre hiérarchique inversé : a) le pays où se localise le dommage (essentiellement celui de la résidence habituelle de la partie ayant subie le dommage (5)) ; b) le pays où les deux parties ont leur résidence habituelle, le cas échéant ; c) le pays ayant des liens « *manifestement plus étroits avec la situation, quand tel est le cas* ».

1159 BOLLÉE, Sylvain. « *À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* ». *D.,* 2008, p. 2161.

ailleurs, dans la mesure où la *culpa in contrahendo* est évoquée à l'article 12, conjointement aux notions d'enrichissement sans cause et de gestions d'affaires, il est cohérent que cette autonomie ainsi décrite convienne aussi pour ces deux concepts[1160]. Ce considérant n° 30 précité confirme qu'un texte peut bien s'intéresser à la fois à la matière contractuelle et à la question de la responsabilité délictuelle dans une certaine mesure. Certes, les problématiques de nature délictuelle n'entrent pas dans le champ contractuel à proprement dit. Mais elles sont si intimement liées au contrat négocié que prévoir des dispositions uniformes régissant le contrat sans régler ces questions connexes condamnerait davantage ce droit matériel à être lacunaire et partant jouissant d'une autonomie limitée. Pour s'en convaincre, il convient de garder à l'esprit que le silence du droit matériel projeté sur la question de la rupture des négociations contractuelles générerait essentiellement une difficulté de détermination du régime de responsabilité : s'agira-t-il d'une responsabilité de nature contractuelle ou délictuelle[1161] ? Il est vrai qu'en matière de conflits de juridiction, le juge communautaire a pu juger dans le cadre de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, que « *l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle* »[1162]. De l'analyse de certains auteurs, cette approche serait au demeurant conforme tant à celle du droit interne français qu'à celle du règlement Rome I qui exclut aux termes de son article 1er, §2 i, de son champ d'application « *les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion du contrat* »[1163]. Il importe toutefois de nuancer cette analyse qui tend à présenter le droit interne français comme séparant radicalement les responsabilités délictuelle et contractuelle, cette dernière n'ayant cours qu'en cas de relation contractuelle consentie par les parties. La doctrine française a parfois proposé des alternatives à la qualification délictuelle du litige et partant à l'application de la *lex loci delicti*[1164]. Certaines de ces propositions ont

---

1160 LÉGIER, Gérard. *« Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo » in Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : actes du colloque du 20 septembre 2007, Dijon.* Paris : Litec, 2008, p. 148.

1161 BOURDELOIS, Béatrice. *« Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé ». Dans : Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum.* Paris : Defrénois, 2005. p. 107.

1162 CJCE 17 sept. 2002, Tacconi, Rev. Crit. DIP 2003. 669, note P. Rémy-Corlay.

1163 BOLLÉE, Sylvain. « *À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* ». *D.* 2008, p. 2161.

1164 BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé.* Vol. 2. 5e éd. Paris : PUF, 2021, n°983, p. 521 : « *il a ainsi été proposé d'assouplir le rattachement dans certainement hypothèses, en faisant valoir que la loi du lieu du délit ne représente pas nécessairement le centre de gravité de la situation litigieuse lorsque les parties partageaient par ailleurs un*

… / …

parfois été favorablement accueillies devant les juridictions de fond afin d'admettre l'application de la loi française à des délits survenus à l'étranger. Pour ce faire, divers moyens ont été utilisés « *telle la mise à l'écart de la qualification délictuelle pour retenir celle conduisant à l'application de la loi française*… »[1165]. Les juges en sont ainsi venus à découvrir un contrat tacite dans le cas d'un transport bénévole[1166]. Dans ce cas, il a été estimé que les parties avaient franchi le pas du contractuel de sorte que le litige a été perçu comme portant sur une obligation dudit contrat. Cet exemple illustre bien, que même le droit interne français, sait se montrer suffisamment souple pour appréhender dans la sphère contractuelle, des faits qui, en réalité, auraient parfaitement pu être caractérisés de délictuels en France comme ailleurs.

447. Dans le cas de la rupture de négociation contractuelle, la question peut être celle de la formation du contrat. Il peut s'agir de savoir si la négociation n'a pas déjà donné lieu à des obligations contractuelles entre les parties. Une partie peut juger inefficace la rétractation de l'autre qui n'a pas pu empêcher la formation du contrat. Or, il ressort de l'article 10, § 1 du règlement Rome I prévoit que l'existence du contrat est soumise à la loi « *qui serait applicable* »[1167] si le contrat était formé. D'ailleurs, en matière de conflit de juridiction, le juge communautaire a pu juger à la faveur d'une affaire *Effer* que la compétence du *for* s'étend très logiquement à l'appréciation de « *l'existence des éléments constitutifs du contrat lui-même* »[1168].

Il ne s'agit pas de préconiser que la faute commise lors de la rupture de négociation contractuelle soit systématiquement qualifiée de contractuelle. L'idée défendue ici est de reconnaitre à cette faute une telle proximité avec la matière contractuelle qu'elle ne saurait être exclue d'un texte portant uniformisation du droit matériel des contrats, du seul fait de son caractère délictuel ou extracontractuel.

---

rattachement personnel commun, ou relevaient du même milieu socio-juridique. Dans ce cas, le lien personnel (nationalité, résidence ou domicile communs) aurait dû alors prévaloir sur le rattachement territorial, lequel paraissait purement fortuit et donc peu significatif de la localisation des intérêts en présence ».

1165 BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*. Vol. 2. 5e éd. Paris : PUF, 2021, n°983, p. 521.

1166 Chambéry, 14 décembre 1965, Rev. crit. DIP, 1967, 110, note P. Bourel ; JDI, 1967, 658, note Ph. Kahn ou TGI Dinan, 28 septembre 1968, D., 1969, 404, note J. Prévault ; JDI, 1970, 95, note R. Dayant.

1167 Le paragraphe 1 de l'article 10 du règlement Rome I dispose que « *L'existence et la validité du contrat ou d'une disposition de celui-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables* »

1168 CJCE, 4 mars 1982, *aff.* 38/81, voir : GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe : matières civile et commerciale règlement 44-2001 et 1215-2012, conventions de Bruxelles, 1968 et de Lugano, 1988 et 2007*. 6e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2018. n°190, p. 265.

B. De la nécessité de se prononcer sur la question du non-cumul des responsabilités

448. Le DCEV exclut expressément la responsabilité extracontractuelle de son champ matériel. Pourtant, il peut advenir que même à l'occasion de l'exécution du contrat, un litige survienne entre les parties sans pour autant qu'il se rapporte au contrat. Un intéressant exemple a été évoqué pour illustrer l'importance de cette question du cumul de responsabilité. Cet exemple concerne *« un contrat de vente d'une machine à laver soumis au DCEV et comportant une prestation de service annexe, également soumise au DCEV, à savoir l'installation de la machine chez l'acheteur, autre que la machine à laver. Dans la plupart des droits européens, la réparation de ces dommages sera soumise aux règles de la responsabilité délictuelle, et supposera donc un renvoi au droit national. En droit français, en revanche, la règle du non-cumul des responsabilités devrait conduire à considérer que la responsabilité de l'installateur est de nature contractuelle, puisqu'il existe une relation contractuelle entre lui et la victime. Dans notre exemple cependant, l'acheteur ne pourra pas se plaindre d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution d'une obligation expressément prévue par le contrat : la machine a bien été installée, elle fonctionne. Pour que l'acheteur puisse réclamer des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle, il faudra en toute rigueur qu'il démontre la violation d'une obligation de sécurité. Toutefois, le DCEV ne prévoit pas d'obligations de ce type dans les contrats qu'il régit. La solution serait alors de faire de l'obligation de sécurité une obligation implicite envisagée par l'article 68 du DCEV. Il s'agirait toutefois d'une obligation implicite n'existant qu'en France (et sans doute également en Belgique et au Luxembourg), car les juges des autres pays européens, qui appliqueront naturellement la responsabilité délictuelle, ne verront jamais l'utilité d'une telle obligation. Il y a donc là une difficulté : soit, on refuse d'introduire dans les contrats soumis au DCEV des obligations de sécurité, au motif que l'instrument optionnel ne les envisage pas, mais on risque d'être alors confronté à un vide juridique dans le contexte du droit français, du fait de la règle du non-cumul des responsabilités ; soit on admet l'existence d'obligation de sécurité, mais on reconnait de ce fait que le contenu d'un contrat soumis au DCEV ne sera pas exactement le même selon le droit national auquel il est rattaché »*[1169]. L'épineuse question du cumul de responsabilité s'invite dans la sphère internationale. Certains auteurs considèrent du sujet du cumul de responsabilité « *comme une simple condition d'application des lois délictuelle et contractuelle en présence — ce qui conduirait à n'autoriser*

1169 BORGHETTI, Jean-Sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel 1* ». *RDC*. Octobre 2012, nº 4, p. 1417.

l'option entre les deux voies que si les lois en concours admettent ensemble le principe »[1170]. Pour d'autres auteurs, la question du cumul de responsabilité relève « *de la solution retenue en ce domaine par la loi (délictuelle ou contractuelle) déclarée applicable* ». Cette approche est soutenue notamment par Otto KAHN-FREUD. Dans son cours consacré au couple « *responsabilité délictuelle et conflit de lois* »[1171], cet auteur suggère qu'il s'agit d'une question d'ordre substantielle. Afin d'illustrer son propos, KAHN-FREUND pose la question suivante : « *les responsabilités délictuelle et contractuelle s'excluent-elles ou la victime d'un accident causé par l'autre partie au contrat telle qu'un transporteur ou un employeur choisi peuvent choisir entre ces deux types de recours ? Quelle loi décide s'il peut ?* ». Estimant que cela relève du droit matériel, l'auteur soutient que « *la responsabilité délictuelle décide si la possibilité de réclamer un contrat (…) exclut la réclamation délictuelle, et le droit propre du contrat décide si la possibilité d'une réclamation délictuelle (quel que soit le système) écarte la réclamation dans le contrat* ». Par conséquent, partant de l'hypothèse d'un accident survenu en Angleterre impliquant un autocar de vacances français en provenance de Calais, pour une excursion d'une journée dont tous les protagonistes sont français et l'entreprise organisatrice de droit français[1172], si un intéressé (par exemple, un ayant-droit d'une des victimes) sollicite le bénéfice du droit anglais de la responsabilité délictuelle[1173], plus avantageux[1174], l'auteur conclut que le droit anglais régissant le délit, c'est à ce système juridique qu'il appartient de décider si la victime du délit dispose d'une option entre agir sur le terrain contractuel et le terrain délictuel[1175]. Dans une hypothèse inverse à celle de l'exemple de l'accident survenu en Angleterre, c'est-à-dire pour un dommage survenu en France, il n'y aurait qu'une action possible à savoir l'action contractuelle. Cette approche de KHAN-FREUND est remise en cause par FERRARI BRAVO qui soutient qu'il « *est très douteux que la même solution s'impose, ainsi que l'affirme M. KHAN-FREUND, devant les juridictions française et anglaise. En effet, cet éminent savant ne considère pas l'importance que peut avoir, aux yeux du juge et de la loi elle-même, l'idée de présupposition. Cette idée fait ainsi qu'un traitement plus généreux, soit par l'action contractuelle, soit par*

1170 BOUREL, Pierre. *Rép. dr. int., Dalloz*, n°51.

1171 KAHN-FREUND, Otto. *Delictual Liability and the Conflict of Laws* (Volume 124). *RCADI*, Février 1968.

1172 KAHN-FREUND, Otto. *Delictual Liability and the Conflict of Laws* (Volume 124). *RCADI*, Février 1968, p. 132.

1173 Rappelons que la loi applicable en matière de délit depuis l'arrêt LAUTOUR précité est prioritairement celle du lieu du fait dommageable, l'accident. Ce dernier ayant eu lieu en Angleterre, la règle de conflit donne ainsi compétence à la loi anglaise.

1174 Notamment en ce qu'il serait plus généreux en termes d'indemnisation.

1175 KAHN-FREUND, Otto. *Delictual Liability and the Conflict of Laws* (Volume 124). *RCADI*, Février 1968, p. 132.

celui de l'action délictuelle, qu'un système de droit matériel puisse être disposé à accorder, sous condition de la non-utilisabilité de l'autre action : vice versa, le traitement moins généreux peut se justifier, même sur le plan du droit positif, par le fait que les deux actions sont disponibles »[1176]. Aussi, l'auteur propose-t-il une troisième voie consistant à considérer que la question du cumul de responsabilité constitue véritablement une règle matérielle prenant en compte la finalité concrète que les parties entendent obtenir de leur demande en réparation[1177]. Pour ce faire, il suggère de s'assurer que l'application de chacune des lois en concurrence vise à garantir au demandeur que chacune loi lui aurait accordé si elle avait régi les deux actions. Il propose ainsi que « *en pratique, si le cumul est interdit par la loi qui régit la responsabilité civile, il faudra établir, avant de nier l'action prévue par cette loi, si l'action contractuelle déjà entamée ne peut amener la victime du préjudice à obtenir moins de ce qu'elle aurait obtenu si elle n'avait exercé que l'action extracontractuelle. Tandis que, dans l'hypothèse inverse (c'est-à-dire si la loi régissant la responsabilité civile prévoit un cumul), il faudra, avant d'admettre l'action fondée sur cette loi, faire attention que la victime n'obtienne plus que ce qu'elle aurait obtenu si elle avait exercé les deux actions sur le plan de la loi qui régit l'obligation civile…* »[1178]. Cette conception de la question du cumul de responsabilité qui admet un aménagement tenant compte des particularités du cas d'espèce, mais surtout de la finalité recherchée notamment par le plaignant, se retrouve dans une certaine mesure dans le droit français. Il est ainsi arrivé à la Cour de cassation[1179] de refuser « *de censurer l'erreur manifeste de qualification commise par les juges du fond, ou les parties, quant à la nature de la responsabilité lorsque l'application des règles contractuelles ou délictuelles conduit exactement au même résultat pratique* »[1180].

449. Le principe est tout de même que le droit français repose en la matière sur la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle[1181] ou « *plus exactement, le principe jurisprudentiel du non-choix des responsabilités* »[1182] consacré par une décision de la Cour de

1176 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé* (Volume 146). *RCADI*, Mars 1975, n°4, p. 385.

1177 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé* (Volume 146). *RCADI*, Mars 1975, n°4, p. 386.

1178 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé* (Volume 146). *RCADI*, Mars 1975, n°4, p. 386.

1179 Notamment, Civ. 1re, 4 janvier 1995, RCA, 1995. 89.

1180 PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit des obligations 2022*. 14e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°676, p.349.

1181 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n°898, pp 1011 s. BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 20e éd., 2023. Paris : L.G.D.J, 2021, p. 411.

1182 PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit des obligations 2022*. 14e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021, n°672, p.349.

cassation en date du 11 janvier 1922. En pratique cette règle signifie que « *la responsabilité ne délictuelle ne peut être invoquée entre des cocontractants pour la période d'exécution du contrat et pour des faits liés à cette exécution* »[1183]. Appelée des vœux de la doctrine depuis longtemps notamment depuis la réforme du droit des obligations, une refonte des textes relatifs aux obligations délictuelles est engagée dans le cadre d'un processus de réforme initié par le ministère de la Justice dans un premier temps sous la forme d'un avant-projet soumis en 2016 à la consultation publique et dans un second temps, d'un projet publié en mars 2017[1184]. À toutes fins utiles, il convient de préciser que la réforme envisage de délimiter la portée du principe de non-cumul de responsabilité de sorte que « *tous les dommages corporels relèveraient de la responsabilité extracontractuelle, sauf dispositions expresses du contrat plus favorables à la victime (article 1233-1 du projet de réforme* »[1185]. Cette disposition est remarquable en cela qu'elle consacrerait le dommage corporel comme critère de distinction des obligations contractuelles et délictuelles même entre les parties à un contrat. Dans ce cas, la victime ne pourrait en principe qu'exercer une action en responsabilité délictuelle. Par ailleurs, elle innove surtout en rendant aux parties la possibilité de conventionnelle et de manière expresse, une solution plus avantageuse. L'autonomie de la volonté ferait ainsi une incursion au cœur même de l'épineuse question du cumul des responsabilités. Cette dernière disposition pourrait bien inspirer les concepteurs d'un droit uniforme relatif à la matière contractuelle dans les espaces OHADA et UE.

450. Ces trois conceptions doctrinales de la notion de cumul de responsabilité attestent bien que cette problématique se pose non sans acuité en droit international privé. Il est donc vraisemblable que parallèlement à une relation contractuelle régie par le droit matériel OHADA des contrats ou du DCEV, les parties soient confrontées à une telle problématique. Nous l'avons vu, une partie peut avoir subi un dommage imputable au contractant sans que cela relève de la violation d'une obligation contractuelle. Dans une hypothèse, le contractant peut être victime d'un dommage corporel du fait d'un fait dommageable survenu dans le cadre de l'exécution du contrat. Si a priori, l'existence d'une relation contractuelle entre les parties peut incliner à conclure à la nature contractuelle de la responsabilité ainsi encourue, il convient de ne pas sous-estimer *« l'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des*

1183 BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 20e éd.,. Paris : L.G.D.J, 2023, p. 411.

1184 BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 20e éd.,. Paris : L.G.D.J, 2023, p. 414.

1185 BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 20e éd., Paris : L.G.D.J, 2023, p. 412.

obligations »[1186]. Un autre cas de figure qu'il faudrait envisager concerne l'hypothèse où une obligation contractuelle serait la cause directe du dommage subi par un tiers. De quelle action ce dernier disposerait-il ? Action en responsabilité contractuelle ou action en responsabilité délictuelle ? Ou même les deux au choix de la victime ? On peut regretter que cette problématique du cumul de responsabilité comme plus généralement la responsabilité extracontractuelle soit exclue de la proposition de règlement portant DCEV et l'avant-projet d'AUDC proposé par Marcel FONTAINE. En revanche, le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA, consacre trois dispositions à cette question du cumul de la responsabilité. Le texte apporte des précisions à cette question. Maintenant la règle classique en vertu de laquelle, en matière contractuelle, les parties ne peuvent écarter l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle au profit de la responsabilité délictuelle[1187], le texte prévoit néanmoins que lorsque l'une des parties est victime d'un préjudice corporel, elle dispose d'une option en faveur du régime de la responsabilité délictuelle qu'elle jugerait plus favorable[1188]. En cela, cette disposition du projet droit uniforme OHADA des obligations s'apparente au projet de texte visant à réformer le droit français de la responsabilité délictuelle. En outre, le projet d'Acte uniforme prévoit que dans l'hypothèse où l'inexécution d'une obligation contractuelle causerait directement à une tierce personne un dommage subi, celle-ci peut agir à son choix, alternativement sur le fondement du régime de la responsabilité contractuelle ou sur le fondement de la responsabilité délictuelle[1189].

1186 BOURDOISEAU, Julien. *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*. Paris : L.G.D.J-Lextenso éd, 2010. Thèse soutenue en 2007 à l'Université de Tours.

1187 La première disposition, l'article 260, dispose ainsi que « *En matière contractuelle, les parties ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle en optant pour celles de la responsabilité délictuelle. Toutefois, lorsque l'une d'elles est victime d'un préjudice corporel, elle peut opter en faveur des règles de la responsabilité délictuelle si elles lui sont plus favorables* ».

1188 L'article 261, dispose « *Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des dispositions régissant la responsabilité contractuelle. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage. Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle* ».

1189 Aux termes de l'article 262, « *L'action en responsabilité contractuelle se prescrit par dix ans en matière civile et par cinq ans en matière commerciale. Le délai de prescription court à partir du jour où l'obligation inexécutée est exigible.* »

C. La culpa in contrahendo confrontée à la loi d'autonomie

451. Ignorée tant par la proposition de DCEV que par l'avant-projet d'AUDC, la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à une obligation extracontractuelle n'est envisagée que par la proposition d'Acte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA. En effet, comme l'annoncent les rédacteurs du texte dans leur rapport de présentation, « *afin de respecter le principe d'autonomie et de renforcer la sécurité juridique, sous réserve des dispositions impératives (par exemple l'article 592-4*[1190]*), l'article 599*[1191] *prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à une obligation extracontractuelle. Le choix peut être exprès ou résulter des circonstances* ». Dans l'optique d'assurer aux opérateurs économiques une meilleure sécurité, les rédacteurs de l'avant-projet d'AUDC et de la proposition de DCEV auraient dû prévoir une telle disposition, ne serait-ce que, pour les cas de responsabilité précontractuelle ou extracontractuelle comme celle découlant de la faute dans la rupture d'une négociation contractuelle. Appréhender la responsabilité contractuelle et dans une certaine mesure la responsabilité extracontractuelle dans un même texte serait, par ailleurs, l'opportunité de se prononcer sur la question du cumul de responsabilité.

452. Une chose est de consacrer l'autonomie de la volonté dans la matière extracontractuelle, une autre est d'en délimiter le plus précisément possible les cadres de sorte à minimiser les risques et difficultés que pourrait engendrer cette consécration. Certes, à l'image du législateur européen avec le règlement Rome II, les rédacteurs de l'avant-projet de droit des obligations OHADA a encadré le choix des parties, notamment en excluant qu'il soit formulé

1190 L'article 592 prévoit en matière de responsabilité extracontractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale, la loi applicable est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. Le paragraphe 4 de cet article précise que « *il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 599* ».

1191 Aux termes de l'article 599 qui ressemble sensiblement à l'article 14 du règlement Rome II, « *Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation extracontractuelle : a) par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ; ou b) lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Ce choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers. 1- Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, le choix d'une loi par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. 2- Lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la survenance du fait générateur du dommage, localisés dans un ou plusieurs États membres de l'OHADA, le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, le cas échéant, porter atteinte à l'application des dispositions du droit OHADA auxquelles il ne peut être dérogé par accord, et telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du for.* »

ex ante la survenance du dommage et prévu que ce choix ne porte pas atteinte aux droits des tiers[1192]. Cependant, certaines questions mériteraient d'être étudiées.

453. La première que nous évoquerons porte sur la possibilité de désigner un droit non étatique à l'instar des Principes de droit européen de la responsabilité civile. Quand les rédacteurs de l'avant-projet portant droit OHADA des obligations énoncent que les parties peuvent désigner « *la loi applicable à l'obligation extracontractuelle* » entendent que seuls des droits étatiques peuvent être ainsi désignés ou envisagent-ils, au moins implicitement, que les parties peuvent choisir de soumettre leur rapport à un droit non étatique ? L'introduction de la loi d'autonomie dans ce domaine se justifiant, comme pour la matière contractuelle, par le fait que les droits en cause relèvent des matières dont les parties ont la libre disposition, il ne serait pas dépourvu de sens que les parties puissent être autorisées à désigner un droit non étatique. Cela dit, admettre la possibilité pour les parties de désigner un droit non étatique reviendrait à considérer que les dispositions de ce droit « *peuvent entrer en jeu dans les limites des dispositions impératives de la loi objectivement applicable* »[1193].

454. Une autre interrogation suscitée par l'application de la loi d'autonomie aux obligations non contractuelles concerne le domaine du choix opéré par les parties. Autant, il peut paraître évident que pour les cas où les parties ne peuvent procéder au choix qu'après la survenance du dommage, la loi désignée ne régit que ce rapport déterminé, autant on peut attendre du législateur qu'il précise, pour les parties qui exercent une activité professionnelle, si le choix antérieur à tout fait dommageable concerne un rapport déterminé ou s'il vaut « *pour toutes les obligations non contractuelles susceptibles de naître entre les parties* »[1194].

455. En tout état de cause, assimiler la formation du contrat à une « *grossesse partagée* »[1195] par les parties implique d'être aussi attentif au processus qui mène à la rencontre des volontés. Une attention portée sur cette phase de l'avant-contrat conduit aux conséquences juridiques

---

1192 BOSKOVIC, Olivera. Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale. *Répertoire de droit européen, Dalloz*. Septembre 2010, n°112 : Ainsi, *« l'assureur ne pourra pas être tenu au-delà de ce que prévoit la loi objectivement applicable et l'action directe ne pourra être exercée dans des conditions plus souples que celles prévue par la loi applicable en vertu de l'article 18 (du règlement*Rome *II) ».*

1193 BOSKOVIC, Olivera. « *Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale. Répertoire de droit européen ». D.*, Septembre 2010, n°113.

1194 BOSKOVIC, Olivera. « Loi applicable aux obligations non contractuelles : matières civile et commerciale. *Répertoire de droit européen ». D.*, Septembre 2010, n°115.

1195 MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001, n°1 et s. p. 23.

qui peuvent en découler. Mais, l'attention ne doit pas se limiter à l'avant-contrat et à l'accord des volontés. Une première question qui se pose, dès lors qu'on pense avoir dépassé l'étape de l'avant-contrat, c'est celle du moment de la naissance du contrat. C'est en cela que l'observation de l'avant-contrat peut aider à déterminer s'il y a eu rencontre des volontés et, à quelle comment. Une seconde question concerne les effets du contrat. Dans le cadre d'une vente, il s'agira de savoir quand est-ce la vente est formée et quels sont les effets pour les parties, précisément en ce qui concerne les prestations qui font l'objet de l'accord, et partant de la vente. Un texte portant droit de matériel uniforme doit apporter des éléments de réponses aux contractants quant à ces questions. À défaut, un texte comme le DCEV dont l'objet est le contrat de vente, serait « *en deçà du droit de la vente* ».[1196] Le texte serait lacunaire en raison de son silence sur une question aussi cruciale pour la matière contractuelle en général et pour le contrat de vente en général.

SECTION II. LA RÉVÉLATRICE TENTATION D'ÉLUDER LA QUESTION DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

456. Si, comme on le soutient, inclure la phase précontractuelle dans l'élaboration d'un droit matériel uniforme relatif aux relations contractuelles, présente notamment l'intérêt de pouvoir déterminer le point de départ de l'obligation contractuelle, la question du consensualisme participe aussi de cette détermination.

Le consensualisme et le transfert *solo consensus* sont deux notions juridiques étroitement liées en droit des contrats. En effet, corolaire de la liberté contractuelle, le consensualisme signifie que « *l'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat. Peu importe la forme dans laquelle il est constaté. La volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme* »[1197]. Le consensualisme implique que toute l'existence du contrat repose sur la rencontre de la volonté des parties. Or, le transfert *solo consensus* est aussi l'expression de la

1196 ANCEL, Pascal. *« Retour sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°15, p. 155.

1197 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022, n°25, p. 11.

puissance de la volonté en matière contractuelle. Comment envisager un droit matériel autonome qui ne se prononcerait pas sur les conditions dans lesquelles la rencontre des volontés donne définitivement naissance au contrat entre les parties et sur les effets de cette rencontre en termes de transfert de propriété ? En raison du lien entre ces deux notions de consensualisme et de transfert *solo consensus*, elles seront associées dans les développements qui suivent.

457. Le consensualisme est présenté par auteur comme « *un puissant facteur de développement des échanges économiques puisqu'il laisse les parties libres de contracter valablement sans régler la forme de leurs relations* »[1198]. L'auteur nous rappelle le lien intime qui existe entre ce principe et le principe de l'autonomie de la volonté : puisque les contractants sont, en principe, libres de déterminer le contenu de leurs rapports contractuels, ils sont tout aussi libres, en principe, de déterminer « *le mode d'extériorisation de leur consentement* ». Cette conception ne manque pas de pertinence dès lors qu'en matière contractuelle la volonté des parties est la clé de voute de la naissance, du contenu et de la fin du contrat. Cela étant dit, la volonté des parties n'est pas toute puissante dans la mesure où elle ne peut produire tous ses effets, que si la loi en dispose ainsi.

458. Les projets de textes de l'OHADA et de l'UE semblent converger vers la consécration du principe du consensualisme. Ainsi, l'avant-projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA consacre le principe du consensualisme même s'il admet l'existence d'actes régis par une solennité dont la non-observation est sanctionnée par la nullité de l'acte[1199]. Aussi, l'opposition entre consensualisme et formalisme ne retiendra pas davantage notre attention étant entendu qu'elle ne participe pas des lacunes que nous entendons mettre en exergue. En effet, au-delà de cette opposition entre consensualisme et formalisme dans la conclusion du contrat, c'est la question du principal effet du contrat qui est sera au cœur des lignes qui suivent. Qu'elle soit régie par le principe du consensualisme ou par un formalisme, la conclusion du contrat entraine-t-elle automatiquement le transfert de la propriété de l'objet du contrat et partant, des risques inhérents à la qualité de

1198 BRASSEUR, Paul. *« Le formalisme dans la formation des contrats, Approche de droit comparé » in Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2002, n°3, p. 609.

1199 L'article 124 dispose ainsi qu'en *« principe, les conventions sont parfaites par le seul consentement des parties, sous quelque forme qu'il soit exprimé. Et l'article 125 de préciser que « par exception, les actes solennels sont assujettis à l'observation de formalités déterminées par la loi et dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité de l'acte, à moins que celui-ci puisse être régularisé… »*

propriétaire ? Une réponse affirmative consacrerait encore davantage la prééminence du principe de l'autonomie de la volonté dans la matière contractuelle. Cependant, même à l'admettre en principe, il conviendrait d'en limiter le rayonnement aux relations contractuelles impliquant des contractants qui requièrent une protection des pouvoirs publics à l'instar du consommateur ou du professionnel en situation de dépendance. Cet interventionnisme de la puissance publique dans le domaine si libéral du contrat limitant ainsi la portée du principe de l'autonomie de la volonté illustre toute la délicatesse des sujets comme le transfert de propriété consécutif à la formation du contrat et partant le transfert des risques. Il n'est pas surprenant que les rédacteurs de la proposition de règlement portant DCEV, qui ont opté pour la formation *solo consensus* du contrat sans exiger un formalisme autre que le formalisme informationnel de la phase précontractuelle, aient choisi d'exclure du champ de ce texte, le transfert de propriété. Ils admettent que la seule rencontre de la volonté des parties donne naissance au contrat, mais s'abstiennent de se prononcer sur la question du transfert de propriété au cœur du contrat. Cette attitude illustre bien que la complexité inhérente à ce sujet nourrit certainement une tentation de l'éluder. Or, dans la mesure où le texte traite du contrat en général, et plus particulièrement du contrat de vente, il semble que certains sujets ne sauraient être exclus en renvoyant ainsi les parties aux droits nationaux des contrats. Au nombre des sujets qui ne sauraient être éludés d'un *corpus* de règles matérielles uniformes relatives aux relations contractuelles, figure la question de la transmission de la propriété et des risques. Les rédacteurs d'un tel *corpus* ne devraient pas écarter un tel sujet même, s'il est reconnu que « *la transmission de la propriété et des risques est au cœur de disputes qu'aucune recodification n'épuisera* »[1200]. Il serait nécessaire d'apporter aux parties une réponse en statuant, d'une part, sur la corrélation entre la conclusion du contrat et le transfert de propriété (§1) et, d'autre part, sur la corrélation entre le transfert de propriété et celui des risques (§2).

1200 BOUCARD, Hélène. *« Le transfert de propriété et des risques dans la vente (rapport français) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021. p. 410.

§1. LA NÉCESSITÉ DE STATUER SUR LA CORRÉLATION ENTRE LA CONCLUSION DU CONTRAT ET LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

459. Afin d'évaluer la performance économique de la réglementation des affaires, le Rapport *Doing Business*[1201] mettait en avant une série de critères définis au regard des étapes communes de l'existence de l'entreprise allant de sa création à sa disparition en passant par son fonctionnement, son développement et ses relations avec les tiers et avec les l'État[1202]. Au nombre des critères retenus par le Rapport jusqu'à sa dernière parution en 2020[1203], figure la question du transfert de propriété. Cela illustre l'importance de mettre à la disposition des opérateurs économiques des normes claires et prévisibles sur les conditions et modalités du transfert de propriété. En effet, « *cet indicateur met en exergue le problème de la mutation des titres et du transfert du droit de propriété. Il se mesure en termes de procédures (nombre de formalités), de délais et de coûts. Sa connaissance est utile pour l'investisseur qui, au fil du temps, achètera et vendra des immeubles selon le type, le rythme et l'extension de ses activités* »[1204]. Élément essentiel du contrat de vente qu'il permet au demeurant de distinguer d'autres contrats, l'effet translatif de propriété n'en est pas exclusivement l'apanage. Le transfert de la propriété d'un bien objet du contrat se retrouve dans d'autres figures contractuelles que la vente. M. Pascal PUIG s'est ainsi employé à démontrer que les contrats d'entreprise peuvent aussi avoir pour objet la transmission de la propriété d'un bien[1205]. Le transfert de propriété est véritablement un critère essentiel d'appréciation de la qualité d'un système de réglementation du contrat. C'est ainsi, en ce qui concerne la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après la CVIM)[1206], reconnaissant tous ses mérites, M. Eddy LAMAZEROLLES

1201 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n° 28, p. 383-384 citant le Rapport *Doing Business* de 2014. Traitant de la performance économique de l'OHADA, les auteurs affirment l'importance de « *vérifier l'efficacité du système juridique en évaluant la performance sur la base de critères quantitatifs et qualitatifs objectifs et pertinents* ». C'est au titre de ces critères quantitatifs de la performance économique que les auteurs font référence à l'analyse de *Doing Business*.

1202 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n° 28, p. 383-384.

1203 Le Rapport *Doing Business* n'existe plus depuis 2021. Il a été remplacé par le rapport *B-Ready (Business Ready)* 2023 qui est un nouveau projet phare de la Banque mondiale, lancé pour évaluer l'environnement des affaires et le climat d'investissement dans un large éventail d'économies à travers le monde.

1204 *Encyclopédie du droit OHADA*. Paris : Lamy, 2011, n° 28, p. 383-384.

1205 PUIG, Pascal. *« Le contrat d'entreprise translatif de propriété » in Études offertes à Jacques DUPICHOT : liber amicorum*. Bruxelles : Bruylant, 2004, n°1, p. 409.

1206 Texte au succès majeur en droit des contrats internationaux, la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 porte droit matériel des contrats de vente internationales.

présente au nombre des éléments perfectibles de la CVIM, ses « *lacunes relatives au transfert de propriété* »[1207]. En effet, l'auteur souligne à juste titre que la Convention aborde la question du transfert de propriété uniquement pour préciser qu'elle ne relève pas de son champ d'application.. En cela, la CVIM et la proposition de règlement portant DCEV se ressemblent puisque cette dernière exclut le transfert de propriété dans son considérant 27. D'ailleurs, il est acquis que la première a considérablement inspiré les rédacteurs de la seconde[1208].

Concernant la CVIM, M. LAMAZEROLLES soutient que ses rédacteurs « *ont, semble-t-il, été dans l'impossibilité de s'entendre sur les modalités de ce transfert de propriété* ». C'est en effet une dissension qui a sans doute conduit à l'exclusion de la question du transfert de propriété par les rédacteurs de la proposition de texte européen. Pour schématiser les antagonismes lors des discussions sur la CVIM, M. LAMAZEROLLES présente deux conceptions opposées en droit comparé : « *dans certains droits, le transfert de propriété est par principe concomitant à la formation du contrat, dans d'autres droits, il résulte de l'exécution du contrat et constitue l'une des obligations du vendeur* ». Ces deux conceptions sont bien illustrées par les Codes civils français et espagnol. Malgré son inspiration française, car conçu sur le modèle du Code Napoléon, le Code civil espagnol se distingue du Code français à bien des égards, au nombre desquels figure « *le régime du transfert de la propriété à la suite de contrat à titre onéreux* »[1209]. Ainsi, l'article 609 du code espagnol prévoit que la « *propriété et les autres droits sur les biens s'acquièrent et se transmettent par la loi, par donation, par succession testamentaire ou ab intestat, et par effet de certains contrats par la tradition* »[1210]. Certes, le législateur espagnol a employé une formule au sens peu évident. Mais il s'avère qu'il a entendu exclure « *le système de transfert solo consensus adopté par le Code français (à l'ancien article 1138), afin de suivre le système romain du titre et du mode, élaboré par les auteurs du droit*

1207 LAMAZEROLLES, Eddy. *« La convention de Vienne, modèle des recodifications » in Les recodifications du droit de la vente en Europe.* Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°19, p. 113.

1208 AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente* ». *JCP G* 2011, p. 1376 ; LEQUETTE, Yves. « *Le code européen est de retour* ». *RDC.* 2011, p. 1028.

1209 GARCÍA, Paz et VARELA CASTRO, Ignacio. *« Le transfert de propriété et des risques dans la vente (rapport espagnol) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe.* Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°1, p. 425.

1210 GARCÍA, Paz et VARELA CASTRO, Ignacio. *« Le transfert de propriété et des risques dans la vente (rapport espagnol) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe.* Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°1, p. 425.

intermédiaire à partir des conditions de la tradition translative de propriété en droit romain »[1211]. Contrairement à cette conception, l'article 1583 du code civil français dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». L'attachement du droit français au transfert *solo consensus* excède le cadre du contrat de vente. En matière de donation, l'article 938 du code civil prévoit que « *la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition* ».

Cette opposition se retrouve au sein de *l'OHADA*. Le droit des contrats de la plupart des États, anciennement colonies françaises, est constituée des dispositions du Code civil français datant d'avant 1960. Ces États se caractérisent donc par le principe français du transfert *solo consensus*. Or, le Code sénégalais des obligations civiles et commerciales retient, dans son article 5 le principe selon lequel le « *créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance* ».

460. Néanmoins, cet attachement du droit français au principe du transfert *solo consensus* n'est pas absolu. Ce principe peut faire l'objet d'aménagements conventionnels [1212]prenant la forme d'un report, d'une anticipation ou d'un aménagement légal comme en matière de cession de valeurs mobilières[1213]. En outre, la règle du transfert *solo consensus* est écartée par la loi en raison de la nature future[1214] des choses ou de leur genre.

Ces dérogations au principe français du transfert *solo consensus* concourent à relativiser, sans la faire disparaître, la différence profonde entre le droit français et le droit allemand sur

---

1211 GARCÍA, Paz et VARELA CASTRO, Ignacio. *« Le transfert de propriété et des risques dans la vente (rapport espagnol) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°1, p. 426.

1212 CHAUVIRÉ, Philippe. « *Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété* ». *RDC*. Septembre 2015, n° n°03, p. 167. Si l'auteur met l'accent sur l'article 1197du Code civil français, précisons que l'article 1196 de ce code prévoit que « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* ».

1213 RABREAU, Anne et LAMAZEROLLES, Eddy. *« La cession des droits sociaux (rapport français) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021. p. 709 et s.

1214 C'est le cas de la vente à termes. L'article 1601-2 du Code civil dispose que « *La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* ».

cette question[1215]. Cette différence consiste en « *l'inclusion du droit de propriété dans l'accord au contrat du côté français (principe du consensualisme) et dans la séparation entre le contrat obligationnel et le transfert de propriété du côté allemand ("Trennungsprinzip", principe de séparation)* »[1216]. Les deux droits divergent en ce que le droit allemand, qui prévoit un acte juridique séparé pour le transfert de propriété, confère à cet acte « *une validité qui est indépendante de la validité du contrat obligationnel qui lui sert de fondement* »[1217]. Ainsi, au regard du droit allemand, le transfert de propriété consiste en un acte juridique « *qui existe de manière abstraite par rapport au contrat qui en est le fondement et qui, même en cas de nullité de celui-ci, assure le transfert de propriété ("Abstraktionsprinzip", principe d'abstraction)* »[1218].

461. Toutes ces différences de conceptions qui opposent le droit français aux droits d'autres États membres de l'UE, comme l'Espagne et l'Allemagne, obligent à se prononcer sur la question du transfert de la propriété lorsque l'on envisage de doter l'Union d'un droit uniforme matériel en matière contractuelle. Cette exigence s'impose avec d'autant plus d'acuité si l'on envisage un texte consacré à la vente dont la vocation primaire est le transfert de la propriété d'une chose. Se prononcer sur cette question implique de clarifier aux contractants les conditions du transfert de propriété de la chose objet du contrat. Les rédacteurs du texte disposent d'une diversité de conceptions dont trois ont été décrites ci-dessus[1219]. Ils peuvent consacrer le principe du transfert *solo consensus* à la française ou subordonner le transfert de propriété à la remise de la chose. En revanche, en raison de sa complexité, le système allemand ne peut constituer une option enviable dans le cadre de l'uniformisation européenne du droit des contrats. En définissant la vente comme « *tout contrat en vertu duquel un professionnel ("le vendeur") transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens*

1215 WICKER, Guillaume. « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat - Propos introductifs* ». *RDC*. Octobre 2013, n° n°4, p. 1579.

1216 SCHULZE, Reiner. « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat - Rapport de synthèse* ». *RDC*. Octobre 2013, n° n°4, p. 1720.

1217 CHULZE, Reiner. « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat - Rapport de synthèse* ». *RDC*. Octobre 2013, n° n°4, p. 1720.

1218 CHULZE, Reiner. « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat - Rapport de synthèse* ». *RDC*. Octobre 2013, n° n°4, p. 1720.

1219 *Cf.* n° 431 et 432. Conception française : La propriété est transférée dès que les parties conviennent de la chose et du prix, sans besoin de livraison ou de paiement immédiat. Conception française : La propriété est transférée dès que les parties conviennent de la chose et du prix, sans besoin de livraison ou de paiement immédiat. Conception française : La propriété est transférée dès que les parties conviennent de la chose et du prix, sans besoin de livraison ou de paiement immédiat.

à une autre personne ("l'acheteur"), et l'acheteur paie ou s'engage à payer le prix »[1220], la proposition de règlement portant DCEV prend bien soin de ne pas prendre le parti de ces conceptions en l'occurrence entre celles opposant le droit français au droit allemand. Pourtant force est de constater avec M. Pascal ANCEL qu'une telle définition de la vente n'a été élaborée qu'en « *juxtaposant la définition française de l'article 1582 du Code civil français, reprise de l'article 12 de l'avant-projet Capitant (la vente transfère), et la définition allemande du § 433 BGB «* le vendeur s'oblige à transférer »[1221]. Il est curieux que les rédacteurs de la proposition de règlement aient pu ainsi s'inspirer de ces deux conceptions tout en se gardant de prendre le parti de l'un ou l'autre. Leur démarche est d'autant plus curieuse que, dans l'article 91, ils n'affichent pas la même prudence dès lors qu'ils énumèrent, au nombre des obligations principales du vendeur, le transfert de propriété. La formulation de cet article pourrait laisser à penser que ses rédacteurs ont semblé avoir pris « *parti pour une conception purement obligationnelle du contrat »*[1222]. Mais, il n'en est rien. Comme nous l'avons déjà relevé, la proposition de DCEV a tiré son inspiration de la CVIM qui elle-même ne se prononce pas davantage sur la question du transfert de propriété. La convention, au titre des obligations du vendeur, retient que ce dernier « *s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente Convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a lieu, à remettre les documents s'y rapportant* »[1223]. Cette disposition ne donne pas d'indications claires et précises sur la conception de transfert de propriété qui y est consacrée. Pire, l'article 4 de la Convention vient écarter toute tentation de voir dans cette disposition une consécration de la conception qui voudrait que le transfert de propriété s'opère par la remise de la chose vendue. En effet, cet article 4 précise que la Convention « *ne concerne pas les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues* ». Cette exclusion est bien paradoxale pour un texte qui traite du contrat de vente.

462. Visiblement, plus l'objet du droit uniforme est restreint, soit aux contrats en général, soit au contrat de vente, plus il semble difficile aux rédacteurs d'aborder le transfert de propriété. Cette remarque est illustrée par les deux projets de l'OHADA. L'avant-projet d'AUDC, dont

---

1220 Article 2, k de la proposition de règlement portant DVEC.

1221 ANCEL, Pascal. *« Retour sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente ». Dans : Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°15, p. 155.

1222 ANCEL, Pascal. *« Retour sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente ».* Dans : *Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, n°15, p. 155.

1223 Article 30 de la CVIM.

le champ est plus étendu que celui de la CVIM ou de la proposition européenne de DCEV, n'évoque pas un seul instant la question du transfert de propriété. A contrario, l'avant-projet de texte portant droit des obligations dans l'espace OHADA aborde cette question. Contrairement aux rédacteurs de la CVIM, de la proposition de DCEV et de l'avant-projet d'AUDC, ceux de l'avant-projet de droit OHADA des obligations n'ont pas hésité à trancher clairement en faveur de l'une des conceptions relatives au transfert de propriété. Son article 9 prévoit ainsi que : « *Le créancier acquiert le droit sur la chose au moment de la délivrance, sauf volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions particulières à la propriété foncière et aux meubles immatriculés* ». Cette disposition consacrerait l'abandon du principe du transfert *solo consensus* de la propriété en faveur d'une approche similaire à celle retenue par le droit espagnol où la propriété de la chose est transmise non pas à la conclusion du contrat, mais à la remise de ladite chose.

463. Cette prise de position des rédacteurs du droit OHADA des obligations n'est pas isolée dans le droit OHADA puisque l'article 275 de l'Acte uniforme portant droit commercial général (ci-après l'AUDCG) énonce déjà que « *la prise de livraison opère transfert de la propriété des marchandises vendues* ». Si cette conception venait à être confirmée dans l'Acte uniforme portant droit des OHADA des obligations, l'organisation démontrerait encore une fois sa capacité à se doter de textes ambitieux. Légiférant sur des actes translatifs de propriété comme le contrat de vente, elle n'hésite pas à se prononcer sur le moment où se réalise ce transfert de propriété. Il est vrai que les instances de l'OHADA semblent être dotées d'une compétence plus élargie et plus affirmée que celle dont dispose l'UE en matière contractuelle[1224]. Cette compétence justifie que les rédacteurs du projet de droit OHADA des obligations aient pu aborder aussi franchement le transfert de propriété, tandis que ceux du de la proposition de droit européen de la vente, de même que ceux de la CVIM, ont pris une certaine distance vis-à-vis de cette question. Cela dit, le choix des rédacteurs de l'AUDC d'ignorer le transfert de propriété peut paraître curieux. Ces derniers semblaient être investis de plus de pouvoirs que leurs homologues de l'UE. Ce choix illustre bien que le choix de se prononcer sur telle ou telle conception du transfert de propriété n'est pas exclusivement tributaire de l'étendue des compétences à légiférer en matière contractuelle.

1224 Cf. n°138 et s. : « *Le choix de l'outil d'intégration juridique déterminé par la compétence législative* ».

464. Ce faisant, les rédacteurs de l'avant-projet OHADA s'inscrivent aux antipodes de ceux de l'avant-projet français de réforme du droit des contrats spéciaux[1225]. L'article 1609 de ce texte dispose que « *La propriété du bien vendu est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès la conclusion du contrat, quoique le bien n'ait pas encore été délivré ni le prix payé* »[1226]. Les rédacteurs du projet de texte ont spécifié que cette disposition vise à adapter pour la vente, les principes du droit commun des contrats, tels qu'exposés à l'article 1196 du Code civil[1227]. Ils ajoutent que le premier alinéa de l'article 1609 modernise l'actuel article 1583 en disposant que la propriété du bien vendu est en principe transférée *solo consensus*, peu importe si le prix n'a pas encore été payé ou si le bien n'a pas encore été délivré[1228]. Cependant, la Commission présidée par M. Philippe STOFFEL-MUNCK mentionne que ce principe n'est pas impératif et que les parties peuvent convenir de fixer à une autre date, le transfert de propriété. Cela sera possible notamment au moyen d'une clause de réserve de propriété, qui ne remettra pas en cause le caractère ferme et définitif de la vente[1229]. La vente n'étant pas le seul contrat concerné par le projet de texte, pour tous les autres contrats spéciaux qu'il prévoit, des dispositions sont dédiées au transfert de propriété au titre des effets desdits contrats. En raison de cette attention portée au transfert de propriété l'avant-projet se distingue de la CVIM qui ne règle pas cette question. Ce point permet de relativiser le reproche qui a pu être fait à l'avant-projet qui aurait ignoré des textes internationaux comme la CVIM. MM. Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA observent que les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux ne se sont inspirés ni de la proposition de DCEV, ni de la Convention de

1225 Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, rapport issu du groupe de travail présidé par M. Philippe STOFFEL-MUNCK.

1226 Le droit français réaffirme son attachement au principe du transfert *solo consensu* par cette disposition qui s'inscrit dans la lignée de l'article 1196 du Code civil, inspiré de l'avant-projet Terré de réforme du droit des contrats, aux termes duquel « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* ».

1227 Ce texte prévoit que : « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.*

Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1. »

1228 Le projet de texte fait ainsi référence à voir à la jurisprudence à travers l'exemple de : Cass. 3e civ., 6 mars 1996, n°91-17.529 ; Bull. III, n°66.

1229 En cela aussi, la disposition s'inscrit dans la postérité de la jurisprudence qui y est rappelée : Cass. com., 17 oct. 2018, n°17-14.986.

Vienne sur la vente internationale de marchandises[1230]. Pourtant, ces deux textes étant muets au sujet du transfert de propriété, ils ne pouvaient guère inspirer les rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, contrairement au droit français qui contenait déjà des règles en la matière.

465. Dans la mesure où un droit matériel uniforme des contrats au sein de l'UE serait très certainement conçu à l'aune des rapports entre consommateurs et professionnels ainsi que des relations entre les PME[1231], il peut se poser la question de l'intérêt du transfert de propriété. Au-delà de la question de la pertinence de consacrer une de ces trois conceptions ci-dessus présentées, il y a bien « *des cas où il faudra savoir si la propriété a été transférée ou non à l'acheteur avant la livraison de la chose, par exemple en cas de faillite du vendeur ou en cas de revente de la chose* »[1232]. Par ailleurs, dans le cadre d'un texte portant notamment sur la vente, trancher la question du transfert de propriété c'est aussi aborder, au moins implicitement, celle des fruits tirés du bien objet de la vente. Qui, du vendeur ou de l'acheteur, perçoit ces fruits ? Le projet de réforme du droit français des contrats spéciaux en confère la titularité à « *celui qui, à la date de leur production, s'en trouve propriétaire* », c'est-à-dire l'acheteur. L'avant-projet de droit OHADA des obligations attribue paradoxalement la propriété des fruits à l'acheteur alors même que la propriété du bien principal n'est pas transférée *solo consensu*. En effet, aux termes de l'alinéa 2 de son article 8, « *l'obligation de donner comporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison. Le créancier a le droit aux fruits à partir du moment où naît l'obligation de livrer la chose* ». Alors que la propriété du bien principal objet de la vente n'est transférée, que lors de la remise dudit bien, la propriété de ses fruits serait transmise dès la naissance de l'obligation de livrer la chose c'est-à-dire à compter de la signature du contrat. Quelle que soit l'appréciation que l'on puisse porter sur cette disposition, force est de reconnaitre aux rédacteurs de l'avant-projet de droit OHADA des obligations le mérite d'offrir aux parties une solution sur la question du transfert de la propriété de la propriété de la chose objet du contrat ainsi que celle de ses fruits. Exclure cette problématique du transfert de propriété du droit uniforme revient à renvoyer les parties aux droits nationaux qui se caractérisent en la

1230 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias. « *Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux* ». D. Octobre 2022, Vol. 34, p. 1716-1723.

1231 MAZEAUD, Denis, SCHULZE, Reiner et WICKER, Guillaume. *L'amorce d'un droit européen du contrat: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs*. Paris : Société de législation comparée, 2010.

1232 BORGHETTI, Jean-Sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel 1* ». *RDC*. Octobre 2012, n° 4, p. 1417.

matière par une diversité d'approches. La détermination du moment du transfert de propriété est d'autant plus importante qu'elle est liée à celle du transfert des risques.

§2. LA CORRÉLATION ENTRE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ET TRANSFERT DES RISQUES

466. Le lien entre la question du transfert de propriété et celui des risques est parfaitement illustré par l'avant-projet de droit OHADA des obligations. Le texte complète même ce duo d'un troisième élément qu'est l'obligation de donner[1233]. Ainsi, l'obligation de donner s'exécutant par la délivrance ou la livraison de la chose, son exécution confère au créancier la titularité du droit de propriété et « *met à ses risques et périls la chose* ». Pouvant être considéré comme épilogue de ce triptyque, le transfert de risque n'intervient que parce que la propriété a été transférée par exécution de l'obligation de donner. C'est ce qu'exprime l'article 181 de l'avant-projet qui prévoit que « *Le transfert de propriété entraine le transfert des risques ; la perte ou la détérioration de la chose survenue après le transfert des risques au nouveau propriétaire ne libère pas celui-ci de son obligation, à moins que ces évènements soient dus à un fait de l'ancien propriétaire* ». Cette disposition s'inscrit dans la postérité de l'article 277 de l'AUDCG qui énonce notamment que « *le transfert de propriété entraîne le transfert des risques à l'acheteur* »[1234].

467. À l'instar des fruits produits par le bien au cœur du contrat, la problématique du transfert des risques est une considération pratique qui intéresse éminemment les contractants. L'article 181 précité de l'avant-projet OHADA apporte la lumière sur la notion de risque encouru par l'objet du contrat. Il s'agit de « *la perte ou la détérioration de la chose* ». Cette définition de la notion de risque est similaire à celle retenue par l'article 1624 du Code civil français aux termes duquel, le transfert des risques répond notamment à « *la question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison* ».

1233 L'article 179 de l'avant-projet associe ainsi ces trois notions d'obligation de donner, de transfert de propriété et de transfert de risque : « *L'obligation de donner s'exécute, en principe, par la délivrance ou la livraison de la chose et au moment où celle-ci intervient.*

Toutefois, son exécution peut être fixée à un autre moment par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature de la chose.

Elle s'exécute en nature quel que soit son objet, corporel ou incorporel.

Son exécution rend le créancier titulaire du droit transmis et met à ses risques et périls la chose, objet de ce droit. »

1234 L'alinéa 2 de l'article 277 de l'AUDCG « *La perte ou la détermination des marchandises survenue après le transfert des risques ne libère l'acheteur de son obligation de payer le prix que si ces évènements sont le fait du vendeur* ».

Mais, Mme Hélène BOUCARD estime que la question du transfert de propriété va au-delà de cette considération, car elle permet de déterminer, au regard du caractère parfait ou imparfait de la prestation fournie, si le vendeur a valablement exécuté le contrat[1235]. L'auteur réfute la thèse classique en doctrine française de l'autonomie de la théorie des risques par rapport à l'inexécution, consacrée par l'article 1218 du Code civil[1236]. Ce débat, bien que relevant du droit interne, ne devrait pas être ignoré dans le cadre d'un droit uniforme relatif aux contrats transfrontières. Il importera de préciser sur quelle partie contractante reposera le risque. En cas de survenance du risque, notamment la disparition de la chose, si le vendeur ne fournit pas une chose équivalente et que le risque lui incombe, il sera nécessaire de décider du sort de l'obligation principale du contrat. Cette obligation devra être considérée comme non exécutée par le débiteur supportant le risque.

468. Au sujet de cette question des risques, il convient de reconnaitre que les rédacteurs de la proposition de DCEV ont été avisés. En effet, en dépit du fait que les développements précédents aient pu sembler critiques envers la proposition de règlement portant DCEV en termes de lacunes, force est de reconnaitre les remarquables efforts de ses rédacteurs en matière de transfert des risques. Ces efforts sont remarquables dans la mesure où, suivant l'esprit général du texte, ils prennent soin de distinguer le transfert des risques dans les contrats de vente conclus avec les consommateurs, du transfert des risques dans les contrats entre professionnels.

Certes, l'initiative est louable. Mais sa mise en œuvre semble bien perfectible. L'article 142, qui traite du transfert des risques dans un contrat de vente conclu avec un consommateur, n'est pas d'une grande clarté. Il dispose ainsi que « *Dans un contrat de vente avec un consommateur, les risques sont transférés au moment où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur n'a pas physiquement pris possession du bien ou du support matériel sur lequel le contenu numérique est fourni* ». À qui du vendeur ou l'acheteur le risque est-il transmis ? Logiquement, le bien objet du contrat étant *ab initio* en possession du vendeur, c'est bien lui qui assume

1235 BOUCARD, Hélène. *Responsabilité contractuelle : droit civil*. Paris : Dalloz, 2019, p. 36.

1236 L'article 1218 du Code civil français dispose ainsi que « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.*

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ».

primairement les risques. L'idée d'un transfert des risques ne peut impliquer qu'une transmission du possesseur initial, le vendeur, au possesseur ultérieur, l'acheteur. Cependant, l'article précité précise bien que les risques sont transférés dès lors que l'acheteur ou son représentant n'a pas pris physiquement possession du bien. Qu'en serait-il si l'acheteur prenait possession du bien dans les conditions et délais prévus au contrat ? Est-ce à dire que dans ce cas les risques ne lui seront pas transférés ? Dans cette hypothèse, quand est-ce que le risque lui sera transmis ? Il est impensable que la perte ou la détérioration du bien soit considérée comme n'incombant jamais à l'acheteur nonobstant la prise en possession de la chose. Aussi, s'il est constant qu'à un moment donné l'acheteur devient possesseur du bien et en assume les risques et périls, l'on est conduit à penser qu'à travers cette disposition, les rédacteurs du texte semblent avoir voulu indiquer que les risques sont transférés à l'acheteur consommateur même si lui ou son représentant n'a pas pris possession pris possession du bien en dépit du fait qu'il en était tenu à un moment précis. C'est ce moment précis, certainement prévu par le contrat, qui semble constituer le point de départ du transfert des risques au consommateur. Cette analyse impliquerait que la proposition de DCEV retienne implicitement le principe selon lequel les risques ne sont transmis à l'acheteur qu'à partir du moment où il prend possession de la chose ou à partir du moment où est supposé l'avoir pris. La formulation de l'alinéa 2 de l'article 142 n'est pas plus claire que le premier. En effet, aux termes de cet alinéa, « *dans un contrat de fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel, les risques sont transférés au moment où le consommateur ou un tiers désigné par le consommateur à cet effet n'a pas obtenu le contrôle du contenu numérique* ». Cet alinéa suscite les mêmes interrogations que le précédent. Une chose est de prévoir des dispositions sur le transfert des risques, une autre est de s'assurer que ces dispositions répondent clairement et précisément à la question de savoir lequel des contractants supporte les risques inhérents à la possession du bien objet du contrat. La corrélation entre la propriété du bien et les risques de pertes et de détérioration devrait être plus clairement définie.

C'est d'ailleurs le cas en matière de contrat entre professionnels, car l'article 143 de la proposition prévoit le principe selon lequel « *les risques sont transférés à l'acheteur lorsqu'il prend livraison du bien ou du contenu numérique ou des documents représentant le bien* ». On peut déduire de la lecture d'une disposition que la proposition de règlement privilégie la corrélation entre la l'entrée en possession de la chose et le transfert des risques. Cependant, l'exigence de la remise de la chose n'est pas absolue dans la mesure où le même article 143 du DCEV prévoit le transfert des risques même en cas de remise des documents afférents à l'objet du contrat.

D'autres dispositions reconnaissent le transfert des risques lorsque le bien a été mis à la disposition de l'acheteur (article 144),[1237] en cas de contrat de vente impliquant un transport de bien (article 145)[1238] ou encore en cas de biens vendus en cours de transport (article 146)[1239]. Il est regrettable que l'article 142 ne soit pas aussi explicite sur le moment du transfert des risques au consommateur. Cela ne doit pas occulter le mérite des rédacteurs de la proposition de DCEV qui ont ouvert une voie en envisageant la question du transfert des risques dans un texte portant uniformisation de règles matérielles en matière contractuelle. La distinction des cas de transfert de risques aux consommateurs de ceux où les parties sont professionnelles est remarquable de notre point de vue. Cette expérience européenne, même non encore concluante, pourrait utilement enrichir les instances européennes et d'OHADA dans la conception d'un droit matériel uniforme des contrats transfrontières.

CONCLUSION DE CHAPITRE

469. Comme en attestent les projets matérialisant les réflexions les plus avancées au sein de l'UE et l'OHADA, l'uniformisation en matière de droit des contrats semble condamnée à l'incomplétude. Du moins, tout porte à croire que si cette uniformisation venait à se faire,

1237 Aux termes de l'article 144 « *Si le bien ou le contenu numérique sont mis à la disposition de l'acheteur et si ce dernier en a connaissance, les risques sont transférés à l'acheteur à partir du moment où il aurait dû retirer le bien ou le contenu numérique, sauf si l'acheteur avait le droit de suspendre son obligation d'en prendre livraison en vertu de l'article 113.*

Si le bien ou le contenu numérique est mis à la disposition de l'acheteur en un lieu autre qu'un établissement du vendeur, les risques sont transférés lorsque la livraison est due et que l'acheteur sait que le bien ou le contenu numérique sont mis à sa disposition en ce lieu ».

1238 Il ressort de l'article 145 que « *Le présent article s'applique aux contrats de vente qui impliquent un transport de biens.*

Si le vendeur n'est pas tenu de remettre les biens en un lieu déterminé, les risques sont transférés à l'acheteur lorsque les biens sont remis au premier transporteur pour transmission à l'acheteur conformément au contrat.

Si le vendeur est obligé de remettre les biens à un transporteur en un lieu déterminé, les risques ne sont pas transférés à l'acheteur tant que les biens n'ont pas été remis au transporteur en ce lieu.

Le fait que le vendeur soit autorisé à conserver les documents attestant du droit de disposer des biens n'affecte pas le transfert des risques ».

1239 L'article 146 dispose que « *Le présent article s'applique aux contrats de vente qui concernent des biens vendus en cours de transport.*

Les risques sont transférés à l'acheteur dès l'instant où les biens ont été remis au premier transporteur. Toutefois, si les circonstances l'impliquent, les risques sont transférés à l'acheteur lorsque le contrat est conclu.

Si, au moment de la conclusion du contrat, le vendeur avait ou pouvait être présumé avoir connaissance du fait que les biens avaient péri ou avaient été détériorés et qu'il n'en a pas informée l'acheteur, la perte ou la détérioration est à la charge du vendeur ».

elle ne serait pas revêtue d'un « *caractère autosuffisant* »,[1240] car elle souffre nécessairement de limites inhérentes aux considérations suivantes. D'un côté, l'OHADA envisage de créer des textes distincts pour les contrats de consommation et le droit commun des contrats. Cependant, elle hésite entre deux approches : uniformiser uniquement les contrats commerciaux ou étendre la couverture à tout le droit des contrats, voire des obligations. De l'autre, l'UE, par pragmatisme, se concentre sur les relations contractuelles entre professionnels et consommateurs ainsi que celles entre petites et grandes entreprises, semblant abandonner l'idée d'un *corpus* couvrant l'ensemble du droit des contrats.

470. Ainsi, le caractère autosuffisant des projets étudiés a été apprécié à l'aune de leur champ matériel. Ce sont surtout les questions exclues de ce champ qui ont cristallisé l'attention. Ne pouvant pas en faire l'exégèse de toutes ces exclusions, il a fallu mettre en exergue certaines questions dont l'absence compromet l'autosuffisance, l'autonomie un texte de droit matériel consacré aux contrats transfrontières.

Illustrant cette probabilité, le règlement portant DCEV exclut certaines matières dans son considérant 27, bien que ces questions soient cruciales pour les relations contractuelles. Le considérant 27 précise que des sujets comme la personnalité juridique, la nullité du contrat, la représentation, le droit de propriété, y compris le transfert de propriété, et le droit de la responsabilité délictuelle sont régis par les droits nationaux préexistants. Cette exclusion révèle la difficulté d'atteindre une véritable uniformisation sans ces éléments essentiels. Dans ce chapitre, ont été mises en lumière certaines de ces questions exclues. Ces questions touchent à la fois à la phase précontractuelle et à la période postérieure à la conclusion du contrat. D'un bout à l'autre l'accent a été mis sur la nécessité d'inclure dans le droit matériel uniforme, l'avant-contrat et la question du transfert de propriété du droit.

471. L'avant-contrat, phase de gestation du contrat a été présenté comme nécessaire à la complétude d'un dispositif normatif afférent au contrat, surtout s'il s'agit du contrat de vente. L'absence ou l'insuffisance de dispositions consacrées aux instruments de l'avant-contrat tels que la promesse de contrat et le contrat-cadre constitue un facteur de l'incomplétude du texte

1240 BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et JACQUEMIN, Zoé. « *Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisatio*n ». *RDC*. Janvier 2012, no n°1, p. 191.

et qui en compromet l'autonomie. Pour apprécier les éléments nécessaires à la formation du contrat, il faudra revenir aux droits nationaux sous l'arbitrage des règles de conflits de lois[1241].

472. Quant à la question du transfert de propriété, il est nécessaire qu'un texte portant droit uniforme des contrats transfrontières offre aux contractants des directives claires. Ce texte doit contenir des dispositions permettant aux parties de situer le moment précis, où, à la suite de la rencontre des volontés, la bien objet du contrat a changé de propriétaire. Cette exigence impérieuse dans un texte qui a pour objet le contrat de vente.

473. Entre ces deux premières considérations, il convient de ne pas perdre de vue la culpa *in contrahendo* malgré son caractère extra-contractuel. Longtemps caractérisée par « *l'ancienne quadripartition* »[1242] de ses sources, la notion d'obligation est aujourd'hui réduite « *par les codifications modernes qui réunissent les quasi-contrats et les quasi-délits dans la catégorie unique des obligations fondées directement dans la loi* »[1243]. D'ailleurs, « *la tendance scientifique contemporaine va dans le sens de la réduction des sources des obligations à deux seules catégories : les contrats et la loi* »[1244]. Sans aller jusqu'à proposer que le droit matériel uniforme relatif aux contrats consacre cette distinction des obligations contractuelles et légales auxquelles des dispositions seraient consacrées, l'accent a été mis sur la nécessité de légiférer dans une certaine mesure au-delà de la stricte matière contractuelle. L'un des objectifs consistait à démontrer que certains des sujets englobés dans ce qui a été ci-dessus qualifiés d'obligations légales entretiennent un lien si singulier avec le contrat que le législateur de l'OHADA ou de l'UE ne devrait les exclure du champ de l'uniformisation. Les obligations délictuelles découlant de faits antérieurs à la conclusion du contrat ou celle se manifestant au cours de son exécution serviront particulièrement à illustrer ce propos. Mais plus généralement, dès lors que seront prévues des dispositions destinées à appréhender des obligations non contractuelles, mais ayant une forte proximité avec la matière contractuelle, il sera possible d'appliquer ces dispositions aux

1241 WIDIEZ, Gaëlle. « *La loi applicable aux fautes commises pendant les pourparlers* ». *Revue Lamy Droit Civil*. Septembre 2020, Vol. 184, p. 37-41.

1242 FERRARI BRAVO, Luigi. L*es rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé* (Volume 146). *RCADI*, Mars 1975. [Consulté le 16 juin 2024], p. 364.

1243 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé (*Volume 146). *RCADI*, Mars 1975, p. 364.

1244 FERRARI BRAVO, Luigi. *Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé* (Volume 146). *RCADI*, Mars 1975, p. 347.

schémas d'obligations légales comme les quasi-contrats[1245]. Ainsi qu'il a déjà été relevé, l'absence ou l'insuffisance de dispositions consacrées à toutes ces questions oblige à recourir aux règles de conflits de lois.

[1245] L'obligation de restitution d'un paiement indu, ou d'indemnisation à la suite d'une gestion d'affaires ou en relation avec un enrichissement sans cause.

CHAPITRE II.

L'INÉVITABLE RECOURS AUX RÈGLES DE CONFLITS DE LOIS

474. En présence d'un contrat transfrontière, le recours aux règles de conflits de lois n'est rendu nécessaire qu'en raison de l'absence d'un texte de droit matériel uniforme commun à tous les États auxquels le contrat se rattache. Ainsi, on aurait pu imaginer qu'un tel texte de droit matériel prive le droit conflictuel de sa raison d'être. Encore faut-il que ce droit soit suffisamment autonome. Or, reflétant les considérations juridiques, institutionnelles, pratiques et politiques qui gouvernent l'entreprise d'uniformisation du droit des contrats, les projets de texte étudiés semblent s'orienter vers la mise à l'écart de certaines questions. Les cas des instruments de l'avant-contrat, du transfert de propriété et de la culpa *in contrahendo* témoignent de cette probable incomplétude du droit matériel. Si en droit interne, on peut compter sur la jurisprudence pour combler les vides laissés par le législateur, en droit international privé, le vide sera comblé par les règles de conflits de lois.

475. Outre les questions laissées en dehors du champ du droit matériel uniforme, un autre facteur conduit à recourir à la méthode conflictuelle : l'autonomie de la volonté. Les projets de textes de l'OHADA et de l'UE accordent une place importante à la liberté contractuelle. Tout en offrant un cadre juridique uniforme, ces textes permettent aux parties de se soustraire par convention, à ce cadre en faveur d'un droit choisi. Cette tendance à la supplétivité se dégage des projets de textes de l'OHADA et de l'UE. Néanmoins, l'existence de règles impératives constitue une limite à la liberté des parties. À ce propos, Mmes Carole AUBERT DE VINCELLES, Anne DANIS-FATÔME, et Laurence USUNIER observent que les rédacteurs la proposition de DCEV reconnaissent qu'il existe des dispositions impératives dans les droits nationaux des États membres qui sont essentielles et ne peuvent être écartées même dans le cadre d'un contrat international. Ces dispositions comprennent notamment des règles de protection des consommateurs, telles que les obligations d'information précontractuelle, les dispositions contre les clauses abusives, le droit de

rétractation, et d'autres protections similaires[1246]. Ces règles impératives considérées comme fondamentales et sont qualifiées tantôt de dispositions d'ordre public interne, tantôt de lois de police[1247]. Le Code de la consommation prévoit ainsi que les professionnels doivent fournir des informations claires et précises sur les biens ou services. Cela inclut les caractéristiques essentielles, le prix et les conditions de vente[1248]. Il est à souligner que les dispositions afférentes à cette obligation d'information sont impératives, même en matière de contrat international[1249]. Il en est de même des dispositions prohibant les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur sont interdites[1250].

Dans le même ordre d'idée, s'agissant du contrat de distribution, la loi du 31 décembre 1989, dite « *Loi Doubin* », impose aux franchiseurs de fournir un document d'information précontractuelle au franchisé au moins vingt (20) jours avant la signature du contrat, incluant des informations essentielles pour s'engager en connaissance de cause. Cette obligation figure à l'article L. 330-3 du Code de commerce. Par ailleurs, le Code de commerce interdit certaines pratiques restrictives de concurrence dans les relations commerciales, telles que la rupture brutale des relations commerciales établies ou l'imposition de clauses déséquilibrées[1251]. Le droit matériel uniforme devra tenir compte de ces règles impératives.

476. Au regard de ces considérations, uniformiser le droit matériel des contrats s'avère être une tâche délicate. Confrontée à la difficulté d'une telle entreprise, l'UE a envisagé, à travers la proposition de DCEV, de revoir ses ambitions à la baisse en se concentrant sur les contrats de vente. Et si la proposition contient, malgré tout, des dispositions pouvant s'appliquer à d'autres types de contrats que la vente, le DCEV n'instaure pas un droit commun des

1246 AUBERT DE VINCELLES, Carole, DANIS-FATÔME, Anne et USUNIER, Laurence. « *Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontalières conclues entre professionnels et consommateurs* ». RDC. 2 juin 2022. N° 4, p. 1426.

1247 VIGNAL, Thierry. *Droit international privé*. 5e éd., 2021. Paris : Sirey, 2020, n°441 et s., p. 284 et s.

1248 Code de la consommation, Chapitre Ier : Obligation générale d'information précontractuelle (Articles L111-1 à L111-8).

1249 PÉDAMON, Michel, KENFACK, Hugues et RINGLER, Solène. *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*. 5e éd., 2023, Paris : Dalloz, 2023, p. 36. V. aussi COURBE, Patrick. « *Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux* ». Dans : *Études offertes à Barthélémy Mercadal*. Levallois-Perret : F. Lefebvre, 2002, p. 99.

1250 Code de la consommation, Chapitre II : Clauses abusives (Articles L212-1 à L212-3). V. aussi POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2006, p. 326 et s.

1251 Les articles L. 442-1 à L. 442-10 du Code de commerce constituent le siège de cette interdiction.

contrats. Les contrats ou les aspects de la matière contractuelle qui ne seront pas couverts par le droit uniforme relèveront alors de la méthode conflictuelle. Cette méthode interviendra également pour assurer l'articulation entre le droit matériel uniforme et le droit interne, notamment dans la mesure où les carences du premier rendront nécessaire le recours au second.

La méthode conflictuelle permet d'assurer l'articulation entre le droit uniforme projeté et le droit interne des États (**Section 1**). Grâce à la loi d'autonomie, les parties peuvent activement contribuer à cette articulation. En outre, même lors de sa mise en œuvre, le droit matériel peut s'appuyer sur les outils de la méthode conflictuelle. Cependant, les règles matérielles ne signifient pas la fin de la méthode conflictuelle, qui en reste un complément indispensable (**Section 2**). En effet, pour toutes les questions non couvertes par le droit matériel, les règles de conflits de lois interviennent, garantissant ainsi une interaction efficace entre le droit uniforme proposé et les législations nationales.

SECTION I. LES RÈGLES DE CONFLITS DE LOIS AU SERVICE DE L'ARTICULATION DU DROIT NATIONAL ET DU DROIT UNIFORME

477. À supposer que l'OHADA et l'UE proposent à leurs opérateurs économiques des textes couvrant largement la matière contractuelle, l'autonomie de la volonté, qui est essentielle dans cette matière, impliquerait la possibilité pour les contractants de choisir la loi applicable. D'ailleurs, les instances de l'UE et de l'OHADA semblent envisager de donner à ces textes un caractère facultatif ou optionnel. Cette approche favoriserait d'autant plus la résurgence de la loi d'autonomie, particulièrement adaptée à la matière contractuelle (**§1**). En effet, la faculté laissée aux parties de choisir la loi applicable à leurs contrats renforcerait leur liberté contractuelle tout en compliquant l'uniformité recherchée. Cette liberté introduirait une diversité de régimes juridiques, ce qui irait à l'encontre de l'objectif d'uniformité. Ainsi, au lieu d'avoir un cadre juridique unique et homogène, les contrats seraient soumis à des législations variées, fragmentant le droit et nuisant à son uniformisation.

478. En outre, le caractère lacunaire prévisible de ces textes en projet conduirait à une uniformisation partielle[1252], créant ainsi une nouvelle forme de fragmentation du droit. Cela signifie que les textes ne couvriront probablement pas tous les aspects du droit des contrats, laissant des aspects de la matière contractuelle non réglementés. En conséquence, les parties contractantes devront se référer à leurs lois nationales pour combler ces lacunes, ce qui entraînera une fragmentation du cadre juridique. À cet égard, un facteur doit être pris en considération : Il s'agit de la prévalence des normes impératives préexistant au droit uniforme envisagé. Ces normes, qui sont des dispositions légales auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, varieront d'un pays à l'autre. De ce fait, même avec des textes uniformisés, les contrats transfrontaliers seront encore soumis à des règles impératives nationales différentes. Il en résultera une fragmentation du régime des contrats transfrontières (**§2**).

§1. LA RÉSURGENCE DE LA LOI D'AUTONOMIE PROPICE À LA MATIÈRE CONTRACTUELLE

479. Le contrat international se distingue du contrat d'ordre interne par son degré plus poussé de permissivité. En effet, le droit international privé est le cadre par excellence où l'on retrouve les normes qui ont pour objet d'octroyer aux contractants « *une faculté de faire ou de ne pas faire — en l'occurrence choisir la loi applicable ou ne pas la choisir pour les parties…* »[1253]. L'autonomie de la volonté est considérée comme la pièce maîtresse du droit international privé des contrats[1254]. Or, le droit matériel relatif aux contrats transfrontières relève aussi du droit international privé des contrats. Aussi, force est de reconnaitre que l'admission de la faculté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat n'est pas l'apanage de la méthode conflictuelle. Il n'est donc pas étonnant de constater que des instruments internationaux relatifs au contrat transfrontière admettent la loi d'autonomie. La CVIM ou les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux permettent ainsi, aux parties de désigner pour tout ou partie du contrat, la loi applicable. Cette désignation peut emporter l'éviction partielle ou totale de la loi de

1252 Supra n° 390 et s.

1253 COHEN, Caroline. *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique.* Thèse : Paris II, 11 décembre 2015, n° 4, p. 4.

1254 GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* Cours général (Volume 312). Dans : *RCADI*, 1 janvier 2005, n°349, p. 320.

l'instrument qui admet la loi d'autonomie. Autrement dit, obéissant à l'esprit du droit international privé des contrats, le droit matériel uniforme reconnait aux parties, la faculté de se soustraire totalement (**A**) ou partiellement (**B**) de son application.

A. La faculté des parties de se soustraire totalement au droit matériel uniforme

480. Dans le contexte international, la matière contractuelle est dominée par le principe fondamental selon lequel les obligations librement consenties par les parties sont principalement régies par la loi qu'elles ont choisie. Ce principe d'autonomie ne se limite pas aux conflits de lois, mais s'applique à l'ensemble de la matière contractuelle. Ainsi, s'il est constant qu'il est consacré par les règles de conflits de lois comme celles du règlement Rome 1 ou même les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, le principe d'autonomie est tout autant observé par les textes de droit matériel en matière de contrats transfrontières. La note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur CVIM précise que « *le principe fondamental de la liberté contractuelle dans la vente internationale de marchandises est reconnu par la disposition qui autorise les parties à exclure l'application de la présente Convention ou à déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou à en modifier les effets*… »[1255]. Il y est précisé que cette éviction de la convention peut résulter, tantôt du choix des parties de conférer la qualité de *lex contractus* à la loi d'un État non contractant, tantôt de la désignation du droit matériel interne d'un État contractant.

481. Les trois projets de textes analysés ont en commun d'accorder une place prééminente à la volonté et à la liberté des parties. Raisonnant relativement aux contrats transfrontières, l'aspect de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle qui retiendra particulièrement notre attention est lié à la faculté des parties à se soustraire au droit matériel uniforme. La clause de choix du droit applicable peut en effet offrir aux parties l'opportunité de désigner un droit autre que le droit uniforme que les instances de l'OHADA et de l'UE leur auraient proposé en matière contractuelle. Cette éviction du droit de l'OHADA ou de l'UE des contrats n'est possible que parce que « *selon le principe de l'autonomie de la volonté, seules*

1255 Paragraphe 12 de la note explicative accompagnant le texte de la CVIM.

les parties construisent le contrat et les règles normatives ne doivent s'appliquer à celui-ci que dans la mesure où les parties ne les ont pas écartées »[1256].

482. L'avant-projet d'Acte uniforme portant droit OHADA des obligations revêt un certain particularisme par rapport aux deux autres projets étudiés. Ce projet de texte contient non seulement des règles matérielles en matière de droit des obligations, mais également des règles de conflits de lois. L'article 575 relevant de cette dernière catégorie de normes énonce que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* » qui peuvent ainsi désigner la loi applicable à la totalité ou une partie seulement de leur contrat. Ce projet de texte illustre bien que, même en présence de normes matérielles, notamment en matière contractuelle, on ne saurait faire fi de la loi d'autonomie qui peut évincer au moins partiellement, le droit matériel uniforme mis à la disposition des opérateurs.

B. La faculté des parties de se soustraire partiellement au droit matériel uniforme

483. À l'instar de textes de droit matériel tels que la CVIM[1257], le DCEV peut faire l'objet d'une application partielle, ce, à condition qu'il s'agisse d'une relation contractuelle entre professionnels. Cette faculté est exclue pour les contrats impliquant une partie faible à l'instar du consommateur.

L'avant-projet d'Acte uniforme portant droit OHADA des obligations permet aussi cette exclusion de principe du dépeçage dans le cadre d'un contrat impliquant une partie faible. L'article 575 de ce texte prévoit la faculté des parties à désigner différentes lois applicables à des parties distinctes de leur contrat. Toutefois, ce texte ne limite pas cette faculté aux contrats entre professionnels. La seule limitation de la faculté de dépeçage semble concerner les cas où le choix des parties reviendrait à exclure la loi d'un État auquel le contrat serait objectivement rattaché. Les rédacteurs du projet font remarquer qu'il « *ne faut pas perdre de vue que la loi d'autonomie est déterminée par la technique de la localisation des éléments essentiels du contrat* ». En conséquence, ils jugent que cette considération essentielle justifie que la liberté des parties soit nuancée par la prise en compte par le juge de « *la loi qui présente les liens les plus étroits avec*

1256 TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Aix-Marseille III, 2002, n°255, p. 589.

1257 L'article 6 de la CVIM permet en effet aux parties d'écarter partiellement ou totalement l'application de ses dispositions.

la situation (article 577) ». En outre, l'article 578, § 1 de l'avant-projet dispose que si les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat impliquant un consommateur, conformément à l'article 575, ce « *choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1* ». Or si l'on se réfère à la méthode conflictuelle, la loi objectivement applicable au contrat de consommation peut être déterminée au regard du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel y exerce son activité professionnelle ou à défaut, qu'il dirige vers ce pays en l'occurrence, par tout moyen, son activité.

484. En définitive, l'admission de la loi d'autonomie dans le droit matériel conduit à un résultat qui peut paraître contre-productif. La méthode conflictuelle a été critiquée pour l'imperfection de la solution qu'elle offre en vue de la résolution des conflits de lois en matière contractuelle, dans la mesure où elle n'empêche pas la persistance de la diversité législative qui se manifeste à travers les règles impératives. La méthode matérielle est alors apparue comme le remède idéal de cette diversité législative. Et cette idée a paru être confortée par les explications relatives aux outils de l'intégration juridique[1258]. Au nombre de ces outils, l'uniformisation s'est particulièrement illustrée. Elle implique l'adoption au plan supranational, d'un texte commun à tous les membres de l'intégration. Ce texte sera appliqué de manière identique d'un État membre à un autre. Les trois projets étudiés vont dans ce sens. Ils ont donc vocation à uniformiser le droit des contrats offrant ainsi aux contractants, un dispositif unique auquel ils peuvent se référer[1259]. Pourtant, la loi d'autonomie en ce qu'elle permet aux parties d'écarter partiellement ou en totalité, au profit d'un autre droit, le droit matériel uniforme concourt paradoxalement à la fragmentation de ce dispositif uniforme.

Mais, il convient de préciser que la fragmentation du droit applicable n'est pas le seul fait des parties à qui la possibilité est ouverte de désigner différentes lois applicables à différents aspects de leur opération contractuelle. Le contrat peut échapper au droit matériel uniforme en raison de la prévalence de normes impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger. La prévalence de ces normes est de nature à fragmenter le dispositif normatif encadrant le

1258 Supra n° 177 et s.

1259 ESPINASSOUS, Valentine. *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*. Paris : L.G.D.J, 2010, n° 6, p. 3.

contrat transfrontière. En dépit de l'uniformisation proposée, la prévalence des normes impératives émanant essentiellement des ordres juridiques étatiques constitue, dans une certaine mesure, un retour à la diversité législative à laquelle l'uniformisation est censée apporter une solution définitive. Cette éviction n'est possible que sous la réserve du caractère suffisamment permissif du texte. Ces dispositions ne doivent pas être qualifiées de règles d'ordre public ni être considérées comme des lois de police. En effet, comme pour l'exclusion du droit interne du fait des parties, les dispositions du droit matériel uniforme ne peuvent restreindre l'application des règles impératives objectivement compétentes.

§2. LA FRAGMENTATION DU RÉGIME DES CONTRATS TRANSFRONTIÈRES DU FAIT DE LA PRÉVALENCE DES NORMES IMPÉRATIVES

485. Le caractère facultatif du DCEV ou de l'Acte uniforme OHADA soulève des interrogations, en l'occurrence, quant au sort des règles impératives comme celles contenues dans le règlement Rome I dans le cas du DCEV. Le principe d'autonomie ne saurait se passer d'exceptions. Comme nous l'avons évoqué plus haut, en raison de la localisation des éléments du contrat, et partant, du droit objectivement applicable, certaines règles peuvent s'avérer impossibles à évincer en raison de leur caractère impératif. Cette conséquence du caractère impératif peut même s'observer dans l'articulation entre le droit matériel et les règles de conflits de lois. Ces deux *corpus* reconnaissant une compétence de principe à la loi d'autonomie, qu'en serait-il si les secondes comportaient tout de même des dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger, du moins aussi facilement qu'il en est de principe ? L'exemple de l'articulation entre le DCEV et le règlement Rome I convient parfaitement pour illustrer la limitation de la portée de la loi d'autonomie, mais aussi celle du droit matériel supplétif.

486. Le règlement portant DCEV, en tant qu'instrument optionnel, a été voulu par ses rédacteurs « *comme un système complet et autonome, dont la désignation paralyse le jeu des dispositions du règlement Rome I relatives aux contrats de consommation et aux lois de police* »[1260]. Cela voudrait dire que si des contractants consentaient à soumettre leur relation contractuelle au DCEV et partant à ses dispositions afférentes au contrat de consommation, du seul fait de ce choix, le

1260 CLARET, Hélène. « *Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois* ». *LPA*. Décembre 2013, n° 256, p. 19.

recours au règlement Rome I n'aurait plus lieu d'être. Or, le règlement Rome I contient lui-même des dispositions impératives. Pourtant perçu comme un texte innovant, notamment du fait de la précision apportée aux notions de lois de police et de règles impératives, le règlement Rome I se veut protecteur de ces catégories de règles « *en préservant systématiquement leur autorité sur le contrat, nonobstant le choix de la loi* »[1261]. Le règlement Rome I assure ainsi le respect de l'impérativité tant des règles d'origine étatique que de celles d'origine communautaire. C'est ainsi que l'article 6 du règlement Rome I[1262] autorise les parties à un contrat de consommation conclu dans certaines conditions, à choisir la loi applicable sous réserve que la loi désignée n'offre pas un niveau de protection moins favorable au consommateur que celui prévu par les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle. Une contradiction apparaît de ce fait entre le règlement Rome I et la proposition de DCEV précisément en ce qui concerne leurs finalités. Tandis que le règlement consacre la prévalence du caractère impératif de la loi de la résidence habituelle du consommateur, la proposition de DCEV dont l'objet déclaré est la réalisation du marché intérieur, privilégie l'application d'un droit uniforme pour tous les contrats conclus par un professionnel[1263].

487. S'agissant de la proposition de DCEV, il convient de rappeler que son champ d'application porte essentiellement sur le domaine de la vente[1264] d'objets corporels[1265] pour lequel les ordres publics nationaux sont déjà largement « *communautarisés* »[1266]. Cette communautarisation est essentiellement opérée par voie de directives d'harmonisation. Le droit dérivé conflictuel n'est pas en reste. Il contient des dispositions spécialement consacrées à des parties faibles. Les contrats concernant des parties faibles font l'objet de dispositions

---

1261 D'AVOUT, Louis. « *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I* ». *D.* 2008, n° 11, p. 2165.

1262 Le paragraphe 2 de l'article 6 du règlement Rome I dispose que « *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1* ».

1263 D'AVOUT, Louis. « *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I* ». *D.* 2008, n° 11, p. 2165.

1264 Il importe toutefois de rappeler que si la proposition porte nommément sur la vente, la définition du contrat de vente qui y est retenue s'avère plus extensive que celle du droit français notamment. Le contrat de vente visée par la proposition recouvre ainsi des opérations contractuelles que le droit français aurait classées dans la catégorie des contrats d'entreprises.

1265 LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC.* Octobre 2012, n° 4, p. 1393. .

1266 BORGHETTI, Jean-Sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel 1* ». *RDC.* Octobre 2012, n° 4, p. 1417.

spécifiques par le règlement Rome I. Ces contrats sont au nombre de trois à savoir le contrat de consommation, le contrat d'assurance et le contrat de travail.

488. Afin d'assurer à leur projet des chances de succès, en plus de lui conférer un caractère optionnel, les promoteurs de la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente semblent s'être inspirés, dans une certaine mesure, des actes uniformes de l'OHADA. En effet, la proposition de DCEV est envisagée comme ayant vocation à intégrer les ordres juridiques des États membres en y devenant le second régime de droit des contrats. Ainsi, « *lorsque les parties seront convenues de faire usage du droit commun européen de la vente, ses dispositions seront les seules règles nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer* ».[1267] Cette convention d'application du DCEV ne doit pas être confondue à la clause d'élection du droit. Du fait de l'intégration du DCEV à l'ordonnancement juridique interne de l'État, son choix par les parties constituerait en réalité le choix entre deux textes de l'ordonnancement juridique interne, portant tout de même sur la vente. S'il devait en être ainsi, le droit matériel uniforme pourrait bien aisément évincer les droits internes préexistants.

489. La vraisemblance de cette perspective est discutable dans la mesure où la *lex contractus*, en principe, loi du lieu de résidence habituelle du consommateur, pourrait être celle d'un État tiers plus protecteur. Dans cette optique, nous doutons de la légitimité du droit uniforme, qui plus est, optionnel, à évincer une loi étrangère au demeurant plus favorable au consommateur. Ainsi, nous avons peine à penser que des juges, même hautement animés d'un esprit libéral, acceptent qu'une convention entre les parties prive de son efficacité un droit étranger favorable au consommateur.

490. Même en limitant strictement le raisonnement au droit des États membres, « *le niveau de protection pris en compte par la proposition est un "niveau élevé", mais pas le plus élevé (la proposition tient des solutions équilibrées) ; surtout, la comparaison se fait avec "l'acquis actuel" c'est-à-dire, qui résulte des directives existantes. Or, il se peut que le droit national qui en est issu offre un niveau de protection plus élevé qu'elles. D'une part, en cas de directives d'harmonisation minimale, le législateur interne a pu aller au-delà du standard prévu ; le niveau de protection de l'instrument optionnel, calqué sur celui de la directive, se trouvera*

1267 BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et JACQUEMIN, Zoé. « *Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation* ». *RDC*. Janvier 2012, no n°1, p. 191.

donc inférieur à celui du droit national "concurrent" »[1268]. D'ailleurs, si le législateur de l'UE, à travers les dispositions du règlement Rome I, autorise les parties à soumettre leur rapport au droit de leur convenance, partant potentiellement au DCEV, il n'a pas entendu entraver l'efficacité tant du droit interne des États qu'à celle des règles impératives d'origine communautaire. D'une part, lorsque les éléments de la relation contractuelle sont localisés dans un État membre, le contrat étant alors purement interne à cet État, l'article 3§ 3 du règlement précise que le choix des parties « *ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet (autre) État ne permet pas de déroger par accord* ». Par cette disposition, le législateur fait montre d'une volonté de préserver l'effectivité des normes étatiques impératives[1269]. D'autre part, le paragraphe 4 du même article 3 énonce que « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord…* ». Cette disposition vise, certes, à éviter que les parties ne soumettent leur contrat intra-UE à une loi nationale extérieure à l'Union. Il n'en demeure pas moins que la raison d'une prévalence du droit dérivé tient à son caractère impératif qui lui-même est lié à la vocation protectrice des normes en question. En conséquence, tout semble militer en faveur d'une prévalence du droit dérivé impératif plus protecteur sur le DCEV. Il faudra, comme le suggère Mme CLARET, vérifier si la disposition du DCEV en concurrence avec une disposition du droit dérivé offre un degré de protection supérieur[1270].

491. Sauf à prévoir un niveau de protection des parties faibles supérieur à celui du droit interne des États membres à celui du droit dérivé, les dispositions du droit uniforme des contrats semblent condamnées à une coexistence avec les dispositions impératives propres aux États membres et à l'UE. Cette subsistance de ces différentes catégories de normes impératives, qui peut même s'avérer la forme prévalente, peut conduire à une fragmentation du système normatif applicable aux relations contractuelles.

1268 CLARET, Hélène. « *Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois* ». *LPA*. Décembre 2013, n° 256, p. 19.

1269 BOSKOVIC, Olivera. « *La protection de la partie faible dans le règlement Rome I* ». *D.*, p. 2175.

1270 CLARET, Hélène. « *Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois* ». *LPA*. Décembre 2013, n° 256, p. 19.

492. Par ailleurs, il est à noter qu'une directive peut être transposée dans l'ordre juridique interne d'un État membre, avec préservation du droit interne de sorte à faire coexister le droit préexistant et les normes issues de la directive[1271]. Cette coexistence offrirait davantage de choix au consommateur en plus du droit matériel uniformisé par la proposition de DCEV. Cependant, comme Mme CLARET, nous doutons de la réceptivité des juges devant le choix des parties en faveur du DCEV au détriment du droit national plus favorable au consommateur. Ces règles ayant vocation à assurer la protection du consommateur sont assorties d'une impérativité qui s'oppose à l'idée d'une éviction au profit d'un texte de nature optionnelle qui, de surcroît, n'offre pas nécessairement un niveau de protection plus élevé que le droit interne notamment issue des directives européennes d'harmonisation.

493. Des développements qui précèdent, il apparaît que s'ils venaient à se concrétiser en texte de droit positif, les projets de droit matériel de l'UE et l'OHADA n'auront pas pour conséquence de priver la méthode conflictuelle de son utilité. Elle sera toujours utile puisqu'elle permettra notamment d'assurer l'articulation entre le droit national et le droit uniforme projeté. À cet effet, la loi d'autonomie qui est l'instrument clé de la méthode conflictuelle permet aux parties de participer activement à l'articulation entre le droit national et le droit uniforme projeté. En raison de la permissivité qui caractérise la matière contractuelle, les parties conservent la liberté de déterminer le droit applicable à leur contrat à moins qu'une disposition impérative s'y oppose. Il peut s'agir d'une disposition du droit interne d'un État dont la règle de conflit de lois ne permet pas aux parties de déroger. La méthode conflictuelle conserverait ainsi son intérêt malgré l'existence d'un droit matériel qui serait, de surcroit, à caractère optionnel.

494. Outre son utilité, la méthode conflictuelle assure la complétude du système normatif en matière contractuelle. Étant donné que les projets de textes étudiés ne couvrent probablement pas tout le champ contractuel, en raison des questions exclues, la méthode conflictuelle conserve son intérêt. Pour les questions exclues, notamment les conséquences juridiques de l'avant-contrat, les parties pourront toujours déterminer le droit applicable à leurs relations par cette méthode. Ainsi, la méthode conflictuelle pallie l'incomplétude du système normatif en matière contractuelle.

1271 BOUTAYEB, Chahira et MEYER-HEINE, Anne. « *La transposition des directives en France* ». *Rev. UE*. 2017, p. 461.

SECTION II. LES RÈGLES DE CONFLITS DE LOIS AU SERVICE DE LA COMPLÉTUDE DU SYSTÈME NORMATIF EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

495. Les contrats transfrontaliers sont régis par un système de normes qui, même si les projets de textes étudiés étaient adoptés, resterait incomplet. En effet, en raison du caractère probablement lacunaire du droit matériel applicable aux contrats transfrontaliers, les règles de conflits de lois se présentent comme le complément nécessaire des règles matérielles (**§1**). Par conséquent, ces règles peuvent compenser les manques du droit matériel, assurant ainsi une certaine continuité juridique. Par ailleurs, les règles de conflits de lois pourraient également constituer le seul droit commun des contrats transfrontaliers (**§2**), étant donné que certaines de ces règles sont conçues pour s'appliquer à tous types de contrats. En somme, l'intégration harmonieuse des règles de conflits de lois et du droit matériel pourrait offrir une solution efficace pour pallier les lacunes du système juridique transfrontalier.

§1. LES RÈGLES DE CONFLITS DE LOIS, COMPLÉMENT NÉCESSAIRE DES RÈGLES MATÉRIELLES PROJETÉ

496. Grands absents des projets de textes portant uniformisation en matière contractuelle, les instruments de l'avant-contrat et de la responsabilité précontractuelle semblent visiblement voués à être dévolus à la compétence des règles de conflits. Pourtant, le recours au droit matériel a été présenté comme l'approche idéale en vue de la résolution des conflits de lois en matière contractuelle[1272]. Et, le droit matériel qui est lui-même un instrument du droit international privé[1273] ne saurait se déployer en faisant fi de la période précontractuelle et de ses conséquences juridiques. Justement, la conclusion du contrat est une conséquence directe de cette phase d'avant-contrat. C'est pourquoi, dans le cadre des développements du chapitre précédent, l'accent a été mis sur la nécessité d'inclure la période de l'avant-contrat dans le

1272 LOQUIN, Éric. « *Règles matérielles du commerce international et droit économique* ». *RIDE*. Association internationale de droit économique, 2010, Vol. t. XXIV, 1, n° 1, p. 81-101.

1273 FABRIÈS-LECEA, Eugénie. *Droit international privé*. 2e éd. Bruxelles : Bruylant, 2022, n° 92 et s., p. 74 et s. L'auteur y explique que « *face au concours des ordres juridiques intéressés à la situation internationale* », le droit international privé s'appuie sur trois méthodes au nombre desquelles la méthode conflictuelle et la méthode de droit matériel.

droit matériel uniforme relatif aux contrats. Certains instruments de l'avant-contrat méritent d'autant plus d'être réglementés par le droit matériel, qu'on leur reconnait en droit interne le caractère contractuel. Ce caractère contractuel est d'ailleurs conforme à la définition autonome que la Cour de justice a retenue pour la notion d'obligation contractuelle. La promesse de contrat et le contrat-cadre constituent, en effet, des engagements librement assumés d'une partie envers une autre au sens de l'arrêt Jakob Handte[1274]. Cependant, si certains de ces instruments, à l'instar de la promesse de contrat et du contrat-cadre, sont déjà source d'obligations contractuelles, d'autres ne le sont pas. Les premiers donnent lieu à une responsabilité contractuelle quand les seconds sont source de responsabilité extracontractuelle, délictuelle. La *culpa in contrahendo* relève ainsi de ce régime de responsabilité extracontractuelle.

497. Or, au vu des projets étudiés, il n'est pas acquis que la période précontractuelle soit couverte par le droit matériel uniforme des contrats. La tentation d'exclure l'avant-contrat est bien perceptible. Si cette exclusion venait à se confirmer, les règles de conflits de lois interviendraient en la matière comme un complément du droit matériel. En effet, en présence d'un élément d'extranéité, les instruments de l'avant-contrat et la *culpa in contrahendo* qui ne font pas l'objet de règles de droit matériel appelleront l'application de règles de conflits de lois. En d'autres termes, afin de démonter leur vocation à servir de complément aux règles substantielles, les règles de conflits de lois seront présentées comme palliant l'absence de règles matérielles en matière d'avant-contrat (A) de *culpa in contrahendo* transfrontière (B).

A. Les règles de conflits de lois palliant l'absence de règles matérielles en matière d'avant-contrat

498. Jusqu'ici, en termes d'instruments de l'avant-contrat, le parti a été pris de s'appuyer sur la promesse de contrat et le contrat-cadre. On a pu relever qu'en raison de leur nature contractuelle, notamment en droit français des contrats, la promesse de contrat et le contrat-cadre pouvaient être considérés comme des engagements contractuels au sens du droit de l'UE. Il convient de ne pas perdre de vue que c'est à l'occasion de la mise en œuvre du droit des conflits de l'UE que sa Cour de justice a retenu que « *la notion de matière contractuelle, au sens 5.1° de la Convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun*

1274 CJCE, 17 juin 1992, *Handte c/TMCS,* aff. C-26/91

engagement librement assumé par partie envers une autre »[1275]. La promesse de contrat et le contrat-cadre comportant déjà un engagement librement assumé d'une partie envers une autre, ces deux instruments de l'avant-contrat relèvent donc de la matière contractuelle. En conséquence, s'ils comportent un élément d'extranéité et partant, un conflit de lois, ils relèvent du Règlement I.

499. La promesse de contrat ne comporte pas de particularités en termes de mise en œuvre des règles de conflits de lois. Puisqu'elle relève du champ matériel du règlement Rome I, le droit applicable est déterminé soit par les parties, soit par les règles objectives de rattachement. En revanche, le contrat-cadre est un schéma contractuel qui peut s'avérer complexe. M. Frédéric BUY affirme même qu'avec le contrat-cadre, « *on touche au cœur de l'ingénierie contractuelle* »[1276]. Le contrat-cadre n'a pas pour objet d'organiser « *une juxtaposition de contrats ponctuels et indépendants* »[1277]. Il vise plutôt à instaurer une certaine sécurité juridique dans les relations contractuelles d'affaires entretenues par des parties. Pour ce faire, les parties peuvent décider d'installer leur relation dans la durée en concluant un contrat-cadre qui sera articulé avec des contrats d'application. Si l'on a pu constater que la mise en œuvre de la méthode conflictuelle en matière contractuelle peut s'avérer être un exercice complexe, qu'en serait-il de cet enchevêtrement de contrats qu'organise le contrat-cadre ? Une question illustre la complexité du contrat-cadre en droit international privé et révèle l'intérêt d'en faire un sujet d'analyse : « *l'articulation d'un contrat-cadre et de contrats d'application, conclus entre mêmes parties, autorise-t-elle à considérer que l'on est face à un seul et même "rapport de droit déterminé" ?* ». Une réponse affirmative pourrait conduire à ce que la loi désignée par les parties dans le contrat-cadre vaille pour les contrats d'application. *A contrario,* il serait nécessaire de déterminer la loi applicable à chacun des contrats d'application. En l'absence de règles matérielles uniformes se rapportant à l'avant-contrat, le cas emblématique des contrats-cadres (**1**) peut illustrer la vocation auxiliaire de la méthode conflictuelle. Il est également crucial d'analyser le lien entre le contrat-cadre et ses contrats d'application, en particulier les enjeux liés à la désignation de la loi applicable (**2**). En effet, comprendre comment les contrats d'application, qui découlent du contrat-cadre, peuvent être influencés par la loi choisie dans le contrat-cadre est crucial pour garantir la prévisibilité du droit et la sécurité juridique. Ce point est particulièrement pertinent dans

1275 *CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91*

1276 BUY, Frédéric. *Droit des contrats d'affaires*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023, n°190, p. 196.

1277 BUY, Frédéric. *Droit des contrats d'affaires*. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023, n°190, p. 196.

les relations transfrontalières où les parties peuvent être soumises à des juridictions différentes et à des systèmes juridiques variés.

1. Le cas emblématique des contrats-cadres

500. Si les contrats-cadres se sont considérablement internationalisés[1278], permettant ainsi aux agents économiques d'encadrer contractuellement leurs relations d'affaires complexes, les trois projets de droit uniforme en matière contractuelle ne semblent pas voués à consacrer à cette catégorie de contrat, un régime juridique conséquent. En l'absence d'une réglementation prévue en termes de droit matériel, les contractants peuvent toujours recourir au droit conflictuel.

Contrairement aux contractants au sein de l'UE, ceux de l'espace OHADA ne disposent, pour l'heure, ni de règles matérielles uniformes organisant le régime juridique propre aux contrats-cadres, ni de règles uniformisées en matière de conflits de lois. Les instances de l'OHADA semblent pourtant sensibles à cette problématique. En effet, toujours dans leur démarche d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA, les instances de l'organisation ont entrepris l'« *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* »[1279]. Les rédacteurs de ce projet d'Acte uniforme affichent clairement leur ambition « *de concevoir un système complet et développé de règles applicables aux contrats internationaux* ». Dans cette optique, ils envisagent de porter un intérêt tout particulier aux « *rapports entre contrat-cadre et contrat d'application* » notamment pour ce qui est « *de leur originalité dans le secteur de la distribution* ».

Les opérateurs économiques de l'UE peuvent au moins s'appuyer sur l'acquis européen en matière de régime du contrat-cadre en droit international privé. Ce régime « *est parvenu à s'extirper de la brume qui, en droit international privé, l'entourait encore il y a peu, pour atteindre à une relative netteté, source de sécurité juridique*[1280] ». Les contrats de distribution et de franchise qui représentent le domaine de prédilection des contrats-cadres font justement l'objet d'un

1278 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, nº 2002, p. 3-33.

1279 Voir note explicative relative au Projet d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA (PACI) n° de référence : CM-OHADA-97170-CS-QCBS concernant « *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* ».

1280 SINDRES, David. *« Le contrat-cadre en matière internationale » AJCCD*. 2017, p. 107.

traitement particulier par le règlement Rome I. Ce texte a ainsi « *apporté une double précision relative à la nature des contrats de distribution et de franchise d'une part, et à la loi qui leur est applicable à défaut de choix d'autre part. Son considérant 17 range en effet ces contrats dans la catégorie des prestations de services* »[1281]. En termes de règles de conflits de lois relatives à ces deux types de contrats, l'article 4.1 e) du règlement Rome I énonce que le contrat de franchise est soumis à la loi du pays où le franchisé possède sa résidence habituelle. En ce qui concerne le contrat de distribution, l'article 4.1 f) le soumet à la loi du pays où le distributeur a sa résidence habituelle.

501. Malgré ces dispositions consacrées aux contrats de distribution et de franchise, il fallait apporter une réponse globale à la problématique du droit applicable au contrat-cadre[1282]. Cette question relève principalement du champ d'application de l'article 3 du règlement Rome I qui permet aux parties de désigner conventionnellement le droit applicable à leur relation contractuelle. C'est lorsque ce choix fait défaut que la loi applicable au contrat-cadre sera recherchée suivant les critères de rattachements et objectifs énoncés à l'article précité et afférents au contrat de distribution et au contrat de franchise. Or, ainsi qu'il a été précédemment relevé, ces deux contrats sont considérés comme des contrats de service. M. David SINDRES soulève une interrogation pertinente lorsqu'il évoque les autres contrats-cadres pour lesquels la qualification de contrat de prestation de services ne s'imposerait pas : *« peuvent-ils être rangés parmi les contrats nommés au sens de l'article 4 du règlement Rome I* ? ». L'auteur précise que « *dans l'hypothèse la qualification de prestation de service ne pourrait être adoptée, la démarche commandée par le règlement Rome I devrait consister à soumettre le contrat-cadre à l'article 4.2, aux termes duquel la loi applicable au contrat est celle du pays dans lequel se trouve la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique* »[1283]. Comme le rappelle utilement l'auteur, il peut s'avérer ardu d'identifier ladite prestation caractéristique. Le contrat-cadre ayant pour seul objet de dresser le cadre d'une relation d'affaires à venir, ses stipulations ne peuvent utilement renseigner sur la prestation caractéristique[1284]. Considérant la difficulté de

1281 SINDRES, David. *« Le contrat-cadre en matière internationale » AJCCD*. 2017, p. 107.

1282 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, n° 2002, p. 3-33.

1283 SINDRES, David. *« Le contrat-cadre en matière internationale » AJCCD*. 2017, p. 107.

1284 RAYNARD, Jacques. « *Le contrat-cadre de distribution a pour prestation caractéristique la fourniture de produit : à défaut de clause de loi applicable, la loi de la résidence habituelle du fournisseur esrt présumée présenter les liens les plus étroits avec le contra*t ». *JCP G*. 24 juillet 2004, n° 13, p. 573-575.

déterminer la loi applicable en vertu de l'article 4.2 du règlement, le règlement fixe à l'article 4.4, une solution résiduelle consistant à soumettre le contrat à la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Cette solution qualifiée d'« *impressionniste* » [1285] n'est cependant pas des plus propices à la sécurité juridique[1286] tant elle implique que la loi applicable au contrat-cadre varie en fonction des particularités de chaque contrat du fait de son caractère « *intrinsèquement réfractaire à toute systématisation* »[1287]. Or, même avec le règlement Rome I, le législateur de l'UE entendait mettre en place une uniformisation des règles de conflits de lois et des solutions uniformisées propices à la sécurité juridique.

502. En dépit de ces difficultés de mise en œuvre des règles conflictuelles en matière de contrat-cadre, elles n'en demeurent pas moins des moyens mis à la disposition des parties pour déterminer le droit applicable à leur contrat-cadre. D'ailleurs, les mêmes remarques valent pour l'ensemble des instruments de l'avant-contrat qui sont dotés de caractère contractuel. Il s'agit de tous les accords qui ont pour objet de préparer la conclusion de contrats qui seraient eux, nommément visés par le règlement Rome I. La promesse de contrat, instrument emblématique de l'avant-contrat, est soumise à un régime semblable à celui des contrats-cadres. En effet, si l'on considère que la promesse de contrat est constitutive d'un « *engagement librement assumé* »[1288] par le promettant envers le bénéficiaire, la promesse de contrat, à défaut de faire l'objet d'un droit matériel uniforme au sein de l'UE, relève des règles de conflits de lois de l'UE[1289]. Ainsi, les dispositions du règlement Rome I peuvent permettre de déterminer la *lex contractus* qui peut être, soit désignée par les parties, soit déterminée à partir des critères de rattachement prévus par les articles 4.2 et 4.4.

1285 NIBOYET, Jean Paul. *Traité de droit international privé français. Tome III, Conflits de lois, d'autorités et de juridictions : théorie générale.* n°868 bis, p.56.

1286 ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik. *Droit des contrats internationaux.* 2e éd. Paris : Dalloz, 2019, n°255, P 199.

1287 SINDRES, David. *« Le contrat-cadre en matière internationale ».* 2017, p. 107.

1288 *CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91.*

1289 MUIR WATT, Horatia. « *De la loi applicable à une promesse d'achat de parts sociales conclue entre un salarié et son employeur* ». *Rev. crit. DIP.*. 1994, p. 92.

2. Le lien entre le contrat-cadre et ses contrats d'application : enjeux de la désignation de la loi applicable

503. Question essentielle posée par le contrat-cadre dans l'ordre transfrontière, les rapports entre le contrat-cadre et ses contrats d'application peuvent s'avérer complexes à appréhender par les parties, notamment en ce qui concerne le droit applicable. Heureusement, le règlement Rome I leur offre la possibilité de désigner conventionnellement le droit applicable à leur opération contractuelle. Ici encore, les parties vont pouvoir se prévaloir de la loi d'autonomie. Le contrat-cadre peut inclure des stipulations qui s'étendent aux contrats d'application, à l'instar des clauses de désignation de juridiction compétente ou d'*electio juris*. Mme Martine BEHAR-TOUCHAIS et M. Georges VIRASSAMY ont mis en lumière l'importance de ces « *clauses cadres* »[1290]. Cependant se pose la question de savoir si, en l'absence d'extension explicite de cette clause aux contrats d'application, ces derniers seront soumis à la même loi que le contrat-cadre.

Il peut ainsi se poser la question de savoir, dans l'hypothèse où le contrat-cadre comporte une clause d'*electio juris* sans toutefois expressément étendre cette clause au contrat d'application, si ces deux contrats seront soumis à la même loi. Soulevant cette interrogation, M. LECLERC appelle de ses vœux une réponse des instances européennes, notamment de la Cour de justice[1291]. M. LECLERC soutient que s'il y a identité de parties « *ce ne serait pas forcer la volonté des parties que de considérer le choix de loi comme résultant alors des circonstances de la cause, dans la mesure où il s'agit d'un contrat-cadre et d'un contrat d'application* »[1292]. La possibilité d'étendre la loi régissant le contrat-cadre aux contrats d'application avait déjà été entrouverte à l'occasion du rapport des commentateurs officiels de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ces commentateurs y admettaient « *que le juge puisse, en considération de l'ensemble des circonstances de la cause, constater que les parties ont fait un véritable choix de loi encore qu'ils ne soient pas expressément déclarés dans le contrat (…) le fait qu'un contrat antérieur entre les parties au contrat contenait un choix exprès de loi permet au juge de n'avoir aucun doute que le*

1290 BEHAR-TOUCHAIS, Martine et VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de la distribution*. Paris : L.G.D.J, 1999, n° 711 p. 378).

1291 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, no 2002, p. 3-33. [Consulté le 29 juin 2024].

1292 LECLERC, Frédéric. « *Le contrat-cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2005, Vol. 16, no 2002, p. 3-33. [Consulté le 29 juin 2024].

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 »[1293]. En tout état de cause, il ne s'agit que d'un indice dont disposerait le juge pour statuer au cas par cas[1294]. À ce propos, il convient de garder à l'esprit que la clause d'*electio juris* désigne la loi applicable au contrat, laquelle loi régit les questions telles que la nullité du contrat et les conséquences de celle-ci, d'où l'intérêt d'appliquer une loi unique au contrat-cadre et ses contrats d'application. Ainsi, l'extension de la loi du contrat-cadre aux contrats d'application, même en l'absence de stipulation explicite, contribue à la prévisibilité du droit et à la sécurité juridique. Elle permet aux parties de bénéficier d'un cadre juridique stable et cohérent, réduisant les risques de conflits de lois et les incertitudes qui en découlent. Par exemple, dans l'hypothèse où l'ensemble de ces contrats serait soumis à la loi française, leur validité serait déterminée à l'aune de cette seule loi. Il pourrait s'avérer intéressant de lier ainsi le sort du contrat-cadre et de ses contrats d'application[1295], d'autant plus que la Cour de cassation a reconnu que la nullité d'un contrat cadre ne remet pas automatiquement en cause les contrats d'application[1296].

Le contrat-cadre et ses contrats d'application ne sont pas les seules questions ignorées par le droit matériel projeté, pour lesquelles le recours aux règles de conflits de lois serait indispensable. Cela vaut également pour la *culpa in contrahendo*. En effet, les règles de conflits de lois jouent déjà un rôle crucial en comblant l'absence de règles matérielles en matière de *culpa in contrahendo* transfrontière.

1293 GIULIANO, Mario et LAGARDE, Paul. *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles,*. 1980. [Consulté le 30 juin 2024]. Disponible à l'adresse : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031%2801%29.

1294 MOHAMMED, Lamhamedi Cherradi. *Le contrat-cadre en droit international* -. Mémoire de Master. Dijon : Université de Bourgogne, 2006.

1295 MARX, Valérie. « *Les conséquences de la nullité des contrats cadre de distribution sur les contrats d'application* ». *La lettre juridique*. Avril 2011.

1296 Cass. com., 15 février 2000, n° 98-11.232.

B. Les règles de conflits de lois palliant l'absence de règles matérielles en matière de *culpa in contrahendo* transfrontière

504. Exclue du règlement Rome I[1297], la *cupla in contrahendo* fait partie du champ matériel du règlement dit « *Rome II* » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles adopté le 11 juillet 2007. À l'instar du règlement Rome I, ce texte prévoit des critères objectifs de désignation du droit applicable. À propos du dommage précontractuel, le considérant 29 du règlement Rome II énonce qu'il « *convient de prévoir des règles spéciales en cas de dommage causé par un fait autre qu'un fait dommageable, tel qu'un enrichissement sans cause, une gestion d'affaires ou une "culpa in contrahendo"* ». Ainsi, l'article 12 prévoit des critères objectifs de rattachement spécifiques à la *culpa in contrahendo* (**1**). Cela étant, le considérant 31 dudit règlement précise que « *Afin de respecter le principe de l'autonomie des parties et de renforcer la sécurité juridique, les parties devraient pouvoir choisir la loi applicable à une obligation non contractuelle. Ce choix devrait être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de la cause. Lorsque la juridiction établit l'existence d'un accord convenu entre les parties, elle est tenue de respecter leurs intentions. Il convient de protéger les parties faibles en entourant ce choix de certaines conditions* ». Ce considérant montre bien que le rayonnement de la loi d'autonomie s'étend au-delà de la matière contractuelle. La loi d'autonomie s'applique également en matière extracontractuelle. En effet, en vertu de l'article 14 du règlement, les « *parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle* ». Cette disposition consacre l'immixtion de la loi d'autonomie dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle (**2**).

1. Les critères objectifs de rattachement consacrés à la *culpa in contrahendo*

505. Les développements précédemment consacrés à la mise en œuvre de la méthode conflictuelle ont mis en lumière l'importance pour les parties contractantes de bien qualifier juridiquement la situation à laquelle elles entendent appliquer un critère objectif de rattachement en vue de la détermination du droit applicable. La mise en œuvre des critères objectifs relatifs à la *culpa in contrahendo* passe par cet exercice de qualification. La situation doit relever de la responsabilité délictuelle et consister en une faute empêchant la conclusion

1297 L'article 1-1,f) du règlement Rome I exclut « *les obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat* ».

du contrat définitif. Autrement dit, il est nécessaire de caractériser une faute délictuelle empêchant la conclusion du contrat définitif (**a**). C'est à cette condition que seront mis en œuvre les critères objectifs spécialement consacrés à la *culpa in contrahendo* (**b**).

a. La nécessité de caractériser une faute délictuelle empêchant la conclusion du contrat définitif

506. La culpa *in contrahendo* relève de la responsabilité précontractuelle. Or, la période précontractuelle peut être ponctuée d'accords préalables entre les parties. Aussi, aux fins d'application du règlement Rome II à une situation s'apparentant mettant en cause la responsabilité d'une des parties à une négociation contractuelle, il importe de qualifier la faute commise pendant cette période. Si elle consiste en l'inobservation d'un engament librement consenti, par exemple, une partie s'engageant à conclure le contrat, alors la faute sera contractuelle et la loi applicable à cette responsabilité sera déterminée par application du règlement Rome I. En revanche, s'il s'agit de pourparlers n'ayant pas fait l'objet d'accord préalable, la faute imputable à une partie qui a empêché la conclusion du contrat relèvera de la *cupla in contrahendo*. À tout le moins, cette situation relève de la responsabilité délictuelle. Une décision de la Cour de justice a pu consacrer cette distinction[1298]. La cour y a retenu qu'« *en l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et dans l'éventualité d'une violation de règles de droit, notamment celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle* »[1299]. La *culpa in contrahendo* relève de la responsabilité délictuelle puisque la faute qui est à son origine ne consiste pas en la violation d'une obligation contractuelle, mais résulte du non-respect d'une obligation légale fixant le cadre juridique des négociations contractuelles[1300]. Puisque cette

---

1298 CJCE, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), 17 sept. 2002, aff. C-334/00

1299 RÉMY-CORLAY, Pauline. Note sous Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 17 septembre 2002, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contre Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH. *Rev. crit. DIP*. Octobre 2003, Vol. 4, p. 668-681. MARMISSE, Anne. « *Jurisprudence de la CJCE relative a la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* » (CJCE, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c/ Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), 17 sept. 2002, aff. C-334/00). *RTD com.* 2003, p. 207.

1300 BOURDELOIS, Béatrice. *« Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé ». Dans : Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum.* Paris : Defrénois, 2005. p. 116. WIDIEZ, Gaëlle. « *La loi*

… / …

faute rend impossible la conclusion du contrat, les critères objectifs de rattachement pourront lui être appliqués afin de déterminer le droit applicable.

b. les critères objectifs spécialement consacrés à la culpa in contrahendo

507. En matière de *culpa in contrahendo*, l'article 12.1 du règlement attribue compétence à la loi applicable au contrat ou qui lui aurait été applicable. Lorsqu'un contrat est effectivement établi, l'approche consistant à appliquer une loi unique aux relations entre les parties présente l'avantage de la simplicité et de la cohérence[1301]. Même dans des situations où un contrat n'est pas finalisé, il est souvent supposé que cette approche répond aux attentes des parties, à condition de pouvoir établir ces attentes[1302]. Par exemple, si une clause désignant la loi applicable reste non spécifiée dans un contrat en cours de négociation, on ne peut pas raisonnablement présumer des intentions des parties sur ce point[1303]. Le texte suggère ensuite que, en l'absence d'une loi clairement identifiable par le critère précédent, la loi du pays où le dommage direct se produit devrait s'appliquer, indépendamment du lieu où le fait générateur du dommage a eu lieu. Cependant, si les parties résident habituellement dans le même pays, c'est la loi de ce pays qui prévaut. Cette règle est nuancée par une clause d'exception qui permet l'application d'une autre loi si les liens avec celle-ci sont manifestement plus étroits, comme le dispose l'article 12.2. Ce dernier critère « *présente l'avantage indéniable d'être au carrefour de la rencontre du contractuel et du délictuel* »[1304]. Mais, s'il y a un critère de détermination du droit applicable qui rapproche véritablement la *culpa in contrahendo* de la matière contractuelle, c'est bien la loi d'autonomie.

---

*applicable aux fautes commises pendant les pourparler*s ». *Revue Lamy Droit Civil*. Septembre 2020, Vol. 184, p. 37-41. L'auteur précise que la liberté de contracter ou de ne pas contracter dont les parties jouissent ne les exonère pas de l'obligation de bonne foi qui pèse sur elles. Cela vaut pour « *la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord* ».

1301 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 1039, p. 910.

1302 SERAGLINI, Christophe. « *Le droit international privé de la période précontractuelle* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : CEPRISCA, 2008, p.94.

1303 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n° 1039, p. 910.

1304 BOURDELOIS, Béatrice. *« Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé ». Dans : Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*. Paris : Defrénois, 2005. p. 119.

2. L'immixtion de la loi d'autonomie dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle

508. L'article 14 du règlement admet la loi d'autonomie en matière de responsabilité non contractuelle, tout en l'encadrant plus strictement qu'elle ne l'est en matière contractuelle. Le texte prévoit, en effet, que les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle soit par un accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage, soit, lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. En somme, la possibilité reconnue aux parties de désigner la loi applicable à leur litige non contractuel (**a**) n'est pas absolue. La portée de la loi d'autonomie est davantage limitée en matière de responsabilité extracontractuelle (**b**).

a. la possibilité reconnue aux parties de désigner la loi applicable à leur litige non contractuel

509. Les parties peuvent en amont de la signature du contrat, s'entendre sur certains éléments touchant à leur processus contractuel. Elles peuvent par exemple constater les éléments sur lesquels elles partagent déjà la même vue. Un accord de principe peut ainsi venir cristalliser leurs points d'accord préliminaires à la conclusion du contrat. Cet accord de principe pourrait porter sur la désignation d'un droit applicable au processus de négociation et même au contrat discuté. Mais surtout, à cette étape, elles peuvent désigner le droit applicable à toute responsabilité de nature extracontractuelle. L'évocation de cette possibilité renvoie à « *l'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle* »[1305]. Cette idée traduit une certaine « *tendance contemporaine* » consistant à *« prévoir aussi une élection de droit par les parties : non seulement à la suite du dommage (…), mais avant comme le prévoit le règlement Rome II, lorsque les parties exercent une activité commerciale* »[1306]. Notion ayant pour sphère de prédilection les relations contractuelles internationales, l'autonomie de la volonté fait ainsi une incursion dans le domaine des faits juridiques et plus particulièrement

1305 FALLON, Marc. *« L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle » in Mélanges Roger O. Dalcq : « responsabilités et assurances »*. Bruxelles : Larcier, p.159.

1306 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé.* 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n°268, p. 249.

dans celui de la responsabilité non contractuelle[1307]. Ce rattachement de la responsabilité délictuelle au statut contractuel a été critiqué par Pierre BOUREL. Dans sa thèse de doctorat portant sur « *les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles* »[1308], il soutient que le fait « *que l'on ait songé à rattacher les obligations extracontractuelles aux statuts des contrats semble paradoxal. Y a-t-il en effet matière plus étrangère à l'idée d'autonomie de la volonté que les délits et les quasi-contrats ?* »[1309]. Affirmant une telle position, M. Pierre BOUREL s'opposait aux auteurs qui « *ont néanmoins tenté d'étendre à ce domaine les solutions du droit des contrats, abolissant ainsi la distinction traditionnelle entre obligations volontaires et obligations légales* ». Au nombre de ces auteurs, il citait André Weiss dont la proposition était que « *le délit commis à l'étranger soit soumis à la loi dont les parties ont prévu l'application* »[1310]. En ce qui nous concerne, nous adhérons davantage à l'approche d'André Weiss. Il nous semble qu'il n'y a aucune raison que l'autonomie de la volonté soit totalement exclue de la matière extracontractuelle. S'il s'inscrit dans un processus contractuel, et de ce fait partage une telle proximité avec la matière contractuelle, le délit précontractuel ne saurait être perçu comme échappant totalement à la volonté des intéressés du seul fait qu'il s'agisse d'une obligation d'origine non contractuelle. Ce délit entretient un lien des plus étroits avec la matière contractuelle. Il est inhérent à un processus qui voit les volontés des parties se côtoyer en vue de la création d'une obligation contractuelle. Les parties, surtout les professionnelles, sont conscientes de ce qu'elles font et des conséquences même délictuelles qui peuvent en découler. Il est souhaitable qu'il leur soit permis de prévoir par convention le droit applicable aux conséquences délictuelles de leurs négociations. Cela n'empêche toutefois pas que la contractualisation de la matière extracontractuelle soit limitée notamment à la sphère des droits dont les parties ont la libre disposition, ce qui doit être le cas de la responsabilité précontractuelle. Cela justifie que la latitude de déterminer la loi

1307 L'article 14 du règlement Rome II permet effectivement aux parties de désigner conventionnellement la loi applicable à l'obligation non contractuelle les liant, soit par accord postérieur à la survenance du fait générateur du dommage, soit lorsqu'elles exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. Le texte précise que ce choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances et ne doit pas être préjudiciable aux tiers.

1308 BOUREL, Pierre. *« Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles »*. Thèse : 1958, Université de Rennes, 1958.

1309 BOUREL, Pierre. *« Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles »*. Thèse : 1958, Université de Rennes, 1958, pp. 18-19.

1310 BOUREL, Pierre. *« Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles »*. Thèse : 1958, Université de Rennes, 1958, pp. 18-19 : l'auteur y cite WEISS, André. *Traité théorique et pratique de droit international privé*. IV. 2e éd. Paris, France : Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêts et du journal du Palais, ancienne maison L. Larose et Forcel, 1901, pp. 415-416.

applicable à leur litige extracontractuel, soit plus largement reconnue aux protagonistes exerçant une activité commerciale, secteur qui se caractérise par un libéralisme très poussé.

b. La portée limitée de la loi d'autonomie en matière de responsabilité extracontractuelle

510. Alors qu'en matière contractuelle rien ne s'oppose à ce que les parties désignent à l'avance le droit applicable à leur contrat et au litige qui peut en naître, cette faculté de prédiction du droit applicable est restreinte en matière de responsabilité extracontractuelle. Cette latitude est plus largement laissée aux protagonistes exerçant des activités commerciales. C'est assurément afin de faciliter la résolution de litiges tels que ceux opposant des compagnies d'assurances. Des termes de l'article 14 du règlement, il ressort que la faculté de choisir la loi du délit précontractuel est strictement encadrée pour les rapports impliquant des personnes qui n'exercent pas d'activité commerciale. Cette limitation est justifiée par le besoin de protection des parties considérées comme faibles tant en droit interne qu'en droit supranational. Une explication à cette portée restreinte de la loi d'autonomie est apportée par le droit belge. Aux termes de l'article 3 al. 1 du Code civil belge, le rattachement de la responsabilité civile non contractuelle repose même sur le fait que la matière est considérée comme relevant de la catégorie des « *lois de police* »[1311]. Or, on l'a vu, la loi de police se caractérise par une telle importance en droit international privé qu'il semble difficilement concevable qu'elle puisse être écartée par dérogation conventionnelle. M. FRANCESCAKIS les définissait comme celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays* »[1312] tant et si bien qu'elles « *doivent être appliquées par le juge du for dès que la réalisation du but qu'elles poursuivent le commande même si la règle de conflit de lois ne les désigne pas* »[1313]. Si la loi de police se justifie ainsi par le but poursuivi par le législateur, elle se caractérise généralement par son impérativité. Cette impérativité étant telle qu'elle conduit à recourir à la règle de conflit de lois qui pourrait désigner un droit autre que celui du *for*, il semble logique qu'elle puisse constituer une limite à l'autonomie de la volonté. Cette limitation peut se justifier par le fait que pour la préservation des intérêts de certaines parties

1311 FALLON, Marc. *« L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle » in Mélanges Roger O. Dalcq : « responsabilités et assurances »*. Bruxelles : Larcier, p.159.

1312 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n°124, p. 101.

1313 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019, n°124, p. 101.

considérées comme faibles à l'instar des consommateurs et des salariés. En somme, l'autonomie de volonté tend à être écartée ou à être considérablement circonscrite notamment en présence de certaines parties. La portée de l'autonomie de la volonté est ainsi confrontée à des dispositions internes ou internationales impératives[1314]. En droit français, il est ainsi admis que la volonté des parties puisse constituer un critère de désignation de la loi applicable comme l'a retenu la chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 avril 1988. La Cour de cassation a en effet jugé que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les plaideurs peuvent solliciter l'application d'un droit différent de celui prévu par un texte compétent, en l'occurrence la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de circulation routière[1315]. Cela étant, ce choix des parties ne peut procéder que d'un accord postérieur à la commission de l'évènement dommageable[1316]. On comprend alors davantage que le règlement Rome II n'ait prévu la possibilité de désigner par anticipation, la loi applicable, que pour les litiges opposant des parties exerçant une activité commerciale. Dans ce domaine, plus que dans d'autres, le degré de permissivité du droit est plus affirmé et permet aux commerçants de déterminer la loi applicable à leur litige délictuel avant même la survenance dudit litige et du dommage[1317]. Cela vaut pour tous les litiges extracontractuels et donc aussi pour la *culpa in contrahendo*. Mais, pourquoi limiter cette faculté de prédiction de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* aux seules tractations liant des commerçants ? Cette restriction emporte l'exclusion de tous les professionnels qui entretiennent des tractations contractuelles sans pour autant exercer une activité commerciale. Si l'on en vient à tirer une telle conclusion, c'est en raison d'une lecture de l'article 14 du règlement Rome II à l'aune du droit français. En effet, la notion « *d'activité commerciale* » y a un sens précis. Elle renvoie à celle des « *actes de commerce* ». L'article L 110-1du Code de commerce[1318] dresse la liste des actes de commerce par nature selon la théorie

1314 FALLON, Marc. *« L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle » in Mélanges Roger O. Dalcq : « responsabilités et assurances ».* Bruxelles : Larcier, p. 170.

1315 Civ. 1re, 19 avril 1988, Roho C. Caron et autres.

1316 BOUREL, Pierre. *Rép. dr. int.*, n°15.

1317 COHEN, Caroline. *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique.* Thèse : Paris II, 11 décembre 2015, n° 349, p. 300.

1318 Cet article dispose que « *La loi répute actes de commerce :*
1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ;

… / …

classique[1319]. Pour M. Paul DIDIER, l'article L 110-1du Code de commerce doit être lu comme dressant la liste des activités commerciales[1320]. Cette conception est validée par la doctrine[1321]. Or, l'article L. 121-1 du Code de commerce définit ainsi le commerçant : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* »[1322]. En conséquence, le commerçant est celui qui exerce une activité commerciale prévue par l'article L 110-1 du Code de commerce, mais aussi celles énumérées à l'article L 110-2 du même code[1323], et en fait sa profession habituelle. La notion d'activité commerciale fait aussi l'objet d'une définition subjective qui s'appuie sur le critère de l'acte de commerce entendu comme le rattachement à une entreprise commerciale. De la sorte, « *L'acte de commerce est essentiellement un acte accompli pour les besoins d'une entreprise commerciale, que celle-ci soit définie par sa forme ou par son objet* »[1324]. À la lumière de cette conception, lorsque l'acte relève de l'activité d'une société

2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;

3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;

4° Toute entreprise de location de meubles ;

5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;

6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;

7° Toute opération de change, banque, courtage, activité d'émission et de gestion de monnaie électronique et tout service de paiement ;

8° Toutes les opérations de banques publiques ;

9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;

10° Entre toutes personnes, les lettres de change ;

11° Entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciale ».

1319 PÉDAMON, Michel, KENFACK, Hugues et RINGLER, Solène. *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*. 5e éd., 2023. Paris : Dalloz, 2023, n° 57, p. 58.

1320 (354)

1321 LEGEAIS, Dominique. *Droit commercial et des affaires*. 30e éd., 2024. Paris-La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023 n° 38, p. 29 ; PÉDAMON, Michel, KENFACK, Hugues et RINGLER, Solène. *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*. 5e éd., 2023. Paris : Dalloz, 2023, n° 57, p. 58.

1322 LEGEAIS, Dominique. *Droit commercial et des affaires*. 30e éd., 2024. Paris-La Défense : Lefebvre Dalloz, 2023 n° 38, p. 29.

1323 Ce second texte dispose que « *La loi répute pareillement actes de commerce :*

1° Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ;

2° Toutes expéditions maritimes ;

3° Tout achat et vente d'agrès, apparaux et avitaillements ;

4° Tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ;

5° Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ;

6° Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ;

7° Tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce. »

1324 BLAISE, Jean-Bernard et DESGORCES, Richard. *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*. 12e éd. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2023, n° 211, p. 117.

commerciale, dotée de la personnalité morale, et qu'il est accompli pour les besoins de cette activité, l'acte a en principe un caractère commercial. En résumé, au sens du droit français, l'activité commerciale renvoie exclusivement à l'activité du professionnel commerçant. Cela exclut tous les autres professionnels qui exercent une activité libérale, agricole, artisanale, alors même qu'il s'agit d'activités tout aussi économiques.

511. Arrivés à une telle conclusion, l'on ne doit pas perdre de vue que les notions contenues dans le droit de l'UE font l'objet d'une définition autonome[1325]. La notion d'activité commerciale évoquée par l'article 14 du règlement Rome II obéit certainement à ce principe de définition autonome vis-à-vis du droit interne des États membres. En tout état de cause, il est souhaitable que la Cour de justice de l'UE intervienne pour préciser le sens qu'il convient de donner à cette notion de manière autonome. Il est aussi souhaitable qu'elle étende la faculté des parties à désigner, par anticipation, le droit applicable à la culpa *in contrahendo* au-delà du cadre de l'activité commerciale tel qu'il est délimité notamment en droit français. Elle pourrait l'étendre à tous les professionnels qui agissent dans le cadre de leur activité économique. L'activité économique « *n'est pas tributaire de la qualification industrielle ou commerciale de l'entreprise* »[1326]. Pour le juge de l'UE, étendre cette faculté aux professionnels agissant dans le cadre de leur activité économique, reviendrait à l'admettre dans toutes les tractations contractuelles entre entreprises. En effet, la Cour de justice a jugé que la notion d'« *entreprise* » qui doit faire l'objet de définition autonome[1327] doit être entendue comme comprenant « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »[1328]. Il a ainsi été a considéré que des personnes physiques exerçant des professions libérales[1329] ou des professions artistiques ou encore une activité sportive professionnelle, pouvaient être considérés comme exerçant une activité économique[1330]. Au regard de ces considérations, il y a lieu d'espérer que la Cour de justice

1325 AUDIT, Mathias. « *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire* ». *J.D.I. Juillet 2004, nº 3, p. 789.*

1326 NOURISSAT, Cyril et CLAVIÈRE-BONNAMOUR, Blandine de. *Droit européen des affaires.* 7e éd. 2023. Paris : Dalloz, 2023, n° 339, p. 398.

1327 CJUE 14 mars 2019, Skanska, aff. C-724/17.

1328 CJCE 23 avr. 1991, Höfner, aff. C-41/90, Rec. CJCE 1-1979.

1329 CJCE 19 févr. 202, Wouters e.a. c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van avocaten, af. C-309/99, Rec. CJCE 1-1577, retenant que l'exercice à titre libéral de la profession d'avocat n'était pas exclusif d'une activité économique et, donc, de la qualification d'entreprises au sens de l'article 81 § 1er CE, désormais 101 § 1er TFUE.

1330 CJCE 18 juill. 2006, Meca Medina, af. C-519/04, Rec. CJE 1-6991 : précisément en matière activité sportive professionnelle.

reconnaisse que dans toutes les tractations contractuelles liant des entreprises, et en raison du fait que ces négociations concernent l'activité économie des parties, celles-ci peuvent désigner la loi applicable à la responsabilité précontractuelle avant même la survenance d'un dommage.

512. Dans ces cas, le droit international privé offrirait aux parties la possibilité d'assurer davantage la sérénité des négociations dès lors qu'elles auraient désigné, par anticipation, le droit en vertu duquel sera tranché un éventuel litige pouvant survenir en raison de la rupture des négociations contractuelles. Autrement dit, le droit international privé permettrait aux parties de définir elles-mêmes ce qu'elles considéreraient comme étant, « *non la proper law of the contract, ni la proper law of the tort, mais la proper law of the negotiations, of the pre-contractual period, aujourd'hui difficile à localiser !* »[1331]. L'auteur considère qu'en l'absence d'accords préalables ponctuant les négociations et prévoyant la loi applicable, la détermination de la loi appropriée à la période précontractuelle doit se faire à l'aune du « *principe de proximité qui pourrait intervenir avec une présomption favorable à la compétence du lieu du dommage, sous la réserve de liens manifestement plus étroits avec un autre pays* ». L'auteur admet certes qu'il ne s'agit là que de « *quelques pistes de réflexion, qui peuvent paraître bien présomptueuses* ». Pourtant, ces pistes de réflexion présentent l'intérêt non négligeable d'assurer aux parties une meilleure prévisibilité du droit applicable. Il y va, en effet, de la sécurité juridique des négociations, la période précontractuelle pouvant être marquée par de nombreuses d'incertitudes. En outre, cette période est un moment d'expression pleine de la liberté contractuelle. N'étant pas encore liées, les parties peuvent pleinement exercer leur liberté contractuelle, notamment en se retirant d'une négociation ou en rétractant une offre de contrat[1332]. En effet, « *la liberté contractuelle suppose qu'on puisse nouer et mener des pourparlers parallèles, comparer diverses propositions, choisir les plus avantageuses et donc rompre avec ceux qui ont émis celles qui le sont moins* ». Considérant cette liberté qui caractérise les négociations, l'on est en droit de se demander si la phase d'avant-contrat offre réellement des garanties de sécurité juridique. Cette question s'impose, même s'il convient d'admettre

1331 SERAGLINI, Christophe. « *Le droit international privé de la période précontractuelle* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : CEPRISCA, 2008, p. 103.

1332 STANCU, Radu. *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*. Thèse : Université de Strasbourg, 1 septembre 2015, p. 7. L'auteur affirme que « *La phase précontractuelle a pour rôle de créer un espace juridique au sein duquel la volonté de chacune des parties se forme progressivement afin d'arriver à une symbiose exprimée dans le contrat définitif. Ce processus débute par une invitation d'entrer en pourparlers ou par une offre de contracter et finit par la décision de conclure ou non le contrat négocié. Au cours de la négociation, les parties échangent des informations, ce qui leur donne la possibilité de contracter en pleine connaissance de cause. Toutefois, elles doivent avoir un comportement de bonne foi et faire la preuve d'une attitude loyale* ».

que « *le régime de l'initiative, du déroulement et de la rupture de la négociation précontractuelle repose sur un principe de liberté précontractuelle, canalisé par une exigence de loyauté* »[1333]. Ce sont, du reste, « *les impératifs de liberté contractuelle et de sécurité juridique* » [1334]qui doivent gouverner cette période précontractuelle.

513. Par ailleurs, même si l'on permettait aux parties agissant dans le cadre de leurs activités économiques de désigner, par anticipation, la loi applicable à la responsabilité précontractuelle, il n'en demeure pas moins que la portée de la loi d'autonomie est limitée dans cette matière. Cette portée limitée est illustrée par les paragraphes 2 et 3 de l'article 14 du règlement Rome II qui précisent que lorsque tous les éléments de la situation sont localisés tantôt dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie ou lorsque ces éléments sont localisés dans plusieurs États membres de l'Union, le choix des parties ne peut porter atteinte ni à des dispositions impératives du droit interne, ni à des dispositions du droit communautaire auxquelles il ne peut être dérogé par un accord. Par voie de conséquence, si le droit interne d'un État membre ou les normes de l'UE empêchent qu'un accord sur la loi applicable au litige précontractuel puisse être conclu en raison de la qualité de consommateur d'une partie, la faculté de choisir la loi prévue par le droit uniforme doit être écartée. En effet, cette convention pourrait globalement porter sur l'organisation des pourparlers en prévoyant notamment les délais, les règles de confidentialité, les modalités d'échanges d'informations et documents sans oublier la loi applicable aux éventuels différends pouvant survenir au cours de la négociation. Si pour certaines parties dites faibles, la pertinence d'une telle convention est contestable, il n'en va pas forcément de même pour les professionnels. À défaut d'une telle convention, ces différends relèvent *lege lata* de l'extracontractuel et, partant, sont potentiellement régis par un droit différent de celui auquel le contrat aurait été soumis.

514. En résumé, l'absence de règles matérielles uniformes réglementant la période précontractuelle dans les textes projetés n'implique pas pour autant un vide juridique. Si une telle orientation des projets venait à se confirmer avec l'adoption ultérieure d'un texte, les parties pourraient toujours recourir aux règles de conflits de lois adoptées par l'UE en matière d'obligation non contractuelle (le règlement Rome II). À ce titre, la loi d'autonomie leur

---

1333 MAZEAUD, Denis. « *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : CEPRISCA, 2008, p. 17.

1334 MAZEAUD, Denis. « *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : CEPRISCA, 2008, p. 20.

permet, dans une certaine mesure, de désigner le droit applicable à leurs relations précontractuelles. Cependant, toute la période précontractuelle ne relève pas du règlement Rome II, car, même à cette étape, une obligation contractuelle peut être déjà caractérisée. C'est notamment le cas lorsque les parties sont liées par une promesse de contrat ou un contrat-cadre. Dans ce cas, même si le droit matériel venait à ignorer ces engagements préparatoires du contrat définitif, il restera toujours un moyen de déterminer le droit applicable et c'est alors le règlement Rome I qui remplira cette fonction. Ainsi, comme pour toutes obligations contractuelles à caractère transfrontière qui ne font pas l'objet de droit matériel, les règles de conflits de lois tiennent lieu de seul droit commun.

§2. DES RÈGLES DE CONFLITS DE LOIS TENANT LIEU DE SEUL DROIT COMMUN DES CONTRATS TRANSFRONTIÈRES

515. Existe-t-il un droit commun des contrats au sein de L'UE et de l'OHADA ? Au demeurant, en quoi consisterait un droit commun des contrats transfrontières ? En ce qui concerne la notion de droit commun, M. Éric SAVAUX affirme qu'elle regroupe les règles du droit positif applicable à toutes les conventions[1335]. Réfléchir à l'existence d'un droit commun des contrats transfrontières à l'aune de la définition proposée par M. SAVAUX, incline à se demander si, dans le droit positif de l'UE et de l'OHADA, il existe un ensemble de règles régissant tous les contrats, c'est-à-dire des règles qui en fixent les conditions de formation, d'exécution et d'extinction. À l'évidence, ces deux organisations ne disposent pas d'un *corpus* de règles ayant une telle vocation. Du moins n'y existe-t-il pas de *corpus* de règles matérielles fixant un régime général à tous les contrats. En revanche, l'UE dispose d'un texte de droit conflictuel qui s'applique à toutes les obligations contractuelles, qu'elles soient civiles ou commerciales : le règlement Rome I. Considérant la définition de M. SAVAUX, il apparaît que le règlement Rome I fait office de droit commun des contrats internationaux au sein de l'UE. La particularité du contrat international est telle que le droit commun n'est pas constitué de règles matérielles, comme c'est le cas du contrat d'ordre interne, mais de règles de conflits de lois. La présence d'un texte comme le règlement Rome I permet de conclure à l'existence d'un droit commun des contrats transfrontières (**A**). Et cette conclusion paraît

1335 SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse : Paris I, 1993, n°189-190, p. 355.

d'autant plus pertinente que le règlement Rome I contient des règles de conflits suffisamment générales pour combler les lacunes des règles spéciales et du droit matériel (**B**).

A. L'EXISTENCE D'UN DROIT COMMUN DES CONTRATS TRANSFRONTIÈRES

516. Au détour d'une recherche bibliographique sur le droit européen des contrats internationaux, l'on a été interpelé par le titre d'une contribution de M. Patrick WAUTELET dans un ouvrage collectif consacré aux « *actualités du droit international privé* »[1336] et publié en 2009. Intitulé « *Le nouveau droit des contrats internationaux* »[1337], cet article semblait suggérer qu'il allait être question, à l'image du droit interne, des normes matérielles afférentes aux contrats transfrontières. L'expression « *droit des contrats internationaux* » suggérait qu'il allait être question du droit applicable à tous les contrats et surtout du droit matériel. D'ailleurs, lorsqu'il s'agit de contrats internes, les manuels dédiés au « *droit des contrats* »[1338] ne traitent que des règles matérielles qui régissent les contrats, que ces règles soient communes à tous les contrats ou spécifiques à certains types de contrats. Toutefois, c'est le règlement Rome I qui est présenté par M. Patrick WAUTELET comme « *le nouveau droit européen des contrats internationaux* ». Cela révèle un décalage entre les régimes juridiques des contrats internes et ceux des contrats internationaux. En effet, les contrats internes s'appuient essentiellement sur des règles matérielles, tandis que les contrats internationaux sont souvent gouvernés par des règles de conflits de lois. La notion de droit commun appliquée aux contrats transfrontaliers ne pouvait que refléter cette particularité.

517. L'idée qu'il existerait un ensemble de normes juridiques constituant un « *droit commun des contrats internationaux* »[1339] n'est pas isolée dans la doctrine[1340]. Certains auteurs évoquent

---

1336 WAUTELET, Patrick, FRANCQ, Stéphanie et SAROLÉA, Sylvie. *Actualités de droit international privé*. Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2009.

1337 WAUTELET, Patrick. *« Le nouveau droit des contrat internationaux » Dans actualités de droit international privé*. Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2009 p. 5 et s.

1338 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, et al. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022.

1339 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international*. 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019, n°883, p. 527.

1340 GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Le nouveau droit international privé européen des contrat (commentaire de la convention CEE n°80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980* ». *RTD Eur.* 1981, p. 215.

même l'expression de « *droit applicable au contrat international* »[1341] pour désigner cet ensemble de règles. Dans tous ces cas, les règles de conflits constituent, comme dans l'analyse de M. WAUTELET, l'essentiel des règles caractérisées de droit commun ou droit applicable aux contrats internationaux. En effet, l'on constate notamment au regard tant des lacunes du droit positif uniforme que de celles du droit matériel projeté à recouvrir tout le spectre de la réalité contractuelle transfrontière, que les règles de conflits de lois constituent bien le droit commun des contrats transfrontières, du moins au sein de l'UE. Au sein de l'OHADA, le constat est sensiblement le même. Encore faudrait-il que l'OHADA parvienne à se doter d'un Acte uniforme en matière de conflits de lois. Certains contrats spéciaux font l'objet de réglementation au sein d'Actes uniformes à l'instar de l'AUDCG qui prévoit des dispositions relatives à la vente commerciale. Toujours est-il que les normes existantes ne recouvrent pas toute l'étendue de la matière contractuelle. Les sujets formellement exclus de l'uniformisation, ainsi que les renvois aux droits nationaux, sont autant de facteurs qui rendent inévitable le recours aux règles de conflits de lois. Ce faisant, les règles de conflits de lois assureraient la complétude du système normatif en matière de contrat transfrontière.

518. L'inexistence d'un véritable droit commun des contrats internationaux a déjà été relevée[1342]. Néanmoins, d'après Mme GOLDIE-GENICON[1343], le droit commun en matière contractuelle peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques applicables à tous les contrats sous réserve des dispositions spécifiques à certains contrats. Considérant que tant les règles matérielles que les règles de conflits de lois font partie du régime juridique des contrats transfrontières, les règles matérielles, comme celles de la proposition de DCEV, ne concernent que des contrats spécifiques. Par conséquent, elles relèveraient du droit spécial des contrats transfrontières. Dans la mesure où les règles de conflits de lois ont une compétence résiduelle et, partant, sont susceptibles de recouvrir toutes sortes de relations contractuelles sous réserve d'en déterminer notamment la prestation caractéristique, elles remplissent à bien des égards la fonction de régime de droit commun des contrats transfrontaliers. Cependant, cette approche suscite des débats parmi les auteurs.

1341 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018. n°390, p. 183.

1342 Supra n°481 et s.

1343 GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2009. n°3 p. 6..

Certains auteurs[1344] considèrent qu'il existe des règles qui sont véritablement communes à tous les contrats internationaux. D'après d'autres auteurs, la question de l'existence d'un droit commun des contrats internationaux « *mériterait une longue démonstration dont la dimension historique et comparée serait importante* »[1345]. Ces derniers auteurs font observer à juste titre que « *depuis quelques décennies, les besoins du commerce international ont justifié l'élaboration de règles de droit des contrats, celles-ci se sont peu à peu fait jour en fonction de ces besoins : quelques contrats modèles en premier, la vente internationale, l'échange, le contrat d'entreprise, quelques contrats de financement et, finalement, la liberté contractuelle, au sens technique et point philosophique du terme, plus vivace en matière internationale qu'en matière interne, qui permet d'envisager n'importe quel contrat et, par là, d'envisager un tel droit commun des contrats internationaux* »[1346].

519. Du reste, admettre l'existence d'un droit commun des contrats transfrontières exige d'en préciser le domaine. Les auteurs précités avancent que ce droit commun regrouperait des règles de source officielle et d'autres de source privée comme les Principes *Unidroit*. À ces sources, ils adjoignent les règles qui sont relatives à la détermination du droit applicable. Or, il a été vu[1347], l'OHADA et l'UE ne disposent pas encore de droit matériel couvrant toute la matière contractuelle au point d'être désigné sous le vocable de droit commun. Quant au droit de source privée, son origine privée et l'absence de caractère contraignant sont autant de facteurs qui vont à l'encontre de l'idée d'un droit commun des contrats internationaux. Restent alors les règles de conflits de lois. En présence de règles de conflits de lois comme le règlement Rome I qui prévoient des dispositions uniformes dont certaines s'appliquent à tous les contrats, c'est bien ces règles qui feront office de droit commun des contrats. Cela dit, il importe de bien cerner les contours de la notion de droit commun des contrats. Cette notion doit être distinguée de celle de théorie générale du contrat. L'association de ces deux notions appelle une précision afin de dissiper tout risque de confusion ou de suspicion d'amalgame. Comme l'écrit M. SAVAUX, ces deux notions ne sont pas tout à fait identiques. Si le droit commun regroupe les règles du droit positif applicable à toutes les conventions, la

1344 KESSEDJIAN, Catherine et PIRONON, Valérie. *Droit du commerce international.* 2e éd. Paris : PUF, 2020., p 37-93.

1345 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°883, p.°527.

1346 BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international.* 3e éd. PARIS : LexisNexis, 2019. n°883, p.°527.

1347 Supra § n° 242 et s.

théorie générale est quant à elle une œuvre de science juridique qui se donne le contrat pour objet essentiel d'étude[1348]. Cependant, il a déjà souligné, il existe bien un lien direct entre ces deux notions. Gérard CORNU enseignait ainsi que *« la théorie générale des contrats (…) réunit les règles qui sont communes à tous les contrats »*[1349]. Les travaux de MM. CORNU et SAVAUX ont inspiré d'autres auteurs qui tentaient de mettre en exergue l'existence d'un droit commun propre à certaines catégories de contrats[1350]. C'est notamment le cas de M. Luc GRYNBAUM dont la thèse de doctorat est intitulée « *Le contrat contingent, l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur* »[1351]. Au « *contrat contingent* », l'auteur propose la définition suivante « *un contrat inexécuté en raison de la survenance d'un déséquilibre, qui après avoir été adapté par le juge, sur habilitation du législateur, devient un acte hybride, à la fois contrat et jugement, susceptible de connaître de nouvelles modifications* »[1352]. Dans une partie consacrée à la notion de « *théorie générale du contrat contingent* », l'auteur, qui considère le contrat contingent comme une catégorie particulière de contrat, affiche sa volonté de « *contribuer à la pérennité du "mythe" de la "théorie générale du contrat" qui aurait été bâtie par la doctrine afin de donner une explication et un sens au droit commun des contrats* »[1353]. Encore une fois, il est question d'un droit commun des contrats. D'ailleurs, dans la mesure où l'auteur indique rechercher des solutions concrètes aux contrats contingents, son analyse porte significativement sur le régime juridique commun à ces contrats.

520. Un *corpus* de règles uniformes comme le règlement Rome I prend, à bien des égards, la forme de droit commun des contrats internationaux. Cette vocation de texte servant de droit

---

1348 SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse : Paris I, 1993, n°189-190, p. 355.

1349 CORNU, Gérard. *Regards sur le titre III du livre III du Code civil, « des contrats ou des obligations conventionnelles en générale »: essai de lecture d'un titre du code*. Paris, France : les Cours de droit, 1977, n°41.

1350 GAVIN-MILLAN, Élodie. *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*. Paris : L.G.D.J, 2003, n°19 et s., p. 17 et s. L'auteur fait toutefois remarquer, que la *« théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière n'est pas contenue dans la réalité positive, comme semble l'être la théorie générale du contrat qui se confond bien souvent avec le droit commun des contrats »*. L'auteur illustre ainsi que les notions de théorie générale du contrat et de droit commun peuvent recouvrir des réalités différentes dès lors que la théorie générale du contrat ne repose pas sur un ensemble identifier de normes positives. L'auteur soutient ainsi en substance que la théorie générale ne coïncide pas toujours avec un ordre positif. Aussi, rappelle-t-il la position défendue par M. SAVAUX, qui invite à ne pas succomber à la facilité de croire au *« mythe de la positivité de la théorie générale du contrat »* (SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse : Paris I, 1993, n°1 et s., p. 19).

1351 GRYNBAUM, Luc. *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*. Paris : L.G.D.J, 2004.

1352 Cf. le résumé de sa thèse.

1353 GRYNBAUM, Luc. *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*. Paris : L.G.D.J, 2004, n° 415, p. 260.

commun des contrats internationaux est confortée par l'existence de règles de conflits suffisamment générales pour combler les lacunes laissées tant par les règles de conflits relatives à des contrats spécifiques que par les règles matérielles.

B. DES RÈGLES DE CONFLITS SUFFISAMMENT GÉNÉRALES POUR COMBLER LES LACUNES DES RÈGLES SPÉCIALES ET DU DROIT MATÉRIEL

521. Au nombre des questions que les parties peuvent logiquement se poser avant et lors de la conclusion d'un contrat transfrontière, figure celle de la détermination des règles matérielles qui seront appliquées à leur relation contractuelle. Cette interrogation peut concerner spécifiquement l'existence même du contrat, son exécution ou encore la fin de la relation et ses implications juridiques. En matière de contrat transfrontalier, le schéma classique étant celui dans lequel les parties sont situées dans des États distincts, les contractants se demanderont logiquement quel droit national régira leur contrat. La détermination de l'État dont les règles de conflits de lois sont compétentes pour identifier le droit matériel applicable constitue une question encore plus complexe. Face à ces interrogations, l'idéal aurait été de répondre aux parties qu'elles n'ont pas à se poser de telles questions puisqu'il existerait un texte portant droit uniforme des contrats transfrontières. Il est donc regrettable que, ni l'OHADA ni l'UE ne disposent encore d'un tel *corpus*. Une solution alternativement consisterait à offrir aux parties des règles de conflits de lois, non pas propres à l'un des États concernés par le contrat, mais uniformes pour tous les contrats transfrontières dans l'espace de l'OHADA ou de l'UE. En l'absence de règles matérielles uniformes en matière contractuelle, ce sont ces règles de conflits de lois uniformes qui serviraient de socles de base à tous les contrats transfrontaliers, qu'ils soient nommés ou innommés. Pour ce faire, ces règles de conflits de lois devront comporter des dispositions au champ matériel suffisamment étendu pour pouvoir être appliquées à tous les contrats. Dans le cas de figure évoqué ci-dessus, à la question des parties de savoir l'État dont la loi sera appliquée à leurs contrats, il s'agirait de leur répondre simplement qu'en principe, c'est aux parties qu'il revient de désigner le droit de leur convenance. Même si la loi d'autonomie est consacrée par la plupart des systèmes juridiques[1354], sa réaffirmation par le droit uniforme portant conflits de lois présente

1354 ADOUKO, Bernard. *« Le droit uniforme africain et le droit international privé »*. Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2013, n°451, p. 235.

l'intérêt d'apporter aux parties une solution unique, certaine et prévisible. Cela est de nature à nourrir, chez les contractants, un sentiment de sécurité juridique et le caractère universel que leur reconnait le règlement Rome I est de nature à en renforcer encore l'intérêt. En effet, l'article 2, intitulé « *caractère universel* », du règlement dispose que « *La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre* ».

522. La loi d'autonomie s'impose alors comme la pierre angulaire du droit commun des contrats transfrontières (**1**). À la règle du libre choix du droit applicable par les parties, il conviendra d'adjoindre des règles résiduelles (**2**) souvent qualifiées « *clause d'exception* ». La loi d'autonomie comme les règles résiduelles dites « *clauses d'exception* »[1355] présentent l'appréciable intérêt d'être applicables à tous les contrats nommés ou innommés.

1. La loi d'autonomie, pierre angulaire du droit commun des contrats transfrontières

523. La potentielle vocation des règles uniformes de conflits de lois à servir de droit commun des contrats transfrontières repose, à l'image du règlement Rome I, sur une règle essentielle. En effet, de toutes les règles de conflits de lois, la loi d'autonomie est celle qui est la plus susceptible de combler les lacunes du droit matériel ou l'absence de dispositions de droit substantiel relatives à un contrat donné. Rappelons qu'il s'agit d'une règle qui poste le postulat selon lequel, en matière de contrat transfrontalier, le droit substantiel applicable est en principe celui que les parties désignent expressément ou tacitement[1356]. À l'exclusion de certaines matières comme celles relevant du droit des personnes ou de la famille où les droits sont rarement considérés comme disponibles, « *l'autonomie de la volonté est bien la pierre angulaire ou la boussole du droit international privé et commercial* »[1357] notamment en matière de contrat. Il n'est pas étonnant que les rédacteurs du projet OHADA d'Acte uniforme portant notamment sur les conflits de lois envisagent de consacrer une attention particulière au principe d'autonomie. Dans un document présentant les orientations clés du projet, ses

1355 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n°243, p. 184.

1356 AZZI, Tristan. « *La volonté tacite en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 2012 2010, p. 147 s.

1357 Note explicative relative au Projet d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA (PACI) n° de référence : CM-OHADA-97170-CS-QCBS concernant « *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* », n°125, p. 31.

rédacteurs écrivent que « *l'autonomie de la volonté, lorsqu'elle n'est ni frauduleuse, ni autrement attentatoire aux politiques législatives les plus impératives, permet de concilier, à l'avantage des opérateurs privés, la prévision nécessaire et les besoins légitimes de souplesse et de flexibilité (désignation d'un droit neutre ou d'un droit spécialisé et adapté à l'opération entreprise, dans l'industrie financière par exemple)* »[1358]. Faire de la loi d'autonomie un élément clé dans le dispositif normatif en matière de contrats transfrontaliers relève de l'évidence même[1359]. À l'instar du législateur national, le législateur de l'OHADA ou de l'UE ne saurait tout prévoir. Il a été vu précédemment[1360], divers facteurs, au nombre desquels figure la problématique de la compétence juridique, peuvent limiter son œuvre d'uniformisation. Inévitablement, il existera des questions imprévues ou exclues du droit matériel[1361]. C'est en cela que la loi d'autonomie prend toute son importance en offrant aux opérateurs une solution résiduelle en vue de résoudre, de manière « *à la fois créative et sûre, les difficultés qu'ils rencontreront* »[1362]. La créativité de la solution conventionnellement apportée par les parties peut tenir de la possibilité, à eux reconnue, de désigner le droit national de leur convenance ou même un droit non étatique. Concernant précisément les relations internationales, les rédacteurs de l'Acte uniforme OHADA relatif aux règles de conflits affichent clairement leur ambition « *d'ouvrir une faculté encadrée de soumettre les contrats non seulement à la loi d'un État, mais aussi, si les parties l'indiquent expressément, à un système de règles non étatiques usuel dans le commerce (principe Unidroit notamment)* »[1363].

2. L'intérêt des règles générales alternatives à la loi d'autonomie

524. Si le règlement Rome I prévoit un certain nombre de rattachements donnés pour huit contrats nommément visés, il énonce une règle de rattachement « *en faveur de la loi du pays de*

1358 Note explicative relative au Projet d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA (PACI) n° de référence : CM-OHADA-97170-CS-QCBS concernant « *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* » , n°82, p. 19.

1359 ATTAL, Michel et RAYNOUARD, Arnaud. *Droit international privé*. Bruxelles : Larcier, 2013, n°687 et s., p. 291 et s.

1360 Supra n° 138 et s. : Section I. Le choix de l'outil d'intégration juridique déterminé par la compétence législative.

1361 ADOUKO, Bernard. *« le droit uniforme africain et le droit international privé »*. Université Montesquieu- Bordeaux IV, 2013, n°116, p. 63.

1362 Note explicative relative au Projet d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA (PACI) n° de référence : CM-OHADA-97170-CS-QCBS concernant « *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* » n°89, p. 22.

1363 Note explicative relative au Projet d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA (PACI) n° de référence : CM-OHADA-97170-CS-QCBS concernant « *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* » n°83, p. 19.

la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique pour les contrats qui n'ont pas été dotés d'un rattachement particulier (article 4-2) »[1364]. Et, à titre subsidiaire, en cas de difficulté à identifier la prestation caractéristique, le règlement fixe comme directive de recherche de la loi applicable, le critère de la loi avec laquelle le contrat concerné présente les liens les plus étroits (article 4-4). En dernier lieu, le règlement prévoit en tout état de cause, l'hypothèse, de la cause d'exception (article 4-3). La vocation du règlement Rome I à servir de droit commun des contrats transfrontière repose sur l'existence d'un critère générale applicable à tous les contrats. Il s'agit de la prestation caractéristique du contrat qui est un critère prioritaire de rattachement (**a**). Outre la prestation caractéristique du contrat, le règlement prévoit un autre critère suffisamment général et applicable à tous les contrats. En effet, la clause d'exception apparaît comme l'ultime rouage de droit commun des contrats transfrontières (**b**).

a. La prestation caractéristique du contrat, critère prioritaire de rattachement

525. À défaut de choix des parties, le régime juridique applicable au contrat transfrontière sera déterminé par le critère de rattachement du lieu d'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique. Si les rédacteurs du projet d'Acte uniforme OHADA affichent leur intention de s'inspirer du règlement Rome I (particulièrement l'article 4), ils semblent résolus à donner à la notion de prestation caractéristique « *une forme cependant considérablement plus simple, et aussi plus complète, que son expression européenne actuelle par exemple* ». La mise en œuvre de cette notion peut s'avérer complexe eut égard à la complexité même de la matière contractuelle. La complexité de la caractérisation et la mise en œuvre du critère de prestation caractéristique paraissent tributaires de la définition de la notion de matière contractuelle. En matière d'uniformisation du droit, l'UE a consacré deux textes majeurs notamment à la matière contractuelle à savoir le règlement Rome I et le règlement Bruxelles I (chacun a été précédé d'une convention ayant le même objet). Si le règlement Rome I traite des conflits de lois, le règlement Bruxelles I est relatif aux conflits de juridiction. Ces deux textes ayant en commun d'avoir des dispositions consacrées à la matière contractuelle, des auteurs ont pu reprocher à cette uniformisation, « *quelques infirmités congénitales* »[1365]. Ainsi, il a été relevé que l'article 5.1°

1364 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : L.G.D.J, 2017, n°243, p. 184.

1365 HEUZÉ, Vincent. « *De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ». *Rev. crit. DIP*. 2000, p. 595.

de la convention de Bruxelles, désormais l'article 7.1.a du règlement Bruxelles I. comportait un « *irréductible mystère* »[1366] notamment quant à leur domaine. Typiquement, la matière contractuelle qui constitue l'objet même de ces deux dispositions n'est pas définie dans ces deux textes. Le règlement Rome I et la convention qui l'a précédé n'apportent pas plus de précision quant au domaine de la matière contractuelle[1367]. Comment dresser les contours de la notion de prestation caractéristique en matière contractuelle si on ne sait définir cette matière ? Fort heureusement, le juge de l'UE a pris soin d'en proposer une définition bien qu'il l'ait fait en matière de conflits de juridictions. En effet, à la faveur des arrêts Jacob Handte[1368] et La Réunion européenne[1369], il a retenu que « *la notion de matière contractuelle, au sens 5.1° de la Convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé par une partie envers une autre* »[1370]. Autrement dit, pour le juge européen, un litige ne peut être qualifié de contractuel et partant, être soumis à la règle spéciale de conflits de juridictions posée par l'article 5, § 1 de la Convention de Bruxelles, que s'il existe un « *engagement librement assumé d'une partie envers une autre* »[1371]. Rappelons que si le juge européen a mis ainsi l'accent sur l'engagement librement assumé, donc en connaissance de cause, c'est qu'il était appelé à répondre à la question de savoir si l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant relevait de la matière contractuelle. Si cette

1366 HEUZÉ, Vincent. « *De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ». *Rev. crit. DIP.*. 2000, p. 595.

1367 KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux.* Paris : L.G.D.J., 1993, p. 19. OUDIN, Martin. « *Un droit européen... Pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé* ». *RIDC*. Septembre 2007, Vol. 59/3, p. 477.

1368 CJCE, 17 juin 1992 Sté Jakob Handte et Cie GmbH c/ Sté Traitements mécano-chimiques des surfaces (TMCS) (aff. C 26/91), objet des commentaires suivants. GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *De la compétence juridictionnelle pour connaître du litige opposant le sous-acquéreur au fabricant en raison des vices de la chose* ». *Rev. crit. DIP.* 1992, p. 726. VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur d'une chose contre le producteur : quelle compétence ?* ». *Rev. crit. DIP.* 1992, p. 709. LARROUMET, Christian. « *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Art. 5-1°. Chaîne de contrats. Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur contre le fabricant non-vendeur. Application (non).* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*]. Octobre 1992, Vol. II, nº 43, p. 21927. JOURDAIN, Patrice. « *Convention Bruxelles 27 septembre 1968. Chaîne de contrats. Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur contre le fabricant non-vendeur. Art. 5-1° inapplicable* ». *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*. Novembre 1992, nº 46, p. 363.

1369 GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Compétence juridictionnelle pour connaître de la responsabilité d'un transporteur de fait en cas de pluralité de défendeurs* » Cour de justice des Communautés européennes - 27 octobre 1998, La Réunion Européenne SA et autres c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV et autre, affaire n° C-51/97. *Rev. crit. DIP.* 1999, p. 322.

1370 CJCE, 17 juin 1992, Soc. Jakob Handte et Cie c. Soc. Traitements mécano-chimiques des surfaces. *Rev. crit. DIP.*

1371 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé.* 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023, n°1355, p. 1027-1028.

solution n'a pas manqué d'être critiquée, elle n'en demeure pas moi éclairante en cela qu'elle fournit une clé essentielle de compréhension de la matière contractuelle au sens du juge européen. Relèvent de cette matière, toutes les formes d'engagements librement assumés par une personne envers une autre. De la sorte, de manière générique, la prestation caractéristique serait celle qui découle de cet engagement. En clair, la prestation caractéristique serait celle promise ou due par la personne qui assume librement un engagement envers une autre. Cette définition permettrait de considérer la promesse de contrat comme relevant de la matière contractuelle. La prestation caractéristique serait alors celle que le promettant s'est librement engagé à assumer à savoir la conclusion d'un contrat dont les éléments caractéristiques sont déjà prévus. Associer ainsi la notion de prestation caractéristique et celle d'engagement librement assumé permet de mieux identifier le débiteur de la prestation, voire le lieu et le moment d'exécution de cette obligation. Aux rédacteurs du projet d'Acte uniforme OHADA portant règle des conflits de lois, il pourrait être suggéré de définir la matière contractuelle en s'inspirant de l'arrêt Jacob Handte. Le choix de retenir comme objet de l'instrument, non pas la notion de contrat *stricto sensu*[1372], mais la matière contractuelle permettrait de recouvrir un champ plus vaste. Et si en plus de choisir comme objet, la matière contractuelle, cette matière devait être définie comme recouvrant tous les engagements librement assumés par une partie envers une autre, le champ matériel de l'instrument n'en serait que plus large. L'autorité d'une telle définition serait confortée par la précision du caractère autonome de la matière contractuelle eut égard aux droits nationaux en l'occurrence[1373]. De ce fait, en l'absence de choix de loi formulé par les parties, la prestation caractéristique permettrait plus aisément de déterminer la loi applicable. Ainsi, sans aller jusqu'à englober la culpa *in contrahendo*, un texte consacré à la matière contractuelle régirait l'ensemble des accords ou engagements qui jalonnent la phase d'avant-contrat. D'ailleurs, il se pourrait même que cette définition de la matière contractuelle permette d'englober des réalités qui seraient qualifiées en droit national de délictuelles, ou à tout le moins d'extracontractuelles. En effet, dans l'affaire *Brogsitter* qui a fait l'objet d'une décision en date du 13 mars 2014 en matière de conflit de juridictions, le juge de l'UE devait répondre

1372 HEUZÉ, Vincent. « *La notion de contrat en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2000, Vol. 13, nº 1995, p. 319-344. [Consulté le 12 juin 2024].

1373 LAAZOUZI, Malik. « *For européen du contrat et action délictuelle entre les contractants : l'autonomie de la notion de matière contractuelle face à la concurrence déloyale* » ; Note sous Cour de justice de l'UE, 13 mars 2014, *Marc Brogsitter*, Arrêt numéro C-548/1. *RDC*. Décembre 2014, nº 2014/4, p. 691-693.

à la question de savoir si, « *entre les parties à un contrat, la qualification délictuelle donnée par le droit national à la nature de l'action intentée par des contractants entre les autres constitue (…) un obstacle à la compétence du for européen du contrat désigné par l'article 5, paragraphe 1, du règlement Bruxelles I* »[1374]. Autrement dit, ce litige relevait-il de la matière contractuelle ou du domaine délictuel ? Considérant que les notions de matière contractuelle et de matière délictuelle devaient faire l'objet d'une interprétation autonome des droits nationaux[1375], la Cour de justice a jugé que le litige dans l'affaire *Brogsitter* relevait de la matière contractuelle.

526. En définitive, la recherche de la prestation caractéristique dans le cadre de la matière contractuelle s'articulerait autour de la prestation de la partie qui prend un engagement librement assumé, prestation contre laquelle le paiement d'une somme d'argent est dû[1376]. En clair, l'identification de cet engagement librement assumé permet d'identifier l'obligation caractéristique du contrat[1377]. Ainsi, le choix du lieu de résidence de la partie qui souscrit cet engagement librement assumé apparaît pour des raisons tant de commodité que de sécurité juridique, « *comme le lien prépondérant pour déclencher l'emprise législative de l'État sur le territoire duquel elle est située* »[1378]. Toutefois, à défaut de pouvoir établir ce lien prépondérant, il est de l'intérêt des parties de pouvoir se référer à un autre critère, à savoir celui des « *liens les plus étroits* ».

b. La clause d'exception, ultime vecteur de droit commun des contrats transfrontières

527. Les rédacteurs de l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit OHADA des conflits semblent douter de l'intérêt du critère subsidiaire des « *liens les plus étroits* » et mettent notamment en doute sa vocation à procurer aux parties une sécurité juridique. Ils semblent

---

1374 LAAZOUZI, Malik. « *For européen du contrat et action délictuelle entre les contractants : l'autonomie de la notion de matière contractuelle face à la concurrence déloyale* » ; Note sous Cour de justice de l'UE, 13 mars 2014, Marc Brogsitter, Arrêt numéro C-548/1. *RDC*. Décembre 2014, n° 2014/4, p. 691-693.

1375 AUDIT, Mathias. « *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire* ». *JDI « Clunet »*. Juillet 2004, n° 3, p. 789.

1376 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°1279, p. 966-967.

1377 GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* Cours général (Volume 312). Dans : *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Brill, 1 janvier 2005. n°351, p. 323. L'auteur y cite l'article 62 du Code tunisien de droit international privé, datant de 1998, qui dispose que, à défaut de désignation de la loi applicable par les parties, « *le contrat est régi par la loi de l'État du domicile de la partie dont l'obligation est déterminante pour la qualification du contrat...* ».

1378 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°1279, p. 966-967.

penser que « *la clause d'exception, elle, devrait être déconseillée, dans sa version ordinaire, dans tout système attaché à la prévisibilité juridique, ante juridique* »[1379]. Dans cette même veine, M. Gérard ANOU estime que « *l'objectif de sécurité juridique suggère encore de retenir, en l'absence de choix du droit applicable par les parties, des rattachements fixes et rigides qui ne laissent aucune marge de manœuvre au juge* »[1380]. Il est à noter que la vocation « *d'exception* » de la clause d'exception tient au fait qu'elle tend à écarter les autres critères de rattachement à l'exception, bien entendu, de la loi d'autonomie. Avec cette clause d'exception, il s'agit de rechercher la vraie loi du contrat dont la compétence s'impose par l'existence de critères objectifs dont la prégnance est de nature à ancrer le contrat de façon plus déterminante et moins discutable sur le territoire d'un État donné. Si elle peut servir à localiser un contrat innommé et à en déterminer le droit applicable, sa force est telle qu'elle agit aussi dans les contrats innommés, en l'absence de choix de loi par les parties, aux fins de détermination du droit applicable. Ainsi en matière de contrat de travail, alors que le règlement prévoit une règle de rattachement spécifique[1381], il a été jugé que lorsqu'un contrat entretient des liens plus étroits avec un État autre que celui de l'accomplissement habituel du travail, le juge doit écarter la loi de l'État d'accomplissement du travail afin d'appliquer celle de cet autre État. Pour ce faire, le juge doit tenir compte de l'ensemble des éléments qui caractérisent la relation de travail et apprécier si, selon lui, un ou plusieurs de ces éléments sont davantage rattachés à cet autre État[1382]. Rappelons qu'en vertu de ce principe dérogatoire, quand bien même d'autres critères de rattachement seraient bien identifiés ou identifiables (spécifiques à un contrat nommé ou celui afférent à la prestation caractéristique du contrat), ils devront être écartés. La CJUE[1383] a même pu refuser que la

1379 Note explicative relative au Projet d'améliorer le climat des investissements au sein de l'espace OHADA (PACI) n° de référence : CM-OHADA-97170-CS-QCBS concernant « *élaboration d'une législation commune aux États membres de l'OHADA sur les conflits de lois, les conflits de juridiques et la circulation des actes publics* » n°70, p. 16.

1380 NGOUMTSA ANOU, Gérard. *Droit OHADA et conflits de lois*. Paris : L.G.D.J., Lextenso éditions, 2013, n°532 p. 382.

1381 Article 8 du règlement Rome I dispose que « *1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article. 2. À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays. 3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur. 4. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique ».*

1382 Soc. 13 oct. 2016, nº 15-16.872 P: *D. 2016. 2219 ; RDT 2017. 66, obs. F. Jault-Seseke.*

1383 CJUE 12 septembre 2013, Schlecker, aff. C-62/12.

mise en œuvre de la clause d'exception puisse être « *infléchie dans une optique de faveur pour le travailleur* »[1384], pourtant partie faible et généralement protégée. Cette solution illustre la force dont est investie cette disposition dérogatoire. On comprend alors la réserve des rédacteurs de l'avant-projet OHADA relatif aux règles de conflits vis-à-vis de cette règle dérogatoire. Les parties peuvent penser avoir identifié le droit applicable à leur contrat suivant des critères de rattachement particuliers ou alternatifs, et se voir, en cours d'instance, appliquer la loi d'un État qui, selon le juge, partage les liens les plus étroits avec le contrat. Cette éventualité est d'autant plus difficile à anticiper dans le cas de contrats innommés ou non expressément visés par le texte.

528. Cependant, cet aspect dérogatoire qui peut s'avérer être un facteur d'imprévisibilité ne doit pas occulter l'intérêt du critère des liens les plus étroits comme ultime recours pour départager les parties sur le droit applicable à leur contrat. À défaut d'autre critère, en cas de contentieux, le juge doit pouvoir trancher la question du droit applicable. Il est donc opportun que, dans l'esprit de la clause d'exception consacrée d'abord par la convention de Rome puis par le règlement Rome I, que la jurisprudence ait semblé faire montre d'un certain attrait pour la méthode anglaise de la *proper law of contract*[1385]. En droit de la common law, la notion de *proper law of contract* désigne aussi bien la faculté des parties de choisir expressément ou implicitement la loi qui régira leur relation contractuelle[1386], que la loi qui s'imposerait objectivement aux contractants en raison de ses liens les plus proches et les plus intimes avec le contrat[1387]. En France, bien avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome sur la loi applicable en matière d'obligation contractuelle, l'arrêt Fourrures Renel a fourni une illustration concrète de l'attrait de la jurisprudence pour la méthode de la *proper law of contract*. Dans cette affaire, la Cour de cassation affirmait qu'en l'absence d'une clause d'*electio juris*, « *il*

1384 CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 6e éd. Paris : Dalloz, 2021, n°991, p. 624.

1385 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, Entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023. n°1282, p. 968.

1386 MARSHALL, Brooke Adele. Reconsidering the proper law of the contract. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13. Disponible à l'adresse : https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0004/1687288/Marshall.pdf.

1387 PURI, Anuj et SAHAY, Nidhi. The Proper Law of Contract: Definition, Determination and Effect. *Asian Dispute Review*. 2006, Vol. 8, p. 90. Disponible à l'adresse : https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.kluwer/asidpurv0008&id=92&div=&collection=.

appartient au juge du fond de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir le rapport des contractants »[1388].

529. Au regard de ce qui précède, force est de constater que le critère des « *liens les plus étroits* » ne manque pas d'intérêt dans le dispositif visant à permettre aux contractants d'identifier le droit applicable à leur relation contractuelle. Cependant, à l'instar des rédacteurs de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur les règles de conflits, il est légitime de douter de la capacité de ce critère à assurer aux contractants, une meilleure sécurité juridique. Dans sa thèse de doctorat consacrée à la notion de prestation caractéristique du contrat, Mme Marie-Elodie ANCEL revient sur le critère des « *liens les plus étroits* ». Elle y fait remarquer à juste titre que si le droit de l'UE a consacré ce critère, « *il ne dévoile pas ce qu'il entend exactement par "les liens les plus étroits" entre un contrat et le pays dont la loi doit être appliquée* »[1389]. Il revient notamment au juge, dans une démarche casuistique, d'en préciser le contenu. Aussi, Mme ANCEL écrit à propos de ce critère de rattachement, que « *c'est ce silence, ce suspens presque, qui lui vaut de n'être qu'une amorce de règles, et non une règle* »[1390]. Sans mettre en cause la pertinence de cette critique, il convient néanmoins de relever, comme l'auteur le fait d'ailleurs, la possibilité de s'appuyer sur des éléments qui font présumer l'existence de liens plus étroits en faveur d'un pays[1391]. À la faveur de l'affaire « *des Fourrures Renel* » précitée, la Cour de cassation donne une indication des considérations qui peuvent présider au rattachement du contrat à un État donné au titre des liens les plus étroits. La Cour de cassation y observe que les juges du fond, afin d'établir l'existence des liens les plus étroits avec un État, peuvent se fier à l'économie de la convention et les circonstances de la cause. L'économie de la convention ! Voilà que la Haute juridiction française de l'ordre civil vient faire usage de cette fameuse notion de l'« *économie du contrat* » qui caractérise si bien l'aspect, en partie, prétorien du droit français[1392]. Si en 1996, M. Jaques MESTRE s'interrogeait sur l'avènement de cette

---

1388 Civ. 1re 5 juillet 1959, Fourrures Renel, *Rev. crit. DIP. 1959*. 708, note H. Batiffol, GADIP n°35. Cette solution a été suivie d'une autre rendue par la même chambre, le 7 juillet 1977, *Rev. crit. DIP*. 1978. 119, note H. Batiffol. Dans cette dernière affaire dite « *Vetrocemento armato* », la Cour de cassation indiquait à la cour d'appel qu'afin de déterminer la loi applicable au contrat, elle « *aurait dû ne pas s'en tenir au seul lieu d'exécution, mais rechercher l'ensemble des circonstances de nature à déterminer la localisation du contrat* ».

1389 ANCEL, Marie-Élodie. *La prestation caractéristique du contrat*. Paris : Economica, 2002. n° 423, p. 327.

1390 ANCEL, Marie-Élodie. *La prestation caractéristique du contrat*. Paris : Economica, 2002. n° 423, p. 328.

1391 ANCEL, Marie-Élodie. *La prestation caractéristique du contrat*. Paris : Economica, 2002. n° 427, p. 331.

1392 FOKOU, Éric. « *L'apport épistémologique de la notion d'économie du contrat en matière d'interprétation* ». *Les Cahiers de droit*. Décembre 2016, Vol. 57, no 4, p. 715-743.

nouvelle notion, après celle de la bonne foi[1393], son avènement et son utilisation par les juges français remontent au XIXe siècle. En effet, dans un « *arrêt précurseur rendu en 1894, la Cour d'appel de Paris considéra comme prémisse que pour reconnaitre le vrai sens d'une convention, il est nécessaire d'en étudier l'économie générale* »[1394]. Ce faisant, les juges parisiens ont initié l'émergence d'une notion qui se développera de manière prétorienne surtout en matière d'interprétation du contrat[1395]. La notion d'économie du contrat s'imposera au point de faire une incursion dans la sacrosainte sphère constitutionnelle[1396]. Dans une décision du 10 juin 1998, le juge constitutionnel a retenu que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »[1397]. En somme, la considération tenant à l'économie du contrat a pris une place telle en droit français des contrats que même le législateur est appelé à en tenir compte[1398]. Pour comprendre l'importance qu'a prise cette notion dans la matière contractuelle caractérisée par un libéralisme affirmé, il convient de se référer aux définitions attribuées à cette notion. La définition de l'économie du contrat n'est pas aisée dans la mesure où ni la loi ni la jurisprudence n'en consacre une[1399]. D'après un auteur, « *l'économie du contrat, comme l'obligation essentielle, renvoie aux intentions légitimes et connues (par leur contractant), à une volonté motivée, à l'équilibre initialement prévu par les parties ou encore à leurs légitimes prévisions. Autant d'expressions qui font écho aux attentes des contractants* »[1400]. Pour un autre auteur, l'économie du contrat est entendue « *comme une disposition ou une organisation cohérente des éléments du contrat* »[1401]. Cet auteur rejoint le premier suscité en ce qu'il associe les notions d'économie du contrat et celle

1393 MESTRE, Jacques. « *L'économie du contrat* ». *RTD Civ.* 1996, p. 901.

1394 FOKOU, Éric. « *La notion d'économie du contrat en droit français et québécois* ». *Revue générale de droit*. Janvier 2017, Vol. 46, nº 2, p. 345.

1395 ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana. « *La notion d'économie du contrat en droit privé* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. 2001, nº I, p. 300.

1396 MOLFESSIS, Nicolas. « *Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil* ». *RTD Civ.* 1998, p. 796.

1397 Décision du 10 juin 1998, n° 98-401 DC, relative à la « *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* » (JO 14 juin 1998, p. 9033).

1398 MOLFESSIS, Nicolas. « *La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. Mars 2000, Vol. I, nº 10, p. 210.

1399 HOUSSARD, Eugène. « *L'économie du contrat* ». *Revue Juridique de l'Ouest*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2002, Vol. 15, nº 1, p. 7-65.

1400 LOKIEC, Pascal. « *Le droit des contrats et la protection des attentes* ». *D.* 2007, p. 324.

1401 FOKOU, Éric. « *La notion d'économie du contrat en droit français et québécois* ». *Revue générale de droit*. Janvier 2017, Vol. 46, p. 348.

d'obligation essentielle. En effet, il écrit que « *l'économie du contrat désignerait ce sans quoi le contrat ne saurait exister ou tenir, du moins dans la qualification ou l'équilibre qu'ont voulu lui donner les parties lors de sa conclusion, ce qui renvoie à l'essence, à la substance, à la quintessence, au nerf ou au substrat du contrat, à ses éléments de subsistance et de survivance, à sa raison d'être, bref à sa substantifique moelle, pour reprendre l'expression truculente de Rabelais* »[1402]. Si l'on applique la notion d'économie du contrat en matière de contrat transfrontalier en vue de déterminer la loi applicable, tout semble ramener à la fameuse prestation caractéristique, puisqu'il semblerait se dégager une équivalence entre la notion d'économie du contrat et celle de l'obligation essentielle. Or, si l'on est conduit à recourir à la notion d'économie du contrat pour établir les liens les plus étroits entre la relation contractuelle et un État donné, c'est bien souvent parce que la prestation caractéristique peine à être identifiée ou localisée dans l'espace. Cela dit, au nombre des équivalents attribués à la notion d'économie, figure celle de l'« *intention commune* »[1403] des parties. Cette acception, qui correspondrait davantage à l'interprétation de la notion des liens les plus étroits, est vraisemblablement celle à laquelle la Cour de cassation s'était référée dans l'arrêt « *des Fourrures Renel* » précité. Commentent de cet arrêt, Henri BATIFFOL faisait observer qu'avant cette décision, la loi applicable au contrat avait donné lieu à des positions doctrinales nettement tranchées. L'on trouvait ainsi, d'une part, les tenants de la *« conception subjective »*[1404], pour qui *« cette désignation dépendait exclusivement de la volonté des contractants ; celle-ci devant servir de guide au juge lors même qu'elle n'est pas exprimée, il convenait en l'absence de choix exprès des parties de rechercher leur volonté implicite, voire même hypothétique* »[1405]. D'autre part, les tenants de l'approche objective considéraient que la loi applicable au contrat devait être déterminée par le juge en tenant compte de la volonté des parties quant à la localisation du contrat[1406]. Il semblerait qu'entre ces deux écoles la Haute juridiction civile ait choisi une « *voie médiane* »[1407] consistant à considérer qu'à défaut de choix formulé par les parties, il revient au

1402 FOKOU, Éric. « *La notion d'économie du contrat en droit français et québécois* ». *Revue générale de droit*. Janvier 2017, Vol. 46, p. 348.

1403 ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana. « *La notion d'économie du contrat en droit privé* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. 2001, n° I, p. 300.

1404 Cour de cassation du 5 décembre 1910, American Trading Co c/ Québec Steamship Co, Rev. dr. int. 1911. 395, Clunet 1912. 1156, S. 1911. 1. 129, GADIP n°11.

1405 Civ. 1re 5 juillet 1959, Fourrures Renel, *Rev. crit. DIP. 1959*. 708, note H. Batiffol, GADIP n°35.

1406 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022, n°245 et s. p. 231 et s.

1407 Civ. 1re 5 juillet 1959, Fourrures Renel, *Rev. crit. DIP. 1959*. 708, note H. Batiffol, GADIP n°35.

juge de déterminer la loi applicable en recourant notamment à la théorie de la localisation. Cette approche a été confirmée par des instruments internationaux comme la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels entrée en vigueur en France depuis le 1er septembre 1964, puis par les Conventions de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation, entrée en vigueur le 1er mai 1992. La convention CVIM et la convention de Rome (précédant le règlement Rome I) vont dans le même sens. Elles consacrent le procédé de la localisation objective en l'absence de clause d'*electio juris*. Aussi, dans la recherche d'une meilleure sécurité juridique, ces textes posent-ils des présomptions en vue de faciliter la détermination de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. En effet, les Conventions de La Haye du 15 juin 1955 et du 22 décembre 1986 attribuent respectivement compétence à la loi du vendeur et à sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Pour la première convention, c'est la loi du vendeur qui s'applique (article 3). Pour la seconde, c'est son établissement au moment de la conclusion du contrat qui est pris en compte (article 8). Quant à la convention de Rome, elle donne compétence à la loi du pays où la partie débitrice de la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle (article 4.2)[1408]. *In fine*, certes, les développements qui précèdent ne lèvent pas totalement les réserves des rédacteurs de l'avant-projet d'Acte uniforme portant droit OHADA des conflits notamment quant au caractère imprévisible de la solution apportée par le critère des liens les plus étroits. Mais ce critère n'est pas dénué pas d'intérêt tant il permet, à défaut de choix des parties, de déterminer la loi applicable à des figures contractuelles qui ne font pas l'objet de critères de rattachement propres. Certes, encore faut-il que le droit uniforme des conflits de lois apporte des précisions sur les circonstances pouvant caractériser « *les liens les plus étroits* ». Or le processus lancé par les instances de l'OHADA en vue de la préparation de cet avant-contrat comporte à la fois un inventaire des sources et droits positifs des États membres de l'OHADA notamment dans les domaines des conflits de lois et, un audit du droit commun uniforme OHADA relatif notamment au traitement des conflits de lois. Ce serait l'occasion idéale de faire l'inventaire des circonstances dans lesquelles les juges considèrent, comme caractérisés, les

1408 ANCEL, Marie-Élodie. « *La prestation caractéristique du contrat* ». Paris : Economica, 2002, n° 416 et s., p. 321 et s.

« *liens les plus étroits* ». Sans procéder à un « inventaire à la Prévert »[1409], il s'agirait de mettre à la disposition des parties et des juges, des critères objectifs permettant de déterminer une « *loi qui correspondrait davantage au centre de gravité du contrat* »[1410].

CONCLUSION DE CHAPITRE

530. Il est évident que l'absence d'un texte de droit matériel uniforme commun à tous les États rend nécessaire le recours aux règles de conflits de lois en matière de contrats transfrontaliers. Bien que l'on puisse imaginer qu'un tel texte pourrait un jour priver la méthode conflictuelle de sa raison d'être, les réalités juridiques et pratiques montrent que cette perspective est encore lointaine. C'est d'ailleurs en raison de l'absence d'un droit matériel uniforme que la question suivante avait été posé : un droit commun des contrats internationaux existe-t-il ? Cette question, à laquelle il avait été répondu par la négative[1411], est réapparue dans ce chapitre. Si par « *droit commun des contrats transfrontières* », on entend « *droit matériel* », assurément la réponse est bien qu'il n'existe pas d'instrument de cette nature dans le droit positif de l'OHADA et l'UE. Si par « *droit commun* » on entend un *corpus* de règles qui a vocation à s'appliquer à tous les contrats internationaux sans distinction en vue d'en déterminer le droit applicable, force est de reconnaitre que l'UE, avec le règlement Rome I, a l'avantage de disposer d'un texte qui, à bien des égards, peut revêtir des aspects de droit commun des contrats internationaux. Ainsi, le règlement Rome illustre l'avantage que la méthode conflictuelle semble avoir sur celle du droit uniforme matériel. En somme, en présence d'un contrat transfrontière innommé ou ne faisant pas l'objet de droit matériel uniforme, le droit commun des contrats internationaux consistant en des règles de conflits de lois servira à déterminer l'État dont l'ordre juridique, désigné par les parties ou des critères alternatifs, régira le contrat.

531. Après que les règles de conflits de lois ont permis la détermination de la loi nationale ou même transnationale applicable au contrat international, cette loi fournit les principes de

1409 FOKOU, Éric. « *La notion d'économie du contrat en droit français et québécois* ». *Revue générale de droit*. Janvier 2017, Vol. 46, p. 346.

1410 ARSAC-RIBEYROLLES, Audrey. *Essai sur la notion d'économie du contrat*. Thèse : Université Clermont I, 2005, n°95, p. 72.

1411 Supra n° 242 et s. abordant « *l'inexistence d'un droit commun des contrats internationaux* ».

droit matériel gouvernant la formation et l'exécution du contrat[1412]. Certes, cette solution apportée par la méthode conflictuelle ne règle pas le problème de la diversité des droits applicables au contrat. Cependant, les parties ne sont pas pour autant livrées à elles-mêmes. L'existence de règles uniformes de conflits de lois, à l'instar du règlement Rome I est de nature à les prémunir, dans une mesure considérable, contre le sentiment d'insécurité juridique qui peut être inhérent à la diversité de droits notamment en matière contractuelle[1413]. À l'aide des règles uniformes de conflits de lois, elles peuvent déterminer par anticipation, le droit qui leur serait applicable.

532. .

1412 CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international.* 3e éd. Paris : L.G.D.J, 2018, n°389, p. 182.

1413 HEUZÉ, Vincent. « *La notion de contrat en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2000, Vol. 13, no 1995, p. 319-344.].

CONCLUSION DU TITRE II

533. Ce second titre repose sur deux postulats à savoir, l'inévitable caractère lacunaire du droit matériel projeté et l'inévitable recours aux règles de conflits de lois, en appoint des règles matérielles. Ces deux postulats partent de l'observation des projets de texte étudiés. En l'état, les projets de texte de l'OHADA et la proposition de règlement de l'UE affichent des lacunes qui en compromettent l'autonomie vis-à-vis du droit interne. Le caractère lacunaire du droit matériel en raison du domaine qui lui aura été assigné se manifeste d'abord par le fait qu'il ne concernerait que certains contrats spécifiques. Il a été vu qu'en ce qui concerne l'OHADA, au regard des projets de textes qui lui ont été soumis, son droit matériel projeté pourrait s'appliquer à tous les contrats sans distinction du caractère civil ou commercial ou même consister en un droit général des obligations. Il est vrai que la dernière hypothèse qui est celle du second avant-projet d'Acte uniforme par les instances de l'OHADA se prête moins à des risques de lacunes que le premier. Quoi qu'il en soit, ces deux textes ne sont pas plus complets que le DCEV. En effet, alors qu'il est inscrit dans l'ambition de l'UE de se doter d'un droit uniformisé en matière contractuelle, le DCEV ne concerne que le contrat de vente et ce, alors même si ses rédacteurs ont prévu des dispositions à vocation générale en matière contractuelle. Même à admettre que l'ensemble des dispositions du DCEV ait été conçu comme un droit commun auquel les opérateurs pourraient se référer pour leurs contrats autres que la vente, il reste que ce texte recouvre un champ précis qui exclut expressément d'autres types de relations contractuelles et surtout certains aspects de la réalité contractuelle. Pour toutes les questions demeurées en dehors du champ du droit matériel uniforme, les contractants devront se référer aux droits internes. On en revient encore une fois, à la diversité législative et au recours nécessaire aux règles de conflits de lois. Ces règles présentent le double intérêt de faciliter à l'articulation entre le droit interne et le droit matériel uniforme et de permettre aux parties de déterminer le droit applicable à leur relation. Cela vaut tant pour les relations contractuelles qu'en matière de responsabilité délictuelle. *De dege lata*, surtout dans le cadre de l'UE, le droit positif qui régit tous les contrats transfrontières se constitue essentiellement le des règles de conflits de lois. Aussi a-t-on conclu que les règles de conflits de lois constituent, pour l'heure, le seul droit commun des contrats transfrontaliers.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

534. Les éléments abordés dans la première partie de cette thèse mettent en lumière une réalité indéniable : éliminer les conflits de lois en matière contractuelle par une approche moniste est une tâche ardue. Les règles de conflits de lois, bien qu'importantes, ne suffisent pas à résoudre pleinement les problèmes, tandis que l'application exclusive des règles matérielles se révèle souvent complexe et impraticable. En particulier, les considérations de compétence législative et de souveraineté des États membres de l'UE limitent la possibilité d'une uniformisation complète du droit des contrats au sein de cette organisation.

535. D'ailleurs, de l'analyse des projets de textes initiés au sein de l'UE et de l'OHADA, il apparaît que la mise en œuvre de la méthode des règles matérielles présente une forte probabilité de produire un texte lacunaire en raison de plusieurs facteurs. Les projets de textes matériels, tels que la DCEV et l'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant sur le droit des contrats, montrent que même en se concentrant sur des aspects spécifiques comme le contrat de vente, de nombreuses questions cruciales sont laissées de côté. Par exemple, la DCEV ne traite pas de manière exhaustive des questions telles que l'avant-contrat, le transfert de propriété, ou encore les garanties spécifiques, ce qui laisse des zones grises importantes. De même, l'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant droit des contrats, bien que plus ambitieux car ne se limitant pas à la vente, exclut également certains aspects essentiels, rendant la couverture juridique partielle et insuffisante.

536. Pour répondre efficacement aux défis posés par les conflits de lois en matière contractuelle, il est impératif d'adopter une approche dualiste, combinant la méthode conflictuelle et le droit matériel uniformisé. La méthode conflictuelle renvoie au droit interne des États, offrant une solution flexible et adaptable aux spécificités nationales. En parallèle, la méthode matérielle propose des règles substantielles dédiées aux contrats transfrontières, visant à uniformiser et à simplifier les transactions transfrontalières.

537. Cette dualité d'approches, combinant les avantages des règles de conflits de lois et du droit matériel uniforme, garantit une meilleure prévisibilité du droit. Les parties contractantes peuvent ainsi anticiper avec plus de précision les conséquences juridiques de leurs transactions, quel que soit le système juridique impliqué. Cela renforce également la sécurité

juridique, car les opérateurs économiques et les juristes disposent de repères clairs et stables, minimisant ainsi les risques de litiges et les coûts liés à l'incertitude juridique. En conséquence, cette approche hybride répond de manière plus complète et efficace aux besoins des acteurs économiques, facilitant le commerce transfrontalier et les investissements internationaux.

538. En outre, cette approche dualiste permet de tirer parti des expériences respectives de l'UE et de l'OHADA, tout en respectant les particularités juridiques et souveraines de chaque État membre. Les projets de la DCEV et de l'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA montrent bien que, bien que centrés sur des secteurs spécifiques comme le contrat de vente, ils laissent de côté des questions cruciales comme l'avant-contrat et le transfert de propriété. Cette lacune montre la nécessité de recourir à des règles de conflit de lois pour combler ces vides et garantir une couverture juridique complète.

539. En définitive, une dualité des approches dans la résolution des conflits de lois en matière contractuelle est non seulement souhaitable, mais essentielle. Elle permet d'intégrer les avantages des deux méthodes, tout en atténuant leurs faiblesses respectives. Cette approche hybride est la clé pour naviguer efficacement dans le paysage complexe des contrats transfrontaliers, garantissant ainsi une intégration juridique harmonieuse et dynamique au sein de l'UE et de l'OHADA.

CONCLUSION GÉNÉRALE

540. Dès les premières lignes de cette étude intitulée « *Résolution des conflits de lois en droit des contrats au sein de l'UE et l'OHADA* », l'orientation de la recherche a été clairement définie. D'une part, par sa formulation, le sujet de la recherche impliquait que ne seraient envisagés que les conflits de lois en matière contractuelle se produisant ou susceptibles de se produire au sein de l'UE et de l'OHADA. D'autre part, cet intitulé annonçait que l'étude porterait sur les voies de résolution de ces conflits de lois. En conséquence, l'analyse a été concentrée sur les contrats transfrontières, explorant les voies d'une « *communautarisation du droit international privé des contrats* »[1414]. L'association des vocables de « *communautarisation* » et de « *droit des contrats* » fait l'objet d'une critique acerbe d'une partie de la doctrine française à l'égard des ambitions de l'UE. La critique d'un droit communautaire des contrats laisse transparaître une crainte : la volonté de l'UE de se doter d'un droit des contrats voire, d'un Code civil européen qui viendrait concurrencer les droits internes des pays membres. Au nombre de ses objectifs, cette étude ambitionnait de démontrer qu'un droit des contrats de source communautaire pouvait émerger sans pour autant se traduire par la disparition ou de la perte d'influence des droits nationaux. L'étude étant consacrée au droit international privé des contrats, cette crainte est, de fait, dissipée par l'interposition de l'expression « *droit international privé* » entre les vocables de « *communautarisation* » et de « *contrats* ». Dans la mesure où l'analyse porte principalement sur le régime juridique des contrats transfrontaliers, la « *communautarisation* » étudiée ici ne concerne pas directement les contrats nationaux. Cependant, elle peut tout de même avoir des répercussions indirectes, en influençant les pratiques et les interprétations juridiques nationales ainsi qu'en harmonisant progressivement certains aspects du droit des contrats au sein des États membres. Il convient toutefois d'apporter une nuance à ce propos s'agissant de l'OHADA. Si les contrats transfrontaliers sont l'objet du droit des contrats étudié dans le cadre de ce travail, il est nécessaire de préciser que la délimitation entre ces contrats et ceux à caractère national n'est pas acquise d'avance. En effet, en matière de droit des contrats, les pays membres de l'OHADA sont habitués à voir leurs droits internes remplacés par les actes uniformes de l'OHADA. De plus, ne disposant pas tous de textes modernes en droit des contrats, ils sont enclins à accepter l'émergence d'un droit uniforme de l'OHADA applicable tant aux contrats domestiques qu'aux contrats transfrontaliers.

1414 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats* ». Dans : *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 781-802.

541. En revanche, la nécessaire délimitation entre contrats de droit interne et contrats transfrontaliers vaut particulièrement pour l'UE, dont la compétence pour adopter un droit des contrats est souvent remise en question. Si l'intervention de l'UE en matière de contrats nationaux est difficilement envisageable, sa compétence en matière de contrats transfrontaliers est plus plausible. En effet, la compétence de l'UE à adopter un texte majeur comme le règlement Rome I relatif au droit applicable aux obligations contractuelles n'est pas discutée. Ce texte constitue la composante fondamentale du régime juridique des contrats transfrontaliers au sein de l'UE. Aussi, le droit européen des contrats doit-il être envisagé dans cette perspective. Autrement dit, plutôt que de nourrir l'ambition d'un texte qui s'appliquerait à tous les contrats y compris ceux de nature purement interne, il serait plus judicieux d'œuvrer à la complétude de ce régime en vue d'assurer aux contractants transfrontaliers une meilleure prévisibilité du droit. Les sceptiques pourraient s'interroger : pourquoi consentir des efforts législatifs supplémentaires pour réglementer les contrats transfrontières qui font déjà l'objet d'un texte majeur adopté par l'UE ? La même question pourrait se poser pour l'OHADA. Puisqu'il est question de réglementer les contrats transfrontières, ne devrait-elle pas, à l'instar de l'UE, privilégier d'abord la méthode conflictuelle par l'adoption de règles de conflits de lois uniformes ? En effet, pour toute personne initiée au droit international privé, en particulier en matière contractuelle, l'idée d'une communautarisation de cette matière renvoie spontanément à un ensemble de règles de conflits de lois. Ce questionnement est d'autant plus compréhensible qu'en l'état actuel du droit national et du droit communautaire, tant dans l'espace de l'OHADA que dans celui de l'UE, un contrat transfrontière appelle nécessairement un raisonnement conflictuel c'est-à-dire la mise en œuvre de règles de conflit de lois. Ainsi, lorsque des auteurs tels que MM. Antoine KASSIS et Patrick WAUTELET évoquent « *Le nouveau droit des contrats internationaux* »[1415] pour le premier et le « *nouveau droit européen des contrats* »[1416] pour le second, ils ne font référence qu'à un ensemble de règles de conflits de lois qui sert de socle commun aux contrats transfrontières. De ce fait, alors que l'avènement d'un *corpus* de règles substantielles se fait toujours attendre au sein de l'UE et de l'OHADA, il existe déjà un droit international privé européen des contrats. M. Pascal de VAREILLES-SOMMIERES

1415 WAUTELET, Patrick. *« Le nouveau droit des contrat internationaux » Dans actualités de droit international privé*. Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2009 p. 5 et s.

1416 KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*. Paris. L.G.D.J, 1993.

souligne à cet égard que « *ce droit international privé constitue en dernière analyse l'avancée la plus marquante […] de l'Europe dans le domaine du droit privé positif du contrat* »[1417].

542. Certes, le règlement Rome I apporte des solutions uniformes en vue de la détermination de la *lex contractus*. À l'évidence, le principal intérêt de l'uniformisation des règles de conflits de lois réside dans l'atténuation de l'imprévisibilité inhérente à la diversité nationale des règles matérielles. Les règles de conflit uniformes concourent à une meilleure coordination des droits en concurrence. Une telle coordination instaure une concurrence égale entre les droits concernés qui sont susceptibles d'être désignés comme applicable sur la base de critères subjectifs ou objectifs communs aux États. Reconnaissant le mérite du droit conflictuel uniforme, son dépassement ou son abandon ne se justifierait que par son incapacité à garantir aux contractants la prévisibilité du droit et, par conséquent, la sécurité juridique. L'existence d'un tel *corpus* est assurément louable même si l'on peut s'interroger sur son efficacité à assurer pleinement la sécurité juridique des transactions transfrontalières. Il convient de souligner que ce texte n'a pas pour vocation de supprimer les conflits de lois, mais institue des règles visant à les résoudre.

543. La méthode conflictuelle, censée résoudre les conflits de lois, se heurte souvent à une complexité accrue au lieu de simplifier les situations. En effet, bien que le règlement Rome I offre une certitude théorique pour déterminer le droit applicable aux contrats, son application concrète rencontre de nombreux obstacles. Lorsqu'aucune loi n'est choisie par les parties dans un contrat transfrontière, les critères objectifs de rattachement déterminent les règles applicables. Cependant, des règles impératives comme celles d'ordre public et les lois de police peuvent perturber ce processus, compromettant ainsi la prévisibilité du droit et la sécurité juridique. En conséquence, les parties ne peuvent pas toujours anticiper quelles dispositions impératives pourraient s'appliquer ni dans quelle mesure celles-ci pourraient modifier ou évincer la loi initialement désignée. De plus, la désignation d'une loi étrangère ajoute une autre couche de complexité. Le juge doit non seulement identifier le contenu de cette loi et l'interpréter correctement, souvent à travers des experts ou des certificats de coutume, mais il doit également surmonter les barrières linguistiques et les différences juridiques. Cette recherche peut être coûteuse et chronophage, introduisant des incertitudes

1417 VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats* ». Dans : *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, p. 782.

supplémentaires. De plus, même après avoir établi la loi étrangère, son application demeure problématique en raison des variations significatives entre systèmes juridiques et des interprétations divergentes des concepts juridiques.

Ainsi, la complexité de la méthode conflictuelle, exacerbée par l'application de lois étrangères et les défis pratiques qui en découlent, remet en question son efficacité à garantir la prévisibilité du droit et la sécurité juridique. Cette réalité souligne les limites de la méthode conflictuelle et la nécessité d'envisager des alternatives pour mieux répondre aux besoins des contrats transfrontaliers.

544. Outre la complexité du processus de mise en œuvre du droit étranger, la méthode conflictuelle est critiquable parce que l'application du droit interne des contrats aux rapports transfrontaliers pose des problèmes de légitimité. Le droit interne, par essence, est destiné aux rapports juridiques internes et n'est pas conçu pour appréhender les spécificités des contrats internationaux. Ainsi, étendre ce droit aux contrats transfrontaliers revient à appliquer à un contractant un droit qui lui est étranger, ce qui soulève des interrogations quant à la pertinence et à l'adaptabilité de ces règles. À cet égard, la théorie de la relativité du droit interne indique que chaque ordre juridique est structuré selon les besoins et les valeurs de la société à laquelle il appartient. En conséquence, les lois internes d'un pays ne sont pas nécessairement adaptées aux réalités économiques et sociales des autres pays impliqués dans un contrat transfrontalier. Le caractère particulier des contrats internationaux, qui impliquent souvent des considérations économiques, culturelles et juridiques distinctes, n'est pas toujours compatible avec les lois internes conçues pour des transactions purement nationales.

De surcroît, l'application du droit interne aux contrats transfrontaliers peut engendrer une certaine asymétrie entre les parties. Chacune des parties peut chercher à imposer sa propre loi nationale, jugée plus favorable à ses intérêts, ce qui peut compliquer les négociations et même compromettre la conclusion du contrat. Cette tension n'existe pas dans les contrats internes, où la loi applicable est généralement claire et acceptée par toutes les parties concernées. Dès lors, la légitimité du droit interne à régir les contrats transfrontaliers est également mise en cause par la critique de son inadéquation à traiter les spécificités des échanges internationaux. Les règles de droit interne, conçues pour des transactions domestiques, ne répondent pas toujours aux besoins spécifiques de ces transactions internationales.

545. C'est en prenant en compte la complexité de la méthode conflictuelle, confrontée à l'exigence de prévisibilité du droit, que la méthode des règles matérielles a été perçue comme l'approche idéale pour résoudre les conflits de lois. En adoptant des règles matérielles uniformes et directement applicables, cette méthode vise à contourner les incertitudes et les défis pratiques inhérents à la méthode conflictuelle, offrant ainsi une alternative plus prévisible et sécurisante pour les parties engagées dans des contrats transfrontaliers. En conséquence, il apparaît nécessaire de mettre à la disposition des contractants, non plus des règles uniformes de conflits de lois, mais des règles matérielles uniformes. À l'évocation de cette idée, l'on pourrait conclure que les relations entre le droit uniforme substantiel et le conflit de lois se réduisent à une éviction, tant il est possible de présumer que l'uniformisation du droit substantiel met fin au conflit de lois, ainsi qu'aux règles de conflit[1418]. Cependant, cette étude a pu mettre en évidence qu'en réalité, la mise en œuvre de la méthode de droit matériel à travers des règles substantielles uniformes ne saurait conduire à l'élimination du conflit de lois et partant, à l'éviction des règles de conflits de lois. En ce sens, déjà en 1897, Etienne BARTIN attirait l'attention sur l'impossibilité de parvenir à la suppression définitive des conflits de lois[1419]. Cette observation est confirmée par M. ANOU en ce qui concerne le droit uniforme OHADA. L'auteur souligne que le caractère inachevé du droit matériel OHADA nécessite souvent de recourir aux droits nationaux pour compléter ses dispositions. Cependant, ces droits nationaux peuvent considérablement varier, réintroduisant ainsi la diversité législative à l'origine des conflits de lois. Lorsque des lacunes apparaissent dans le droit uniforme OHADA, il est nécessaire de choisir entre les différentes lois nationales pour combler ces insuffisances. *In fine*, cette insuffisance normative du droit OHADA oblige à recourir aux règles de conflit de lois, ce qui réintroduit des interprétations différentes selon les pays concernés.

546. L'incomplétude de l'approche matérielle est perceptible à la lecture des projets de textes qui incarnent l'ambition de l'UE et de l'OHADA en matière d'uniformisation du droit matériel des contrats. À l'image du droit matériel OHADA des contrats souvent qualifié d'arlésienne[1420], le droit matériel européen peine également à se concrétiser. En 2011, la

---

1418 ESPINASSOUS, Valentine. *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*. Paris : L.G.D.J, 2010, n° 1, p. 1.

1419 BARTIN, Etienne. « *De l'Impossibilité d'arriver a la suppression définitive des conflits de lois* ». *JDI*. 1897, Vol. 24, p. 225.

1420 AYEWOUADAN, Akodah. « *L'harmonisation du droit des obligations dans les pays membres de l'OHADA : une arlésienne* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Delèbecque - Écrits sans esprit de système*. Dalloz, juin 2024.

proposition de DCEV a ouvert une voie envisageable, ciblant les relations entre professionnels et consommateurs ainsi que les contrats entre professionnels, précisément ceux impliquant une PME. Le droit matériel envisagé dans cette proposition n'échappe pas au caractère lacunaire. Sa principale faiblesse, outre la délimitation de son champ matériel qui n'inclut pas certains aspects essentiels de la matière contractuelle, réside dans la nature optionnelle que ses auteurs ont entendu lui conférer. L'uniformisation du droit matériel comme outil de résolution des conflits de lois inhérents à la diversité des droits nationaux nécessite plus qu'un texte optionnel tant pour les États membres que pour les contractants. L'option laissée aux États d'adopter ou non les dispositions communes, ainsi que la possibilité pour les parties de choisir d'appliquer ou non ce droit à leurs relations, est fondamentalement incompatible avec l'idée que l'uniformisation du droit matériel puisse pallier la diversité des droits internes en matière contractuelle. Or, le caractère optionnel aura pour conséquence de maintenir une pluralité de régimes applicables.

547. De son côté, l'OHADA semble hésiter entre l'uniformisation du droit des contrats en général et la distinction entre les contrats commerciaux et les contrats civils. Elle manifeste en réalité un intérêt plus ambitieux pour le droit des obligations. Cet intérêt est illustré par un avant-projet d'Acte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA. L'on aurait pu présumer qu'un tel texte supprimerait les risques de conflits de lois au sein de l'espace OHADA. Or, cet avant-projet de texte prévoit lui-même des dispositions réglant les conflits de lois. La méthode conflictuelle s'est invitée dans un texte censé consacré au droit matériel uniforme. Les rédacteurs de cet avant-projet, éminents universitaires africains, ont offert une édifiante leçon à quiconque s'intéresse à la résolution des conflits de lois en droits des contrats ou plus globalement en droit des obligations. La clé d'une meilleure sécurisation des transactions transfrontalières dans le cadre de l'OHADA et l'UE se situe vraisemblablement dans l'association des méthodes conflictuelle et de droit matériel. Tout porte à croire que l'approche moniste de résolution des conflits de lois est vouée à l'échec quant à garantir une meilleure prévisibilité du droit. À travers cette association des deux méthodes, l'OHADA ouvre une piste de réflexion qui pourrait édifier les instances de l'UE : réunir dans un même *corpus* des règles traitant principalement du fond des contrats, et subsidiairement, des règles de conflits qui combleraient les éventuels vides laissés par les règles matérielles.

548. L'UE pourrait à son tour offrir à l'OHADA un angle d'approche inspirant. Consciente de la difficulté à fonder juridiquement son intervention en droit matériel des contrats, l'UE a envisagé d'emprunter une porte d'entrée spécifique dans la sphère du droit matériel des contrats : les contrats mettant en cause les intérêts des consommateurs et ceux des PME. Il est évident que la proposition de DCEV laisse entrevoir un dessein caché visant à élargir son champ matériel bien au-delà de ce qui est explicitement mentionné. Si l'intitulé du texte suggère qu'il est consacré à la vente, son article 1.1[1421] trahit une visée nettement plus importante. Outre la partie principale comportant des dispositions consacrées aux contrats de vente[1422], aux contrats de fourniture d'un contenu numérique et aux contrats de fourniture d'un service connexe[1423], la proposition contient des dispositions détaillées et très substantielles portant sur le droit des contrats[1424]. Cela a conduit certains auteurs comme M. Yves LEQUETTE à soutenir que cette proposition traduit un dessein caché visant à créer un droit matériel commun à tous les contrats[1425], avec à terme, la volonté de substituer ce droit aux droits nationaux. C'est précisément cette ambition qui pousse certains à juger les objectifs de l'UE comme utopiques.

La thèse s'appuie sur les compétences de l'UE prévues par son droit primaire et sur ses interventions antérieures en droit international privé des contrats, démontrant ainsi un

---

1421 Cette disposition contient une phrase qui laisse entendre que les règles prévues par le texte « *peuvent être utilisées dans le cadre de transactions transfrontières portant sur la vente de biens, la fourniture de contenus numériques et la prestation de services connexes lorsque les parties contractantes conviennent de les appliquer* ». Même la définition de la vente induit que les rédacteurs du texte n'ont pas entendu lui donner une dimension restrictive. L'article 2 (k) propose une définition plutôt large du contrat de vente si bien qu'il comprend « *les contrats portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire* », « *ce qui inclut certains contrats que notre droit qualifie de contrats d'entreprise lorsque la prestation a pour objet un « travail spécifique »* »

1422 Il est à préciser que la vente visée par le texte est celle qui porte tantôt sur un « *bien* » défini comme « *tout objet mobilier corporel sauf exclusion prévue à l'article 2 (h)* » qui prévoit qu'il peut même s'agir de *« contenu numérique* » Ainsi, l'article 2 (j) définit la notion de contenu numérique comme étant « *des données produites et fournies sous forme numérique, que ce soit ou non d'après les spécifications de l'acheteur, notamment les vidéos, enregistrements audio, images ou contenus numériques écrits, les jeux numériques, les logiciels, et les contenus numériques qui permettent de personnaliser des équipements informatiques ou logiciels existants…* ». Sont ainsi exclu par cette disposition, les services financiers, y compris les services bancaires en ligne (i) ; les conseils juridiques ou financiers fournis sous forme électronique (ii) ; les soins de santé électroniques (iii) ; les services et réseaux de communications électroniques ainsi que les infrastructures et services associés (iv) ; les activités de jeux d'argent (v) ; la création de nouveaux contenus numériques et la modification de contenus numériques existants par des consommateurs, ou toute autre interaction avec les créations d'autres utilisateurs.

1423 La notion de « *services connexes* » est définie à l'article 3 (m) comme « *tout service lié à un bien ou à un contenu numérique, tel que l'installation, l'entretien, la réparation ou tout autre traitement, fourni par le vendeur du bien ou le fournisseur du contenu numérique en vertu du contrat de vente, du contrat de fourniture de contenu numérique ou d'un contrat distinct de services connexes conclu simultanément au contrat de vente ou de fourniture de contenu numérique* ».

1424 FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.* Janvier 2012, n° 01, p. 34.

1425 V. notamment : LEQUETTE, Yves. « *Avant-propos* ». *RDC.* Octobre 2012, n° 4, p. 1393.

périmètre d'intervention légitime, notamment pour les contrats transfrontaliers, en particulier ceux concernant les consommateurs et les PME. À ce titre, la proposition de DCEV met en évidence deux points clés : d'une part, l'importance de structurer le droit matériel des contrats autour des contrats usuels comme la vente et les services ; d'autre part, la nécessité de prioriser la protection contractuelle des acteurs économiques moins influents. La recherche de prévisibilité du droit pourrait favoriser les investisseurs, mais doit impérativement inclure une protection accrue des PME, ce qui pourrait inspirer l'OHADA dont l'économie repose largement sur ces petites et moyennes entreprises[1426].

549. En définitive, cette étude ayant permis de dresser un état des lieux du droit international privé des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA, il est nécessaire de souligner que la résolution des conflits de lois dans ces systèmes doit suivre une approche dualiste. Cela implique la mise en œuvre de deux méthodes : la méthode conflictuelle, qui désigne la loi applicable, et la méthode des règles matérielles, qui propose des normes substantielles uniformes. L'UE, qui dispose d'une avance avec le règlement Rome I relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, doit y adjoindre des règles matérielles uniformes qui, à défaut de constituer un droit commun des contrats transfrontaliers, concerneraient les contrats impliquant les consommateurs et les PME. S'agissant de l'OHADA, son retard est remarquable, tant sur le plan du droit matériel, qu'en ce qui concerne les règles de conflits de lois. Les opérateurs économiques, en particulier les consommateurs, gagneraient à pouvoir s'appuyer sur un *corpus* de textes offrant à la fois des solutions au fond et des règles de conflits de lois comblant les lacunes du droit matériel. En réalité, comme l'illustre le règlement Rome I, tout porte à croire que dans un tel *corpus* les règles de conflits de lois tiendront lieu de droit commun des contrats transfrontières. Il est, en effet, plus aisé de prévoir des règles de conflits de lois comportant des dispositions générales à tous les contrats transfrontières. « *Chassez le naturel, il revient au galop* »[1427]. Ainsi, la méthode conflictuelle, dont les imperfections ont été

1426 AGBAM, Komlanvi Issifou. *Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique.* Thèse : Nantes Université, 15 décembre 2023, n°678, p. 291 : « *Plusieurs activités économiques sont exercées dans l'informel en Afrique. Le commerce, l'artisanat, l'agriculture, la pêche, les prestations de services... Le secteur informel innerve pratiquement les économies des pays d'Afrique au sud du Sahara. Les acteurs du secteur informel construisent des maisons, fabriquent des meubles, créent et transforment les produits agricoles. Ils réparent les automobiles, les téléphones portables, les ordinateurs, animent et dynamisent les marchés africains, organisent l'épargne, distrait (restaurants, troupes théâtrales et musicales) et même soignent (tradipraticiens). Parmi ces différentes activités, c'est le commerce dans l'informel qui domine.* »

1427 LA FONTAINE Jean de, Fables, livre VIII, fable 3, « *Le loup et le renar*d ».

exposées dès les premiers chapitres de cette thèse, finit par s'imposer comme le socle même de la « *communautarisation du droit international privé des contrats* ».

À travers l'association de la méthode conflictuelle et celle du droit matériel, la présente thèse propose une théorie générale des contrats transfrontaliers visant à établir dans la pratique un droit commun applicable à ce type de contrat.

ANNEXES

ANNEXE 1 : PRESENTATION DE LA STRUCTURE DES INTERVENTIONS DE L'UE EN MATIERE CONTRACTUELLE A TRAVERS DES DIRECTIVES

1. Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 relative à la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.
2. Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation.
3. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.
4. Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.
5. Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

1. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique).
2. Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.
3. Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.
4. Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens.

5. Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 relative aux contrats de crédit aux consommateurs.
6. Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

ANNEXE II : STRUCTURE DES INSTRUMENTS SECTORIELS DE L'UE EN MATIERE DE DROIT MATERIEL DES CONTRATS[1428]

L'énumération qui suit présente l'essentiel des directives européenne régissant les contrats et la protection des consommateurs. Du cadre contractuel aux obligations précontractuelles et contractuelles, en passant par les conséquences en cas d'inexécution, sont apportés des détails sur les droits et obligations pour une meilleure compréhension.

1. LE CONTRAT

1.1. Généralités

- La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs modifiant la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages à forfait, propose une définition juridique de la notion de « contrat » : « *l'accord qui lie le consommateur à l'organisateur et/ou au détaillant* » (article 2 § 5).

- La directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs modifiée par la directive 2019/2161 du parlement européen et du conseil du 27 novembre 2019, offre des éléments de distinction des contrats d'adhésion des contrats ayant fait l'objet d'une négociation individuelle.

S'agissant des clauses abusives intégrées dans les contrats avec les consommateurs, elle établit les critères déterminant qu'une clause contractuelle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle (article 3, paragraphe 2), ce qui la soumet alors au contrôle conformément aux dispositions de cette directive.

- La directive 2000/35/CE du 29 juin 2000 concernant les retards de paiement, modifiée par la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février

[1428] La liste et ses observations sont extraites de la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats Journal officiel n°C 255 du 13/09/2001 p. 0001 - 0044

2011, prévoit, elle aussi, quelques éléments à prendre en compte pour déterminer si un accord est abusif (article 3, paragraphes 3 à 5).

- La directive 99/44/CE sur la vente des biens de consommation a été adoptée le 25 mai 1999 reprend un des principes fondamentaux de la législation visant à protéger les consommateurs est l'exigence selon laquelle les clauses contractuelles doivent être rédigées de manière claire et facilement compréhensible (article 6, paragraphe 2).

1.2. Conclusion d'un contrat : l'offre et l'acceptation

- La directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concerne la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, modifiée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs : Il est interdit de fournir des biens et des services à un consommateur sans qu'il ait préalablement passé commande (vente par envoi non sollicité). Le silence du consommateur ne constitue pas un consentement.

1.3. Forme

- La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, également connue sous le nom de directive sur le commerce électronique : visant à établir un cadre juridique pour les services de la société de l'information dans le marché intérieur européen, elle recommande aux États de veiller à ce que leur système juridique permette de conclure des contrats par voie électronique.

- La directive 86/653/CEE du Conseil, adoptée le 18 décembre 1986, concerne la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux agents commerciaux indépendants : précise que toute partie a le droit, sur demande, d'obtenir de l'autre partie un écrit signé, tout en indiquant que, en règle générale, les contrats peuvent aussi être conclus verbalement (article 13).

- La directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986 du Conseil relatif au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives au crédit à la consommation (article 4 et article 6, paragraphe 1) et la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990, concernant les voyages à forfait, les vacances à forfait et les circuits organisés (article 4, paragraphe 2, point b) : exigent la forme écrite.

1.4. Résiliation

- La directive 86/653/CEE relative aux agents commerciaux indépendants : prévoit à son article 15 la possibilité pour chacune des parties de mettre fin à un contrat conclu pour une durée indéterminée, mais uniquement moyennant préavis (délai d'un à trois mois selon la durée du contrat).

- Les directives 97/7/CE relative aux contrats à distance (article 6, délai de 7 jours), 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (article 5, délai de 7 jours), 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 5, délai de 10 jours) et 90/619/CEE concernant l'assurance sur la vie (article 15, délai de 14 à 30 jours) : prévoient la possibilité d'une résiliation à l'initiative du consommateur sans pénalités et sans indication du motif.

2. OBLIGATIONS PRÉCONTRACTUELLES ET CONTRACTUELLES

2.1. Obligations de la partie qui fournit le service ou les biens

2.1.1. Exigences en matière d'information

2.1.1.1. Généralités, forme

- Les directives 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (article 4), 87/102/CEE relative au crédit à la consommation (article 4 et article 6, paragraphe 1), 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 4, paragraphe 1, points a) et b), 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 3, paragraphes 1 et 2, article 4), 97/7/CE concernant les contrats à distance (article 5) : prévoient que les informations doivent être fournies par écrit (voir les directives, ainsi que

- Les directives 2000/31/CE relative au commerce électronique (article 10, paragraphe 1), 97/7/CE concernant les contrats à distance (article 5), 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (article 4), 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 4, paragraphe 1) et 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 3, paragraphe 2) : mentionnent que les informations doivent être formulées de manière claire et compréhensible.

- Les directives 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 3, paragraphe 2) et 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 3,

paragraphe 2) : prévoient que les informations fournies deviennent partie intégrante du contrat et engagent le prestataire de services dans le cas des directives.

- Les directives 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 3, paragraphe 2), 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 3, paragraphe 2) et 87/102/CEE relative au crédit à la consommation (article 6, paragraphe 2) : contiennent des dispositions régissent les changements apportés aux informations ainsi que leur communication au consommateur.

2.1.1.2. Exemples d'exigences en matière d'information et moment où les informations doivent être fournies

aa) Avant la conclusion du contrat

De nombreuses directives sur la protection des consommateurs exigent que les informations pertinentes soient communiquées avant la conclusion du contrat. Ces informations portent principalement sur les caractéristiques principales des biens ou des services, les prix et les frais supplémentaires, les modalités de paiement, les droits et obligations du consommateur, ainsi que les procédures de résiliation et de réparation.

- La directive 97/7/CE relative aux contrats à distance (articles 4 et 5) : les informations peuvent également être fournies en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison (article 5)

- La directive 87/102/CEE relative au crédit à la consommation (article 6) : les informations peuvent également être données uniquement au moment de la conclusion du contrat.

- Dans la même veine, les directives 94/47/CE traitait de l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 3, paragraphe 1), 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 3 et article 4, paragraphe 1, point a), 92/96/CEE relative à l'assurance sur la vie (article 31, paragraphe 1, et annexe II, avec des informations spécifiques sur les prestations, les valeurs de rachat et de réduction), 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers (article 3, avec des informations spécifiques sur le délai d'exécution, les commissions et les frais).

- La directive 2000/31/CE relative au commerce électronique : prévoit que des informations doivent être fournies sur les différentes étapes techniques à suivre pour

conclure le contrat, sur l'archivage du contrat, les langues proposées pour la conclusion du contrat, ainsi que les codes de conduite existants (article 10, paragraphes 1 et 2).

bb) Au moment de la conclusion du contrat

- La directive 87/344/CEE concernant l'assurance-protection juridique : prévoit l'obligation pour l'assureur d'informer l'assuré de son droit de solliciter une procédure arbitrale et de sa liberté de choisir un avocat.

- La directive 90/314/CEE concernant les voyages à forfait : contient une annexe dont certains éléments doivent figurer dans le contrat (article 4, paragraphe).

cc) Après la conclusion du contrat

- La directive 92/96/CEE concernant l'assurance sur la vie : dispose que l'assureur doit fournir à l'assuré des informations à jour sur la compagnie d'assurance et les conditions d'assurance. Il doit informer l'assuré des prestations et des participations aux bénéfices (article 31, paragraphe 2, et annexe II). De la même manière, la directive 87/102/CEE relative au crédit à la consommation dispose que le consommateur est informé de toute modification du taux d'intérêt annuel ou des frais (article 6, paragraphe 2).

- La directive 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers dispose que postérieurement à l'exécution d'un virement transfrontalier, les établissements doivent fournir des informations contenant une référence permettant au client d'identifier le virement transfrontalier, le montant réel du transfert, le montant des frais, etc. (article 4).

- La directive 86/653/CEE relative aux agents commerciaux indépendants : prévoit que l'agent commercial reçoit un relevé des commissions dues mentionnant les éléments utilisés pour leur calcul (article 12).

- La directive 90/314/CEE concernant les voyages à forfait : prévoit que le consommateur doit recevoir des informations complémentaires sur le voyage (article 4, paragraphe 1, point b).

- La directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux : mentionne que le consommateur doit être informé de son droit de résilier le contrat ainsi que des coordonnées d'une personne à l'égard de laquelle il peut exercer ce droit (article 4).

2.1.2. Garanties commerciales

- La directive 99/44/CE sur la vente des biens de consommation a été adoptée le 25 mai 1999 reprend : comporte des dispositions définissent une garantie, en décrivent la teneur, etc. (article 6).

2.1.3. Respect des obligations

- La directive 97/7/CE concernant les contrats à distance : prévoit que le fournisseur doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur.

2.1.4. Conformité de l'exécution au contrat

- La directive 99/44/CE sur la vente des biens de consommation : prévoit que le vendeur est obligé de fournir au consommateur un produit conforme au contrat et que tout défaut de conformité le rend responsable (article 2 et 3).

- La directive 90/314/CEE concernant les voyages à forfait : impose également aux États membres de garantir que l'organisateur et/ou le détaillant assument la responsabilité du respect de leurs obligations (article 5, paragraphe 2).

2.2. Obligation de l'autre partie au contrat

- La directive 86/653/CEE relative aux agents commerciaux indépendants : différencie entre une rémunération négociée et une commission d'usage, et établit les règles régissant ce droit (articles 6 à 8) ainsi que son extinction (article 11). Si aucun accord ou usage n'est établi, l'agent a droit à une rémunération raisonnable (article 6, paragraphe 1).

3. CONSÉQUENCES EN CAS D'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

3.1. Rétractation, résiliation et annulation

- La directive 90/314/CEE concernant les voyages à forfait, le consommateur peut résilier le contrat sans pénalité si l'organisateur du voyage modifie de Facon significative un élément essentiel du contrat.

- La directive 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers : prévoit explicitement des droits de résiliation (voir (article 5, paragraphe 1, délai de trois mois, et article 7 pour les contrats de crédit).

- Les directives 97/7/CE concernant les contrats à distance (article 7, paragraphe 2) et 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 4, paragraphe 6) : établissent que si le consommateur résilie le contrat ou si, sans faute de sa part, l'organisateur annule le contrat, le consommateur a le droit d'être remboursé de toutes les sommes versées en vertu du contrat.

3.2. Droits spécifiques au contrat

Certaines directives contiennent des dispositions qui reconnaissent au consommateur, différents droits si le bien n'est pas conforme au contrat.

- La directive 99/44/CE sur la vente des biens de consommation à savoir réparation ou remplacement, réduction du prix (article 3)

- Tandis que la directive 90/314/CEE concernant les voyages à forfait : prévoit la résolution (l'article 5).

- Quant à la directive 2000/35/CE concernant les retards de paiement : elle envisage une réserve de propriété avant la livraison des biens (article 4).

3.3. Réparation

- Les directives 86/653/CEE relative aux agents commerciaux indépendants (article 17), 97/5/CE concernant les virements transfrontaliers et l90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 4, paragraphes 6 et 7) : comportent des dispositions qui prévoient une indemnisation en cas de non-fourniture des biens ou des services, ou de leur fourniture en violation des termes du contrat.

- La directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (article 23, paragraphe 1) : prévoit une indemnisation spécifique en cas de traitement illicite.

- La directive 2000/35/CE concernant les retards de paiement : mentionne que, sauf dans les situations où le débiteur n'est pas tenu responsable du retard, le créancier a le droit de demander une compensation pour tous les frais de recouvrement engagés en raison du retard de paiement (article 3, paragraphe 1, point e).

- La directive 2000/35/CE concernant les retards de paiement : établit un taux d'intérêt pour les retards de paiement, qu'une date de paiement ait été spécifiée ou non (article 3).

4. RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE

4.1. Responsabilité du fait de produits défectueux

- La directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux : clarifie la notion de produit défectueux et établit des règles uniformes sur la responsabilité en cas de préjudice causé aux individus par de tels produits. Elle stipule que le fabricant ou l'importateur est responsable de la réparation, indépendamment de toute faute commise. De plus, elle introduit le principe de responsabilité solidaire lorsque plusieurs parties sont impliquées dans un même préjudice.

4.2. Protection de la vie privée

- La directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel : établit des exigences et des conditions spécifiques concernant le consentement de la personne dont les données sont traitées (article 7),

- Les directives 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (article 12, paragraphe 1) et 97/7/CE concernant les contrats à distance (article 10) : permettent l'utilisation de systèmes automatisés d'appels ou de télécopieurs à des fins de prospection directe uniquement lorsqu'ils ciblent des abonnés ayant donné leur consentement préalable. De plus, elles conditionnent l'utilisation d'autres techniques de communication à distance permettant une communication individuelle à l'absence d'opposition manifeste du consommateur.

- La directive 95/46/CE : prévoit que lors de la collecte de données, il est nécessaire de fournir des informations, notamment sur les objectifs du traitement des données, ainsi que sur le droit de la personne à accéder à ses propres données et à les corriger (articles 10, 11, 12 et 14).

5. NATURE IMPÉRATIVE DES DISPOSITIONS

- Les directives 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (article 6), 87/102/CEE relative au crédit à la consommation (article 14), 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 5, paragraphe 3), 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 8), 97/7/CE concernant les contrats à distance (article 12, paragraphe 1), 99/44/CE sur la vente des biens de consommation (article 7), 93/13/CEE concernant les clauses abusives, la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers (article 11), ainsi que la directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (article 12) et la directive 86/653/CEE relative aux agents commerciaux indépendants (article 19) : comporte des dispositions aux termes desquelles le consommateur n'est pas autorisé à renoncer aux droits qui lui sont accordés en vertu de la plupart des directives concernant la protection des consommateurs.

6. HARMONISATION MINIMALE

- Les directives 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (article 8), 87/102/CEE relative au crédit à la consommation (article 15), 90/314/CEE concernant les voyages à forfait (article 8), 94/47/CE concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (article 11), 97/7/CE concernant les contrats à distance (article 14), 99/44/CE sur la vente des biens de consommation (article 8) et 93/13/CEE concernant les clauses abusives (article 8) : permettent que les États membres peuvent adopter des règles plus contraignantes que celles établies par les directives sans que cela ne constitue un obstacle.

- Les directives 97/7/CE concernant les contrats à distance, 99/44/CE relative à la vente des biens de consommation : Tantôt se contentent de fournir des options en matière de dispositions, tantôt régissent de manière contraignante des questions similaires. C'est le cas à titre d'exemple, en ce qui concerne la charge de la preuve.

ANNEXE III : CARTOGRAPHIE DES INTERVENTIONS DE L'OHADA EN MATIÈRE DE DROIT DES CONTRATS (DROIT POSITIF)

L'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) met en avant plusieurs contrats spéciaux qui intéressent particulièrement les commerçants. Voici les principaux contrats mentionnés :

- **Contrat de vente commerciale :**
    - Formation du contrat : Articles 241 à 249 précisent les règles relatives à la formation du contrat, incluant les conditions de validité, l'offre et l'acceptation, ainsi que les formalités nécessaires.
    - Obligations des parties : Articles 250 à 274 définissent les obligations principales du vendeur (livraison, conformité, garantie) et de l'acheteur (paiement du prix, réception des marchandises).
    - Effets du contrat : Articles 275 à 302 encadrent les effets du contrat, notamment le transfert de propriété, les risques, ainsi que les recours en cas d'inexécution ou de retard.
- **Contrat de bail commercial :**

Articles 134 et suivants : Encadrent la résiliation du bail commercial, les clauses résolutoires et la protection des créanciers inscrits en cas de litiges.

- **Contrat de commission :**

Articles 192 à 204 : Définissent le rôle du commissionnaire, ses responsabilités, ses obligations envers le commettant, ainsi que les cas particuliers liés aux marchandises défectueuses ou la négligence dans l'exécution du mandat.

- **Contrat de courtage :**

Articles 208 à 215 : Régissent l'activité du courtier, ses droits à rémunération et les règles liées à ses obligations envers les parties mises en relation.

- **Contrat de mandat commercial :**

Articles 176 à 187 : Réglementent les droits et devoirs du mandataire et du mandant, ainsi que les effets juridiques des actes accomplis par le mandataire.

- **Contrat d'agence commerciale :**
    - Articles 216 à 230 : L'agent commercial, défini comme un mandataire professionnel, agit pour négocier ou conclure des contrats au nom de son

mandant (Article 216). Il existe une obligation réciproque de loyauté et d'information entre l'agent et le mandant (Article 217).

- L'agent peut représenter plusieurs mandants, sous réserve qu'il n'y ait pas de concurrence entre eux (Article 218). Il bénéficie de droits à la commission, y compris après la fin du contrat (Articles 221-225).
- La résiliation du contrat est encadrée par des règles sur le préavis et une indemnité compensatrice (Articles 227-230).

Contrats de transport de marchandises par route (AUCTMR) :

- **Formation et exécution du contrat** :
  - **Article 3** : Le contrat de transport est formé dès qu'il y a accord sur le déplacement de marchandises moyennant un prix convenu.
  - **Articles 7-10** : Régissent l'emballage, la prise en charge des marchandises, et les droits de l'expéditeur, notamment en cours de transport.
- **Responsabilité du transporteur** :
  - **Article 16** : Le transporteur est responsable de la perte, des avaries, ou des retards survenus pendant le transport, sauf exonération prouvée.
  - **Article 17** : Définit les cas d'exonération, notamment en cas de faute de l'expéditeur ou de vice propre de la marchandise.
- **Limites et calcul de la responsabilité** :
  - **Articles 18-19** : Fixent les plafonds d'indemnisation à 5 000 francs CFA par kilogramme, sauf déclaration spéciale de valeur, et les critères de calcul en cas de dommage.

Acte Uniforme relatif aux Sociétés Commerciales et au Groupement d'Intérêt Économique (AUSCGIE, 2014)

- **Constitution de sociétés commerciales** :
  - **Article 4** : Définition des sociétés comme contrats entre associés.
  - **Articles 7-12** : Dispositions sur la qualité d'associé et les apports (numéraires, en nature ou en industrie).
- **Clauses contractuelles statutaires** :
  - **Articles 13-19** : Règles pour les statuts des sociétés et leur modification

Acte Uniforme relatif aux Sûretés (AUS)

- **Garanties contractuelles :**
    - **Article 1** : Définition des sûretés réelles et personnelles comme garanties d'obligations contractuelles.
    - **Articles 5-9** : Rôle et pouvoirs des agents des sûretés dans la gestion des garanties

L'Acte uniforme sur l'arbitrage (AUA)

- Permet aux parties de soumettre leurs différends contractuels à une instance arbitrale, garantissant une alternative aux juridictions étatiques.
    - **Articles 1 à 4** : L'arbitrage est défini comme une alternative aux juridictions étatiques, permettant aux parties de soumettre leurs différends à une instance arbitrale. La clause compromissoire est autonome et valide indépendamment du contrat principal.
    - **Article 5** : Les parties peuvent choisir librement les arbitres et fixer les règles de procédure.
    - **Articles 21 à 24** : La sentence arbitrale est exécutoire après exequatur et peut être contestée uniquement dans des cas limités, comme l'absence de convention d'arbitrage ou un défaut d'impartialité.

L'Acte uniforme relatif à la médiation (AUM) :

- Offre un cadre pour le règlement amiable des différends contractuels par médiation.
    - **Articles 1 à 4** : La médiation est un processus volontaire, encadré pour résoudre les différends contractuels de manière amiable. Elle peut être initiée par les parties ou proposée par une juridiction.
    - **Article 16** : Tout accord issu de la médiation a force exécutoire et peut être homologué pour garantir sa mise en œuvre.

Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPCAP, 2015)

- Concerne les contrats en cours et leur traitement pendant une procédure collective :
    - **Article 107** : Les contrats en cours ne peuvent être résiliés automatiquement en raison de l'ouverture de la procédure.
    - **Article 108** : Le syndic peut exiger la continuation des contrats ou y renoncer, sous condition de réponse à une mise en demeure dans un délai de 30 jours.
    - **Article 109** : Le juge-commissaire peut ordonner la résiliation si le syndic ne répond pas ou si la poursuite devient inutile.

Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE, 2023)

- **Exécution forcée des contrats** :
    - **Articles 1-10** : Recouvrement simplifié des créances contractuelles.
    - Plusieurs dispositions sur les voies d'exécution disponibles en cas de non-paiement

Acte Uniforme sur la Médiation (AUM, 2017)

- Dispositions encadrant la médiation comme alternative à l'arbitrage pour résoudre les différends
    - **Article 1** : La médiation est définie comme un processus permettant de résoudre amiablement un différend, qu'il soit contractuel ou non, à l'aide d'un tiers impartial appelé médiateur.
    - **Article 2** : L'acte s'applique à toute médiation initiée par les parties ou sur proposition d'une juridiction ou d'une entité publique compétente, mais exclut les cas où un juge ou arbitre facilite directement un règlement amiable.
    - **Article 3** : La médiation peut être institutionnelle ou ad hoc, avec adhésion au règlement de l'institution concernée si elle est institutionnelle.

- **Article 4** : La procédure de médiation débute à l'initiative d'une des parties et suspend le délai de prescription des actions judiciaires ou arbitrales en cours.
- **rticle 16** : Tout accord issu de la médiation, une fois conclu, lie les parties et est susceptible d'exécution forcée, avec possibilité d'homologation ou d'exequatur devant une juridiction compétente.

Acte Uniforme sur l'Arbitrage (AUA, 2017)

- Dispositions générales sur la validité des clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux
  - **Article 3** : La convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.
  - **Article 3-1** : La clause compromissoire engage les parties à soumettre à l'arbitrage tout différend résultant de leur contrat.
  - **Article 4** : La convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et est appréciée selon la volonté commune des parties, sans référence obligatoire à un droit étatique.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

ANCEL, Bertrand. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017.

ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 2006. Paris : Dalloz.

ANCEL, François, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, CARTWRIGHT, John et WHITTAKER, Simon. *Le nouveau droit des contrats : guide bilingue à l'usage du praticien*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019.

ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik. *Droit des contrats internationaux*. Paris : Dalloz, 2019.

ARNAUD, André Jean. *Pour une pensée juridique européenne*. Paris : PUF, 1991. Les Voies du droit.

ATIAS, Christian. *Précis élémentaire de contentieux contractuel : droit civil*. 3e éd. Aix-en-Provence : Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence PUAM, 2006.

ATTAL, Michel et RAYNOUARD, Arnaud. *Droit international privé*. Bruxelles : Larcier, 2013.

AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d'. *Droit international privé*. 9e éd., 2022. Paris-La Défense : L.G.D.J, 2022.

AUDIT, Mathias, BOLLÉE, Sylvain et CALLÉ, Pierre. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*. 3e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019. Précis Domat droit privé.

AYNÈS, Laurent, GAUTIER, Pierre-Yves et MALAURIE, Philippe. *Droit des contrats spéciaux*. 13. Paris : L.G.D.J, 2024. Droit civil

BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats : étude de droit international privé comparé*. Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938.

BATIFFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. rééd. présentée par Yves Lequette. Paris : Dalloz, 2002. Bibliothèque Dalloz.

BATIFFOL, Henri et LAGARDE, Paul. *Traité de droit international privé*. 8e éd. Paris : L.G.D.J, 1993.

BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ, Michel. *Droit du commerce international*. 3. PARIS : LexisNexis, 2019.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine et VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de la distribution*. Paris : L.G.D.J, 1999.

BENABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 15e édition. Paris : L.G.D.J, 2024.

BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 20e édition. Paris : L.G.D.J, 2023.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. *Les ordres juridiques*. Paris : Dalloz, 2015.

BLANCO, Dominique. *Négocier et rédiger un contrat international*. 3e édition. Paris : Dunod, 2002.

BODÉNÈS-CONSTANTIN, Armelle. *La codification du droit international privé français*. Paris : Defrénois, 2005.

BON-GARCIN, Isabelle, BERNADET, Maurice et DELEBECQUE, Philippe. *Droit des transports*. 2e éd., 2018. Paris : Dalloz, 2018.

BOUCARD, Hélène. *Responsabilité contractuelle : droit civil*. Paris : Dalloz, 2019. Dalloz

BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*. 5e éd. Paris : PUF, 2021.

BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia. *Droit international privé*. 5e éd. Paris : PUF, 2021.

CABRILLAC, Rémy. *Droit européen comparé des contrats*. 2e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2016. Systèmes

CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. Paris : Dalloz, 2022.

CACHARD, Olivier. *Droit du commerce international*. 3e Paris : L.G.D.J, 2018.

CACHARD, Olivier et KLÖTGEN, Paul. *Droit international privé*. 9e éd., 2021. Bruxelles : Bruylant, 2021.

CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE, Henri et DEPINCÉ, Malo. *Droit de la consommation*. 10e éd. 2020. Paris : Dalloz, 2020.

CAPITANT, Henri, TERRÉ, François, LEQUETTE, Yves et CHÉNEDÉ, François. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. 13e éd. Paris : Dalloz, 2015

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10e éd. Paris : L.G.D.J, 2001.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. 2e éd. Paris : PUF, 2017.

CASABIANCA, Denis de. *Montesquieu. De l'esprit des lois : anthologie*. Paris : Flammarion, 2019.

CHAINAIS, Cécile, FERRAND, Frédérique, MAYER, Lucie et GUINCHARD, Serge. *Procédure civile : droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*. 36e éd. Paris : Dalloz, 2022.

CLAVEL, Sandrine. *Droit international privé*. 6e ed. Paris : Dalloz, 2021.

CLAVEL-THORAVAL, Julie. *Les indispensables du droit international privé*. Paris : Ellipses, 2019.

CLERGERIE, Jean-Louis, GRUBER, Annie et RAMBAUD, Patrick. *Droit institutionnel et matériel de l'UE*. 13e éd. Paris : Dalloz, 2020.

COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, Charles-Edouard BUCHER. *Contrats civils et commerciaux*. 12e éd. Paris : Dalloz, 2023.

DARBON, Dominique et DU BOIS DE GAUDUSSON, Jean. *La création du droit en Afrique*. Paris : Éd. Karthala, 1997.

DAVID, René. *Le droit comparé, droit d'hier, droit de demain*. Paris : Économica, 1982.

DAVID, René. *Le droit du commerce international*. Paris : Economica, 1988.

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille et GORÉ, Marie. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 12e éd. Paris : Dalloz, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit*. Paris : Éditions du Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris : Éditions du Seuil, 2006.

DISLÈRE, Paul. *Traité de législation coloniale*. Paris, France : P. Dupont, 1906.

DISSAUX, Nicolas et LOIR, Romain. *Droit de la distribution*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2017.

DOUVILLE, Thibault, ALLEAUME, Christophe, CHONÉ-GRIMALDI, Anne-Sophie et EPSTEIN, Aude-Solveig. *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article : double table de concordance*. 2018.

DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude. *Droit matériel de l'UE*. 8e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2019.

DUBOUIS, Louis et BLUMANN, Claude. *Droit matériel de l'UE*. 8e éd. Paris La Défense : L.G.D.J, 2019.

DUPUY, Pierre-Marie et KERBRAT, Yann. *Droit international public*. 16e éd., 2022, remaniée et enrichie. Paris : Dalloz, 2022.

ELIAS, Taslim Olawale. *La nature du droit coutumier africain. Traduit de l'anglais au français par DECOUFLÉ, Lucile et DESSAU, Jan*. Paris Dakar : Présence africaine, 1998.

FABRIÈS-LECEA, Eugénie. *Droit international privé*. 2e éd. Bruxelles : Bruylant, 2022.

FALLON, Marc, LAGARDE, Paul et POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine. *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et MAZEAUD, Denis (dir.). *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*. Paris : Société de législation comparée, 2003.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et MAZEAUD, Denis. *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*. Paris : Société de législation comparée, 2008.

FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Eric. *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*. 17e éd., 2022. Paris : Sirey, 2022.

FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Éric. *Les obligations*. 17e éd. Paris : Sirey, 2022.

FOELIX, Jean Jacques Gaspard. *Traité du droit international privé*. 2e, Marescq Ainé, libraire-éditeur. 1847.

FONTAINE, Marcel. *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2002.

FONTAINE, Marcel et DE LY, Filip. *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*. 2e éd. Paris Bruxelles : Forum Européen de la Communication Bruylant, 2003.

FOUCHARD, Philippe et GOLDMAN, Berthold (éd.). *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman : droit commercial international et européen*. Paris : Éd. Panthéon-Assas, 2004.

GAUDEMET, Jean et CHEVREAU, Emmanuelle. *Droit privé romain*. 3e éd. Paris : Montchrestien-Lextenso éd, 2009.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe : matières civile et commerciale règlement 44-2001 et 1215-2012, conventions de Bruxelles, 1968 et de Lugano, 1988 et 2007*. 6e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2018.

GAVALDA, Christian, PARLÉANI, Gilbert et LECOURT, Benoît. *Droit des affaires de l'UE*. 8. Paris : LexisNexis, 2019.

GENIN-MERIC, Régine. *La maxime locus regit actum nature et fondement*. Paris : L.G.D.J, 1976.

GHESTIN, Jacques (éd.). *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, formation*. Paris : L.G.D.J, 1980.

GHESTIN, Jacques et DESCHÉ, Bernard (éd.). *Traité des contrats. La vente*. Paris : L.G.D.J, 1990.

GOYARD-FABRE, Simone. *Les fondements de l'ordre juridique*. Paris : Presses Univ. de France, 1992. L'interrogation philosophique.

GROSS, Bernard et BIHR, Philippe. *Contrats*. 2e éd. Paris : PUF, 2002.

GUINCHARD, Serge, FERRAND, Frédérique, CHAINAIS, Cécile et MAYER, Lucie. *Procédure civile*. 7e édition. Paris : Dalloz, 2021.

HALPÉRIN, Jean-Louis. *Profils des mondialisations du droit*. Paris : Dalloz, 2009.

HAYEK, Friedrich August. *Droit, législation et liberté*. 2e éd. Paris : PUF, 2013.

HEINICH, Julia, LÉCUYER, Hervé, MESTRE, Jacques et BUY, Frédéric (éd.). *Les pactes d'affaires*. Paris-La-Défense : L.G.D.J, 2021.

HEUZÉ VINCENT. *La réglementation française des contrats internationaux*. Paris : GLN éd., 1990.

HUET, Jérôme, MOREL-MAROGER, Juliette et GHESTIN, Jacques. *Les principaux contrats spéciaux*. 3. éd. Paris : L.G.D.J, 2012.

ISAAC, Guy. *Droit communautaire général*. Paris : Masson, 1983.

ISSA-SAYEGH, Joseph, LOHOUES-OBLE Jacqueline, *Harmonisation du droit des affaires*. Bruxelles : Bruylant, 2002.

JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et USUNIER, Laurence. *Droit du commerce international*. 4e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021.

JAMIN, Christophe (éd.). *Droit et économie des contrats*. Paris : L.G.D.J, 2008. Droit & Économie.

JAMIN, Christophe, BILLIAU, Marc et GHESTIN, Jacques. *Les effets du contrat*. 3e éd., Paris : L.G.D.J, 2001.

JHERING, Rudolf Von et MEULENAERE, Octave. *Oeuvres Choisies : Traduites Avec L'autorisation De L'auteur*. Kessinger Publishing, 2009.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de « l'abus des droits »*. Paris : Librairie Dalloz, 1927.

KANT, Emmanuel, FUSSLER, Jean-Pierre, FOESSEL, Michaël et KANT, Immanuel. *Critique de la raison pratique*. Paris : Éditions Flammarion, 2003.

KASSIS, Antoine. *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*. Paris : L.G.D.J., 1984.

KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*. Paris : L.G.D.J, 1993.

KELSEN HANS. *Théorie générale des normes*. Paris : PUF, 1996. Léviathan.

KERNEIS, Soazick. *Une histoire juridique de l'Occident : IIIe-IX siècle le droit et la coutume*. Paris : PUF, 2018.

KESSEDJIAN, Catherine et PIRONON, Valérie. *Droit du commerce international*. 2 éd. Paris : PUF, 2020.

KITIC, Dusan. *Droit international privé*. 2e éd. Paris : Ellipses, 2017.

KÖTZ, Hein, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et SIGNAT, Carine. *Droit européen des contrats*. Paris : Sirey, 2020.

LAINÉ, Armand. *Introduction au droit international privé*. Pichon. Paris : Pichon, 1888.

LAMFALUSSY, Alexandre, BERNARD, Luc et CABRAL, António J. *The Euro-zone : a new economic entity?* Bruxelles : Bruylant, 1999.

LE BARS, Benoit, ANCEL, Pascal et MASAMBA, Roger. *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*. 2e éd. Paris : LexisNexis-Litec, 2009.

LEQUETTE, Yves et LEVENEUR, Laurent. *Le code civil : 1804-2004 ; un passé, un présent, un avenir*. Paris : Dalloz, 2004.

LEROUX, Georges. *La république, Platon*. 2. éd. corr. Paris : Flammarion, 2004.

LEWKOWICZ, Gregory et XIFARAS, Mikhaïl. *Repenser le contrat*. Paris : Dalloz, 2009.

MALINVAUD, Philippe et BALAT, Nicolas. *Introduction à l'étude du droit*. 23e éd. Paris : LexisNexis, 2023.

MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des obligations*. 17e éd. Paris : LexisNexis, 2023.

MARTIN, Xavier. *Nature humaine et Révolution française : du siècle des Lumières au Code Napoléon*. Bouère : D. M. Morin, 1994.

MARTIN, Xavier. *Mythologie du Code Napoléon : aux soubassements de la France moderne*. Bouère : D. M. Morin, 2003.

MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. 3e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021. Hypercours Dalloz.

MARTY GABRIEL. *Droit civil. Tome I, [Volume1] Introduction générale à l'étude du droit*. 2e éd. Paris : Sirey, 1972.

MÄSCH, Gerald, MAZEAUD, Denis et SCHULZE, Reiner (dir.). *Nouveaux défis du droit des contrats en France et Europe*. München : sellier. european law publishers, 2009.

MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et REMY, Benjamin. *Droit international privé*. 12e éd. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2019.

MAZEAUD, Denis, SCHULZE, Reiner et WICKER, Guillaume. *L'amorce d'un droit européen du contrat : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs*. Paris : Société de législation comparée, 2010.

MÉRIGNHAC, Alexandre. *Traité de législation et d'économie coloniales*. Recueil Sirey. Paris, 1925.

MONÉGER, Françoise. *Droit international privé*. 9e éd. Paris : LexisNexis, 2021.

MOUSSERON, Jean Marc, GUIBAL, Michel et MAINGUY, Daniel. *L'avant-contrat*. Levallois : Lefebvre, 2001.

MOUSSERON, Jean Marc, RAYNARD, Jacques et AMY, Thérèse-Anne (dir.). *Droit du commerce international : droit international de l'entreprise*. 4e éd. Paris : LexisNexis, 2012.

MOUSSERON, Jean-Marc, MOUSSERON, Pierre, RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste. *Technique contractuelle*. 5e éd. Levallois : Éditions Francis Lefebvre, 2017.

NEUVILLE, Sébastien. *Philosophie du droit*. 2e éd. Paris : L.G.D.J, Lextenso, 2021.

NIBOYET, Jean Paul. *Traité de droit international privé français. Tome III, Conflits de lois, d'autorités et de juridictions : théorie générale*. 2e éd., Paris, Sirey, 1951.

NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de. *Droit international privé*. 7e éd., Paris-la Défense : L.G.D.J, 2020.

OPPETIT BRUNO. *Philosophie du droit*. Paris : Dalloz, 2022.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, Carole et ROCHFELD, Judith. *L'acquis communautaire*. Paris : Économica, 2006.

PARTSCH, Philippe-Emmanuel. *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*. Bruxelles : Larcier, 2003.

PERTEK, Jacques. *Droit matériel de l'UE*. Paris : PUF, 2005.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit des obligations 2022*. 14e éd., 2021. Paris : Dalloz, 2021.

PORTALIS, Frédéric. *Discours et rapports sur le Code civil. Précédés de l'Essai sur l'utilité de la codification*. Caen : Presses universitaires de Caen, 2010.

POUGOUÉ, Paul Gérard et KALIEU ELONGO, Yvette Rachel. *Introduction critique à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*. Yaoundé : Presses Universitaires d'Afrique, 2008.

POUGOUÉ, Paul-Gérard et TCHAKOUA, Jean-Marie. *Droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*. Yaoundé : Presses universitaires d'Afrique, 2000.

RAMPELBERG, René-Marie. *Repères romains pour le droit européen des contrats : variations sur des thèmes antiques*. Paris : L.G.D.J, 2005. Systèmes Droit.

RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*. Paris : PUF, 1980. Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris Série Sciences historiques.

RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste. *Droit des contrats spéciaux*. 10. Paris : LexisNexis, 2019.

ROBAYE, René. *Le droit romain*. 5. éd. Louvaine-la-Neuve : Academia — L'harmattan, 2005.

RODIÈRE, Pierre. *Droit social de l'UE*. 3e édition. Paris : L.G.D.J, 2022.

ROMANO, Santi et FRANCESCAKIS, Phocion. *L'ordre juridique, traduction Lucien François et Pierre Gothot*. 2e éd., Paris : Dalloz, 2005.

ROUX, Jérôme. *Droit général de l'UE*. 7e éd. Paris : LexisNexis, 2021.

SACCO, Rodolfo, GUADAGNI, Marco, ALUFFI BECK-PECCOZ, Roberta et CASTELLANI, Luca. *Le droit africain : anthropologie et droit positif*. Paris : Dalloz, 2009.

SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha, AUBERT DE VINCELLES, Carole, BRUNAUX, Geoffray et USUNIER, Laurence. *Les contrats de consommation : règles communes*. 2e Paris : L.G.D.J, 2018.

SCHIAVONE, Aldo, BOUFFARTIGUE, Geneviève et BOUFFARTIGUE, Jean. *Ius, l'invention du droit en Occident*. Nouvelle éd. Paris : Belin, 2011.

SERIAUX, Alain. *Manuel de droit des obligations*. 3e Paris : PUF, 2018.

SÈVE RENÉ. *Philosophie et théorie du droit*. 2e édition. Paris : Dalloz, 2017.

SIMON, Denys. *Le système juridique communautaire*. 3e Paris : PUF, 2001.

STEIN, Peter et STEIN, Peter. *Le droit romain et l'Europe : essai d'interprétation historique*. 2e éd. Genève Zurich Bâle : Schulthess, 2004.

TCHIKAYA, Blaise. *Le droit de l'Union africaine : principes, institutions et jurisprudence*. Paris : Berger-Levrault, 2014.

TERRÉ, François et MOLFESSIS, Nicolas. *Introduction générale au droit*. 12e éd., 2020. Paris : Dalloz, 2020.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves et CHÉNEDÉ, François. *Les obligations*. 13e édition. Paris : Dalloz, 2022.

TESTU, François Xavier. *Contrats d'affaires*. Paris : Dalloz, 2010.

TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. Paris : PUF, 2015.

TZITZIS, Stamatios. *Introduction à la philosophie du droit*. Paris : Vuibert, 2011.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de et LAVAL, Sarah. *Droit international privé*. 11e éd., 2023, entièrement refondue. Paris : Dalloz, 2023.

VIGNAL, Thierry. *Droit international privé*. 5e éd., 2021. Paris : Sirey, 2020.

VOGEL, Louis. *Unifier le droit : le rêve impossible*. Paris : L.G.D.J, 2001.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Traité de droit romain*. 2e éd. Paris : Firmin Didot frères, 1855.

WEISS, André. *Traité théorique et pratique de droit international privé*. 2e éd. Paris, France : Librairie de la société du Recueil général des lois et arrêts et du journal du Palais, ancienne maison L. Larose et Forcel, 1901.

YETOHOU, Thomas Sixte K. *Aux origines des systèmes juridiques modernes*. Paris : l'Harmattan, 2016.

II. THESES, COURS ET MONOGRAPHIES

ABDOURAOUFI, Ibrahim. *L'OHADA et la common law*. Thèse : Paris : l'Harmattan, 2020.

ADJITA, Shamsidine Akrawati. *Contribution à la protection juridique du consommateur dans les pays en voie de développement*. Thèse : Université d'Auvergne — Clermont-Ferrand I, 1996.

ADOUKO, Bernard. *Le droit uniforme africain et le droit international privé*. Thèse : Université Montesquieu — Bordeaux IV, 2013.

AGBAM, Komlanvi Issifou. Le contrat face à l'imprévision dans les pays francophones d'Afrique subsaharienne : essai d'une analyse normative socio-économique. Thèse : Nantes Université, 15 décembre 2023.

AKAKPO, Martial Koffi. *La protection de la partie faible dans l'arbitrage OHADA*. Thèse : Paris : L'Harmattan, 2018.

ALBORNOZ, María Mercedes. *La loi applicable aux contrats internationaux dans le pays du Mercosur*. Thèse : 2006.

ALIASSE, Gabriel. *L'application de la lex contractus à Madagascar*. Thèse : Université de la Réunion, 2022.

ANCEL, Bertrand. Qualification — Conflit de qualifications. *Rép. dr. int.* Dalloz, 1998.

ANCEL, Marie-Élodie. *La prestation caractéristique du contrat*. Thèse : Paris : Economica, 2002.

ARCHER, Delphine. *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats : Étude de conflits de lois*. Thèse : Cergy-Pontoise, 2006.

ARSAC-RIBEYROLLES, Audrey. *Essai sur la notion d'économie du contrat*. Thèse : Université Clermont I, 2005.

AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise » des conflits de lois) (Vol. 186). RCADI, 1984.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général (2001) (Volume 305). RCADI, 2003.

BAL, Lider. *Le mythe de la souveraineté en droit international : la souveraineté des États à l'épreuve des mutations de l'ordre juridique international.* Thèse : Strasbourg : Université de Strasbourg, 2012.

BALAT, Nicolas. *Essai sur le droit commun*. Thèse : Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2016.

BATIFFOL, Henri. Les tendances doctrinales actuelles en droit international Privé (Volume 72). RCADI, 1948.

BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes en droit international privé (Volume 139). RCADI, 1973.

BECHEREL, Clémentine. *La codification en droit international privé : une perspective universaliste en matière de conflit de lois ?* Thèse : Normandie Université, 2022.

BEDDELEEM, Olivier. *Essai sur la rupture des pourparlers en droits français et anglais : analyse pluri-disciplinaire de la jurisprudence*. Thèse : Paris 1, 2022.

BÉNAC-SCHMIDT, Françoise. *Le contrat de promesse unilatérale de vente*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 1983.

BIANCO, Alessandro. *Le contrat de franchise : contribution à une analyse relationnelle*. Thèse : Poitiers, 2014.

BINOIS, Fanny. *Consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique : étude de droit civil*. Thèse : Aix-en-Provence : PUAM, 2021.

BISSALOUE, Sylvie. *La renégociation contractuelle en droit français et en droit de l'OHADA*. Thèse : Université d'Aix-en-provence, 2016.

BOLLÉE, Sylvain. *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*. Thèse : Paris : Économica, 2004.

BONDON, Marie-Sophie. *Le principe de réparation intégrale du préjudice : contribution à une réflexion sur l'articulation des différentes fonctions de la responsabilité civile*. Thèse : Université Montpellier, 2019.

BORRÁS, Alegría. Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir (Volume 317). RCADI, 2005.

BOSSO, Florence. *Sécurité juridique et sources du droit des contrats internationaux : propositions de réforme du droit OHADA*. Thèse : Université de Bordeaux, 2021.

BOURDOISEAU, Julien. *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*. Thèse : Paris : Université de Tours, 2010.

BOUREL, Pierre. *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*. Thèse : Université de Rennes, 1958.

BOUREL, Pierre. Responsabilité civile. *Rép. dr. int. Dalloz*. 3 février 2023.

BOUSSOFARA, Anissa. *Le principe d'interprétation autonome dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Thèse : Université Côte d'Azur, 2019.

BOYE, Abd-El-Kader. *Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste* (Volume 238). RCADI, 1993.

BRAMBAN, Bernard. *Le principe pacta sunt servanda en droit du commerce international. Étude critique d'un principe de droit transnational*. Thèse : Université de Nice, 2013.

BUREAU, Dominique. *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*. Thèse : Paris II, 1992.

BURUIANĂ, Monica-Elena. *L'application de la loi étrangère en droit international privé*. Thèse : Université de Bordeaux, 2016.

CAPATINA, Octavian. L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale (Volume 179). RCADI, 1983.

CASSARD-VALEMBOIS, Anne-Laure. *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*. Thèse : Dijon, 2003.

CATELLANI, Enrico. Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIXe siècle (Volume 46). RCADI, 1933.

CHAILLÉ DE NÉRÉ, Sandrine. *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*. Université d'Aix-en-Provence, 2003.

COHEN, Caroline. *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*. Thèse : Université Paris II, 2015.

COLLART DUTILLEUL, François. *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*. Thèse : Sirey : Université de Tours, 1988.

COLOMBOS, C. John. La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique britanniques (Volume 36). RCADI, 1931.

CORNU, Gérard. Regards sur le titre III du livre III du Code civil, des contrats ou des obligations conventionnelles en générale : essai de lecture d'un titre du code. RCADI, 1977.

COSTINER, Elias. *La promesse publique de récompense : (Etude de droit comparé)*. Thèse : Paris, 1924.

DA ALLADA, Eustache S. *Le traitement des contrats d'affaires par le droit OHADA*. Thèse : Université de Bourgogne Franche-Comté, 2019.

DAMIENS, Audrey. *La procédure en droit international privé : recherche en droit de l'UE*. Thèse :Université d'Orléans, 2015.

DAVÌ, Angelo. Le renvoi en droit international privé contemporain (Volume 352). RCADI, 2012.

DAVID, Cyrille. *La loi étrangère devant le juge du fond*. Thèse : Paris : Dalloz, 1965.

DESHAYES, Olivier. « *Le droit commun européen de la vente : examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011 »*. Paris : Société de législation comparée, 2012.

DESHAYES, Olivier. *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Paris : PUF, 2008.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère (Volume 371). RCADI, 2015.

DIALLO, Abdou. *Réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA*. Thèse : Université de Perpignan, 2016.

DIENA, Giulio. La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie (Volume 17). RCADI, 1927.

DIOP, Falilou. *Uniformisation du droit de la propriété intellectuelle et conflits de lois dans l'OAPI*. Thèse : Lyon, 23 novembre 2021

DOGUE, Karel Osiris Coffi. *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*. Thèse : Université de Montréal, 2013.

DUBUISSON, Bernard. *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*. Thèse : Université Catholique de Louvain, 1994.

DUFOUR, Gwenaëlle. *Sécurité juridique et règles de droit : illustration en droit des contrats*. Thèse : Université de Lille 2, 2005.

EL HAGE, Yves. *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2022.

ERÉSÉO, Nicolas. *L'exclusivité contractuelle*. Thèse : Paris : Litec, 2008.

ESPINASSOUS, Valentine. *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*. Thèse : Paris : L.G.D.J, éd, 2010.

FABRE-MAGNAN, Muriel. *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*. Thèse : Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2015.

FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249). RCADI, 1994.

FAGES, Bertrand. *Le comportement du contractant*. Thèse : Aix-en-Provence : PUAM, 1997.

FALLON, Marc. Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne (Volume 253). RCADI, 1995.

FARIBAULT, Faribault. *Des nullités du contrat de mariage*. Thèse : Université de Paris, 1905.

FARNOUX, Étienne. *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions : réflexion autour de la matière délictuelle*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2022.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 1996.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Évolution historique et théorie générale du droit européen des contrats. *Répertoire de droit européen, Dalloz*. Février 2021.

FERRARI BRAVO, Luigi. Les rapports entre les contrats et les obligations délictuelles en droit international privé (Volume 146). *RCADI*. 4 mars 1975.

FRANCESCAKIS, Phocion. Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante (Volume 112). RCADI, 1964.

FRANCQ, Stéphanie. *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*. Thèse : Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2005.

GALBOIS DIANE. *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2020.

GATSI, Jean. *Le contrat-cadre*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 1996.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) Cours général (Volume 312). RCADI, 2005.

GAVIN-MILLAN, Élodie. *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2003.

GEORGE, James P. False Conflicts and Faulty Analyses : Judicial Misuse of Governmental Interests in the Second Restatement of Conflict of Laws. Vol. 23.

GIULIANO, Mario. La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis (Volume 158). RCADI, 1977.

GOLDIE-GENICON, Charlotte. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2009.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international Privé (Volume 287). RCADI, 2000.

GRIMALDI, Cyril. *Quasi-engagement et engagement en droit privé*. Thèse : Paris II, 2005.

GRIMALDI, Michel. *La nature juridique de l'institution contractuelle*. Thèse : Université Panthéon-Assas, 1977.

GRYNBAUM, Luc. *Le contrat contingent : l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2004.

GUENZOUI, Youssef. *La notion d'accord en droit privé*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2009.

HAFTEL, Bernard. *La notion de matière contractuelle en droit international privé : étude dans le domaine de conflit de lois*. Thèse : Université Paris II, 2009.

HAGE-CHAHINE, Fayez. La prescription extinctive en droit international privé (Volume 255). RCADI, 1995.

HEYRAUD, Yann. *Le droit non étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*. Thèse : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2017.

HO-DAC, Marion. *La loi du pays d'origine : analyse d'un concept communautaire sous l'angle du droit international privé*. Thèse : Université de Bordeaux 4, 2010.

HOTTE, Simon. *La rupture du contrat international : contribution à l'étude du droit transnational des contrats*. Thèse : Paris : Defrénois, 2007.

JACQUET, Jean-Michel. Contrats, Rép. dr. int. Dalloz, 1998.

JACQUET, Jean-Michel. Droit international privé et arbitrage commercial international (Volume 396). RCADI, 2019.

JAOUEN, Magali. *La sanction prononcée par les parties au contrat : étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*. Thèse : Paris : Economica, 2013.

JAYME, Erik. Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé (Volume 177). RCADI, 1982.

JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation (Volume 282). RCADI, 2000.

JEAUNEAU, Adeline. *L'ordre public en droit national et en droit de l'UE : essai de systématisation*. Thèse : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015.

KAGISYE, Emmanuel. *Les conflits de normes dans l'espace OHADA*. Thèse : Rouen, 2013.

KAHN-FREUND, Otto. Delictual Liability and the Conflict of Laws (Volume 124). *RCADI*. 1 février 1968.

KAMIL YASSEEN, Mustafa. Problèmes relatifs à l'application du droit étranger (Volume 106). RCADI, 1962.

KASSIR, Walid. Le renvoi en droit international privé technique de dialogue entre les cultures juridiques (Volume 377). RCADI, 2016.

KASSIR, Walid. *Autonomie de la volonté et contrat sans loi en droit international privé des contrats : consécration mondiale, risques d'exacerbation et nécessité de préserver l'autorité de la loi dans les contrats internationaux*. Thèse : Beyrouth : Point Delta, 2019.

KESSEDJIAN, Catherine. Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300). RCADI, 2002.

KHORIATY, Rita. *Les principes directeurs du droit des contrats : regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*. Thèse : Aix-en-Provence : PUAM, 2014.

KOHLER, Christian. L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme (Volume 359). RCADI, 2013.

LA ROSA, Stéphane de. *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire : recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*. Thèse : Université d'Aix-Marseille III, 2006.

LAGARDE, Paul. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 1957.

LALIVE, Pierre. Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général) (Volume 155). RCADI, 1977.

LANDO, Ole. The Conflict of Laws of Contracts General Principles (Volume 189). *RCADI*, 1984.

LARPVANICHAR, Ratchaneekorn. *Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise*. Thèse : Université Lille 2, 2012.

LECLERC, Frédéric. *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux : étude de conflits de lois*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg), 1990.

LEDUC, Etienne. *Des avant-contrats*. Thèse : Université de Paris, 1909.

LEQUETTE, Yves. Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé (Volume 387). RCADI, 2017.

LOUSSOUARN, Yvon. Cours général de droit international privé (Volume 139). RCADI, 1973.

LUCAS-PUGET, Anne-Sophie. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2005.

MALAURIE, Philippe. *Les contrats contraires à l'ordre public : étude de droit civil comparé*. Thèse : France : Université de Paris, 1951.

MALINTOPPI, Antonio. Les rapports entre droit uniforme et droit international privé (Volume 116). RCADI, 1965.

MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques. *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil*. Thèse : Université de Toulouse, 1951.

MATOS, Anne-Marie de. *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*. Thèse : Aix-Marseille, 2001

MAYER, Pierre. Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé Cours général de droit international privé (2003) (Volume 327). RCADI, 2007.

MIKPONHOUE, Hervis Igor Cariol. *L'ordre juridique communautaire (OHADA) et les enjeux d'intégration du droit des affaires*. Thèse : Université de Perpignan, 2016.

MINOIS, Maud. *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*. Thèse : Paris, L.G.D.J, 2020.

MOHAMMED, Lamhamedi Cherradi. *Le contrat cadre en droit international*. Mémoire de Master. Dijon : Université de Bourgogne, 2006.

MOYA, Djoleen. *L'autorité des règles de conflit de lois : réflexion sur l'incidence des considérations substantielles*. Thèse : Paris : Université Paris 1, 2020.

MUIR WATT, Horatia. Aspects économiques du droit international privé (Volume 307). RCADI, 2004.

MUIR WATT, Horatia. *Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)*. RCADI, 2019.

MULLER, Michaël. *La normativité et le contentieux des règles générales du droit international en droit interne : une étude comparative en droit allemand, autrichien et français*. Thèse : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2013.

NADAUD, Marion. *La diversité des méthodes d'intégration juridique européenne dans le domaine du droit des contrats : étude de l'organisation d'un espace normatif européen du contrat*. Thèse : Université Toulouse 1 Capitole, 2012.

NADAUD, Séverine. *Recherche sur le processus de codification européenne du droit civil*. Thèse : Université de Limoges, 2007.

NDORDJI, Allatan. *Théorie des risques et transfert de propriété. Comparaison des droits français, de l'OHADA et du commerce international*. Thèse : Université de Poitiers, Université du Tchad, 2018.

NÉRET, Jean. *Le sous-contrat*. Paris : L.G.D.J, 1979.

NGOUMTSA ANOU, Gérard. *Droit OHADA et conflits de lois*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2013.

NIBOYET, Jean Paul. La théorie de l'autonomie de la volonté (Volume 16). RCADI, 1927.

NORD, Nicolas. *Ordre public et lois de police en droit international privé*. Thèse : Université Robert Schuman (Strasbourg), 2003.

OPPETIT, Bruno. Le droit international privé, droit savant (Volume 234). RCADI, 1992.

OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 1992.

OUIRINI, Hanane. *Essai sur l'européanisation du droit de la consommation*. Thèse : Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2016.

PANOPOULOS, Georgios. *Une methode de délimitation du domaine d'application du droit prive communautaire*. Thèse : Bruxelles : Bruylant, 2009.

PATRICK, Glenn. La conciliation des lois Cours général de droit international privé (2011) (Volume 364). RCADI, 2013.

PENIN, Olivier. *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2012.

PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé Cours général de droit international privé (Volume 276). RCADI, 1999.

PIETTE, Gaël. *La correction du contrat*. Thèse : Aix-en-Provence : PUAM, 2004.

PILLET, Antoine. Théorie continentale des conflits de lois (Volume 2). RCADI, 1924.

POILLOT, Élise. *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 2006.

POMMIER, Jean-Christophe. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*. Thèse : Paris : Économica, 1992.

PONS, Camille. *La concordance des compétences juridictionnelle et législative : étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen*. Thèse : Université de Bordeaux, 2020.

PORTA, Jérôme. *La réalisation du droit communautaire : essai sur le gouvernement juridique de la diversité*. Thèse : Clermont-Ferrand Paris : Fondation Varenne L.G.D.J, 2007.

POUGOUÉ, Paul-Gérard. L'arbitrage dans l'espace OHADA. *RCADI*. 2 avril 2016.

RAMÍREZ REYES, Santiago. *L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain*. Thèse : Paris : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2019.

RAYMOND, Raphaële. *Droit commun et droit spécial des contrats d'affaires*. Thèse : Université de Versailles-St Quentin en Yvelines, 2012.

REICHLING, Noemie. *Les principes directeurs du procès civil dans l'Espace judiciaire européen*. Thèse : Université de Caen Normandie, 2017.

RÉMY, Benjamin. *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*. Thèse : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2006.

RIEG, Alfred. *Le Rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Thèse : Strasbourg, L.G.D.J, 1958.

RIGAUX, François. Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé (Volume 213). RCADI, 1989.

RIMABOSCHI, Massimiliano. *L'unification du droit maritime : contribution à la construction d'un ordre juridique maritime*. Thèse : Aix-en-Provence : PUAM, 2015.

ROUBIER, Paul. *Essai sur la responsabilité précontractuelle*. Thèse : Paris : Université de Lyon, 1911.

RZEPECKI, Nathalie. *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Thèse : Aix-en-Provence : PUAM, 2002.

SALAH MOHAMED MAHMOUD, Mohamed. Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé (Volume 315). RCADI, 2005.

SALL, Bigué. *L'harmonisation OHADA des contrats : contribution à la méthode légistique des contrats dans l'espace OHADA*. Thèse : Université de Bourgogne Franche-Comté, 2019.

SARR, Amadou Yaya. *L'intégration juridique dans l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afriques (OHADA)*. PUAM, 2008.

SARVARY-BENE, Peter. *Réflexions sur la notion de contrat préparatoire*. Thèse : Université de Montpellier, 2015.

SAVAUX, Éric. *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* Thèse : Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1993.

SEYSEN-GUÉRIN, Dorothée. *Le contrat de distribution international*. Thèse : Université Paris 11, 2001.

SOLENIK, Daria. *La loi étrangère dans le contentieux judiciaire européen*. Thèse : Université de Lorraine, 2012.

STANCU, Radu. *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle : comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*. Thèse : Université de Strasbourg, 2015.

STARK, Laure. *L'internationalité en droit international privé*. Thèse : Université de Bourgogne Franche-Comté, 2020.

TAOK, Mireille. *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*. Thèse : Université de Poitiers, 2009.

TAOUK, Ghassan. *L'autonomie de la clause en droit privé*. Thèse : Université de Montpellier, 2021.

TETANG, Franc de Paul. *La subsidiarité inversée en droit européen : contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'UE*. Thèse : Université de Poitiers, 2012.

THOMA, Françoise. *Le principe de subsidiarité en droit communautaire : sa signification et son impact sur la construction communautaire*. Thèse : Paris II, 1998.

TRUILHÉ-MARENGO, Ève. *Vers un droit communautaire des contrats*. Thèse : Université d'Aix-Marseille III, 2002.

VAN HECKE, Georges. Principes et méthodes de solution des conflits de lois (Volume 126). RCADI, 1969.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. *La compétence internationale de l'état en matière de droit privé : droit international public et droit international privé*. Thèse : Paris : L.G.D.J, 1997.

VITTA, Edoardo. Cours général de droit international privé (Volume 162). RCADI, 1979.

VRELLIS, Spyridon. Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé A la recherche de la justice (Volume 328). RCADI, 2007.

WELLER, Marc-Philippe. La méthode tripartite du droit international privé : désignation, reconnaissance, considération (Volume 427). RCADI, 2022.

YOUBO, Lou Bouinan Sonia. *La lex societatis en droit international des affaires*. Thèse : Université de Bordeaux, 2015.

ZOUNGRANA, Ibrahim. *Réflexions autour de la protection des consommateurs de la zone UEMOA dans sa perspective d'intégration économique communautaire : Étude comparative avec le droit européen (Français)*. Thèse : Université de Perpignan, 2016.

III. ARTICLES, CHRONIQUES, COMUNICATIONS, COLLOQUES ET TRAVAUX COLLECTIFS

ABARCHI, Djibril. « *Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit* ». *Penant : revue de droit des pays d'Afrique*. 2003. Vol. 113, n° 842, pp. 88-105.

ADALID, Sébastien. « *La transposition de la directive "services" : Sisyphe au service du marché* ». *Rev. UE*. 2017. pp. 496.

AKAM AKAM, André (dir.). « *L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique* ». Dans : *Les mutations juridiques dans le système OHADA*. Paris : l'Harmattan, 2009. pp. 21-36.

ALBAGLI, Claude. « *L'État, les agents économiques et les règles* ». *Mondes en développement*. 2005. Vol. 129, n° 1, pp. 41-58.

ALPA, Guido. « *Les nouvelles frontières du droit des contrats* ». *RIDC*. 1998. Vol. 50, n° 4, pp. 1015-1030.

ALPA, Guido. *« Autonomie des parties et choix de la loi applicable au contrat "national"* ». *RIDC*. 2014. Vol. 66, n° 1, pp. 33-51.

AMRANI-MEKKI, Soraya. « *Droit des contrats* ». Octobre 2008-décembre 2009. *Recueil Dalloz Sirey*. 28 janvier 2010. Vol. 4, pp. 224-235.

ANCEL, Bertrand. « *Du renvoi de qualifications en matière de prescription contractuelle* ». *Rev. crit. DIP*. p. 532.

ANCEL, Bertrand. *Le droit savant du contrat international. Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*. Paris : Dalloz, 2000, pp. 123-128.

ANCEL, François. « *Propos introductifs* ». *RDC*. 1 octobre 2012. N° 4, pp. 1427.

ANCEL, François. « *Propos introductifs* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. RDC, 1 octobre 2012. pp. 1427-1430.

ANCEL, Jean-Pierre (éd.). *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, pp. 3-10.

ANCEL, Marie-Elodie. « *Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I* ». *Rev. crit. DIP*. 2008. Vol. 97, n° 3, pp. 561-579.

ANCEL, Pascal. *« Retour sur la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 143-160.

ANOUKAHA, François. « *La délimitation de la compétence entre la Cour commune de justice et d'arbitrage et les Cours suprêmes nationales en matière de recouvrement des créance*s ». *Juris périodique*. septembre 2004. n° 59, p. 118.

ANTIPPAS, Jeremy. « *L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil* ». *RDC*. 1 juin 2018. Vol. 2018/2, pp. 272-277.

AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente* ». *JCP G*. 2011. pp. 1376.

AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Protection des consommateurs — Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. 12 décembre 2011. N° 50, p. 1376.

AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Naissance d'un droit commun européen de la vente et des contrats* ». n° RDC 2012, p. 457.

AUBERT DE VINCELLES, Carole. « *Chronique Droit européen des obligations — Législation en cours* ». *RTD Eur*. 2013, p.580.

AUBERT DE VINCELLES, Carole, DANIS-FATÔME, Anne et USUNIER, Laurence. « *Pour un instrument optionnel de droit des contrats limité aux ventes à distance transfrontalières conclues entre professionnels et consommateurs* ». *RDC*. 2 juin 2022. N° 4, p. 1426.

AUBERT DE VINCELLES, Carole, VINCELLES, Carole Aubert de et ROCHFELD, Judith. « *Les apports de l'"Acquis communautaire" au cadre commun de référence* ». *RTDE*. 1 octobre 2008. Vol. 4, pp. 741-760.

AUBRY, Hélène, POILLOT, Elise et SAUPHANOR-BROUILLAUD, Natacha. « *Droit de la consommation* ». *D*. 2012. p.840.

AUDIT, Bernard. « *Flux et reflux de la crise des conflits de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1988. Vol. 1, n° 1, pp. 59-77.

AUDIT, Mathias. « *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire* ». *J.D.I.* 2004. N° 3, p. 789.

AVASILENCEI, Catalina. « *La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux* ». *Rev. Crit. DIP,* 2012. Vol. 2, n° 2, pp. 247-275.

AYEWOUADAN, Akodah. « *L'harmonisation du droit des obligations dans les pays membres de l'OHADA : une arlésienne* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque — Écrits sans esprit de système*. Dalloz, à paraître en 2024,

AZIZ DIOUF, Abdoul. « *Libres propos sur le statut personnel dans le droit international privé des États d'Afrique noire* ». *Rev. Crit. DIP*. 2019. Vol. 3, n° 3, pp. 723-747.

AZZI, Tristan. « *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I* ». *D*. 2008, p. 2169.

AZZI, Tristan. « *Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire* ». *D*. 2009. p. 1621.

AZZI, Tristan. « *La volonté tacite en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 2012. p. 147.

AZZI, Tristan. « *La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire* ». Dans : *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit : les relations privées internationales*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2014.

BALENSI, Yves et BAUMGARTNER, Fabrice. « *Opportunité et légitimité du projet de règlement relatif à un droit commun européen de la vente* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », 2012*. RDC. 2012, p. 1400

BAR, Christian von. « *Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003) 63)* ». *European Review of Private Law*. 1 octobre 2003. Vol. 11, n° 5.

BARBIÈRI, Jean-Jacques. « *Pour une théorie spéciale des relations contractuelles* ». *RDC*. 2006. N° 2, pp. 621.

BARREDA, Naivi Chikoc et BERNSTEIN, Stéphanie. « *Enjeux juridiques du télétravail transfrontalier* ». *Etude cofinancé par le Conseil de recherches en sciences humaines et le programme Compétences futures du Gouvernement du Canada*. décembre 2021.

BART, Jean. *« La lex mercatoria au Moyen-Age : mythe ou réalité ? » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, pp. 7-22.

BARTHELEMY, Jacques. « *Hiérarchie des normes, fonction protectrice du droit du travail et sécurisation de l'emploi* ». *RJS*. 2016.

BARTIN, Etienne. « *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois* ». *JDI*. 1897. Vol. 24, pp. 225.

BASEDOW, Jurgen. « *Un droit commun des contrats pour le Marché commun* ». *RIDC*. 1998. Vol. 50, n° 1, pp. 7-28.

BASEDOW, Jurgen « *Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence* », Dans : *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005. pp. 55-74.

BATIFFOL, Henri. « *Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

BATIFFOL, Henri. « *Sur la positivité du droit* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, Théorie générale du droit*. Bruxelles Paris : Sirey, 1963.

BATIFFOL, Henri. « *Intervention sous la communication de Philippe Malaurie. Loi uniforme et conflit de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1967. Vol. 25, n° 1964, pp. 101-102.

BATIFFOL, Henri. *« La loi appropriée au contrat » in Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982.

BAZZOLI, Laure et KIRAT, Thierry. « *L'entreprise et les règles juridiques : une perspective d'économie institutionnaliste* ». *RIEJ*. 1998. Vol. 40, n° 1, pp. 47—

BEALE, Hugh. « *La réforme du droit français des contrats et le "droit européen des contrats"* : perspective de la Law commission anglaise ». *RDC*. 1 janvier 2006. n° 1, p. 135.

BEALE, Hugh. « *Table ronde : Introduction générale sur le droit européen des contrats et le Cadre commun de référence* ». *RDC*. 1 avril 2009. N° n° RDCO2009-2-047, pp. 777.

BÉHAR-TOUCHAIS, Martine et CHAGNY, Muriel. *Livre vert sur le droit européen des contrats : réponses du Réseau Trans Europe Experts*. Paris : Société de législation comparée, 2011.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine et FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *La mise en œuvre des instruments optionnels dans les États membre* ». *LPA*. 29 juin 2012. N° 130, p. 27.

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et JACQUEMIN, Zoé. « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation ». *RDC*. 1 janvier 2012. n° 1, p. 191.

BEN ACHOUR, Souhayma. « *L'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé tunisien* ». *RIDC*. 2017. Vol. 69, n° 2, pp. 349-380.

BÉNABENT, Alain. « *L'hybridation dans les contrats* ». *Dalloz*. 1999. pp. 27-31.

BERAUDO, Jean-Pierre (dir.). *« Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 93-112.

BERGÉ, Jean-Sylvestre (éd.). « *Le droit d'une "communauté de lois" : le front européen* ». Dans : BERGÉ, Jean-Sylvestre (éd.), *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005. pp. 113-136.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Dynamique interprétative de la Cour et codification européenne du droit international privé* ». Dans : *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé, actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009. pp. 158-169.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *L'hypothèse d'un 28e droit européen des contrats* ». *RDC*. 2010. p. 1401.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?* ». *RDC*. 1 avril 2012. N° n° 2, p. page 569.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. « *Le spectre de l'harmonisation totale ou le vieux rêve du jeune droit européen* ». *RDC*. 2016. p. 340.

BERGÉ, Jean-Sylvestre et NIBOYET-HOEGY, Marie-Laure. « *La réception du droit communautaire en droit privé des États-membres » : colloque international, session internationale d'études doctorales, Université de Paris X — Nanterre 28 janvier — 1er février 2003*. Bruxelles : Bruylant, 2003.

BERROD, Frédérique. « *L'utilisation de la soft law comme méthode de conception du droit européen de la concurrence* ». *Rev. UE*. 2015. pp. 283.

BISCHOFF, Jean-Marie. « *Rapport introductif sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1992. Vol. 10, n° 1990, pp. 19-43.

BITSCH, Marie-Therèse (dir.). « *L'évolution institutionnelle de l'UE (1957-2007) : une fédéralisation impossible ?* » Dans *Construire l'Europe : mélanges en hommage à Pierre du Bois*. 1. PUF, 2008.

BLANC, Dominique. « *Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ?* ». *D.* 2008. N° 9, p. 564.

BLANC, Dominique et DEROULEZ, Jérôme. « *La longue marche vers un droit européen des contrats* ». *D.* 2007. N° 23, p. 1615.

BLANC-JOUVAN, Xavier. « *Académie des Privatistes européens et Giuseppe Gandolfi (coordinateur).— Code européen des contrats — Avant-projet, Livre premier, 1* ». *RIDC*. 2004. Vol. 56, n° 2, pp. 505-507.

BLOQUET, Sylvain. « *Une controverse sur l'uniformisation du droit au début du XVIII e siècle : d'Aguesseau lecteur de l'abbé de Saint-Pierre* ». *Revue historique de droit français et étranger (1922—)*. 2013. Vol. 91, n° 3, pp. 451-487.

BLUMANN, Claude. « *Conclusions du colloque international des jeunes chercheurs : la soft law en droit de l'UE* ». *Rev. UE*. 2014. p. 225.

BODIAN, Yaya. « *Les compétences de la Cour commune de justice et d'arbitrage et l'application du droit uniforme des affaires dans l'espace OHADA* ». *RTD com.* 2021. pp. 683.

BOIZARD, Maryline. « *Droit des contrats* ». *Revue Juridique de l'Ouest*. 2015. Vol. 28, n° 1, pp. 87-89.

BOLLÉE, Sylvain. « *À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles* ». *D.* 2008. p. 2161.

BOLLÉE, Sylvain. « *La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 203-226.

BOLLÉE, Sylvain. « *Internationalité et fonction internationale du contrat. (Civ. 1re, 30 septembre 2020, n° 19-15.626)* ». *Rev. crit. DIP*. 2021. Vol. 3, n° 3, pp. 610-615.

BOLZE, Antoine. « *L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste* ». *D.* 2001. p. 1818.

BONICHOT, Jean-claude. « *Le métier de juge à la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)* ». *Revue des affaires européennes*. 1 juillet 2007. Vol. 3, pp. 531-537.

BORGA, Nicolas. « *Le champ d'application rationae personae du DCEV* ». *LPA*. 24 décembre 2013. Vol. 256, pp. 12-14.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel 1* ». *RDC*. 1 octobre 2012. N° 4, pp. 1417.

BORGHETTI, Jean-sébastien. « *L'impossible autonomie de l'instrument optionnel* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. RDC, 1 octobre 2012. pp. 1417-1427.

BORGHETTI, Jean-sébastien et BORGHETTI, Jean-sébastien. « *Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va* ». *D*. 2 juillet 2015. Vol. 24, pp. 1376-1377.

BORN, Asmund w., BORN, Asmund w et GOLDSCHMIDT, Lars b. « *La création légale de systèmes autopoïétiques : Le cas du risque* ». *Droit et société*. 1 janvier 1997. Vol. 35, pp. 125-150.

BOSKOVIC, Olivera. « *La protection de la partie faible dans le règlement Rome I* ». *D*. pp. 2175.

BOSKOVIC, Olivera. « *Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 263-281.

BOSKOVIC, Olivera et REVILLARD, Mariel. III. — « *Conflits de lois* ». *Rev. crit. DIP*. 2014. Vol. 4, n° 4, pp. 823-850.

BOUCARD, Hélène. « *Droit européen des contrats : l'unification divise* ». *RDC*. 1 décembre 2008. N° 06, pp. page 3.

BOUCARD, Hélène. *« Le transfert de propriété et des risques dans la vente (rapport français) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021.

BOUCHARD, Charlaine et LACOURSIÈRE, Marc. « *Les enjeux du contrat de consommation en ligne* ». *RGD*. 21 novembre 2014. Vol. 33, n° 3, pp. 373-438.

BOURDELOIS, Béatrice. *« Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé ». Dans : Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*. Paris : Defrénois, 2005.

BOURGOIGNIE, Thierry. « *Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ?* » *Les Cahiers de droit*. 2005. Vol. 46, n° 1-2, pp. 153.

BOUTAYEB, Chahira et MEYER-HEINE, Anne. « *La transposition des directives en France* ». *Rev. UE*. 2017. pp. 461.

BOUTHINON-DUMAS, Hugues. « *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* ». *RIDE*. 2001. Vol. t. XV, 3, n° 3, pp. 339-373.

BOUVERESSE, Aude. « *La portée normative de la soft law* ». *Rev. UE*. 2015. pp. 291.

BOY, Laurence. « *Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile* ». *RIDE*. 2003. Vol. t. XVII, n° 3, pp. 471-493.

BRASSEUR, Paul. *« Le formalisme dans la formation des contrats, Approche de droit comparé » in Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2002.

BRIÈRE, Carine. « *La pensée de Foelix : entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé* ». *Rev. Crit. DIP*. 2019. Vol. 1, n° 1, pp. 65-86.

BROS, Sarah. « *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?* » Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. RDC, 1 octobre 2012. pp. 1452-1458.

BRUN, Philippe. « *Conclusion* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012. pp. 271-274.

BUCHER, Andréas. « *Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1996. Vol. 12, n° 1993, pp. 209-237.

BURDIN, Erlsa. « *Le transfert des risques dans la proposition de règlement* ». *LPA*. 24 décembre 2013. Vol. 256, pp. 45-47.

BUREAU, Dominique. « *Les sources étatiques* ». Dans : *Le droit international privé*. Paris : PUF, 2010. pp. 15-25.

BUREAU, Dominique. « *Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle* ». *Rev. crit. DIP*. 2022. Vol. 2, n° 2, pp. 410-418.

BUREAU, Dominique, WATT, Horatia Muir et CORNELOUP, Sabine. « *Le Restatement III du droit des conflits de lois : débats et comparaisons* ». *Rev. Crit. DIP*. 1 janvier 2023. Vol. 1, pp. 1-3.

BUREAU PERMANENT DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. « *Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international : des Principes de La Haye ?* » *Rev. Crit. DIP*. 2010. Vol. 1, n° 1, pp. 83-102.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, LEVADE, Anne et PICOD, Fabrice. *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. 1 : Parties I et IV, « architecture constitutionnelle »*. Bruxelles : Bruylant, 2007.

CABRILLAC, Rémy, MAZEAUD, Denis et PRÜM, André. *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : colloque du 22 juin 2007 », Université du Luxembourg, Association Henri Capitant*. Paris : Société de législation comparée, 2008.

CAMBY, Jean-Pierre. « *La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle* ». *RDP*. 2006. n° 5, pp. 1169.

CARMELI, Sara. « *La réception du droit communautaire dans l'ordre juridique italien* ». *RIDC*. 2001. Vol. 53, n° 2, pp. 339-382.

CASTETS-RENARD, Céline. « *Le formalisme informatif en droit européen du commerce électronique* ». *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique*. 1 décembre 2012. Vol. 88, pp. 6-10.

CATALA, Pierre. « *Le formalisme et les nouvelles technologies* ». *Répertoire du Notariat Defrénois*. 15 août 2000. Vol. 15, pp. 897-910.

CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES MARCHÉS ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX (éd.). *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000.

CEREXHE, Etienne. « *L'intégration juridique comme facteur d'intégration régionale* ». *Revue burkinabé de droit*. 14 juin 2020. N° n° 39-40, n° spécial, pp. 21.

CHANTEPIE, Gaël. « *Les codifications privées* ». Dans : Association Henri Capitant, Le droit souple. *Dalloz*. 2009. pp. 39- 58.

CHARBIT, Nicolas. « *L'esperanto du droit ? la rencontre du droit communautaire et du droit des contrats à propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats* ». *JCP G*. 2 janvier 2002. N° 1, doctrine 100.

CHAUVIRÉ, Philippe. « *Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété* ». *RDC*. 1 septembre 2015. N° n° 03, pp. 167.

CHAZAL, Jean-pascal et VICENTE, Serge. « *Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil* ». *RTD Civ*. 1 juillet 2000. Vol. 3, pp. 477-506.

CHEVALLIER, Bertrand. « *Chronique de Droit des contrats et contrats spéciaux* ». *Revue Juridique de l'Ouest*. 1996. Vol. 9, n° 2, pp. 241-251.

CISSÉ, Abdoullah. « *L'harmonisation du droit des affaires en afrique : L'expérience de l'ohada à l'épreuve de sa première décennie* ». *RIDE*. 2004. Vol. t. XVIII, 2, n° 2, pp. 197-225.

CLARET, Hélène. « *Les relations entre le projet d'instrument optionnel et les règles de conflit de lois* ». *LPA*. 24 décembre 2013. n° 256, pp. 19.

COHEN, Caroline. « *Autonomie de la volonté, prévisibilité et droit international privé (réflexions sur les règles permissives)* ». *Droits*. 2017. Vol. 66, n° 2, pp. 211-226.

COLIN, Reydellet. « *Office du juge et diligences des parties dans le projet de Code de droit international privé* ». *GPL*. 30 mai 2023. N° 18, pp. 14.

COLLART DUTILLEUL, François. « *La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens* ». *RDC*. 2006. n° 2, pp. 604.

COLLIARD, Claude-Albert. « *L'irréductible diplomatique* ». *Dans : Études de droit des Communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*. Paris : A. Pedone, 1984.

COMBET, Mathieu. « *Brexit, contrats et attractivité* ». *AJCCD*. 1 mars 2019. Vol. 3, pp. 104-105.

COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (éd.). *Droit international privé : années 2016-2017, 2017-2018*. Paris : Pedone, 2019.

CORNELOUP, Sabine. « *L'application de la loi étrangère* ». *RIDC*. 2014. Vol. 66, n° 2, pp. 363-390.

CORNELOUP, Sabine. « *À l'horizon des droits indisponibles, rien de nouveau* ». *Rev. Crit. DIP*. 2018. Vol. 4, n° 4, pp. 872-877.

CORNELOUP, Sabine et JOUBERT, Natalie. *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : actes du colloque du 20 septembre 2007, Dijon*. Paris : Litec, 2008.

CORNELOUP, Sabine et JOUBERT, Natalie. *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux : actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon*. Paris : LexisNexis-Litec, 2011.

CORNU, Gérard. « *L'évolution du droit des contrats en France* », Journées de la législation comparée. *RIDC*. 1979. Vol. 1, n° 31, pp. 447 et s.

CORNU, Gérard. « *Un code civil n'est pas un instrument communautaire* ». *D*. 2002. N° 03, pp. 351.

COUTRON, Laurent. « *Réforme de la Cour de justice de l'UE : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre !* » *RTDE*. 1 avril 2013. Vol. 2, pp. 293-304.

CROZE, Hervé. *« Le juge doit-il le droit ? » in Justices et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*. L.G.D.J, 2010.

D'AVOUT, Louis. « *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I* ». *D*. 2008. N° 11, pp. 2165.

D'AVOUT, Louis et BOLLÉE, Sylvain. « *Droit du commerce international* ». *Recueil Dalloz*. 2007. pp. 2562.

DARMON, Marco. « *La mission de la Cour et le système de la Convention de Bruxelles* ». Dans : *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*. Butterworths, 1993. pp. 3 et s.

DE NOVA, Rodolfo. « *Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. « *Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es-tu là ?* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 1555-1570.

DE YANGUAS MESSÍA, José. « *Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

DEBET, Anne. « *Le Code européen des contrats. Avant-projet* ». *RDC*. 1 décembre 2003. N° n° 1, pp. 217.

DECKON, François Kuassi. « *L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir* ». *Penant : revue de droit des pays d'Afrique*. 2004. Vol. 113, n° 844, pp. 331-382.

DECKON, François Kuassi. « *Le pouvoir législatif du Conseil des Ministres en droit uniforme de l'OHADA* ». Dans : *Les horizons du droit OHADA : mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*. Paris : CREDIJ, 2018. pp. 171-202.

DECOCQ, André et MALAURIE, Philippe (éd.). *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*. Paris : Defrénois, 2005. Mélanges.

DEHOUSSE, Renaud. « *L'Europe par le droit : plaidoyer pour une approche contextuelle* ». Dans : *La recherche en science politique et l'UE*. Paris : l'Harmattan, 2000. pp. 63-83.

DELATTRE, Christophe. « *Condition pour bénéficier d'une mesure de conciliation : exercice d'une activité commerciale* ». *Revue des procédures collectives*. 1 novembre 2022. Vol. 6, pp. 23.

DELBARD, Marie. « *Réparation et dommage corporel* ». Dans : *« La réparation du dommage. Perspectives nouvelles du droit en France et en Italie »*. Poitiers, 2022. pp. 39-47.

DELEBECQUE, Philippe. « *Cautionnement. Loi applicable. Loi du lieu de résidence habituelle de la caution (non). Liens plus étroits avec la loi d'un autre État (oui). Lois de police (non)* », n° 14-10.373, D. 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. « *Réinventer le droit commun* ». *D.* 1995. N° 1, pp. 1.

DELMAS-MARTY, Mireille. « *La mondialisation du droit : chances et risques* ». *D.* 1999. N° 5, pp. 43.

DELMAS-MARTY, Mireille. « *Le phénomène de l'harmonisation l'expérience contemporaine* ». Dans : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe : actes de colloque organisé par le Centre de recherche européen en droit des obligations de l'Université de Paris 12 et le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2*. Paris : Economica, 2001. pp. 23-36.

DELMAS-MARTY, Mireille. « *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun* ». *D.* 2001. N° 17, pp. 1326.

DELPECH, Xavier. « *2019, où va le droit des contrats* ? » *AJ contrat*. 2019. pp. 1.

DEMOGUE, René. *« Des contrats provisoires » in Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*. Paris : Dalloz, 1939.

DESHAYES, Olivier. « *Le dommage précontractuel* ». *RTD Com.* 2004. pp. 187.

DESHAYES, Olivier. « *Les parties aux négociations contractuelles (réflexions sur le sens de l'acte de négocier)* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : Ceprisca, 2008.

DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie. *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*. Gualino, 2018.

DESHAYES, Olivier et HANNOUN, Charley. *« Dits et non-dits du livre vert ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

DEUMIER, Pascale. « *L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale* ». *D.* 21 février 2008. Vol. 8, pp. 494-499.

DEUMIER, Pascale. « *L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale* ». *D.* 21 février 2008. N° 08, pp. 494.

DEWEDI, Éric. « *L'étendue de la réforme du droit des contrats dans l'espace OHADA* ». *Actualités Du Droit*. 2017. n° 152.

DI NOTO, Romuald. « *L'ordre public international en droit internationaux privés français et allemand* ». *Village de la Justice*. 23 avril 2009.

DIDIER, Paul. « *La compétence législative du droit commercial* ». *RTD com.* 1965. p. 535

DIOUF, N'diaw. « *La Cour commune de justice et d'arbitrage : bilans et perspectives* ». Dans : *colloque sur le 20e anniversaire de l'OHADA, Ouagadougou 10-11 oct. 2013*. 1er sept. 2014 : Revue burkinabé de droit, pp. n° 48, 69-93.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. « *L'article 3 du code civil et la jurisprudence française de 1804 à 1904* ». *Revue internationale de droit international.* 1906. Vol. t. 2, pp. 829-860.

DOUVILLE, Thibault. « *L'émergence d'un droit commun de la cybersécurité* ». *D.* 2017. pp. p.2255.

DROSS, William. « *Le transfert de propriété en droit français 1* ». *RDC*. 1 octobre 2013. n° n° 4, pp. 1694.

DUPRÉ-DALLEMAGNE, Anne-Sophie. « *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers* ». *D.* 2004. pp. 869.

DUPUY, Pierre-Marie. « *Sur des tendances récentes dans le droit international de l'environnement* ». *Annuaire Français de Droit International.* 1974. Vol. 20, n° 1, pp. 815-829.

EMANE MEYO, Martin. « *La force normative "invisible" de la Soft law para-législative de l'UE en droit privé des contrats* ». *Rev. UE.* 2014. pp. 94.

ETOUNDI, FÉLIX ONANA. « *Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *R.D.U.* 1 décembre 2005. Vol. 10, n° 4, pp. 683-686.

FABRE-MAGNAN, Muriel. « *Avantages ou inconvénients des principes directeurs* ? » Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. RDC, 1 octobre 2012. pp. 1430-1441.

FAGES, Bertrand. « *Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando* ». *D.* 9 octobre 2003. Vol. 35, pp. 2386-2390.

FALLON, Marc. *« L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle » in Mélanges Roger O. Dalcq : responsabilités et assurances*. Bruxelles : Larcier, 1994.

FALLON, Marc, LAGARDE, Paul et POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine. « *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé actes du colloque organisé à Toulouse », le 17 octobre 2008*. Paris : D. 2009.

FALLON, Marc. « *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé* ». Dans. *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*. Bruxelles : Bruylant, 1993.

FASSASSI, Qowiyou. « *La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA* ». *Revue Horizons du droit*. 14 février 2022. n° 20, pp. 46-75.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international* ». *RIDC*. 1998. Vol. 50, n° 2, pp. 463-489.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Faut-il un code européen ?* ». *RTD Civ*. 2002. pp. 463.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Droit européen des contrats : première réaction au plan d'action de la Commission* ». *D.* 2003. N° 18, pp. p.1171.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *La réforme du droit français des contrats : perspective comparative* ». *RDC.* 1 janvier 2006. n° 1, pp. 147.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales* ». *D.* 11 janvier 2007. Vol. 2, pp. 96-103.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés* ». *D.* 2008. n° 9, p.556.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats* ». *D.* 10 juin 2010. Vol. 22, p. 1362-1363.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Lancement d'une consultation sur le droit européen des contrats* ». *D.* 8 juillet 2010. Vol. 26, p. 1696.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. « *Vers un droit commun européen de la vente* ». *D.* 5 janvier 2012. N° 01, p. 34.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et BÉHAR-TOUCHAIS, Martine. « *Mise en œuvre des instruments optionnels européens en droit privé* ». Paris : Société de législation comparée, 2012.

FIN-LANGER, Laurence. « *L'intégration du droit du contrat en Europe. Dans : Critique de l'intégration normative* ». Paris cedex 14 : PUF, 2004. pp. 37-111.

FOKOU, Éric. « *L'apport épistémologique de la notion d'économie du contrat en matière d'interprétation* ». *Les Cahiers de droit.* 7 décembre 2016. Vol. 57, n° 4, pp. 715-743.

FOKOU, Éric. « *La notion d'économie du contrat en droit français et québécois* ». *Revue générale de droit.* 11 janvier 2017. Vol. 46, n° 2, pp. 343-377.

FOKOU, Éric et BÉLANGER, André. « *Efficacité et efficience : les obstacles épistémologiques à l'économisme en droit civil des contrats* ». *RGD.* 2019. Vol. 49, n° 1, pp. 5-66.

FOMETEU, Joseph. « *Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation* ». *Revue de droit international et de droit comparé.* 2008. Vol. 85, n° 4, pp. 491-527.

FONTAINE, Marcel. « *Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *RDU.* 1 janvier 2008. Vol. 13, n° 1-2, pp. 561-591.

FONTAINE, Marcel (*dir.*) *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*. Bruxelles Paris : Bruylant L.G.D.J, 2002.

FOURNIER, Benoît et GUILLEMINOT, Benjamin. « *Clauses attributives de juridiction et de droit applicable : les réflexes post-Brexit* ». *Option Finance*. 22 mars 2021. Vol. 1599, pp. 51.

FOURNIER-DE FAŸ, Alexae. « *La recherche de l'attractivité internationale et la réforme du droit des obligations* ». *Option Finance*. 26 février 2024. N° 1.

FOUSSARD, Dominique, NIBOYET, Marie-Laure et NOURISSAT, Cyril. « *Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé* ». *Rev. Crit. DIP*. 2022. Vol. 3, n° 3, pp. 477-501.

FOYER, Jacques (dir.). « *Loi française et loi étrangère* ». Dans : *La loi : bilan et perspectives*. Paris : Economica, 2005. pp. 75-86.

FOYER, Jean. « *Problèmes de droit international privé dans les relations entre la France et les nouveaux États africains d'expression française* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1963. Vol. 21, n° 1960, pp. 139-175.

FRANCESCAKIS, Phocion. « *Droit naturel et Droit international privé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

FRANCESCAKIS, Phocion. « *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois* ». *Rev. crit. DIP*. 1966.

FRANÇOISE, Marylou. « *Le droit international privé post-Brexit* ». *AJ contrat*. 2019. n° 106.

FRANÇOISE, Marylou. « *Le Brexit en droit international privé des affaires : bilan* ». *Revue Lamy Droit des affaires*. 1 avril 2020. Vol. 158, pp. 49-54.

FRANCQ, Stéphanie. « *Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique en passant par la théorie générale…* ». Dans : FALLON, Marc, LAGARDE, Paul et POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privéé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009. pp. 35-68.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. « *Le contrat de distribution : création de la pratique et de la jurisprudence, mode de gestion des rapports de force dans les réseaux* ». Dans : Le contrat-cadre de

distribution, enjeux et perspectives, colloque des 11 et 12 décembre 1996. *Cahier de droit de l'entreprise*. pp. 11 et s.

FROMAGE, Diane. « *La transposition des directives européennes et ses conséquences sur l'équilibre des pouvoirs nationaux. Regards croisés sur l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie* ». *Rev. UE*. 2017. pp. 551.

FROMAGEAU, Jérôme, HUGLO, Christian et TRÉBULLE, François Guy. *Mélanges en l'honneur du professeur Jehan de Malafosse : entre nature et humanité*. Paris : LexisNexis, 2016.

GAILLARD, Emmanuel. « *Trente ans de Lex Mercatoria Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit* ». *JDI*. 1995. N° 1.

GANDOLFI, Giuseppe. « *Pour un code européen des contrats* ». *RTD Civ*. 1992. pp. 707.

GANDOLFI, Ruffini et LETIZIA, Maria. « *Le Code européen des contrats — Livre I, à l'Institut de France (et les travaux préparatoires du Livre II, à l'Université de Pavie)* ». *RIDC*. 2006. Vol. 58, n° 3, pp. 953-963.

GANNAGÉ, Léna. « *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 2009. Vol. 18, n° 2006, pp. 205-241.

GAORANG WANGKARI, Wairou. « *Le commerce électronique : aspects de droit international privé camerounais* ». *OHADA.com*. 31 août 2023. n° Ohadata D-23-03.

GARCÍA, Paz et VARELA CASTRO, Ignacio. *« Le transfert de propriété et des risques dans la vente (rapport espagnol) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, pp 301-306.

GAUCH, Peter, TERCIER, Pierre, WERRO, Franz, PICHONNAZ, Pascal, WERRO, Franz et PICHONNAZ, Pascal (dir.). *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*. Genève Zurich Bâle : Schulthess, 2008.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Le nouveau droit international privé européen des contrat (commentaire de la convention CEE n°80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980* ». *RTD Eur*. 1981. pp. 215.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *De la compétence juridictionnelle pour connaître du litige opposant le sous-acquéreur au fabricant en raison des vices de la chose* ». *Rev. Crit. DIP*. 1992. pp. 726.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Compétence juridictionnelle pour connaître de la responsabilité d'un transporteur de fait en cas de pluralité de défendeurs* ». *Rev. Crit. DIP*. 1999. pp. 322.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions* ». *Revue du Marché commun et de l'UE*. 2000. pp. 228.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« Internationalité »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 73-81.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. « *Brefs propos introductifs* », dans « *Le droit international privé communautaire : émergences et incidences* ». *LPA*. 12 décembre 2002. N° 248, pp. 3.

GAUTIER, Pierre-Yves. « *Prolégomènes à une théorie générale des contrats spéciaux* ». *RDC*. 2006. N° 2, pp. 610.

GAUTIER, Pierre-Yves. « *Conflits de lois dans les groupes de contrats* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 753-767.

GENICON, Thomas. « *Commission européenne et droit des contrats : Quousque tandem abutere patientia nostra ?* ». *RDC*. 1 juillet 2011. N° n° 3, pp. 1050.

GENIN-MERIC, Régine. « *La maxime "locus régit actum". Nature et fondement* ». *RIDC*. 1978. Vol. 30, n° 2, pp. 693-693.

GEST, Juliette. « *Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'UE* ». *D*. 2009. n° 21, pp. 1431-1434.

GETMAN-PAVLOVA, Irina V. et POSTNIKOVA, Elena V. « *La réforme du droit international privé de la Russie* ». *Rev. Crit. DIP*. 2015. Vol. 4, n° 4, pp. 751-786.

GHESTIN, Jacques. « *La notion de contrat cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent* » in Le contrat-cadre de distribution, enjeux et perspectives, colloque des 11 et 12 décembre 1996. *Cahier de droit de l'entreprise*. p. 7.

GHESTIN, Jacques (dir.). « *L'élaboration du Cadre commun de référence : méthode et obstacles éventuels* ». *RDC*. 1 avril 2009. Vol. 2009/2, pp. 808-813.

GIROLLET, Anne. « *Spécialité législative et discrimination : une application inégale des principes républicains dans les colonies françaises (XIXe-XXe siècles)* ». Dans : *Les colonies. Approches juridiques et institutionnels de la colonisation de la Rome antique à nos jours. Actes des colloques internationaux des 2*

et 3 septembre 2010 et des 6 et 7 juin 2012, Faculté de droit et de sciences sociales de l'Université de Poitiers. L.G.D.J, 3 septembre 2010. pp. 289.

GOJOSSO, Éric et GRISI, Giuseppe. *Séminaire doctoral franco-italien*. Poitiers : 2022.

GOLDMAN, Berthold. « *Frontières du droit et "lex mercatoria"* ». *Archives de philosophie du droit*.

GOLDMAN, Berthold. « *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1970. Vol. 27, n° 1966, pp. 119-148.

GOLDMAN, Berthold. « *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* ». *JDI*. 1979. pp. 475.

GOLDSCHMIDT, Walter. « *Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

GOLDSTEIN, Gerald. « *L'exception de prévisibilité. Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ?* » *Rev. crit. DIP*. 2018. Vol. 1, n° 1, pp. 3-29.

GOLDSTEIN, Gerald. « *Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ?* » *Rev. Crit. DIP*. 2018. pp. 3.

GRAEFF, Bibiana et WELLERSON, Pereira. « *Initiatives d'harmonisation régionale du droit de la consommation : les exemples du Mercosur et de l'OEA* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012. pp. 25-36.

GRIDEL, Jean-Pierre. « *Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen* ». *D*. 1999. n° 13, pp. 139.

GRIMALDI, Cyril. « *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* ». *D*. 2016. n° 11, pp. 648.

GRIMALDI, Cyril. « *Pacte de préférence et restriction de concurrence* ». *RDC*. 14 février 2023. n° 02, pp. 236.

GRIMALDI, Michel. « *L'exportation du code civil* ». *Pouvoirs*. 2003. Vol. 107, n° 4, pp. 80-96.

GRIMALDI, Michel et DE VITA, Anna. « *Réponse de la Fondation pour le droit continental* ». *RDC*. 1 octobre 2011. N° n° 4, pp. 1376.

GUESSOUM, Ahlam. « *Un droit européen des contrats efficace : quelle intensité contraignante ?* » Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012, pp. 107-138.

GUICHERD, Sophie. « *La proposition de règlement et le contenu numérique* ». *LPA*. 24 décembre 2013. Vol. 256, pp. 53-55.

GUILHERMONT, Edith. « *La promesse de récompense à la lumière du droit comparé* ». *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*. 1 décembre 2010. Vol. 3, pp. 1473-1493.

GUILLEMARD, Sylvette. « *Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi* ». *Revue générale de droit*. 26 février 2019. Vol. 25, n° 1, pp. 49-82.

HALPERIN, Jean-Louis. « *L'approche historique et la problématique du jus commune* ». *RIDC*. 2000. Vol. 52, n° 4, pp. 717-731.

HAMEL, Joseph. « *Les clauses d'échelle mobile et le Droit monétaire français* ». *Revue économique*. 1955. Vol. 6, n° 2, pp. 167-186.

HAMMJE, Petra. *« Livre vert de la Commission en vue de la création d'un droit européen des contrats, Enjeux de droit international privé ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011.

HAMMJE, Petra. « *Libres propos sur les interactions entre qualification et ordre public* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 867-888.

HAMMJE, Petra, MUIR WATT, Horatia et LAGARDE, Paul. « *III. — Conflits de lois* ». *Rev. crit. DIP*. 2010. Vol. 2, n° 2, pp. 344-360.

HEUZÉ, Vincent. « *La volonté en droit international privé* ». *Droits*. 1999. Vol. 28, pp. 113.

HEUZÉ, Vincent. « *La notion de contrat en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 2000. Vol. 13, n° 1995, pp. 319-344.

HEUZÉ, Vincent. « *De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* ». *Rev. crit. DIP*. 15 septembre 2000. n° 03, p. 595.

HEUZÉ, Vincent. « *A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats* ». *JCP G*. 17 juillet 2002. N° n° 29, pp. 1341.

HEUZÉ, Vincent. « *La réception du droit communautaire en droit privé des États membre* ». Dans *: Bergé, Jean-Sylvestre et Niboyet, Marie-Laure (dir.) La réception du droit communautaire en droit privé des États-membres : colloque international, session internationale d'études doctorales, Université de Paris X — Nanterre 28 janvier — 1er février 2003*. Bruxelles : Bruylant, 2003. pp. 128.

HEUZÉ, Vincent. *« La compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 393-416.

HEUZÉ, Vincent. « *Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police* ». *Rev. crit. DIP*. 2020. Vol. 1, n° 1, pp. 31-60.

HILIM, Tchamyèlaba. « *Pour une uniformisation du droit des affaires dans l'espace économique francophone d'Afrique : que peut la francophonie ?* » *Revue internationale des francophonies*. 2022. N° 10.

HOUSSARD, Eugène. « *L'économie du contrat. Revue Juridique de l'Ouest »*. 2002. Vol. 15, n° 1, pp. 7-65.

HOUTCIEFF, Dimitri. « *La "fonction subversive" de l'engagement unilatéral de volonté* ». *La Gazette du Palais*. 14 juillet 2021. Vol. 31, p. 23.

HOUTCIEFF, Dimitri. « *Engagement unilatéral de volonté : l'invitation à la paresse* » *La Gazette du Palais*. 13 septembre 2022.

HUET, André (éd.). *« Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et compétence des tribunaux en droit judiciaire européen », Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005. pp. 417-431.

HUET, Jérôme. « *Nous faut-il un "euro" droit civil ?* » *D*. 2002. N° 34, pp. 2611.

HUGON, Philippe. « *Droit, droits et économie du développement. Illustrations à propos de l'alimentation* ». *Mondes en développement*. 2005. Vol. 129, n° 1, pp. 13-40.

IDOT, Laurence. « *Éléments d'un droit international privé africain : l'exemple de la Côte-d'Ivoire* ». *Revue juridique africaine*. 1990. Vol. 1.

IDOT, Laurence. « *Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome) ». Dans : Le droit privé européen, sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières*. Paris : Economica, 1998.

IDOT, Laurence. « *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé* ». *LPA*. 12 décembre 2002. n° 248, p. 27.

ISSA-SAYEGH, Joseph. « *La fonction juridictionnelle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA* ». *Ohadata, D-02-16*.

ISSA-SAYEGH, Joseph. « *L'intégration juridique des États africains de la Zone Franc ». Penant. 1997, p. 125*.

ISSA-SAYEGH, Joseph. « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA* ». *RDU*. 1999. Vol. Unidroit, Rome, n° 1, pp. 5 et s.

Joseph ISSA-SAYEGH, « *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA* », RDU, 1999, n° 1, p. 5.

ISSA-SAYEGH, Joseph. « *La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* ». Dans : *Mélanges offerts au Doyen Roger Decottignies*. Presses universitaires de Grenoble, 2002. pp. 175-184.

JACQUEMIN, Zoé. « *Le champ d'application et la structure du droit commun européen de la vente* ». Dans : *Le droit commun européen de la vente : examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*. Paris : Société de législation comparée, 2012. pp. 63-90.

JACQUET, Jean-Michel. *« Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources ».* Dans : *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000.

JACQUET, Jean-michel. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« Rapport introductif ».* Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 5-10.

JACQUET, Jean-Michel. *« Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution ». Dans : Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, pp. 727-746.

JACQUET, Jean-Michel. « *Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT* ». *R.D.U.* 1 janvier 2008. Vol. 13, n° 1-2, pp. 179-194.

JACQUET, Jean-Michel. « *L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel.* Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 905-929.

JALUZOT, Béatrice. « *Cartographier les droits ». Dans : Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*. Paris : Dalloz, 2013.

JAMIN, Christophe. « *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité* » À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris. *RIDC*. 2000. Vol. 52, n° 4, pp. 733-751.

JAMIN, Christophe. « *Vers un droit européen des contrats ? (réflexion sur une double stratégie)* ». *Revue de jurisprudence Commerciale*. 2006. p. 14.

JAMIN, Christophe et DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. « *Un droit européen des contrats ?* ». Dans : *« Le droit privé européen »*. Paris : Economica, 1998.

JAMIN, Christophe et MAZEAUD, Denis. *L'harmonisation du droit des contrats en Europe : actes de colloque organisé par le Centre de recherche européen en droit des obligations de l'Université de Paris 12 et le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2*. Paris : Economica, 2001.

JAULT-SESEKE, Fabienne. « *Quel avenir pour les Grands arrêts de droit international privé ?* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel.* Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 929-945.

JAULT-SESEKE, Fabienne et CORNELOUP, Sabine. « *Conflits de lois. Rev. crit. DIP ».* 2012. Vol. 3, n° 3, pp. 576-598.

JEAMMAUD, Antoine. « *Unification, uniformisation harmonisation de quoi s'agit-il ?* ». Dans : Filali. Osman (dir.), Vers un Code européen de la consommation. *Bruylant*. 1998. pp. 35.

JEAMMAUD, Antoine, KIRAT, Thierry et VILLEVAL, Marie-claire. « *Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit* ». *RIDE*. 1 janvier 1996. Vol. 1, pp. 99-141.

JEAN, GAUDEMET. « *Du jus commune au droit communautaire ». Dans : Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Université Panthéon-Assas (Paris II)*. Paris : Dalloz, 2000.

JESTAZ, Philippe. « *Genèse et structure du champ doctrinal* ». *D.* 2005. n° 1, pp. 19.

JESTAZ, Philippe et JAMIN, Christophe. « *L'entité doctrinale française* ». *D.* 1997. n° 22, pp. 167.

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle. *« La réception du droit communautaire en droit des conflits de lois » in La réception du droit communautaire en droit privé des États-membres : colloque international, session internationale d'études doctorales, Université de Paris X — Nanterre 28 janvier — 1er février 2003*. Bruxelles : Bruylant, 2003.

JOURDAIN, Patrice. « *Convention Bruxelles 27 septembre 1968. Chaîne de contrats. Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur contre le fabricant non vendeur. Art. 5-1° inapplicable* ». *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*. 12 novembre 1992. N° 46, pp. 363.

KHALID, Sekkat. *Intégration économique européenne, Sous la direction de FAVAROUE, Étienne, LAGADEC, Gaël*. Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2002.

KAHN, Philipe. « *La Lex Mercatoria : point de vue Français après quarante ans de controverses* ». *McGill Law Journal*. 1992. Vol. 37, pp. 413 et s. spéc. p. 416.

KAHN, Philipe. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 23-29.

KAHN, Philippe. « *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises* ». *RIDC*. 1981. Vol. 33, n° 4, pp. 951-986.

KAMDEM, Innocent Fetze. « *L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux* ». *Les Cahiers de droit*. 12 avril 2005. Vol. 40, n° 3, pp. 645-663.

KAMDEM, Innocent Fetze. « *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique* ». *Uniform Law Review*. 1 août 2008. Vol. 13, n° 3, pp. 709-744.

KARPENSCHIF, Michaël. « *Le contrat public européen »*. Dans *: Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? »*. RDC, 1 septembre 2014. pp. 539-544.

KARSTEN, Jens et PETRI, Gösta. « *Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission's 2004 Communication "European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward"* ». *Journal of Consumer Policy*. 1 mars 2005. Vol. 28, n° 1, pp. 31-51.

KARSTEN, Jens et SINAI, Ali R. « *The Action Plan on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law* ». *Journal of Consumer Policy*. juin 2003. Vol. 26, n° 2, pp. 159-195.

KELSEN, Hans. « *Positivité juridique et doctrine du droit naturel* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, Théorie générale du droit*. Bruxelles Paris : Établissements Émile Bruylant, Éditions Sirey, 1963, pp. 141-148.

KENFACK DOUAJNI, Gaston. « *La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA* », Ohadata D-09-22. *RDU,* 2008. N° 1/2, pp. 367.

KENFACK DOUAJNI, Gaston. « *L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA* ». 31 août 2023. N° Ohadata D-07-32.

KENFACK, Hugues. « *Pour une lecture européenne du règlement Bruxelles I* ». *D*. 2008. pp. 1729.

KIRAT, Thierry et VIDAL, Laurent. *« Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées ».* 2005, pp. 1-24.

KNETSCH, Jonas. « *La réparation du dommage extracontractuel en droit international privé* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel.* Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 979-1018.

LAAZOUZI, Malik. « *La spécificité des contrats publics internationaux* ». Dans : *Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? »*. RDC, 1 septembre 2014. pp. 545-552.

LAAZOUZI, Malik. « *For européen du contrat et action délictuelle entre les contractants : l'autonomie de la notion de matière contractuelle face à la concurrence déloyale* » RDC. 1 décembre 2014. N° 2014/4, pp. 691-693.

LAGARDE, Paul. « *Recherches sur l'ordre public en droit international privé* ». *RIDC*. 1960. Vol. 12, n° 4, pp. 864-866.

LAGARDE, Paul. « *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats* ». *Rev. Dir. Int. Priv. Proc.* 1975. N° n° 1, pp. 649.

LAGARDE, Paul. *« Approche critique de la lex mercatoria ».* Dans : *Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982.

LAGARDE, Paul. « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». *Rev. crit. DIP*. 1991. p. 287.

LAGARDE, Paul. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« L'internationalité du point de vue de l'ordre international »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 17-21.

LAGARDE, Paul. « *La codification du droit international privé monégasque* ». (Loi n° 1.448 du 28 juin 2017). *Rev. crit. DIP*. 2018. Vol. 4, n° 4, pp. 753-774.

LAGARDE, Paul. « *Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français* ». *Rev. crit. DIP*. 2022. Vol. 3, n° 3, pp. 515-520.

LAGARDE, Xavier. « *Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats* ». *Recueil Dalloz Sirey*. 3 novembre 2005. Vol. 39, pp. 2745-2747.

LAGELLE, Anaïs. « *Le rôle des parlements nationaux dans le processus législatif européen à l'aune du traité de Lisbonne* ». *Revue française de droit constitutionnel*. 2011. Vol. 87, n° 3, pp. 25-55.

LAGELLE, Anaïs. « *Le rôle des parlements nationaux dans le processus législatif européen à l'aune du traité de Lisbonne* ». *Revue française de droit constitutionnel*. 2011. Vol. 87, n° 3, pp. 25-55.

LAGHMANI, Slim. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« Internationalité : antécédents, consécration et crise d'un concept »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 5-10.

LALIVE, Pierre. « *Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse* ». Dans : L'arbitrage international privé et la Suisse, Colloque des 2 et 3 avril 1976, Mémoires de la faculté de droit de Genève. 1977. N° 53, pp. pp ; 50-105.

LAMAZEROLLES, Eddy. *« La convention de Vienne, modèle des recodifications » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021.

LANDO, Ole. « *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences* ». *RDC*. 1 janvier 2006. N° n° 1, p. 167.

LARRIEU, Jacques. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« Internationalité et Internet »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 41-49.

LARROUMET, Christian. « *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Art. 5-1°. Chaîne de contrats. Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur contre le fabricant non vendeur.*

Application (non). ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. 21 octobre 1992. Vol. II, n° 43, pp. 21-27.

LATINA, Mathias. « *Les derniers développements du droit européen du contrat* ». *RDC*. 1 janvier 2012. n° 1, pp. 299.

LAURENCE-CLAIRE, Lemmet. « *La négociation des contrats* ». *RTD com.* 2016. p. 1.

LE BOURG, Johann. « *Réponse à la question 4.3 : le champ d'application matériel de l'instrument* ». *Revue Le Lamy Droit civil*. 1 juillet 2011. N° 84, pp. 88.

LE GALLOU, Cécile. « *La clause de force majeure : leçons du droit anglais à l'égard des contrats français* ». Dans : *Le contrat dans tous ses États*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019. pp. 87-110.

LEBIED, Joachim. « *Intégration de l'UE et droit de la commande publique : levier d'intégration et vecteur de légitimation* ». *Rev. UE*. 2019. p. 495.

LECLERC, Frédéric. « *Le contrat cadre en droit international privé* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 2005. Vol. 16, n° 2002, pp. 3-33.

LÉGIER, Gérard. *« Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo » in Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : actes du colloque du 20 septembre 2007, Dijon*. Paris : Litec, 2008.

LEGRAND, Pierre. « *Sens et non-sens d'un Code civil européen* ». *RIDC*. 1996. Vol. 48, n° 4, pp. 779-812.

LEGRAND, Pierre. « *Le primat de la culture* ». Dans : *Le droit privé européen : actes du colloque organisé à Reims les 30 janvier et 1er février 1997*. Paris : Economica, 1998. pp. 1-19.

LEGRAND, Pierre. « *Sur l'analyse différentielle des juriscultures* ». *RIDC*. 1999. n° 51-4, pp. 1053-1071.

LEGRAND, Pierre. « *La leçon d'Apollinaire, L'harmonisation du droit des contrats en Europe* ». Dans : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe : actes de colloque organisé par le Centre de recherche européen en droit des obligations de l'Université de Paris 12 et le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille 2*. Paris : Economica, 2001. pp. 37-56.

LEIBLE, Stefan et WILKE, Felix M. « *Le projet de code de droit international privé* ». Une vue d'Allemagne. *Rev. crit. DIP*. 2022. Vol. 3, n° 3, pp. 503-514.

LELOUVIER, Aude. « *Retour sur le choix tacite de la loi d'autonomie en matière contractuelle !* » *Le Quotidien, octobre 2021*. 19 octobre 2021.

LEQUETTE, Yves. « *Vers un Code civil européen ?* » *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*. n° n° 107, pp. 97-126.

LEQUETTE, Yves. « *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar* ». *D*. 2002. n° 27, pp. 2202.

LEQUETTE, Yves. « *Le code européen est de retour* ». *RDC*. 2011. pp. 1028.

LEQUETTE, Yves. « *Avant-Propos* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. RDC, 1 octobre 2012. pp. 1393-1400.

LEVEL, Patrice. « *Le contrat dit sans loi* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1967. Vol. 25, n° 1964, pp. 209-243.

LEVENEUR, Laurent. « *Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? (suite)* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. 1 octobre 2012. pp. 1441-1451.

LIEBICH, André, GERMOND, Basil et DU BOIS, Pierre (éd.). *Construire l'Europe : mélanges en hommage à Pierre du Bois*. 1ère éd. Paris : PUF, 2008.

LIMBRÉE, Pauline. « *L'appréciation des notions de "professionnel" et d'"entreprise" : démarche "au cas par cas" et protection du consommateur* ». *Revue de droit des technologies de l'information*. 25 août 2020. Vol. 76, pp. 125-140.

LISSARRAGUE, Bertrand et GUINCHARD, Serge. « *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*. Dans *: Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*. 2010.

LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique* ». *RIDC*. 1999. Vol. 51, n° 3, pp. 543-591.

LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'autonomie des parties : le caractère supplétif des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* ». *RDU*. 1 janvier 2008. Vol. 13, n° 1-2, pp. 319-337.

LOISEAU, Grégoire. « *Le formalisme informatif par voie électronique : les conditions d'équivalence au support écrit du support durable* ». *Communication Commerce Électronique*. 1 octobre 2012. Vol. 10, pp. 26-28.

LOKIEC, Pascal. « *Le droit des contrats et la protection des attentes* ». *D*. 2007. pp. 324.

LOQUIN, Eric. *« Où en est la lex mercatoria ? » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000.

LOQUIN, Éric. « *Règles matérielles du commerce international et droit économique* ». *RIDE*. 2010. Vol. t. XXIV, 1, n° 1, pp. 81-101.

LOUIS-LUCAS, Pierre. « *La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

LOUKAKOU, Didier et KEITA, Boubou. *Défis du droit des affaires en Afrique : mélanges I*. Paris : l'Harmattan, 2020. Études africaines.

LOUSSOUARN, Yvon. *« Règles de conflits et règles matérielles dans le droit internationales de sociétés ». Dans : Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982.

LOUSSOUARN, Yvon. « *L'évolution de la règle de conflit de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1988. Vol. 1, n° 1, pp. 79-103.

MAILHÉ, François. « *Entre Icare et Minautaure, les notions de droit internartional privé de l'Union* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 1137-1165.

MAINGUY, Daniel. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux ?* ». *RDC*. 2006. N° 2, p. 614.

MAISONNEUVE, Caroline. *« Approche historique du droit européen des contrats, Caroline Maisonneuve ». Dans : Le Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*. Cergy-Pontoise [Paris] : Université de Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études juridiques et politiques Lextenso éd, 2011. Collection LEJEP.

MAKAROV, Alexander, Nikolaevič. « *Réflexions sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une Convention internationale* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

MALAURIE, Philippe. « *L'équivalence en droit international privé* ». *D.* 1962. pp. 215.

MALAURIE, Philippe. « *Loi uniforme et conflits de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1967. Vol. 25, n° 1964, pp. 83-109.

MALAURIE, Philippe et ESMEIN, Paul Préfacier. *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.* 1953. Reims, France : Ed. Matot-Braine, 1953.

MALINVAUD, Philippe. « *Réponse — hors délai — à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats* ». *D.* 2002. N° 33, pp. 2542.

MALINVAUD, Philippe. « *Réponse-hors délai-à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats* ». *D.* 26 septembre 2002. Vol. 33, pp. 2542-2551.

MALINVAUD, Philippe. « *Le "contenu certain" du contrat dans l'avant-projet "chancellerie" de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes* ». *D.* 16 octobre 2008. Vol. 36, pp. 2551-2552.

MARAIS, Astrid. « *Cadre commun de référence et Code civil* ». *RDC.* 2005. n° RDC, pp. 1204.

MARAIS, Astrid. « *Le code européen des contrats : le Parlement n'a pas dit son dernier mot ; Résolution du Parlement européen du 3 septembre 2008 sur le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats* ». *RDC.* 1 janvier 2009. Vol. 2009/1, pp. 229-230.

MARCHADIER, Fabien. « *Le droit commun du point de vue du droit européen des droits de l'Homme* ». *RDC.* 1 septembre 2014. N° 3, p. 553.

MARCHADIER, Fabien. « *Le droit commun du point de vue du droit européen des droits des l'Homme* ». Dans : *Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? »*. RDC, 1 septembre 2014. pp. 553-558.

MARCHI, Jean-François. « *Droit constitutionnel et droit international : La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale* » *Revue française de droit constitutionnel.* 2003. Vol. 54, n° 2, p. 401.

MARGUÉNAUD, Jean-pierre. « *Rapport conclusif* ». Dans : *Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? »*. RDC, 1 septembre 2014. pp. 579-582.

MARIDAKIS, Georges. « *Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

MARMISSE, Anne. « *Jurisprudence de la CJCE relative a la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968* » 17 sept. 2002, aff. C—334/ 00). *RTD com.* 2003. pp. 207.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, Anne. « *Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* ». *RTD com.* 2008. pp. 892.

MARSHALL, Brooke Adele. « *Reconsidering the proper law of the contract* ». *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 13.

MARTIN, Xavier. « *L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme* ». *Revue historique de droit français et étranger (1922—)*. 1982. Vol. 60, n° 4, pp. 589-618.

MARTOR, Boris. « *L'intégration juridique au service de l'émergence du continent africain* ». *Ohadata D-13-56*.

MARTOR, Boris, PILKINGTON, Nanette, SELLERS, David et THOUVENOT, Sébastien. *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*. Paris : LexisNexis, 2009.

MARTUCCI, Francesco. « *Les méthodes : quelques éléments de réflexion générale* ». Dans : *Brunessen Bertrand éd., Méthodes et stratégies dans l'UE*. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2021. pp. 21-42.

MARX, Valérie. « *Les conséquences de la nullité des contrats cadre de distribution sur les contrats d'application* ». *La lettre juridique, mars 2011*. 1 avril 2011.

MASSÉ, Michel. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« Internationalité et droit pénal »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 67-71.

MATHIEU, Bertrand. « *La part de la loi, la part du règlement* ». *Pouvoirs*. 2005. Vol. n° 114, n° 3, pp. 73-87.

MAYER, Pierre. « *L'office du juge dans le règlement des conflits de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1979. Vol. 1, n° 1975, pp. 233-268.

MAYER, Pierre. « *L'office du juge dans le règlement des conflits de lois* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1979. Vol. 1, n° 1975, pp. 233-268.

MAYER, Pierre. « *Les lois de police* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1988. Vol. 1, n° 1, pp. 105-120.

MAYER, Pierre. « *La délocalisation du contrat* ». Dans : *La relativité du contrat, Travaux de l'Association Henri Capitant, Colloque de Nantes, 1999*. L.G.D.J, 2000.

MAYER, Pierre. « *Les procédés de preuve de la loi étrangère* ». Dans : *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXIe siècle*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2001. pp. 617-636.

MAYER, Pierre. « *Réflexions sur la notion de contrat international* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*. Genève : Schulthess, 2008. pp. 873.

MAYER, Pierre. « *Le droit OHADA et le droit international privé : les règles d'applicabilité du droit uniforme* ». Dans : *Les horizons du droit OHADA : mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*. Paris : CREDIJ, 2018. pp. 291-328.

MAYER, Pierre. « *Le mythe du contrat d'arbitre* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 1181-1197.

MAZEAUD, Denis. « *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée* ». *Droit et patrimoine*. juillet 1996. pp. 44.

MAZEAUD, Denis. « *Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat* ». *D*. 2007. N° 42, pp. 2959.

MAZEAUD, Denis. « *La période précontractuelle en droits positif et prospectif français, européen et international : comparaisons* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : Ceprisca, 2008. pp. 13-41.

MAZEAUD, Denis. « *Principes du droit européen du droit du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen* ». *RTDE*. 1 octobre 2008. Vol. 4, pp. 723-739.

MAZEAUD, Denis. « *Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !* » *D*. 30 octobre 2008. Vol. 38, pp. 2675-2680.

MAZEAUD, Denis et GENICON, Thomas. « *L'équilibre contractuel : trop c'est trop ?* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. RDC, 1 octobre 2012. pp. 1469-1482.

MESSINI, Stella. « *La reconnaissance mutuelle en matière pénale entre "efficacité" et "responsabilité" ». Archives de politique criminelle*. 2016. Vol. 38, n° 1, pp. 227-248.

MESTRE, Jacques. « *L'économie du contrat* ». *RTD Civ*. 1996. pp. 901.

MIALOT, Camille et DIMA EHONGO, Paul. « *Introduction. De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables* ». Dans : *Critique de l'intégration normative*. Paris : PUF, 2004. pp. 25-36.

MEZGER, Edmund. « *La Jurisprudence française relative aux Sentences arbitrales étrangères et la Doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de Droit privé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

MICKLITZ, Hans-Wolfgang. « *La main visible du droit privé réglementaire européen. Le passage du droit privé européen de l'autonomie vers le fonctionnalisme dans le cadre de la concurrence et de la réglementation* ». *RIDE*. 2014. Vol. t. XXVIII, n° 1, pp. 5-57.

MILLS, Alex. « Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé ». *Rev. Crit. DIP*. 2019. Vol. 2, n° 2, pp. 405-416.

MOLFESSIS, Nicolas. « *Le Conseil constitutionnel redécouvre le droit civil* ». *RTD Civ*. 1998. pp. 796.

MOLFESSIS, Nicolas. « *La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel* ». *La Semaine Juridique Edition Générale*. 8 mars 2000. Vol. I, n° 10, pp. 210.

MONTEILLET, Vanessa et CERQUEIRA, Gustavo Vieira da Costa. « *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux »*. Paris : Société de législation comparée, 2023.

MOTULSKY, Henri. « *L'office du juge et al loi étrangère* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

MOTULSKY, Henri. « *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France* ». Dans : *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris, France : Dalloz, 1965. pp. 681-706.

MOUSSERON, Jean Marc. *« La durée dans la formation du contrat ». Dans : Etudes offertes Alfred Jauffret*. Aix-en-Provence : Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. 1974, pp. 509-524.

MOUY, Sébastien. « *La réparation intégrale du préjudice* ». *Village de la Justice*. 18 octobre 2021.

MUIR WATT, Horatia. « *Application subsidiaire de la loi française à défaut de preuve du contenu de la loi étrangère normalement applicable* ». *Rev. crit. DIP*. 1991. pp. 569.

MUIR WATT, Horatia. « *De la loi applicable à une promesse d'achat de parts sociales conclue entre un salarié et son employeur* ». *Rev. crit. DIP*. 1994. pp. 92.

MUIR WATT, Horatia. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« L'internationalité et droit de la famille »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 51-57.

MUIR WATT, Horatia. *« Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé ». Dans : Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005.

MUIR WATT, Horatia. « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme* » in La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008. *D*. 2009. pp. 77-92.

MUIR WATT, Horatia. « *Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale* ». *RIDE* 2013. Vol. (t. XXVII), n° 1-2, pp. 59-78.

MUIR-WATT, Horatia. « *La fonction subversive du droit comparé* ». *RIDE*. 2000. Vol. 52, n° 3, pp. 503-527.

NDIAYE, Isaac Yankhoba, CORRÉA, J. Jean-Louis et DIOUF, Abdoul Aziz (éd.). *Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal (C.O.C.C.) : cinquante ans après*. Dakar : L'Harmattan Sénégal, 2018.

NEFRAMI, Eleftheria (Dir.). *Objectifs et compétences dans l'UE*. Bruxelles : Bruylant, 2012.

NGONO NKOA, Véronique Carole. « *La méthode conflictuelle dans le projet de code civil camerounais : contribution à la systématisation de l'évolution des méthodes en droit international privé* ». *Cahiers de droit (Québec)*. 2016. Vol. 57, n° 4, pp. 551-582.

NJEUFACK TEMGWA, René. « *Regards sur la protection juridique du consommateur africain : lecture comparée* ». *Penant*. 2009. Vol. 119, n° 868, pp. 293-311.

NOURISSAT, Cyril. « *Droit civil de l'UE (second semestre 2003)* ». *Recueil Dalloz Sirey*. 13 mai 2004. Vol. 19, pp. 1315-1316.

NOURISSAT, Cyril. « *Droit civil de l'UE : panorama 2005* ». *Recueil Dalloz Sirey*. 11 mai 2006. Vol. 19, pp. 1259-1267.

NOURISSAT, Cyril. « *Droit civil de l'UE* ». juin 2006-novembre 2007. *Recueil Dalloz Sirey*. 3 janvier 2008. Vol. 1, pp. 40-46.

NOURISSAT, Cyril. « *Le contentieux contractuel : une histoire d'autonomie* ». Dans : *Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? » RDC*, 1 septembre 2014. pp. 575-578.

NOURRISSAT, Cyril. « *Le contentieux contractuel : une histoire d'autonomie ?* » in « L'autre droit (européen et international) des contrats ? ». *RDC*. 1 septembre 2014. N° n° 3, pp. 575.

NOURRISSAT, Cyril. « *UE et droit international privé : relire le Doyen Savatier 60 ans après* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 1239-1240.

NYIA ENGON, Nelly Géraldine. « *La conformité au contrat dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011* ». *Les Petites Affiches*. 24 décembre 2013. Vol. 256, pp. 42-44.

OLIVA, Anne-Marie. « *La transposition de la directive "services de médias audiovisuels" : atouts et faiblesses d'une directive d'harmonisation minimale* ». *Rev. UE*. 2017. pp. 473.

OPPETIT, Bruno. « *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême* ». *D*. 1990. pp. 73.

OSMAN, Filali. « *Vers un Code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États membres et de l'UE* ». *RIDC*. 1999. Vol. 51, n° 3, pp. 711-713.

OUDIN, Martin. « *Un droit européen… Pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé* ». *RIDC*. 1 septembre 2007. Vol. 59/3, pp. 475-521.

PAJOR, Tomasz. « *La nouvelle loi polonaise de droit international privé. Présentation générale* ». *Rev. Crit. DIP*. 2012. Vol. 1, n° 1, pp. 5-13.

PAMBOUKIS, Charalambos. *« La lex mercatoria reconsidérée », Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 635-660.

PANET, Amélie. « *Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ?* » *Rev. crit. DIP*. 2015. Vol. 4, n° 4, pp. 837-856.

PÉLISSIER, Anne, CABRILLAC, Rémy, MAZEAUD, Denis et PRÜM, André. « *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats* ». Dans : *« Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : colloque du 22 juin 2007 », Université du Luxembourg, Association Henri Capitant*. Paris : Société de législation comparée, 2008.

PELLET, Alain. *« La lex mercatoria, "Tiers ordre juridique ?" Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » Dans Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*. Paris Dijon : Litec CREDIMI, 2000.

PERDRIAU, André. « *Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ?* » *JCP N*. 28 janvier 1994. Vol. 4, pp. 39-44.

PÉRÈS, Cécile. « *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* ». *JCP G*. 2016. pp. 454.

PIAZZON, Thomas. « *La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ?* » Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. *RDC*, 1 octobre 2012. pp. 1459-1468.

PIÉDELIÈVRE, Stéphane. « *Pratiques commerciales déloyales et notion de consommateur* ». *La Gazette du Palais*. 11 décembre 2018. Vol. 43, pp. 35-36.

PIGNARRE, Geneviève. « *L'apport insoupçonné du droit social communautaire à l'élaboration d'un instrument normatif en droit européen du contrat* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012. pp. 93-106.

PIGNARRE, Geneviève. « *La proposition de règlement européen pour la vente : un modèle de jus commune post-moderne ?* » Dans : *Acte de colloque « L'autre droit (européen et international) des contrats ? »*. RDC, 1 septembre 2014. pp. 559-566.

PIGNARRE, Geneviève et PIGNARRE, Louis-frédéric. « *L'inexécution essentielle et ses implications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement* ». *LPA*. 24 décembre 2013. Vol. 256, pp. 48-52.

PIGNARRE, Louis-frédéric. « *Le très spécial avant le général : l'impossible droit commun* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012. pp. 167-178.

PIMONT, Sébastien. « *À propos du processus de réforme du droit français des contrats* ». *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*. 2009. N° 43 (2), pp. 439-452.

PIMONT, Sébastien. « *Ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012. pp. 257-270.

POCAR, Fausto. *« La codification européenne du droit international privé : vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les Etats tiers ? »*. Dans : *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, 697-706.

POILLOT, Elise. « *Le droit comparé au service de la compréhension de l'acquis communautaire en droit privé* ». *RIDC*. 2005. Vol. 57, n° 4, pp. 1017-1030.

POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine. « *L'internationalité, bilan et perspectives* ». Dans : *« L'internationalité du point de vue de l'ordre communautaire »*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 31-39.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric et RONZANO, Alain. « *Le contrat-cadre, par delà les paradoxes* ». *RTD com.* 1996. p. 179.

PONSARD, André. « *L'office du juge et l'application du droit étranger* ». *Rev. crit. DIP*. 1990. pp. 607.

POSNER, Eric A. « *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?* » *The Yale Law Journal*. 2003. Vol. 112, n° 4, pp. 829-880.

POUGOUÉ, Paul Gérard. « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : les tribulations d'un universitaire* ». *Ohadata*. 22 mars 2022. N° D-07-41.

PRETELLI, Ilaria. « *Le droit international privé entre Chartes des droits et droits "à la carte"* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 1323-1348.

PRIETO, Catherine. « *Une culture contractuelle commune en Europe* ». *Droit*. 2003. pp. 38.

PUIG, Pascal. *« Le contrat d'entreprise translatif de propriété » in Études offertes à Jacques Dupichot : liber amicorum*. Bruxelles : Bruylant, 2004.

PUIG, Pascal. « *L'avènement des sources optionnelles de droit* ». *RTD civ.* 2012. N° 493.

PUIGELIER, Catherine (dir.). La maxime « *Nul n'est censé ignorer la loi* ». Dans : *La loi : bilan et perspectives*. Paris : Economica, 2004. pp. 75-86.

PURI, Anuj et SAHAY, Nidhi. « *The Proper Law of Contract : Definition, Determination and Effect* ». *Asian Dispute Review*. 2006. Vol. 8, pp. 90.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. « *Introduction* ». Dans : *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*. Chambéry : Université de Savoie, 2012. pp. 1-14.

RABELLO, Alfredo mordechai. « *La théorie de la culpa in contrahendo et la loi israélienne sur les contrats 1973* ». *RIDC*. 1 avril 1997. Vol. 49/2, pp. 439-474.

RABREAU, Anne et LAMAZEROLLES, Eddy. *« La cession des droits sociaux (rapport français) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021.

RANIERI, François. « *Hélène Aubry. L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats* ». *RIDC*. 2004. Vol. 56, n° 1, pp. 221-223.

RASSAFI-GUIBAL, Hicham. « *De quelques aspects des usages des instruments de soft law comme vecteurs de normativité économique* ». *Rev. UE*. 2014. pp. 85.

RAVILLON, Laurence. *« La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable ». Dans : Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*. Paris : LexisNexis Litec, 2011.

RAYNARD, Jacques. « *Le contrat cadre de disribution a pour prestation caractéristique la fourniture de produit : à défaut de clause de loi applicable, la loi de la résidence habituelle du fournisseur est présumée présenter les liens les plus étroits avec le contrat* ». *JCP G*. 24 juillet 2004. N° 13, pp. 573-575.

RAYNARD, Jacques. « *Pour une théorie générale des contrats spéciaux : des insuffisances respectives du droit général et du droit spécial* ». *RDC*. 1 avril 2006. N° 2, pp. 597.

SCHULZE, Reiner. « *Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire* ». 1 juillet 2008. N° n° RDC, pp. 922.

RÉMERY, Jean-Pierre. « *Application, interprétation et dénaturation de la loi étrangère dans la jurisprudence de la Cour de cassation : quelques remarques tirées de l'exemple du droit international des entreprises en difficultés* ». Dans : *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières : mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*. Paris : L.G.D.J, 2018. pp. 1379-1393.

REMY, Benjamin. « *Des notions de prévisibilité en matière de conflits de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ?* ». Dans : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2015. pp. 792.

RÉMY-CORLAY, Pauline et FENOUILLET, Dominique. « *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats » : actes du colloque, 30 et 31 janvier 2003, Institut Charles Dumoulin*. Paris : Dalloz, 2003.

REYMOND, Claude. « *Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1991. Vol. 9, n° 1988, pp. 97-119.

REYNA, Agustin. « *What place for consumer protection in the Single Market for digital content ? Reflections on the European Commission's optional regulation policy* ». *Revue européenne de droit de la consommation*. 1 avril 2014. Vol. 2, pp. 333-362.

RIGAUX, François. *« Souveraineté des États et arbitrages transnational » in Le Droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*. Paris : LITEC, 1982.

RITLENG, Dominique. « *L'effectivité du droit européen de la concurrence. Quelques observations introductives* ». *Rev. UE*. 2015. pp. 277.

RIVOLLIER, Vincent. « *Les paradoxes du "droit privé européen"* ». *Rev. UE*. 2018. pp. 634.

ROBERT, Véronique et USUNIER, Laurence. « *Conclusion. Du bon usage du droit comparé* ». Dans Critique de l'intégration normative. *PUF*. 2004. pp. 227-255.

ROCHFELD, Judith. « *Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne* ». *D*. 2009. p. 2047.

RONTCHEVSKY, Nicolas. « *Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats* ». *AJCCD*. 1 mars 2016. Vol. 3, pp. 112-115.

ROUBIER, Paul. « *De la légitimité des situations juridiques* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, Théorie générale du droit*. Bruxelles Paris : Établissements Émile Bruylant Éditions Sirey, 1963, pp. 265-292.

ROUHETTE, Georges. « *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* ». Dans : *Études offertes à René Rodière*. Paris : Dalloz, 1981, pp. 247-272.

ROUHETTE, Georges. « *La contribution française au projet de cadre commun de référence* ». *RDC*. 1 avril 2009. Vol. 2009/2, pp. 739-763.

ROUHETTE, Georges, LAMBERTERIE, Isabelle de, (dir.). *Principes du droit européen du contrat*. Paris : SLC, 2003.

ROUX, Louis et TRICAUD, François. « *Le pouvoir et le droit : Hobbes et les fondements de la Loi » : actes du colloque tenu à l'Université Jean Moulin Lyon 3, les 17, 18 et 19 mars 1989 pour le quatrième centenaire de la naissance de Hobbes organisé par le Centre d'histoire et d'analyse politiques de*

l'Université Jean Moulin, Lyon 3. Saint-Étienne : Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1992.

SEKKAT, Khalid. *« Monnaie unique et commerce européen », dans : Étienne Farvaque éd., Intégration économique européenne. Problèmes et analyses*. Louvain-la-Neuve : De Boeck Supérieur, 2002.

RUEDA, Isabelle. « *Réflexions sur la notion d'internationalité en droit* ». *Revue de Recherche Juridique — Droit prospectif*. 1 janvier 2003. pp. 107-118.

SACCO, Rodolfo. « *Liberté contractuelle, volonté contractuelle* ». *RIDC*. 2007. Vol. 59, n° 4, pp. 743-760.

SAGOT-DUVAUROUX, Jean. « *La mise en œuvre des lois de police étrangères par le juge français* », *La lettre juridique, mai 2010*. 7 octobre 2010.

SALAH, Mahmoud Mohamed. « *Droit économique et droit international privé. Présentation — Ouverture* ». *RIDE*. 2010. Vol. t. XXIV, 1, n° 1, pp. 9-36.

SASSOLAS, Delphine. « *L'obligation d'information dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente* ». *LPA*. 24 décembre 2013. Vol. 256, pp. 26-28.

SAUVÊTRE, Pierre. « *Entretien avec Bernard Stiegler* ». *Tracés. Revue de Sciences humaines*. 1 décembre 2007. N° 13, pp. 249-267.

SAVATIER, René. « *Le Marché Commun au regard du droit international privé* ». *Rev. crit. DIP*. 1959. pp. 237-258.

SAVAUX, Éric. « *La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux* ». *Lextenso*. 2012. N° 238, p. 4.

SAVAUX, Éric et SCHÜTZ, Rose-Noëlle. *« Le processus de formation de la vente (rapport français) » in Les recodifications du droit de la vente en Europe*. Poitiers : Presses universitaires juridiques de Poitiers, Faculté Droit & sciences sociales, Université de Poitiers, 2021, pp. 357-370.

SAYEGH, Joseph Issa et LOHOUES-OBLE, Jacqueline. « *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc* ». *Ohadata D -02— 12 www.ohada.com, Revue de jurisprudence commerciale*. juin 1999. pp. 237.

SAYEGH, Joseph Issa et POUGOUÉ, Paul-Gérard. « *Communication : L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions* ». *Uniform Law Review*. 1 janvier 2008. Vol. 13, n° 1-2, pp. 455-476.

SCHULTSZ, Jan C. « *Les lois de police étrangères* ». *Trav. Com. fr. DIP*. 1985. Vol. 5, n° 1982, pp. 39-62.

SCHULZE, Reiner. « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat — Rapport de synthèse* ». *RDC*. 1 octobre 2013. N° n° 4, pp. 1720.

SÉNÉCHAL, Juliette. « *Le retour du droit européen des contrats par le numérique… et par l'harmonisation totale* ». *Rev. UE*. 2019. N° 2017, pp. 485.

SERAGLINI, Christophe. « *Le droit international privé de la période précontractuelle* ». Dans : *L'avant-contrat : actualité du processus de formation des contrats*. Amiens : Ceprisca, 2008. pp. 77-103.

SINAY-CYTERMANN, Anne (éd.). « *La protection de la partie faible en droit international privé* ». Dans : *Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 737-749.

SINDRES, David. « *La rupture du contrat international* ». *Actualité juridique Contrats d'affaires : concurrence, distribution*. 30 novembre 2016. N° 11, pp. 464.

SINDRES, David. « *Le contrat cadre en matière internationale* ». *AJCCD*. 1 mars 2017. Vol. 3, pp. 107-113.

SONNENBERGER, Hans Jürgen. « *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ?* ». *Rev. crit. DIP*. 2002. p. 405.

SONNENBERGER, Hans Jürgen. « *État de droit, construction européenne et droit des sociétés* ». *Rev. crit. DIP*. 2013. Vol. 1, n° 1, pp. 101-112.

SOSSA, Dorothé Cossi. « *Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général ; contrats commerciaux ; contrats de consommation* ». *RDU,* 2008. n° 1/2, pp. 339.

SOURZAT, Claire. « *Généalogie jurisprudentielle du régime de la promesse unilatérale de vente : retour poétique sur l'arrêt rendu le 8 septembre 2010 par la 3ème chambre civile de la Cour de cassation* ». *Droit et Ville*. 2012. Vol. 73, n° 1, pp. 119-135.

SPINOSI, Camille Jauffret. « *Une perspective de droit comparé* ». *Les Cahiers de droit*. 12 avril 2005. Vol. 30, n° 3, pp. 657-672.

STAUDENMAYER, Dirk. « *The Commission Action Plan on European Contract Law* ». *European Review of Private Law*. 1 avril 2003. Vol. 11, n° 2.

STAUDENMAYER, Dirk. « *The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law* ». *Journal of Consumer Policy*. 1 septembre 2004. Vol. 27, n° 3, pp. 269-287.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. « *Réforme du droit des contrats spéciaux : Nous avons conservé certains numéros emblématiques* ». *Dalloz Actualité*. 8 novembre 2023.

STONE SWEET, Alec et CAPORASO, James. « *La Cour de justice et l'intégration européenne* ». *RFSP*. 1998. Vol. 48, n° 2, pp. 195-244.

STRUYCKEN, Teun. *« Locus regit actum, un nouvel avatar hollandais » in Le droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Paris : Dalloz, 2005, pp. 765-780.

SYMEONIDES, Symeon C. « *L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux* ». *Rev. crit. DIP*. 2013. Vol. 4, n° 4, pp. 807-842.

TALLON, Denis. « *Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ?* ». *Defrénois*. 15 juin 2000. N° 11, pp. 683.

TALLON, Denis. « *Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative* ». *RDC*. 1 janvier 2006. N° n° 1, pp. 131.

TEMPLE, Henri. « *Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation (juin 2003)* ». *Revue burkinabè de droit*. 2003. N° 33-34, pp. 105-122.

TENENBAUM, Aline. « *Un autre droit international et européen des contrats ? Le contentieux contractuel* » in « *L'autre droit (européen et international) des contrats ?* ». *RDC*. 1 septembre 2014. N° n° 03, pp. 567.

TENENBAUM, Aline. « *Droit européen des contrats : illustrations récentes de la combinaison complexe de règles de droit international privé et de règles matérielles* ». *RDC*. 1 mars 2016. N° 1, pp. 132.

TERRÉ, François. « *Propos conclusifs* ». Dans : *Actes de colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », Paris, 10 mai 2012*. 1 octobre 2012. pp. 1483-1484.

THIRY, Sandra. « *Télétravail à l'international* ». *Village de la Justice*. 14 décembre 2020.

TISSEYRE, Sandrine. « *De l'influence indirecte du droit anglais sur le droit français : l'exemple des sanctions en cas d'inexécution contractuelle* ». Dans : *Le contrat dans tous ses États*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019. pp. 69-85.

TORRE-SCHAUB, Marta. « *L'histoire de la directive climat : vers la construction de valeurs constitutionnelles communes ?* ». *Rev. UE*. 2017. pp. 534.

TOUBON, Jacques. « *Le droit européen des contrats* ». *D*. 24 juillet 2008. Vol. 27, pp. 1880.

TRICOIT, Jean-Philippe. Fiche 35. La codification. Dans : *Fiches de Culture juridique*. Paris : Ellipses, 2019. pp. 227-232.

TUBEUF, Caroline. « *Enrichissement sans cause, gestion d'affaires et culpa in contrahendo* ». *Revue de Droit Commercial Belge*. 1 juin 2008. Vol. 6, pp. 535-548.

USUNIER, Laurence. « *L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère* », *RTD Civ*. 1 avril 2017. Vol. 2, pp. 343-349.

VALLINDAS, Petros. « *Droit international privé "lato sensu" ou "stricto sensu"* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *Action en responsabilité intentée par le sous-acquéreur d'une chose contre le producteur : quelle compétence ?* », *Rev. Crit. DIP*. 1992. pp. 709.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *Le droit privé européen » : actes du colloque organisé à Reims les 30 janvier et 1er février 1997*. Paris : Economica, 1998.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980* ». Dans : *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : liber amicorum*. Paris : Defrénois, 2005, pp. 393-411.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats* ». Dans : *Le droit*

international privé, esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Paris : Dalloz, 2005. pp. 781-802.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *Lois de police et politiques législatives* ». *Rev. crit. DIP*. 2011. Vol. 2, n° 2, pp. 207 à 290.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère* ». *RCADI*. 2014. N° t. 371, pp. 153-271.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. « *Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats* ». Dans : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*. Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J, 2015. pp. 869-885.

VASSEUR, Michel. « *Le Droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique* ». *RTD civ*. 1952. N° 4.

VASSEUR, Michel. « *Les derniers developpements du droit des clauses monetaires en France* ». *The International and Comparative Law Quarterly*. 1955. Vol. 4, n° 3, pp. 315-328.

VAUCHEZ, Antoine. « *À quoi "tient" la cour de justice des communautés européennes ? Stratégies commémoratives et esprit de corps transnational* ». *RFSP*. 2010. Vol. 60, n° 2, pp. 247-270.

VERDUSSEN, Marc (éd.). *L'Europe de la subsidiarité : XVIIes Journées Juridiques Jean Dabin*. Bruxelles : Bruylant, 2000.

VIRASSAMY, Georges J. « *La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989* ». *JCP E*. 1990. N° II, p. 15809.

VOGEL, Louis. « *La réglementation européenne de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats* » in Le contrat-cadre de distribution, enjeux et perspectives, colloque des 11 et 12 décembre 1996. *Cahier de droit de l'entreprise*. p. 32.

VOINOT, Denis et SÉNÉCHAL, Juliette (dir.). *Vers un droit européen des contrats spéciaux :* Bruxelles : Larcier, 2012.

VON BAR, Christian. « *Le Groupe d'études sur un Code civil européen* ». *RIDC*. 2001. Vol. 53, n° 1, pp. 127-139.

WALTER, Doralt. « *De quelques conditions de succès d'un instrument optionnel en droit européen des contrats* ». *RDC*. 1 octobre 2011. N° n° 4, pp. 1313.

WAUTELET, Patrick. *« Le nouveau droit des contrat internationaux » Dans actualités de droit international privé*. Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2009.

WEATHERILL, Stephen et VOGENAUER, Stefan. « *La compétence de la Communauté Européenne pour harmoniser le droit des contrats-une analyse empirique* ». *RDC*. 1 août 2005. Vol. 2005/4, pp. 1215-1235.

WEILL, Alex. « *Un cas épineux de compétence législative en matièrede responsabilité délictuelle : dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

WENGLER, Wilhelm. « *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable* ». *Rev. crit. DIP*. 1990. pp. 657, 659 s.

WESLEY, Simon. « *Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir contractuel discrétionnaire par le tribunal anglais et la bonne foi : influences françaises et européennes ?* » Dans : *Le contrat dans tous ses États*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019. pp. 111-139.

WHITTAKER, Simon. « *L'instrument facultatif du droit européen des contrats et la liberté contractuelle* ». *RDC*. 1 avril 2011. N° n° 2, pp. 579.

WICKER, Guillaume. « *Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat — Propos introductifs* ». *RDC*. 1 octobre 2013. N° n° 4, pp. 1579.

WIDIEZ, Gaëlle. « *La loi applicable aux fautes commises pendant les pourparlers* ». *Revue Lamy Droit Civil*. 1 septembre 2020. Vol. 184, pp. 37-41.

WILDERSPIN, Michael. « *Le droit international privé des contrats (autres que les contrats conclus par les consommateurs)* ». *Revue des affaires européennes*. 1 septembre 2001. Vol. 4, pp. 424-439.

WILDERSPIN, Michael. « *Les lois de police et le règlement Rome I* ». Dans *Le contrat dans tous ses États*. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2019. pp. 5-19.

WITZ, Claude. « *L'internationalité et le contrat* ». Dans : *L'internationalité, bilan et perspectives*. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 59-66.

WITZ, Claude. « *La longue gestation d'un code européen des contrats — Rappel de quelques initiatives oubliées* ». *RTD Civ.* 2003. N° 3, pp. 447.

WITZ, Claude. « *Plaidoyer pour un code européen des obligations* ». *D.* 8 avril 2004. Vol. 14, pp. 23-27.

WITZ, Claude et RANIERI, Filippo. « *La réforme du droit allemand des obligations » : colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*. Paris : Société de législation comparée, 2004.

WYLER, Éric. *« L'internationalité en droit international public »*. Dans L'internationalité, bilan et perspectives. Revue Lamy Droit des affaires, 1 février 2002. pp. 47-49.

WYLER, Eric, PAPAUX, Alain, « *L'extranéité, ou, Le dépassement de l'ordre juridique étatique » : actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997*. Paris : Pédone, 1999.

ZELCEVIC-DUHAMEL, Ana. « *La notion d'économie du contrat en droit privé* ». *JCP G*. 2001. N° I, pp. 300.

ZENATI-CASTAING, Frédéric. « *Transsystémisme et droit commun. Une clé du droit occidental* ». *RIDC*. 2017. Vol. 69, n° 4, pp. 733-755.

ZWEIGERT, Konrad. « *Méthodologie du droit comparé* ». Dans : *Mélanges offerts à Jacques Maury*. Paris : Dalloz & Sirey, 1962.

ZWEIGERT, Konrad. « *Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur-la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas* ». *RIDC*. 1964. Vol. 16, n° 1, pp. 33-44.

L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier (24-25 octobre 1985). PUF. Paris, 1989.

MUIR WATT, Horatia. « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme* ». Dans : *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privéé actes du colloque organisé à Toulouse, le 17 octobre 2008*. Paris : Dalloz, 2009. pp. 77-92. Thèmes et commentaires.

IV. Textes juridiques

Code civil I et Code civil II (Côte d'Ivoire).

Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal (COCC).

Code civil du Niger.

Côte civil de la Guinée.

Code de procédure civile français.

Code pénal français.

Code de procédure civile de l'Italie. Code belge de droit international privé.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988.

Convention de New York relative à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée le 10 juin 1958.

Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR).

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Décret du 30 juillet 1888 relatif aux contrats et obligations conventionnelles en République Démocratique du Congo.

Décret N° 2018/366 du 20 juin 2018 portant Code des Marchés Publics au Cameroun.

Loi fédérale suisse sur le droit international privé ~ 393 ~

Loi du 29 Août 1987 fixant le régime général des obligations au Mali.

Loi organique n° 006/PR/98 du 7 août 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour Suprême au Tchad.

Loi du 16 novembre 1989 portant institution et application du Code des personnes et de la famille au Burkina Faso.

Loi sénégalaise n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques. Loi n° 2010-21 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun.

Loi n° 045-2009 portant réglementation des services et des transactions électroniques au Burkina Faso.

Loi n° 2013-546 du 30 juillet 2013 relative aux transactions électroniques en Côte d'Ivoire. Loi n° 2012-02 du 03 janvier 2012 portant organisation du crédit-bail au Sénégal. Loi n° 2010/020 du 21 décembre 2010 portant organisation du crédit-bail au Cameroun. Loi

n° 2015-905 du 30 décembre 2015 portant organisation du crédit-bail en Côte d'Ivoire.
Loi no 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance en France.

Loi no 2005-554/UEMOA du 02 décembre 2005 relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux.

Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat en France

Ordonnance française n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations.

Règlement n° 05/CEMAC/UMAC/CM portant insaisissabilité des comptes et actifs financiers des établissements de crédit logés à la Banque des États de l'Afrique Centrale.

Règlement n° 02/03/CEMAC/UMAC/CM du 4 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement dans les États de la CEMAC.

Règlement de l'UEMOA relatif aux systèmes de paiement.
Règlement 01/CEMAC/UMAC du 11 avril 2016 portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et financement du terrorisme et de la prolifération en Afrique centrale.

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement Rome I)

V. JURISPRUDENCES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

1. JURISPRUDENCES AFRICAINES

Jurisprudence de la CCJA

CCJA, décision du 27 juillet 2007.

CCJA, décision du 15 janvier 2010, Affaire n°001/2010.

CCJA, décision du 10 octobre 2012, Affaire n°003/2012.

Jurisprudences nationales des états membres de l'OHADA

Cass. Sénégal, arrêt n° 15-16.872 du 13 octobre 2016.

Cass. Côte d'Ivoire, décision du 20 juin 2015, Affaire n° 05/2015.

Cass. Cameroun, arrêt du 9 mars 2011, Affaire n° 09/2011.

2. JURISPRUDENCES FRANCAISES ET EUROPENNES

Jurisprudences européennes

CJUE, 15 mars 2011, Koelzsch, aff. C—29/ 10, D. 2011, 957 et 2434, obs. L. d'Avout et V. Bollée.

CJUE, Schlecker 12 septembre 2013, aff. C 64/12 au para 31.

CJUE, 15 mars 2011, Koelzsch, aff. C—29/ 10, paragraphe 44.

CJCE, 9 janvier 1997, P. W. Rutten c. Cross Médical Ltd, Aff. C—383/ 95, Commentaire Hélène Gaudemet-Tallon, Revue critique de droit international privé 1997, p. 336.

CJCE, 6 oct. 2009, Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contre Balkenende Oosthuizen BV et MIC Operations BV, Affaire C-133/08.

CJCE, 6 octobre 1976, aff. C-12/76, Industrie Tessili Italiana Como c/ Dunlop AG, Rev. Crit. DIP 1977, p. 761, note P. Gothot et D. Holleaux; JDI 1977, p. 714, note A. Huet.

CJCE, 14 octobre 1976, LTU c. Eurocontrol Aff.29-76, pt. 5, Rev. Crit. DIP 1977, p. 776, note G. A. Droz; JDI 1977, p. 707, note A. Huet.

CJCE, 14 octobre 1976, LTU c. Eurocontrol Aff.29-76.

CJCE, 19 janv. 1993, Shearson Lehman Hutton c. TVB, aff. C-89/91 : JDI 1993, p. 466, note A. Huet.

CJCE, 21 juin 1978, Bertrand c. Ott, Rec. p. 1431, aff. 150/77, pts 14 à 16 et 19 : Rev. Crit. DIP 1979, p. 123, note Mezger.

CJCE, 17 juin 1992, Jakob Handte c. TMCS, aff. C-26/91, pt. 15 : Rev. Crit. DIP 1992, p. 730, note Gaudemet-Tallon.

CJCE, 22 mars 1983, Peters c. ZNAV, aff. 34/82, spéc. Pt 9, Rec. p. 987 : Rev. Crit. DIP 1983, p. 667, note Gaudemet-Tallon.

CJCE, 27 sept. 1988, Kalfelis c. Bankhaus Schröder, aff. 189/87, Rec. p. 5565 : D. 1989, somm. comm. p. 254, obs. B. Audit.

CJCE, 23 nov. 1999, Arblade, affaires jointes C-369/96 et C-376/9.

CJCE, 23 nov. 1999, Arblade, Rev. Crit. DIP 2000, 7, 10, note Fallon.

CJCE, 9 novembre 2000, Ingmar, Aff. C—381/ 98, Rev. Crit. DIP. 2001, 54, note L. Idot.

CJUE 17 oct. 2013, Aff. C-184-12, United Antwerd Maritime Agencies (Unamar), Navigation maritime Bulgare.

Arrêt de la CJCE du 15 juillet 1964, Costa contre ENEL, Affaire 6-64.

CJCE 5 octobre 2000, République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'UE, Affaire C-376/98.

CJCE 24 janvier 1991, Alsthom, Aff. C—339/ 89.

CJCE, 5 fév. 1963, arrêt Van Gend, aff. 26/62, Rec., 1963.

CJCE, 16 juin 1966, arrêt Lutticke, aff. 57/65, Rec. 1966, p. 302.

CJCE, 8 avril 1976, arrêt Dlle Defrenne, aff. 43/75, Rec., 1976.

CJUE, 17 octobre 2013, affaire UNAMAR, C-184/1.

CJUE, 05-07-2012, aff. C—49/ 11, Content Services Ltd c/Bundesarbeitskammer.

CJCE 17 sept. 2002, Tacconi, Rev. Crit. DIP 2003, 669, note P. Rémy-Corlay.

CJCE, 4 mars 1982, aff. 38/81.

CJCE, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa c/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), 17 sept. 2002, aff. C—334/ 00.

CJUE 14 mars 2019, Skanska, aff. C—724/ 17.

CJCE 23 avr. 1991, Höfner, aff. C-41/90, Rec. CJCE 1-1979.

CJCE 19 févr. 2012, Wouters e.a. c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van avocaten, aff. C-309/99, Rec.

CJCE 18 juill. 2006, Meca Medina, aff. C—519/ 04.

CJUE 12 septembre 2013, Schlecker, aff. C—62/ 12.

Jurisprudence française

Civ. 17 mai 1927, Pélissier du Besset, DP 1928, Matter, note Capitant.

Cass. civ., 19 février 1930, Mardelé, Sirey 1933, 1, p. 41, note Niboyet.

Cass. civ., 5 déc. 1910, American trading, B. Ancel, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5e éd., 2006, n° 11, pp. 97 et s.

Civ., 23 févr. 1864, S. 1864, 1. 385.

Civ., 13 mars 1874, S. 1874, 1. 385.

Civ., 25 août 1875, S. 1875, 1. 426.

Civ., 41 août 1876, S. 1876, 1. 478.

Civ., 7 août 1878, S. 1878, 1. 471.

Civ., 26 juin 1886, Gaz. Pal. 1886, 1, 403.

Civ., 51 déc. 1886, Gaz. Pal. 1887, 1, 126, Clunet 1887, 74.

Civ. 1re, 28 mars 2018, n° 17-14.596, AJ fam. 2018, 297, obs. C. Roth.

Civ. 1re, 24 mai 2018, n° 16-21.163, AJ fam. 2018, 548, obs. A. Boiché.

Cass. civ. 21 juin 1950, Messageries maritimes, B. Ancel, Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 4e éd., n° 22.

Conseil d'État, 1re et 2e s/sect. — 7 juillet 2000, Fédération nationale des associations tutélaires, req. n° 213461.

Cass. com., 14 oct. 1981, D. 1982, p. 301, note M. Vasseur.

Cass. 1er civ., 2 mai 1966, Trésor public c/Galakis, D. 1966, 575, note J. Robert, JDI 1966, 648, note P. Level.

Civ. 22 oct. 1991, Valenciana, Rev. crit. DIP 1992, 113, note OPPETIT.

Cass. 1re civ., 15 mai 2001, JCP 01.II.10634, note Raynard, JDI 01.1121, note A. Huet.

Civ. 1re, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, D. 2015, 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville.

Cass. 1re civ., 22 juin 1955, Rev. Crit. DIP 1955, 723, note H. Batiffol.

Cass. 1re civ., 19 janv. 1976, JDI 1977, 651, note A. Lyon-Caen.

Cass. civ. 1re, 26 mai 1999, ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris : Dalloz, 2006, n° 77.

CE, ass., 20 octobre 1989, Nicolo, GAJA, Dalloz, 21e éd., 2017 n° 86, p. 602-614.

Civ. 1re, 13 janv. 1993, Couke, Rev. Crit. DIP, 1994, 78, note B. Ancel.

Civ. 1re, 18 nov. 1992, no 90-15.275, Bull. civ. I, n° 282.

Civ. 1re, 8 déc. 1953, Bull. civ. I, n° 357.

Civ. 1re, 3 juin 2003, Soc. Nationale de recouvrement, JDI 2004, 520, note Mélin.

Civ. 1re 14 nov. 2006, n° 05-12.201, Bull. civ. I, n° 471, 20 déc. 2000, Diamant, Bull. civ. I, n° 336.

Civ. 1re, 16 mars 1999, n° 96-19.143, Bull. civ. I, no 93.

Soc. 1er juill. 2009, n° 08-40.164.

Cass. Req. 29 juin 1929, DH 1929, 457, JDI 1930, 680.

Civ. 1er, 21 mars 2000, JDI 2002, 171, note M. Raïmon.

Civ. 21 nov. 1961, Montefiore, RCDIP 1962, 329, note P. Lagarde.

Civ. 1re, 1er juill. 1997, Soc. Africatours, Rev. Crit. DIP, 1998, 292, note H. Muir Watt.

Civ. 1re 22 oct. 2008, n° 07-14934, L. Amoussou, Rev. Crit. DIP 2009, 53, note H. Muir Watt.

Civ. 1re, 14 fév. 2006, Brianti, Rev. Crit. DIP, 2006, 833, note Bollée.

Civ. 1re, 8 décembre 1998, pourvoi no 95-15.938, Bull. 1998, I, n° 344.

Civ. 1re 28 juin 2005, Aubin, Rev. crit. DIP 2005, 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

Com. 11 janv. 2005, Itraco, Rev. Crit. DIP 2005, 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

Cass., 19 oct. 1971, note Simon-Depitre, Rev. Crit. DIP 1973, p. 73.

Com., 15 février 2000, J.C.P. 2000 I n° 272, p. 2070.

Cass. civ., 23 avr. 1918, DP 1919, 1, 33, note H. Capitant.

Cass. 1re civ., 2 déc. 1975, n° 74-10.864, Bull. civ. 1975, I, n° 352.

Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-21.340, JurisData n° 2010-051351.

Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, n° 14-23.106, FS-P+B, JurisData n° 2015-025201.

Cass. civ., 12 mai 1959, Bisbal, Commenté dans ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris : Dalloz, 2006, n° 32.

Civ. 1ère 17 décembre 1985, Commenté dans ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris : Dalloz, 2006, n° 72.

Cass. 25 mai 1948, Lautour, ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris : Dalloz, 2006, n° 19.

Civ. 2e, 4 févr. 1982, JCP, 1982, note J. F. Bariéri.

Cass. 2ème Civ, 28 octobre 1954, J.C.P. 1955, II, 8765.

Civ. 1ère 17 juillet 1996 n°94-18181 Bull Civ. 1 n° 327.

Cass. civ. 1re, 14 janvier 1997, soc. Gordon and Breach, D., 1997, 177, note SANTA CROCE, Muriel.

Cour de cassation (1re Ch. civ.). — 11 mai 1999, Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres, D. 1999, p. 295, obs. Bernard Audit.

Cour de cassation, 1re civ. 5 mars 2002, Sisro — D. 2002, 2999.

Cass. 3e civ., 6 mars 1996, n° 91-17.529 ; Bull. III, n° 66.

Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-14.986.

Cass. com., 15 février 2000, n° 98-11.232.

Soc. 13 oct. 2016, no 15-16.872 P : D. 2016. 2219.

CA Montpellier, 2e ch., sect. A, 3 décembre 2002, n° 01/03586, Société Semoland BV c. SARL Pujol, JDI 04. 888 n. Perruzzetto.

CA, Paris 19 mars 1965, Évoqué dans ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves et BATIFFOL, Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Paris : Dalloz, 2006, n° 22, §14.

CA Paris, 21 octobre 1955, Charr.

CJUE, arrêt du 14 mars 2019, affaire C-724/17 (Skanska).

CJCE, arrêt du 23 avril 1991, affaire C-41/90 (Höfner).

CJCE, arrêt du 19 février 2002, affaire C-309/99 (Wouters).

CJCE, arrêt du 18 juillet 2006, affaire C-519/04 (Meca Medina).

Cass. mixte, 24 mai 1975.

CE ass. 20 octobre 1989 (Nicolo GAJA).

CJUE, arrêt du 12 septembre 2013, affaire C-62/12 (Schlecker).

Cass. 1re civ., arrêt du 13 janvier 1993 (Consort Coucke).

Cass. 1re civ., arrêt du 22 octobre 1991 (Valenciana).

Cass. 1re civ., arrêt du 3 juin 2003 (Société Nationale de Recouvrement).

Cass. 1re civ., arrêt du 14 février 2006 (Brianti).

Cass. 1re civ., arrêt du 1er juillet 1997 (Société Africatours).

CJCE, arrêt du 15 juillet 1964 (Costa contre ENEL).

Cass. civ., 21 juin 1950 (Messageries maritimes).

Cass. civ., 2 décembre 1975 n° 74-10.864.

Cass. com., 26 janvier 2010 n° 08-21.340.

Cass. 1re civ., 16 septembre 2015 n° 14-10.373

INDEX DES MATIÈRES

A

acceptation 93, 296

accessibilité 282

adoption 26

applicabilité 21, 296

arbitrage 61, 67, 322

articulation 231

AUCC 313, 344

AUDC 282, 317, 343, 390

AUTCMR 20, 67

autonome 67, 90, 429, 442

autonomie de la volonté . 40, 53, 63, 103, 343, 424

avant-contrat 355, 361, 367, 382

avant-projet d'Acte uniforme……278, 282, 327, 464

C

capacité 39

caractère facultatif 328, 408

CCJA 97

CJCE 91

CJUE 170, 205

clause d'*electio juris* 419

clause d'exception 82, 423, 445

CMR 20

Common Law 278

compétence 157, 162, 207

compétence partagée 170, 341

concurrence 65, 178, 197, 217

conflits de qualifications 87

contrats civils 159, 319

contrats commerciaux 160, 319, 405

contrats innommés 230

contrats internationaux 234, 274, 305, 433

contrats nommés 72, 229

contrats spéciaux 93, 242, 254, 386, 472

contrats transfrontaliers .. 103, 141, 184, 248, 459

contrats transfrontières 141, 170, 182

controverse 164, 174, 229

Convention de Rome 105, 177, 445

coordination 111, 149, 195, 461

corpus 68, 276, 344,

critère objectif 39, 74, 232, 421

critère subjectif 57, 461

culpa in contrahendo ..... 367, 372, , 414, 421

CVIM 19, 60, 236, 405

D

délimitation 26, 295, 464

dépeçage 81, 406

doctrine 162, 191, 230, 272, 287

droit africain traditionnel 281

droit anational ..... 62, 72, ,323

droit commun des contrats 159, 176, 210, 235, 279, 298, 309, 432

droit communautaire . 107, 165, 186, 210, 267

droit comparé 190, 274, 386

Droit Continental 284

droit coutumier 64, 284

droit européen.. 200, 208, 265, 272, 296, 303, 309, 433

droit international privé des contrats....39, 53, 404, 459

droit national 34, 375, 403

droit OHADA..... 67, 277, 282, 350, 390, 406

droit positif.....49, 54, 286, 432,

droit romain 262, 270,

droit savant 260,276, 286,

E

Empire romain 261

exequatur..... 44

F

faute délictuelle 422

fond commun africain 283

Fondation..... 284

force contraignante.....55, 61

force obligatoire.....94, 327

fragmentation 404, 408

H

harmonisation.....188, 195, 210

I

impératives.....102, 339, 401

imprévisibilité 46, 445

incomplétude.....357, 397

insuffisance 149, 463

intégration juridique 157, 162, 170

internationalité 17

interprétation 28, 90,

ius gentium 264

J

jus commune 260

L

lacunes 26, 352, 437

lex contractus..... 40, 61, 461

Livre vert 287, 296, 339

loi d'autonomie 42, 53, 63, 380, 404, 424, 438

loi de police.....105, 114, 426,

loi étrangère 116, 130,

lois nationales 141,

M

marché unique..... 171, 239, ICI

matière contractuelle ...29, 162, 171, 251, 317, 357, 404

MOC..... 196,

N

normes..... 57, 203, 236, 408, 433

normes impératives..... 121, 438, 442, 446

O

offre..... 430

P

partie faible 86, 314, 406

période précontractuelle.....239, 359, 430

permissivité 106, 427

PME..... 175, 296, 335, 466

pouvoir 49

prestation caractéristique 80, 366, 417, 440

prestation de service 294, 417

prévalence 102, 408

prévisibilité.....39, 70, 102, 461

promesse 94, 356, 414

proportionnalité 170, 248

Q

qualification 87

qualification *lege fori* 89

R

rattachements 72, 417, 439

règles générales 217, 439

règles impératives..... 136, 408

règles matérielles 151, 207, 413, 421

règles spéciales..... 217, 437

responsabilité contractuelle 369

responsabilité extracontractuelle367, 414, 426

S

subsidiarité 121, 168, 219, 340

supranational 53

système juridique..... 205, 275

T

tacite 43, 374

taux d'alphabétisation..... 282

théorie générale.....291, 317, 436

tradition juridique.....281

U

unification..... 189, 275

uniformisation 182, 210, 259, 291

V

Validité….. 45, 139, 331

TABLE DES MATIÈRES

Dédicace I
Remerciements II
Résumé III
Liste des abréviations, des sigles et des acronymes VII
Sommaire XI

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE. L'ÉCUEIL D'UNE APPROCHE MONISTE DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE 29

TITRE PREMIER. LA MÉTHODE CONFLICTUELLE, UN PROCESSUS DE COORDINATION LIMITÉ 33

Chapitre premier. Les critères de détermination de la loi applicable à l'épreuve de l'exigence de prévisibilité 39

Section I. La *lex contractus objet de prévision des contractants* 40

§ 1. Un procédé largement consacré par les systèmes nationaux de droit international privé 41

A. Le contrat transfrontière demeurant soumis à une loi 42

B. La volonté des contractants, plus qu'un indice permettant d'identifier le droit applicable 46

§ 2. Un procédé consacré sur le plan supranational 53

A. La loi d'autonomie au cœur du droit international privé des contrats de l'UE 53

B. L'OHADA conquise par la loi d'autonomie 63

Section II. La prévisibilité du droit à l'épreuve de la complexité des règles objectives de rattachement 70

§ 1. La prévisibilité du droit à l'épreuve de la pluralité de règles de conflits 71

A. Les limites des critères de rattachement spécifiques à certains contrats nommés 72

B. L'adoption nécessaire de critères de rattachement communs à toutes les opérations contractuelles 79

§ 2. La prévisibilité du droit à l'épreuve des conflits de qualifications 87

Conclusion du chapitre I 97

Chapitre II. L'application du droit désigné par la règle de conflit, un processus jalonné de multiples péripéties 101

Section I. La prévisibilité du droit contrariée par la prévalence de dispositions impératives 102

§ 1. L'incidence décisive des dispositions impératives sur l'autonomie de la volonté dans les contrats transfrontaliers 103

A. La liberté contractuelle restreinte par les règles d'ordre public 103

B. Les lois de police limitant la liberté contractuelle des parties 105

1. La Définition et le contexte des lois de police 105

2. L'évolution et l'application des lois de police dans le cadre européen 106

3. Les illustrations nationales et communautaires 108

§ 2. La fongibilité entre les notions de dispositions impératives, lois de police et règles d'ordre public 113
Section II. Les défis de l'application de la loi étrangère 116
§ 1. L'épineuse question de l'application effective du droit étranger désigné 117
A. L'autorité de la loi désignée tributaire de celle de la règle de conflit de lois 117
1. Le juge tenu par la règle de conflit de lois 118
2. L'autorité limitée de la loi étrangère 123
a. La reconnaissance et l'application de la loi étrangère par les juges français 123
b. Les limitations et contrôles de l'application de la loi étrangère par les juges du fond 125
B. La preuve du droit étranger applicable 130
1. La charge de l'établissement du droit étranger 130
2. Les moyens d'établir la teneur du droit étranger 132
§ 2. La critiquable adaptabilité du droit interne des contrats aux rapports transfrontaliers 134
A. La relativité du droit interne 134
1. La critique de l'application extensive du droit national aux relations contractuelles transnationales 134
2. La relativité de la loi étrangère accentuée par l'imposition de la *lex contractus* au contractant 136
B. La question de la légitimité du droit interne à régir le contrat transfrontalier 141
1. La critiquable adéquation des lois nationales aux contrats transfrontières 141
2. La reconnaissance mutuelle comme solution 143
Conclusion du chapitre II 145
Conclusion du titre I 149
TITRE II. LA MÉTHODE DES RÈGLES MATÉRIELLES, UN PROCESSUS D'INTÉGRATION COMPLEXE 151
Chapitre I. Des difficultés quant au choix de l'outil de l'intégration juridique 157
Section I. Le choix de l'outil d'intégration juridique déterminé par la compétence législative 158
§ 1. La compétence de L'OHADA excédant le strict cadre du droit des affaires 158
§ 2. La compétence législative de l'UE corrélée au fonctionnement du marché intérieur 161
A. L'intégration globale du droit privé confrontée à la compétence législative de l'UE 162
1. L'intégration juridique en matière contractuelle ne pouvant se réaliser qu'en compatibilité avec les missions de l'UE 162
3. l'action de l'union subordonnée à deux conditions résiduelles 168
B. La faisabilité d'une intégration juridique circonscrite aux contrats transfrontières 170
1. L'intégration en matière contractuelle nécessaire au bon fonctionnement du marché unique 171
a. Le marché unique voulu comme un espace propice au commerce intracommunautaire 171
b. Le lien entre diversité des droits nationaux des contrats et fonctionnement du marché unique sujet à controverse doctrinale 174

2. l'intégration en matière contractuelle contribuant à mettre un terme aux distorsions de concurrence liées à la diversité des droits 178
C. Un projet pouvant s'inspirer de précédents règlements européens 180
1. L'expérience du règlement Rome 1. 181
2. De l'uniformisation des règles de conflits à un droit uniforme des contrats transfrontières ? 182
Section II. L'UE et l'OHADA, des expériences distinctes en matière d'intégration juridique 186
§ 1. L'intégration juridique pouvant se réaliser au moyen de divers outils 187
A. Des outils aux sens distincts malgré la tentation de les confondre 188
B. Une confusion perceptible dans l'œuvre des organes œuvrant à l'intégration juridique 191
§ 2. Les expériences de l'UE et L'OHADA, entre politique de rapprochement et intégration plus contraignante 194
A. Le rapprochement voulu par l'UE 194
1. Un exercice de funambulisme entre harmonisation et unification 195
2. Une pratique timorée de l'uniformisation 202
B. L'OHADA, de l'harmonisation annoncée à l'uniformisation assumée 210
Conclusion du chapitre I 212
Chapitre II. Des difficultés quant au champ matériel de l'intégration juridique 215
Section I. Le choix entre règles de droit commun et droit des contrats spéciaux 216
A. Le droit français des contrats articulé entre règles de droit commun et de droit spécial 217
1. L'organisation binaire originaire du droit français des contrats excluant l'idée d'une concurrence entre les deux branches 217
2. Une organisation binaire régie par un principe de complémentarité 218
B. L'émancipation du droit des contrats spéciaux 221
1. Des velléités émancipatrices du droit spécial perceptible dans son évolution quantitative 221
2. Des velléités émancipatrices du droit spécial significativement perceptible dans son évolution qualitative 225
Section II. La proposition d'une alternative séduisante : la théorie générale des contrats spéciaux 228
§ 1. Présentation de la théorie générale des contrats spéciaux 229
A. Une théorie sujette à controverse doctrinale 229
B. Une théorie intéressante sous réserve de son articulation autour des familles de contrats 231
§ 1. De la pertinence d'une théorie générale des contrats internationaux 234
A. L'inexistence d'un droit commun des contrats internationaux 235
B. La théorie générale des contrats spéciaux transfrontières au secours de la méthode matérielle 238
Conclusion du chapitre II 243
Conclusion du titre II 245
Conclusion de la partie I 247

DEUXIÈME PARTIE. L'ACCUEIL D'UNE APPROCHE DUALISTE DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE CONTRACTUELLE 251

TITRE PREMIER. 255

LE DROIT MATÉRIEL UNIFORME, PILIER CENTRAL DE L'APPROCHE DUALISTE 255

Chapitre premier. L'uniformisation du droit des contrats tributaire d'un long processus 259

Section I. Du jus commune au droit savant contemporain 260

§ 1. l'idée d'un droit commun européen confortée par l'exemple du jus commune romain 260

A. Du lien héréditaire entre le droit commun européen et le jus commune romain 260

1. L'Empire romain comme ancêtre commun des États européens 261

2. L'existence d'une sorte de droit commun des contrats sous l'Empire romain. 262

3. L'intérêt manifeste en Europe pour le *jus commune* romain 265

B. L'émergence du droit commun européen : du droit communautaire au droit de l'UE. 266

§ 2. Le droit commun européen des contrats aidé par l'existence d'une pensée juridique européenne 270

Section II. Du droit savant contemporain au droit commun européen 272

§ 1. Le rôle de la doctrine dans la construction théorique du droit européen 272

A. L'apport significatif de la doctrine dans le développement du droit européen 272

B. Le droit comparé, instrument par excellence de la doctrine 274

§ 2. L'OHADA et l'UE conquises par le droit savant 276

A. Le recours de l'OHADA au droit savant 276

1. Le recours à l'expertise de l'Unidroit 276

a. Le droit OHADA des contrats soumis à l'expertise de M. Marcel FONTAINE 277

b. La nécessité exprimée de tenir compte des particularismes africains 279

2. La sollicitation de la Fondation de Droit Continental. 284

B. Le recours de l'UE au droit savant 286

Conclusion du chapitre I 289

Chapitre II. Les projets d'uniformisation du droit des contrats au sein de l'UE et de l'OHADA 291

Section I. Des projets de textes divergents quant à l'objet du droit matériel 292

§1. Le projet européen en apparence consacré à la vente 292

A. Un objet spécifique affiché : le droit commun de a vente 293

1. Un champ d'application délicatement dressé 293

2. La tentative d'explication d'une délimitation aussi délicate 295

B. Un objectif générique dissimule : le droit commun des contrats 298

1. Une annexe à l'architecture et au contenu singulière 298

a. La structuration de l'annexe 298

b. Le contenu de l'annexe 299

2. Une annexe révélatrice de la volonté d'instaurer un droit commun européen des contrats 302

a. De la dissimulation d'un véritable droit uniforme des contrats excédant le domaine de la vente 302
b. La tentative d'explication de cette apparente dissimulation de l'ambition réelle de la Commission 306
§ 2. L'OHADA partagée entre droit commun des contrats et droit des contrats spéciaux 309
A. La proposition d'un texte spécifique au contrat de consommation 309
1. La genèse du projet d'Acte uniforme portant droit des contrats de consommation 309
2. Le contenu et les principales caractéristiques de l'AUCC 313
B. Des initiatives oscillant entre droit commun des contrats et théorie générale des obligations 317
1. L'avant-projet d'AUDC exclusivement consacré à la matière contractuelle. 317
2. Le second avant-projet excédant le strict cadre de la matière contractuelle. 326
Section II. Des projets de textes divergents quant à la portée normative du droit matériel 328
§1. L'apparent choix de l'UE pour la nature optionnelle du texte en projet 328
A. L'affirmation expresse du caractère facultatif du droit commun européen de la vente 328
B. De l'opportunité d'un texte optionnel au regard de la nécessaire protection des parties faibles 331
1. L'existence d'un risque d'éviction des droits nationaux plus protecteurs 332
2. La nécessité de conférer au règlement un caractère obligatoire au moins au profit des consommateurs impliqués dans des contrats transfrontières 339
§2. L'OHADA : de la tradition législative contraignante à la supplétivité inhérente au contrat 343
Conclusion du chapitre II 344
Conclusion du titre I 347
TITRE II. L'AUTONOMIE IMPROBABLE DU DROIT MATÉRIEL UNIFORME, RAISON D'ÊTRE DE L'APPROCHE DUALISTE 349
Chapitre premier. L'inévitable caractère lacunaire du droit matériel projeté 351
Section I. L'exclusion de certains aspects essentiels du processus de formation du contrat 353
§1. L'exclusion de l'avant-contrat 355
A. L'intérêt d'inclure la promesse de contrat dans le processus contractuel objet du droit matériel 356
1. Un critère essentiel d'appréciation du caractère autonome d'un droit matériel uniforme en matière contractuelle 357
2. La prise en compte du facteur temps dans la formation du contrat 359
B. De l'intérêt d'inclure la promesse de contrat dans le processus contractuel objet du droit matériel 361
C. De l'intérêt d'inclure le contrat-cadre dans le processus contractuel objet du droit matériel 363
§2. La nécessité de consacrer des dispositions à la responsabilité précontractuelle 367
A. L'inclusion de la *culpa in contrahendo* dans le droit matériel uniforme consacré au contrat 369

B. De la nécessité de se prononcer sur la question du non-cumul des responsabilités 375
C. La culpa in contrahendo confrontée à la loi d'autonomie 380
Section II. La révélatrice tentation d'éluder la question du transfert de propriété 382
§1. La nécessité de statuer sur la corrélation entre la conclusion du contrat et le transfert de propriété 385
§2. La corrélation entre transfert de propriété et transfert des risques 393
Conclusion de chapitre 396
Chapitre II. L'inévitable recours aux règles de conflits de lois 401
Section I. Les règles de conflits de lois au service de l'articulation du droit national et du droit uniforme 403
§1. La résurgence de la loi d'autonomie propice à la matière contractuelle 404
A. La faculté des parties de se soustraire totalement au droit matériel uniforme 405
B. La faculté des parties de se soustraire partiellement au droit matériel uniforme 406
§2. La fragmentation du régime des contrats transfrontières du fait de la prévalence des normes impératives 408
Section II. Les règles de conflits de lois au service de la complétude du système normatif en matière contractuelle 413
§1. Les règles de conflits de lois, complément nécessaire des règles matérielles projeté 413
A. Les règles de conflits de lois palliant l'absence de règles matérielles en matière d'avant-contrat 414
1. Le cas emblématique des contrats-cadres 416
2. Le lien entre le contrat-cadre et ses contrats d'application : enjeux de la désignation de la loi applicable 419
B. Les règles de conflits de lois palliant l'absence de règles matérielles en matière de *culpa in contrahendo* transfrontière 421
1. Les critères objectifs de rattachement consacrés à la *culpa in contrahendo* 421
a. La nécessité de caractériser une faute délictuelle empêchant la conclusion du contrat définitif 422
b. les critères objectifs spécialement consacrés à la culpa in contrahendo 423
2. L'immixtion de la loi d'autonomie dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle 424
a. la possibilité reconnue aux parties de désigner la loi applicable à leur litige non contractuel 424
b. La portée limitée de la loi d'autonomie en matière de responsabilité extracontractuelle 426
§2. Des règles de conflits de lois tenant lieu de seul droit commun des contrats transfrontières 432
A. L'existence d'un droit commun des contrats transfrontières 433
B. Des règles de conflits suffisamment générales pour combler les lacunes des règles spéciales et du droit matériel 437
1. La loi d'autonomie, pierre angulaire du droit commun des contrats transfrontières 438
2. L'intérêt des règles générales alternatives à la loi d'autonomie 439
a. La prestation caractéristique du contrat, critère prioritaire de rattachement 440

b. La clause d'exception, ultime vecteur de droit commun des contrats transfrontières 443
Conclusion de chapitre 450
Conclusion du titre II 453
Conclusion de la partie II 455
CONCLUSION GÉNÉRALE 457
ANNEXES 469
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES 487
INDEX DES MATIÈRES 565
TABLE DES MATIÈRES 572