

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 44 (1925)

**Artikel:** Le droit applicable aux obligations en droit international privé

**Autor:** Sauser-Hall, Georges

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895907>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 12.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Le droit applicable aux obligations en droit international privé.

## RAPPORT

présenté à la Réunion de la Société Suisse des Juristes  
à Davos

les 6/8 septembre 1925

par

Georges SAUSER-HALL,

Professeur de droit international, de droit comparé et de droit commercial  
aux Universités de Genève et Neuchâtel.

---

*A Monsieur le professeur Charles Borgeaud.*

### I.

#### Introduction.

Feu le professeur Thaller, de l'Université de Paris, avait accoutumé, nous dit-on,<sup>1)</sup> de qualifier, non sans quelque humeur, le droit international privé de „science de broussailles“. Cette épithète est particulièrement bien choisie pour les conflits de lois en matière d'obligations; ils forment une manière de fourré inextricable où les faits juridiques s'entrecroisent comme des lianes et où les théories du droit international privé s'opposent les unes aux autres, augmentant par la diversité de leurs solutions la complexité des problèmes à résoudre. Lex fori, lex loci executionis, lex patriae, lex loci contractus, lex domicilii creditoris vel debitoris, lex rei sitae, lex loci actus, nécessité de soumettre à une loi unique toutes les relations juridiques issues d'un contrat entre deux parties, obligation de distinguer, au contraire, entre les divers éléments du

---

<sup>1)</sup> Vareilles-Sommières, La synthèse du droit international privé, p. V.

contrat, quelques auteurs soumettant à des lois différentes, d'une part les conséquences naturelles des contrats et, d'autre part, leurs conséquences dérivées, d'autres auteurs scindant avec une extraordinaire subtilité les suites des contrats de leurs effets pour justifier l'application de lois différentes, un troisième groupe enfin recommandant de faire régir le *vinculum juris* par une autre loi que l'*onus conventionis*, bref toutes les variantes sont représentées dans la doctrine. Aux conflits des lois positives, aux contradictions théoriques des docteurs viennent s'ajouter des qualifications juridiques qui, de législation à législation, se heurtent, et des systèmes positifs de droit international privé, qui, de pays à pays, varient et s'inspirent de principes opposés. C'est alors un nouveau conflit qui se superpose et se greffe sur le conflit du droit des obligations. Il peut se présenter de l'une ou l'autre des quatre manières suivantes:

1<sup>o</sup> Ensuite de divergences entre les lois positives sur la classification des institutions juridiques; par exemple, en Suisse le contrat de fiançailles est de droit de famille et en cas de conflits de lois on applique les règles du droit international privé sur le statut familial; en France, la loi ne fait pas des fiançailles une convention juridique, mais leur rupture peut, selon les circonstances dans lesquelles elle intervient, avoir le caractère d'un quasi-délit, et les obligations qui en résultent relèvent, du point de vue du droit international privé, des principes régissant les obligations *ex quasi-delicto*. Le conflit sur la classification du contrat de fiançailles doit être tranché avant d'aborder celui sur les obligations qu'il engendre.

2<sup>o</sup> Ensuite de divergences sur la construction juridique d'une institution. Ainsi le contrat de dépôt est en Suisse un contrat consensuel et synallagmatique; en droit français, italien, allemand, autrichien il est, conformément à la tradition romaine, un contrat réel et unilatéral, qui n'est pas parfait par l'échange des consentements entre déposant et dépositaire, mais seulement par la remise de la

chose au dépositaire, et qui n'engendre dès lors qu'une seule obligation à la charge de ce dernier, celle de restituer. Les règles à appliquer aux obligations des parties seront différentes selon qu'on envisage, dans les relations internationales, le dépôt comme un contrat de l'une ou l'autre nature; cette collision doit être écartée avant de rechercher la loi applicable à un contrat de dépôt.

3<sup>o</sup> Ensuite de divergences sur la *ratio legis* d'une règle de droit; il peut arriver que deux Etats admettent la même institution juridique, mais pour des motifs si différents que, selon que l'on considère les raisons de l'un ou de l'autre, des solutions diamétralement opposées prévaudront en droit international privé. Ces conflits sont assez rares. On peut cependant citer, à titre d'exemple, les procès retentissants auxquels donnèrent lieu les lois sur les moratoires en matière d'engagement de change, promulguées par la France pendant la guerre franco-allemande de 1870/71; le moratoire de change fut considéré comme une prorogation d'échéance pour le tiré par la jurisprudence allemande et par un arrêt du Tribunal de commerce zurichois; les jurisprudences française et autrichienne ainsi qu'un arrêt de la Cour de Justice de Genève du 25 mars 1872 y virent une simple prolongation de la procédure de protêt (délai de grâce); dans le premier cas la loi instituant le moratoire des effets de change n'a aucun effet extra-territorial en tant que mesure exceptionnelle unilatéralement promulguée par un Etat; dans le second, elle s'impose même à l'étranger, en tant que loi concernant la forme d'un acte juridique, le protêt, universellement soumise au principe *locus regit actum*.<sup>1)</sup>

4<sup>o</sup> Ensuite de divergences irréductibles sur les principes du droit international privé dont s'inspirent les tribunaux de divers Etats, les uns pouvant donner la prédominance à la *lex loci contractus* alors que d'autres font

---

<sup>1)</sup> Voir l'exposé complet de la question, avec références bibliographiques, dans mon livre „Les traités de paix et les droits privés des neutres“, p. 206 et sq.



prévaloir la *lex loci executionis*; ce sera le cas dans les relations entre la Suisse et l'Autriche, par exemple, pour apprécier les effets d'un contrat; il n'est pas possible d'obtenir l'application de la même loi dans les deux Etats par le jeu normal des règles du droit international privé; les conflits entre les systèmes de droit international privé devront être résolus, avant qu'on puisse aborder celui entre les obligations elles-mêmes; il le sera, selon les cas, par application de la *lex fori* ou par la théorie du renvoi.

Je concède bien volontiers que cette superfétation de conflits n'a qu'un caractère exceptionnel, et que, d'ordinaire, l'internationaliste est amplement satisfait de son sort avec les problèmes que proposent à sa perspicacité les conflits directs entre des dispositions légales différentes. Mais il est nécessaire de bien mettre en évidence toutes les difficultés que doit surmonter le magistrat chargé de résoudre des conflits de droit des obligations afin d'apprécier à sa juste valeur l'oeuvre de la jurisprudence dans ce domaine. Sans doute, dans tous les pays, elle présente des hésitations; les tribunaux résolvent les conflits de droit des obligations par application des principes les plus divers. Comment en serait-il autrement? La doctrine ne lui fournit pas les lumières dont elle aurait besoin. Elle fait oeuvre empirique. Et d'aucuns ne pourraient sans doute que l'en louer hautement, comme le très savant professeur Roguin,<sup>1)</sup> qui, dans son contre-projet de règlement pour résoudre les conflits de lois en matière d'obligations, présenté, en 1904, à la session d'Edimbourg de l'Institut de droit international, recommande aux juges de prendre „comme règle la loi paraissant répondre le mieux aux circonstances du cas concret, sans être lié par aucune présomption, ni absolue, ni même seulement relative“.

En présence de toutes ces divergences de la doctrine et de toutes ces fluctuations de la pratique, il est sans doute vain de recourir à la méthode qu'Arminjon qualifie

<sup>1)</sup> Comp. Rolin, Des conflits de lois en matière d'obligations. Rev. de droit international et de législation comparée 1908, p. 578.

de théorique ou logique a priori<sup>1)</sup> pour tâcher de dégager un ensemble de principes qui ramèneraient à l'unité les règles doctrinales et en prépareraient la reconnaissance universelle par la pratique judiciaire. En l'état actuel du droit international privé, il n'est guère possible de faire oeuvre utile, ou du moins oeuvre immédiate, sans recourir à la méthode positive ou introspective, c'est-à-dire sans rechercher les solutions des conflits de lois dans l'analyse critique des rapports internationaux de droit privé sur la base de la loi interne de chaque Etat ou de la jurisprudence de ses tribunaux. Cette méthode est plus près de l'humble réalité. Elle n'a évidemment pas l'envergure de la méthode déductive qui ne vise à rien moins qu'à la création d'un droit commun, supérieur aux législations particulières, pour en régler les effets dans l'espace.<sup>2)</sup> Mais elle est plus conforme à la genèse véritable des règles de droit. Comme pour d'autres disciplines juridiques, les principes du droit international privé ne peuvent que se dégager lentement de l'expérience sous l'influence convergente du contrôle judiciaire et de la critique doctrinale. La méthode positive ou introspective ne doit pas d'ailleurs se désintéresser entièrement de la solution internationale à donner à un conflit de lois; il est bien évident que si un conflit de lois est résolu sans égard à la répercussion internationale de la solution adoptée, il est assez indifférent de faire application d'une loi plutôt que d'une autre;<sup>3)</sup> on aura,

---

<sup>1)</sup> Arminjon, Précis de droit international privé (1925), vol. I, p. 23—24.

<sup>2)</sup> Voir au sujet du système de Zitelmann, les observations de Baumgarten, *Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode*, vol. II, p. 518.

<sup>3)</sup> Ce reproche peut être adressé à la doctrine anglo-saxonne. Cela appert des définitions même que les juristes anglais donnent du droit international privé: Westlake, *A treatise on private international law*, p. 3, commence son livre par ces mots: „Private international law is that department of national law which arises from the fact that there are in the world different territorial jurisdictions possessing different laws.“

vaille que vaille, une solution régulière et valable dans l'Etat où le conflit aura surgi; sa valeur internationale sera problématique puisque la difficulté centrale, essentielle, aura été préteritée; le problème consiste précisément dans la recherche d'une solution qui puisse être reconnue dans tous les Etats dont les lois privées suscitent un conflit. Le savant, le magistrat, le législateur qui ne se soucient que de lui donner une solution interne et se débarrassent cavalièrement de l'autre aspect du problème, en le passant sous silence, faillissent à leur mission. La difficulté, je le sais mieux que personne, est considérable. Dans l'état actuel du droit international elle est loin de pouvoir toujours être surmontée. Il n'en est pas moins vrai qu'elle ne devrait pas être systématiquement éludée. Le magistrat saisi d'un litige devrait toujours se demander: Quelles sont les conséquences de ma décision dans l'Etat dont les lois entrent en conflit avec celles de l'Etat du for? Le conflit y sera-t-il aussi écarté? Si ce n'est pas le cas, ce résultat est-il inéluctable?<sup>1)</sup> Ce souci devrait d'autant plus dominer les problèmes du droit international privé en matière d'obligations que les règles en sont infiniment plus souples que pour d'autres institutions juridiques, et permettent parfois une adaptation des lois les unes aux autres,<sup>2)</sup> tout au

---

<sup>1)</sup> La préoccupation d'assurer une solution internationale des conflits de lois fut celle du législateur suisse lorsqu'il fixa le règlement des conflits de lois sur le mariage et le divorce. On peut même dire qu'elle fut exagérée puisque la compétence judiciaire dépend, en Suisse, des dispositions de droits étrangers. Comp. art. 7h de la loi fédérale sur rapp. des civ. des citoyens établis et en séjour du 25 juin 1891.

<sup>2)</sup> Les cas douteux sont innombrables. Si un consortium se constitue en Suisse pour poursuivre des affaires dans divers pays, on appliquera la *lex loci contractus* de préférence à la *lex loci executionis*; mais s'il ne poursuit des affaires que dans un seul pays étranger, p. exp. des affaires immobilières, pourquoi ne pas faire régir la société par la *lex loci contractus* ou la *lex loci executionis*, selon qu'à l'étranger l'une ou l'autre de ces lois prévaudra, afin de soumettre à une seule et même loi les relations des associés entre eux et celles des associés avec des tiers?

moins lorsqu'elles n'ont pas un caractère impératif. On ne saurait donc trop louer le professeur Roguin d'avoir fait une place à des considérations de ce genre dans son projet de règlement présenté à l'Institut de droit international en recommandant au juge de tenir „compte également de la concordance, dans les solutions de deux ou plusieurs lois en compétition“.

Les tribunaux suisses sont avec les juges anglo-saxons ceux qui se laissent le moins influencer par la répercussion internationale que peuvent avoir leurs sentences. Le Tribunal Fédéral estime volontiers que, commis par le peuple suisse pour appliquer le droit suisse, cette activité suffit à son bonheur et il applique le droit du for, lorsqu'il peut, d'une manière plus ou moins convainquante, justifier son choix par les principes de la science des conflits de lois, sans se préoccuper beaucoup de la situation qui en résultera pour les parties hors de Suisse. Cette tendance, fors les cas de nécessité absolue, ne peut pas être approuvée par l'internationaliste, car elle entrave, sans véritable utilité, le développement du droit international privé; le seul espoir qu'on puisse avoir de la généralisation de ses règles, au cours d'une très longue évolution, où les années ne comptent guère et les décades à peine, c'est que la jurisprudence, en contact constant avec les nécessités de la vie, en dégage et consacre les principes les plus utiles; dans ce but, tout problème doit être envisagé dans son intégrale portée, qui est internationale, et non seulement du point de vue trop étroit de l'utilité de la décision à rendre en droit interne.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Dans ce sens un jugement du Tribunal arbitral mixte roumano-allemand du 16 juin 1925 (aff. Negreanu et fils contre Meyer et fils) où il est dit: „Sauf de rares exceptions, les tribunaux mixtes se sont jusqu'ici abstenus de déterminer le droit applicable, en admettant a priori que les deux droits en conflit disposaient de même. Cette solution présente un certain danger. . . . Mais en principe surtout le tribunal estime qu'il y a intérêt à aborder la difficulté et à la résoudre, car c'est surtout ainsi que les tribunaux mixtes peuvent apporter leur contribution au droit international



## II.

**Le principe de l'autonomie de la volonté et ses limites.**

Les contradictions de la doctrine et les fluctuations de la jurisprudence pour les conflits de lois en matière d'obligations sont, en quelque sorte, rachetées par l'identité du point de départ.

Le principe fondamental des diverses théories et jurisprudences est le même. C'est, depuis Dumoulin (1500-1566), celui de l'autonomie de la volonté. Les postglossateurs n'avaient fait avant lui que balbutier dans le domaine des conflits de droit des obligations; ainsi Bartole procédait par les distinctions suivantes: Tout ce qu'il appelait les conséquences naturelles du contrat, c'est-à-dire, celles que, dès sa conclusion, le contrat contenait en germe, devaient relever, à son avis de la *lex loci contractus*; il préconisait en revanche la *lex loci executionis* pour toutes les conséquences dérivant du contrat ensuite de négligence ou de demeure;<sup>1)</sup> ces deux règles, rigides et cardinales, ne pouvaient pas suffire à embrasser toutes les combinaisons auxquelles donne lieu le droit de contracter; Bartole estimait que les parties étaient des *subditi temporarii* du pays où les actes juridiques étaient accomplis et devaient donc se soumettre aux lois qui y étaient en vigueur. Sa théorie fut reprise par l'école statutaire, mais on lui donna parfois un autre fondement: Paul de Castres considère la *lex loci contractus* comme la loi originaire du contrat, et Rochus Curtius annonce Dumoulin en la justifiant par une acceptation tacite des parties de se soumettre à la loi locale; cette présomption ne pouvait pas être renversée. Ce fut, comme on sait, le mérite de Maître Charles Dumoulin

---

en voie de création." *Rec. des décisions des trib. arb. mixtes* 1925, vol. V, p. 210.

<sup>1)</sup> *Aut quaeris de his quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus, aut de his quae oriuntur ex post facto propter negligentiam aut moram.* Comp. Lâiné, *Introduction au droit international privé* I, p. 135, et Rolin, *Principes de droit international privé* I, p. 449.

de rompre sur ce point avec les errements de ses devanciers et d'enseigner que la volonté des parties est souveraine pour déterminer le droit applicable à leurs obligations conventionnelles; „jus est in taciter et verisimiliter mente contrahentium“.<sup>1)</sup>

Cette théorie s'est révélée extraordinairement fertile. Toute la doctrine moderne s'en est inspirée. Elle l'a développée, analysée, parfois exagérée, d'autres fois restreinte pour aboutir aux multiples propositions contradictoires que nous savons. Mais toutes convergent vers elle, comme vers un foyer lumineux.

Dumoulin n'a cependant pas analysé les bases mêmes de sa théorie. Il s'est borné à constater que les contrats sont l'oeuvre des parties, qu'ils sont leurs lois et que, les individus jouissant dans tous les pays d'une grande liberté à cet égard, cette liberté comprend le droit de choisir expressément ou tacitement la législation qui doit régir leurs relations juridiques. La détermination du droit applicable aux relations dépendant de la volonté des parties lui paraît être une question de fait plutôt que de droit, où la seule intention des intéressés doit être consultée. Mais où les parties puisent-elles cette autonomie? Leur volonté est-elle vraiment souveraine? Faut-il lui faire directement sa place dans le droit international privé et lui attribuer une compétence propre qui permettrait, par exemple, aux parties de soumettre arbitrairement à la loi étrangère, voire à des usages exotiques sans aucune connexion avec la nature de l'affaire, des contrats qui, par leur genèse, leurs effets, les personnes qui les concluent, relèvent entièrement de la loi territoriale? Ces questions passèrent longtemps

---

<sup>1)</sup> Laîné, op. cit. I, p. 228 et 258. Comp. aussi Pillet, Principes de droit international privé, p. 433. Une des premières applications de la théorie de Dumoulin aboutit à l'application de la *lex patriae*, par un arrêt qui eut quelque retentissement, donné aux Grands Jours de Lyon en 1596, en confirmation de la sentence du prévôt de cette ville; quantum ad decisoria, on jugea selon les lois d'Angleterre l'action d'un Anglais, plaidant en France, en paiement de prêts faits à des Français. Laîné, op. cit. I, p. 81.



inaperçues. Elles furent soulevées pour la première fois par le Genevois Brocher,<sup>1)</sup> reprises par l'Allemand von Bar<sup>2)</sup> et scrutées à fond par un des maîtres de la science française du droit international privé, le professeur Pillet.<sup>3)</sup>

Voici en quels termes Brocher a soulevé la question: „Le contrat est, de tous les faits juridiques celui qui met le plus en évidence le pouvoir de la volonté individuelle; c'est ici que se présente, le plus naturellement, la question de savoir quels rapports il existe entre cette puissance et celle de la loi . . . Cette autonomie émane de la loi . . . ; c'est elle qui fixe les limites dans lesquelles la liberté concédée peut se déployer.“ Il n'a d'ailleurs pas résolu le problème en droit international privé, car il est retourné à la vieille doctrine statutaire confondant le fond et la forme des actes juridiques, et soumet l'ensemble du contrat au principe *locus regit actum*.

La détermination du domaine de l'autonomie laissée par la loi aux parties est importante, car elle agit à la manière d'un correctif de la doctrine molinienne. Elle met en garde contre la généralisation d'un principe, juste en soi, mais qui ne peut être appliqué sans discrimination à tous les problèmes internationaux du droit des obligations. L'exagération de la doctrine est due en grande partie à Savigny, qui ne soustrait à la volonté des intéressés que les questions de capacité et d'ordre public *sensu stricto*.<sup>4)</sup>

---

<sup>1)</sup> Brocher, Cours de droit international privé, suivant les principes consacrés dans le droit positif français (1882-83) II, p. 67 et 82, et Théorie du droit international privé dans la Revue de droit int. et de législ. comp., 1872, p. 189 et suiv.

<sup>2)</sup> von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts I, p. 4.

<sup>3)</sup> Pillet, op. cit. 1903, p. 434. Comp. aussi Journal Clunet, 1894, p. 941 et suiv., et un article d'Aubry, Journal Clunet, 1896, p. 465 et 721. Comp. pour la doctrine ultérieure Walker, Internationales Privatrecht, 1924, p. 346.

<sup>4)</sup> System des heutigen römischen Rechts, vol. 8, p. 248. „Dieses örtliche Recht tritt zurück, wenn es in Widerspruch steht mit einer am Ort des urteilenden Richters geltenden zwingenden,

Or, ainsi que le relève fort exactement Pillet, le droit des obligations comprend encore „nombre de dispositions légales d'un caractère obligatoire, lesquelles se trouvent, grâce à l'application de cette méthode, dépouillées de ce caractère dans les rapports internationaux“. <sup>1)</sup> Faut-il permettre aux parties de choisir expressément ou tacitement la loi applicable aux vices du consentement lors de la conclusion du contrat, alors qu'en droit interne elle leur est impérativement imposée? Une restriction des principes de l'autonomie de la volonté pour des raisons d'ordre public international ne suffirait pas à donner une solution rationnelle à ce conflit; les règles d'ordre public sont d'application strictement territoriale; autrement dit, c'est toujours la *lex fori* qui les détermine; faudra-t-il tenir pour vicié, en vertu de la *lex fori*, un consentement qui aurait été fourni valablement d'après toutes les lois dont on pourrait envisager l'application en raison de la nature de l'affaire, uniquement pour des raisons de *for*, parce que l'une des parties aura peut-être procédé à un changement de domicile? La réponse négative s'impose, et avec elle s'impose aussi la discrimination des éléments du contrat: les uns relèvent de l'autonomie de la volonté en considération du caractère supplétif qui est reconnu à la loi qui les régit, et les autres sont soustraits à cette autonomie en raison du caractère impératif du droit positif dont ils relèvent, sans que celui-ci se confonde pour autant avec des règles d'ordre public international. „Le principe de Dumoulin n'est légitime que dans son application aux conflits entre lois facultatives; au-delà, quand il s'agit de lois d'un caractère obligatoire, il perd toute raison d'être et devient rationnellement incompetent,“ pour reprendre les termes mêmes du professeur Pillet. <sup>2)</sup>

---

streng positiven Rechtsregel, indem in solchen Fällen der freie Wille der Parteien überhaupt keinen Einfluss haben kann.“

<sup>1)</sup> Pillet, op. cit. p. 435.

<sup>2)</sup> Il n'est pas tout à fait exact d'opposer la théorie des lois obligatoire de Pillet à la théorie usuelle de l'autonomie de la

Cette discrimination des divers éléments des obligations s'impose également au point de vue logique. On n'a pas manqué de relever que la théorie de l'autonomie de la volonté, dans sa forme usuelle, ne peut suffire à justifier la loi choisie par les parties; en effet, si l'admission de ce principe permet aux parties de déterminer la loi applicable à leur contrat, ce ne peut être cette loi qui dira si et dans

---

volonté. Pillet présente ses observations comme une rectification des théories moliniennes, voire, comme un retour à la véritable tradition de Dumoulin. L'exagération de la théorie de l'autonomie de la volonté écrit-il, *op. cit.* p. 35 „est imputable bien moins à Dumoulin lui-même, qu'à ses disciples, surtout à ses disciples de l'époque la plus voisine de nous et plus encore peut-être à Savigny qui, dans sa doctrine, a fait une part évidemment exagérée à l'influence de la volonté des parties. Les exemples donnés par le grand jurisconsulte français, sont, en effet, fort corrects. Qu'il s'agisse d'un fonds vendu à tant la mesure ou d'un certain nombre d'arpents légués par un testateur ou de fidéjusseurs tenus de la garantie d'éviction ou encore de l'étendue du droit des parties, le jurisconsulte ne fait jamais application de son principe qu'à des matières qui dépendent effectivement de la volonté des intéressés et qu'il est juste, par suite, de régler conformément à cette volonté. Mais on est allé beaucoup plus loin depuis, jusqu'à faire de la loi d'autonomie le grand remède que, sauf les deux exceptions ci-dessus mentionnées (capacité et ordre public), on applique à tous les cas de conflits qui se présentent.“ Cette même distinction entre les règles totalement indépendantes de la volonté des parties (sans être d'ordre public) et les règles abandonnées à l'autonomie des parties est reproduite avec la plus grande netteté dans le Manuel de droit international privé (1924) que cet auteur a publié en collaboration avec Niboyet, p. 586 et suiv., et dans son Traité pratique de droit international privé (1924), vol. II, p. 189 et 194, où, réfutant Zitelmann, il n'hésite pas à écrire: „Oui, le principe de l'autonomie de la volonté est un principe général, non pas que cette qualité lui soit conférée par une législation supérieure, qui, en effet, n'existe nulle part, mais parce que ce même principe se retrouve identique dans toutes les législations. Une fois satisfaite la compétence des lois obligatoires qui existent dans cette matière, on trouve que toutes les législations permettent aux intéressés de faire eux-mêmes la loi de leur contrat; c'est donc un point sur lequel il n'existe aucun conflit, et par conséquent la règle de l'autonomie est reconnue.“

quelle mesure les parties ont la faculté de faire usage de leur autonomie, puisque, avant le contrat, leur choix n'est pas encore fait.<sup>1)</sup> Au contraire, en déterminant la loi applicable aux éléments du contrat qui font l'objet d'une réglementation impérative, on découvre du même coup la loi qui permettra aux parties d'user de leur autonomie pour régler à leur guise la partie du contrat soumise à des dispositions juridiques simplement supplétives; tout ce qui concerne la conclusion des contrats est en effet d'ordre impératif, et c'est le droit applicable à la validité de l'accord conclu entre parties qui déterminera le domaine de l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire qui indiquera l'étendue du droit supplétif que les parties pourront choisir pour régir le reste de leurs relations juridiques. C'est en effet commettre une flagrante pétition de principes que de soumettre la question de la validité du consentement à la loi que les parties ont présomptivement acceptée, puisque c'est l'existence même de ce contrat qui est en jeu, et puisque son annulation entraînerait du même coup l'anéantissement de cet accord de volonté en vertu duquel les parties auraient accepté une loi déterminée pour régir leur convention.<sup>2)</sup>

On le voit, l'application de la doctrine de l'autonomie de la volonté est tout entière dominée par la distinction entre les règles supplétives et impératives du droit des obligations. Et un premier conflit attire immédiatement l'attention de l'internationaliste; il avait déjà été formulé par Waechter<sup>3)</sup>: à quelle loi s'adresser s'il y a un conflit entre les deux parties sur l'étendue du domaine juridique réservé à leur autonomie? Homberger qui a consacré quelques pages pénétrantes à ces problèmes<sup>4)</sup> estime que le

---

<sup>1)</sup> Comp. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, II, p. 366 et suiv. Comp. aussi Homberger, *Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht*, p. 24—25.

<sup>2)</sup> Rolin, *op. cit.* I, p. 443.

<sup>3)</sup> *Archiv für zivilistische Praxis*, 1842, p. 36.

<sup>4)</sup> *Op. cit.* 24, 27, 38—40.



conflit ne peut pas être résolu d'une autre manière que par la *lex fori* et que c'est elle qui sert de mesure à l'autonomie des co-contractants. Cette proposition ne me paraît pas acceptable sans restrictions.<sup>1)</sup> Elle fait dépendre du lieu, peut-être accidentel, où le procès se déroule, l'étendue de l'autonomie de la volonté des parties; comme la solution admise par le juge ne sera pas sans répercussion sur les règles applicables au reste de la convention, la *lex fori* pourrait restreindre ou étendre le domaine supplétif du droit de créance. Le conflit de lois sur l'étendue du principe de l'autonomie de la volonté peut se présenter pratiquement sous les deux aspects suivants:

1<sup>o</sup> Sous la forme du conflit classique sur la qualification des faits juridiques.

2<sup>o</sup> Sous la forme d'un conflit entre dispositions légales divergentes du droit des obligations.

Ces deux genres de conflits doivent être soumis à des principes différents en droit international privé.

Le conflit de la classification des faits juridiques ne peut être tranché que par application de la *lex fori*. Si un système juridique, comme celui du droit français, soumet les régimes matrimoniaux au principe de l'autonomie de la volonté, car il y voit des conventions expresses lorsque les époux ont conclu un contrat de mariage, et tacites, lorsqu'ils se soumettent au régime légal,<sup>2)</sup> alors qu'un autre système juridique, comme celui du droit suisse ou du droit allemand, en fait des contrats de droit de famille dont les conflits ne peuvent pas être résolus en vertu des principes du droit international applicables aux obligations, mais relèvent d'un statut spécial (loi du premier domicile conjugal pour les rapports pécuniaires entre les

---

<sup>1)</sup> Parfois il n'y a pas de *lex fori*; p. ex. lorsque le tribunal saisi est un tribunal arbitral mixte tel que le traité de Versailles les a prévus. Dans ce sens l'arrêt du tribunal roumano-allemand du 16 juillet 1925 déjà cité; voir *suprà* p. 277a.

<sup>2)</sup> Pillet, *Principes* p. 462, critique cette qualification tout en reconnaissant qu'elle est celle de la jurisprudence française.

époux et loi du domicile pour leurs rapports avec des tiers en Suisse, statut personnel du mari en Allemagne), le conflit de lois sera nécessairement résolu par la *lex fori*; il faut admettre en effet que chaque Etat fixe souverainement la qualification des rapports de droit et que cette qualification a un caractère d'ordre public international; les particuliers sont liés à cet égard par les solutions admises dans un Etat et les juges n'ont jamais à consulter des lois étrangères pour fixer le caractère d'une règle de droit.<sup>1)</sup>

Le deuxième conflit pose la question de savoir quelle loi doit prévaloir si, de deux droits positifs, l'un attribue à une règle juridique un caractère impératif, alors que l'autre lui conserve un caractère supplétif. Il ne s'agit pas alors d'un conflit portant sur la qualification de règles juridiques, ni d'une collision de règles toutes deux impératives; la difficulté porte sur l'étendue de l'autonomie des parties dans chaque loi. Il pourra se présenter entre deux systèmes juridiques faisant tous deux rentrer les régimes matrimoniaux dans le droit des obligations et dont l'un, à l'instar du droit français, permet au juge „dans chaque cas, de déduire en toute liberté des circonstances de fait le régime adopté par les époux,“<sup>2)</sup> alors que l'autre, comme le droit italien, soumet les étrangers à la loi nationale du mari.<sup>3)</sup> On trouvera facilement d'autres exemples dans le droit des assurances où des conflits se présentent entre les lois

---

<sup>1)</sup> Donnedieu de Vabres, De l'impossibilité d'une solution rationnelle et définitive des conflits de lois, *Journal Clunet*, 1905, p. 1242; Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, *eodem loco* 1897, p. 225, 466, 720; Bartin, *Etudes de droit international privé*, p. 1—82; Despagnet, Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, *Journal Clunet*, 1898, p. 253; Arminjon, Les qualifications légales en droit international privé, *Rev. de droit int. et de législ. comp.*, 1923, p. 281; W. Burckhardt, Über die Allgemeingültigkeit des internationalen Privatrechts, dans la *Festgabe für Eugen Huber* (1919).

<sup>2)</sup> Pillet, *Principes*, p. 463.

<sup>3)</sup> Art. 6 C. civ. italien. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. III, p. 637.



des Etats ayant donné une réglementation très stricte à ce contrat, afin de déterminer très exactement le domaine de l'autonomie des contractants, et celle des Etats où le contrat d'assurance reste soumis au droit commun, comme en France. Pour ces conflits, il conviendra de faire application de la *lex loci contractus*, non pas en vertu de l'autonomie de la volonté, car il s'agit de déterminer précisément l'exacte portée de ce principe, mais par une application directe de cette loi qui est, de toute évidence, celle sous les auspices de laquelle les parties se sont placées. La *lex fori* ne l'emportera que pour des questions d'ordre public; ainsi, bien que la loi française du 28 mars 1885 sur les marchés à terme a exclu l'exception de jeu même si l'opération doit se résoudre par le paiement de simples différences (sauf le cas d'une convention écrite prévoyant que les règlements entre parties se feraient sans livraison des titres), des marchés différentiels passés en France ne pourraient donner lieu à une action judiciaire en Suisse car les articles 513 et suiv. CO, ainsi que le Tribunal fédéral l'a fréquemment admis, sont de droit impératif et doivent être appliqués même si l'opération relève d'un droit étranger.<sup>1)</sup> La loi nationale des contractants ne peut être préconisée pour diverses raisons: Dans les relations du droit des obligations la nationalité des parties ne joue, en fait, aucun rôle déterminant; la *lex patriae* ne pourrait fournir aucune solution dans tous les cas — les plus nombreux dans les relations internationales —, où les parties n'ont pas la même nationalité; enfin les règles fixant le domaine de l'autonomie de la volonté ne sont pas des règles de capacité rentrant dans le statut personnel; ce sont des normes délimitant la liberté même de contracter qui s'imposent à toutes les personnes passant un contrat dans le pays qui les a promulguées.

---

<sup>1)</sup> Recueil de Curti, II, p. 461, 462, 463; aff. Scheller et Drascher c. faillite Hofer, Journ. des trib. 1906, p. 162; Diena, de la validité des jeux de Bourse dans les rapports internationaux, Journal Clunet, 1896, p. 71.

### III.

#### **L'unité de l'obligation et le droit international privé.**

La discrimination entre les éléments de l'obligation soumis à des lois impératives et ceux soumis à des lois simplement supplétives entraîne cette conséquence inévitable de rompre, tout au moins dans les contrats, l'unité des obligations et de les soumettre, quant au fond, en partie à des lois différentes.

Le postulat de la loi unique à appliquer à tous les éléments d'une obligation est purement théorique; il est d'ailleurs loin de rallier l'unanimité de la doctrine. Il a été défendu par le très distingué professeur Roguin dans son projet de Règlement présenté à l'Institut de droit international, dans les termes suivants (art. 4): „Quant à la loi applicable au fond même de l'affaire, elle sera unique pour toutes les parties et pour l'ensemble de la convention. En particulier, il ne sera fait aucune différence entre les effets directs du contrat et ses conséquences plus ou moins indirectes. Toutefois, il pourra être tenu compte, suivant les circonstances, de la loi de l'Etat où auraient lieu les faits constituant une violation de la convention.“ Il est certain qu'au point de vue purement logique, les arguments qui militent en faveur de l'application d'une loi unique au fond, ou comme on a accoutumé de dire assez improprement, à la substance des obligations, sont extrêmement puissants. Les obligations sont des institutions juridiques homogènes; il peut sembler arbitraire d'en décomposer les parties pour les soumettre à des lois différentes et peut-être contradictoires. Ainsi, en droit français, les profits et les risques de la chose vendue passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, la vente étant directement translatrice de propriété (art. 1582 C.C.fr.);<sup>1)</sup> il en est autrement en droit allemand où les §§ 446 et 447 du C.C. allemand exigent la

<sup>1)</sup> Il en est de même en droit suisse (art. 185 CO) bien que le transfert de propriété n'intervienne que par la tradition de la chose vendue.

remise de la chose à l'acheteur ou à l'expéditeur pour que celui-ci bénéficie des profits ou supporte les risques; les deux droits s'inspirent de la tradition romaine, *res perit domino*, mais ils font intervenir le transfert de propriété à des moments différents: A en Allemagne achète une chose à B en France; il sera tenu de payer le prix d'après le droit français si la chose périt avant sa livraison ou sa remise à l'expéditeur, car il supporte les risques; il ne sera pas obligé au versement du prix d'après le droit allemand car, avant la livraison, les risques sont supportés par le vendeur.<sup>1)</sup> L'intérêt qu'il y a à adopter une seule loi pour tout le contrat est manifeste. Néanmoins, ces inconvénients ne doivent pas être exagérés. Par une pratique plus que quadragénaire, le Tribunal fédéral suisse a réussi à les éviter dans une jurisprudence intéressante<sup>2)</sup>. Tout dépend en effet de la manière dont on justifie et opère l'application de droits différents aux divers éléments de fond d'une obligation ou d'un contrat.

On rencontre les systèmes les plus divers dans la doctrine.

Les postglossateurs distinguaient entre les effets naturels et les effets accidentels des contrats, les premiers soumis à la *lex loci contractus*, les seconds à la *lex loci executionis* et comprenant surtout les conséquences de la demeure et de l'inexécution par suite de négligence du débiteur. Cette discrimination ne se justifie pas en théorie. Elle a été cependant reprise par une bonne partie de la doctrine, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, qui a soumis les effets du contrat à une autre loi que ses suites.<sup>3)</sup> Cette distinction ne vaut pas mieux que la précédente. Elle a quelque chose d'arbitraire. Où cessent les effets et où commencent les suites d'une obligation? Ces deux notions n'ont rien de

---

<sup>1)</sup> Comp. Homberger, op. cit. p. 12/13, et Walker, op. cit. p. 338.

<sup>2)</sup> Vide *infra*, p. 301a.

<sup>3)</sup> Elle avait déjà été formulée au XVII<sup>e</sup> siècle par Bourgoigne (Burgundus).

juridique; elles prêtent à confusion si bien qu'on a pu se demander si l'exécution de l'obligation devait être soumise à une autre loi que l'inexécution.<sup>1)</sup>

Dans la doctrine de Savigny l'application de lois différentes est justifiée d'une autre manière. C'est, en principe, toute l'obligation qui doit être soumise à une loi unique, celle du lieu d'exécution; dans les contrats synallagmatiques, Savigny opère avec la notion de la stipulation romaine, et, séparant complètement les deux obligations corrélatives des parties, il soumet chacune d'elle à une loi spéciale, celle du *locus executionis*;<sup>2)</sup> il reconnaît cependant les difficultés pratiques de ce système car il n'y aura pas alors possibilité d'écarter des conflits entre les deux lois d'exécution. D'ailleurs, la justification empruntée au droit romain où seuls les contrats réels ou formalistes étaient munis d'une action, ne vaut plus pour le droit moderne; dans le droit de Justinien, sauf quelques contrats consensuels reconnus par le droit civil et sauf quelques pactes exceptionnellement favorisés par le prêteur ou les constitutions impériales, il fallait que la convention ait été coulée dans le moule de la stipulation ou exécutée par l'une des parties pour devenir obligatoire.<sup>3)</sup> Dans les droits modernes, la volonté humaine suffit à établir des obligations, et là où les engagements d'une des parties ont été pris en considération des obligations assumées par l'autre envers elle,

---

<sup>1)</sup> Rolin, Principes I, p. 454.

<sup>2)</sup> System des heutigen römischen Rechts VIII, p. 202: „Allein in jeder gegenseitigen Obligation lassen sich die beiden Schuldverhältnisse stets als getrennte behandeln, so dass uns auch hier nichts hindert, für jede der beiden durch diese Trennung entstehenden Hälften, den Gerichtsstand und das örtliche Recht nach der Person des Schuldners zu bestimmen. . . . Die Richtigkeit der hier aufgestellten Ansicht wird bestätigt durch die bei den Römern sehr gewöhnliche Abschliessung eines Kaufvertrages usw. durch zwei getrennte Stipulationen.“ Dans le même sens Zitelmann, Internationales Privatrecht, vol. I, p. 144, et II, 142, qui préconise d'appliquer les deux lois nationales des parties.

<sup>3)</sup> Comp. Esmein, Les contrats dans le très ancien droit français, Rev. histor. 1880, p. 659.



il est évidemment arbitraire de scinder le contrat en deux obligations indépendantes.

Un important parti de la doctrine, à la tête duquel se trouve le Hollandais Asser,<sup>1)</sup> recommande de faire la distinction suivante: La loi du lieu du contrat doit être appliquée au lien de droit, au *vinculum juris*, à la validité intrinsèque, à la matière, à l'étendue de l'obligation; la loi du lieu d'exécution doit régir tout ce qui concerne l'exécution. Ce système a trouvé l'approbation de Fiore, d'Esperson, de Lomonaco, de Weiss, d'Aubry et Rau; il ne distingue plus entre les effets et les suites du contrat, mais, somme toute, entre la conclusion et l'exécution. Dans la doctrine traditionnelle de l'autonomie de la volonté, il manque évidemment de justification, car si on étend la faculté des parties de choisir la loi applicable à leur convention jusqu'aux dispositions impératives du droit des obligations, il n'existe aucune raison de scinder la genèse du contrat de ses effets, puisque ce que les parties ont en vue en traitant c'est évidemment l'exécution de leurs obligations. L'Institut de droit international dans sa session de Florence en 1908 a retenu l'objection et a limité l'application de la *lex loci executionis* aux formalités de l'exécution, de la délivrance et du paiement, à la désignation de la monnaie, à la mesure des objets mobiliers et immobiliers aliénés, etc.<sup>2)</sup> Néanmoins, au point de vue pratique, le système d'Asser présente une indéniable supériorité sur celui de Savigny en ce qu'il ne soumet pas dans un contrat synallagmatique les obligations des parties à des lois divergentes.

C'est dans cette direction que la solution doit être cherchée. La division du contrat ou d'une obligation en éléments divers relevant de lois différentes est tout à fait

---

<sup>1)</sup> Asser et Rivier, *Eléments de droit international privé*, p. 73.

<sup>2)</sup> „En ce qui concerne les modalités et les détails de l'exécution, manière de compter, de peser, de mesurer, mise en demeure, jours fériés, validité du paiement, validité des offres et de la consignation, il convient d'appliquer les lois et les usages du lieu de l'exécution.“

indiquée lorsque chacun de ses éléments sera, pour tous les contractants, régi par la même loi; le conflit est alors résolu. Ce résultat peut évidemment être obtenu avec aisance en soumettant à une loi tout le domaine du droit impératif des obligations, à une autre loi celui du droit supplétif et en faisant également une part à la loi du lieu d'exécution, pour tout ce qui concerne ses formalités, détails et modalités, ainsi que l'a proposé l'Institut de droit international.

Ce procédé est tout à fait dans les usages du droit international privé qui a définitivement rompu avec la doctrine statutaire soumettant une institution juridique tout entière à un statut global, dit personnel en réel. La science moderne procède volontiers par voie d'analyse; elle décompose l'institution ou l'acte juridique pour en soumettre les divers éléments à des lois diverses.

Quelles seront ces lois en matière d'obligations?

#### IV.

#### **Les conflits entre les règles impératives du droit des obligations.**

J'ai démontré que toutes les règles du droit des obligations auxquelles les parties ne peuvent pas échapper en droit interne sont aussi soustraites à leur autonomie en droit international privé. Ce principe qui, après les tâtonnements de Brocher, n'a été mis en pleine lumière que grâce à la vigoureuse dialectique du professeur Pillet, n'entraîne pas nécessairement l'application de la *lex fori*, aussi peu qu'en droit de famille, par exemple, les conflits, parce que portant sur des règles de droit soustraites à la libre disposition des parties, devraient tous être résolus par la loi du for. Ils ne sont pas aisés à résoudre car la loi compétente n'apparaît pas immédiatement.

Procédons par élimination en nous efforçant de délimiter le domaine des lois impératives.



Toutes les règles sur la capacité des parties à un contrat ne rentrent pas, malgré leur caractère de jus cogens, dans les lois impératives du droit des obligations. La capacité est l'élément par excellence du statut personnel; elle est régie en Suisse par la *lex patriae* en principe, sous réserve de l'impossibilité où se trouvent des étrangers en Suisse qui y ont fait des actes juridiques d'exciper de leur incapacité si, aux termes de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés (art. 7 b loi féd., 25 juin 1891, sur rapp. de droit civil).

De même, toutes les dispositions légales applicables à la forme extrinsèque des actes juridiques générateurs d'obligations seront désignées par la loi du lieu de passation, conformément à la règle *locus regit actum*; ceci pour la double raison, premièrement, que ce principe sur la forme des actes est d'ordinaire facultatif, en ce sens que l'acte est valable s'il satisfait au moins aux exigences formalistes de la *lex loci actus*, mais que les parties peuvent aussi avoir recours à leur loi nationale, ou à la loi du pays où l'acte doit sortir ses effets juridiques, cette loi ayant exceptionnellement un caractère impératif, dans quelques Etats, lorsqu'il s'agit de transactions immobilières;<sup>1)</sup> et, deuxièmement, que les règles sur les formalités extrinsèques des actes constituent l'objet d'une doctrine spéciale du droit international privé qui ne s'applique pas seulement aux contrats, mais à la forme de tous les actes juridiques.<sup>2)</sup> La jurisprudence du Tribunal fédéral est bien fixée dans ce sens.)<sup>3)</sup>

Parmi les règles impératives il convient d'écarter encore celles ayant un caractère d'ordre public qui relèvent uniquement de la *lex fori*. Dans la théorie tradition-

---

<sup>1)</sup> C'est le cas en Suisse, Rec. off. arr. trib. féd. XLVI, 2, p. 391, Aff. Grand contre Menoud, et XLVII, 2, p. 383, Löwengard contre Ritter.

<sup>2)</sup> Comp. art. 24 loi féd. rapp. de droit civil et art. 823, al. 2 CO.

<sup>3)</sup> Rec. off. X, p. 375, XVIII, p. 522, XXXIX, p. 428.

nelle de l'autonomie de la volonté, l'ordre public joue en quelque sorte le rôle de *deus ex machina* survenant à propos pour tirer l'internationaliste de sa perplexité. On en donne une interprétation extensive qui aboutit facilement au rejet du droit étranger dès que ses dispositions ne sont plus en harmonie avec les dispositions impératives de la loi du for. Von Bar<sup>1)</sup> détermine très exactement le rôle de l'ordre public international en écrivant: „L'efficacité d'une règle étrangère ou d'un rapport juridique étranger ne sera pas nécessairement anéantie par le seul fait que nos lois et notre doctrine juridique rejettent cette loi ou ce rapport de droit. Il faudra toujours examiner si l'action effective du principe ou du rapport de droit en question, en tant que cette action doit se produire dans notre organisation juridique, est en contradiction avec notre ordre social, ou avec les principes de morale admis chez nous.“

Il faut d'ailleurs reconnaître que le Tribunal fédéral a donné dans sa jurisprudence une interprétation raisonnable des règles d'ordre public en ne considérant comme telles que les règles qui sont impératives d'une manière absolue.<sup>2)</sup> Il en a surtout fait application aux marchés différentiels (art. 512 CO);<sup>3)</sup> à la réduction des peines conventionnelles (art. 163 CO);<sup>4)</sup> aux contrats portant atteinte à la liberté individuelle;<sup>5)</sup> aux excès de l'interdiction de concurrence,<sup>6)</sup> etc. La notion de l'ordre public est nécessairement variable et contingente. Il serait néanmoins facile de trouver dans

---

<sup>1)</sup> von Bar, op. cit. I, p. 129; dans le même sens pour les conflits intertemporels Giesker-Zeller, Die Grundprinzipien des Übergangsrechts zu S.Z.B., Zeitschr. für schweiz. R. n. F. XXXIV, 1915, p. 31.

<sup>2)</sup> Rec. off. XI, 463.

<sup>3)</sup> Rec. off. XII, 381; XIII, 503; XX, 449; XXII, 512 et 544; XXIII, 250; XXXI, 601.

<sup>4)</sup> Rec. off. XIV, 2, 143; XLI, 141; XL, 2, 236; Praxis IV, p. 144.

<sup>5)</sup> Rec. off. XXXIX, 2, 250; XL, 2, 236 et 476; Praxis II, 398; III, 417; Zeitschrift des bern. Juristenvereins 48, p. 391.

<sup>6)</sup> Rec. off. XXXIX, 2, 546; Praxis II, 373.

la jurisprudence des autres Etats des sentences correspondantes à l'interprétation des tribunaux suisses. On pourrait aussi faire des réserves sur certaines décisions.<sup>1)</sup> Mais il n'est pas permis d'affirmer péremptoirement que la jurisprudence du Tribunal est, à ce sujet, en opposition avec l'évolution du droit international privé. Il est vrai qu'à la deuxième conférence de La Haye,<sup>2)</sup> on a donné une définition très étroite des règles d'ordre public en considérant comme telles celles-là seulement que le „législateur lui-même ne pourrait modifier sans changer, ébranler ou détruire l'ordre social ou constitutionnel de son pays“. Ce criterium n'est pas exact, car il y a dans certaines constitutions des principes de droit civil dont la présence s'explique par des considérations historiques et qui ne s'imposent pas pour régir des relations juridiques relevant de la loi d'un autre pays. Ainsi en Suisse, la légitimation par mariage subséquent est inscrite dans la Constitution fédérale (art. 54); il ne s'ensuit nullement que la règle soit d'ordre public international. Inversément, les lois fondamentales des Etats sont fréquemment muettes sur les principes de droit civil à appliquer aux particuliers; faut-il en conclure que toutes les dispositions des droits étrangers devront être reconnues? Il est de la nature de l'ordre public international d'être une notion souple, qui ne peut être mesurée aux règles strictes du droit constitutionnel et qui comporte l'interprétation de questions de moralité, abandonnées à l'appréciation des tribunaux.

Abstraction faite des lois de capacité, de forme et d'ordre public, on rencontre dans le droit des obligations une vaste catégorie de règles d'ordre impératif; les particuliers n'ont pas le pouvoir d'y déroger en droit interne, mais elles ne doivent pas nécessairement relever de la *lex fori*. La détermination de la loi qui a compétence pour les régir est fort délicate, cette question étant encore une des

---

<sup>1)</sup> Comp. à ce sujet Homberger, *op. cit.*, p. 73 et suiv.

<sup>2)</sup> Actes, 1894, p. 52.

moins étudiées du droit international privé.<sup>1)</sup> Ces règles impératives qui ne sont pas d'ordre public ne relèvent pas, en cas de conflits, du même droit; il faudra au contraire distinguer, d'abord selon la nature de l'obligation, puis selon ses éléments.

La première opération conduit à séparer nettement les obligations nées de délits ou quasi délits, celles issues de quasi contrats et enfin celles devant leur naissance à une convention.

On est d'accord dans la doctrine et la pratique du droit international privé pour admettre que le droit supplétif ne peut apparaître lorsqu'il s'agit d'obligations résultant d'actes illicites. Elles sont de droit impératif et il n'est évidemment pas loisible aux parties de choisir la loi à laquelle elles entendent se soumettre à cet égard. Le principe de l'autonomie de la volonté ne peut sortir aucun effet dans ce domaine. Le Tribunal fédéral en a décidé autrement dans la cause Martin et Messmer contre la Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée et a appliqué le droit suisse à une action fondée sur un acte illicite commis en France, en arguant de l'élection du droit suisse par les parties devant les instances cantonales.<sup>2)</sup> Il est heureusement revenu à de meilleurs errements quelques années plus tard en reconnaissant que „pour les obligations ex-delicto, l'opinion prédominante dans la doctrine et la pratique recommande de les soumettre à la loi du lieu où l'acte a été commis“.<sup>3)</sup> Ce principe n'est en effet plus discuté: C'est la *lex loci delicti vel quasi delicti commissi* qu'on applique à cette catégorie de règles impératives du droit des obligations.

Pour les obligations nées de quasi-contrats les avis sont plus partagés. Rolin a tout d'abord rangé dans le

---

<sup>1)</sup> Comp. A. Audinet, *Conflits des lois impératives ou prohibitives*; thèse de Poitiers, 1922.

<sup>2)</sup> Rec. off. XIX, 1, 298.

<sup>3)</sup> Rec. off. XXII, 1, 486, aff. Wittmann contre Fabriques Landquart.



droit supplétif les règles les concernant;<sup>1)</sup> mais il a admis ultérieurement<sup>2)</sup> „qu'il faut rechercher en matière de quasi-contrat, non pas quelle loi les parties intéressées ont adoptée, mais celle à laquelle elles sont soumises par la nature des choses. Il n'y a pas ici de place pour le droit supplétif“. Les lois sur la gestion d'affaires et sur l'enrichissement illégitime sont en effet de droit impératif, car on ne voit pas comment les parties pourraient y échapper en droit interne. Ici aussi la pratique et la doctrine du droit international privé sont d'accord pour les soumettre à la législation de l'Etat dans lequel s'est passé le fait qui a donné naissance au quasi-contrat, à la *lex loci quasi-contractus*.<sup>3)</sup> La jurisprudence du Tribunal fédéral s'est très catégoriquement prononcée en faveur de cette solution.<sup>4)</sup> Les quasi-contrats ne sont pas en effet des conventions tacites; la gestion d'affaires suppose que les affaires du maître ont été gérées sans son consentement, sinon il y aurait mandat; le paiement de l'indû comporte le défaut du consentement de celui qui paie, sinon il y aurait donation. Ces relations juridiques ne dépendent en aucune mesure de la commune volonté des parties et les obligations qui

---

<sup>1)</sup> Rolin, Principes I, p. 568.

<sup>2)</sup> Rolin, Des conflits de lois en matière d'obligations. Rev. de droit int. et de législ. comp., 1908, p. 581.

<sup>3)</sup> Dans ce sens le projet de Roguin à l'Institut de droit international, Rev. de droit int. et de législ. comp., 1908, p. 578, et le § 3 du règlement de l'Institut de 1908 qui réserve cependant „la loi nationale du gérant si elle lui impose des obligations plus strictes ou si la gestion a été entreprise dans un pays non civilisé“. La première de ces réserves en faveur de la loi nationale ne nous paraît aucunement fondée; c'est une exagération de la doctrine franco-italienne; la seconde est un cas exceptionnel qui confirme la règle. Dans le sens du règlement de l'Institut Pillet, Principes, p. 467, qui estime que l'idée de protection qui est à la base de la gestion d'affaires est assez semblable à la *ratio legis* de la tutelle, et justifie la *lex patriae* de cette manière.

<sup>4)</sup> Comp. Rec. off. XXVI, 2, 272, aff. Oesterreichische Länderbank contre Gugelmann; XII, 342, aff. Davel contre Cie. P.L.M.; XXXI, 2, 665, aff. Holthausen contre hoirs Wagner.

s'établissent ainsi entre elles résultent directement de la loi; cette loi ne peut être que la loi territoriale puisque, dans le premier cas, elle a pour but d'éviter la déperdition de biens provisoirement négligés par leur maître, et, dans le second, d'assurer impérativement la restitution de tout paiement indûment perçu sur le territoire de l'Etat qui l'a promulguée.

Si la détermination de la loi applicable à ces deux catégories d'obligations dans les relations internationales de droit privé ne donne pas lieu à de grandes difficultés, il en est autrement pour tout ce qui rentre dans le droit impératif des obligations conventionnelles. La difficulté est double; elle provient tout d'abord de la délimitation du domaine impératif du droit des obligations; elle résulte ensuite de la détermination de la loi applicable à ces divers éléments impérativement régis par la loi.

Dans la théorie de Brocher sont de droit impératif les règles concernant le consentement, l'objet et la matière des obligations, la capacité des parties, les règles sur l'interprétation des conventions ainsi qu'un certain nombre de dispositions légales qui s'incorporent aux volontés individuelles s'il n'y a stipulation contraire.<sup>1)</sup> Cette délimitation n'est guère satisfaisante; les règles sur la capacité des parties rentrent, nous l'avons vu, dans le statut personnel; celles sur l'interprétation des conventions sont évidemment d'ordre public: elles s'adressent au magistrat beaucoup plus qu'aux parties; celles qui s'incorporent à la volonté de ces dernières, faute de stipulations contraires, ne peuvent prétendre à un caractère impératif.

La discrimination complète des règles juridiques, impératives et supplétives, doit être abandonnée à la jurisprudence; il n'est en tout cas pas possible d'y procéder dans un simple rapport, car elle nécessiterait une analyse assez fouillée de la théorie générale des obligations ainsi que des types de contrats qui se rencontrent en droit comparé. D'une manière générale on peut cependant tenir pour

---

<sup>1)</sup> Brocher, op. cit. II, 67.



acquis, sans risque d'erreur, que relèvent du droit impératif:

1<sup>o</sup> Toutes les règles relatives à la formation de l'obligation, donc à sa validité, à son objet, aux vices du consentement;

2<sup>o</sup> les règles sur la prescription libératoire<sup>1)</sup> ainsi qu'un grand nombre de dispositions spéciales ayant pour but de limiter les effets des contrats dans l'intérêt même des parties ou de sauvegarder les droits des tiers.

La doctrine de Pillet pour résoudre ces diverses catégories de conflits présente quelques hésitations; il recommanda tout d'abord de donner la préférence à la loi nationale en tant que loi promulguée „dans l'intérêt particulier et pour la protection des parties contractantes“,<sup>2)</sup> solution insuffisante lorsque les parties n'ont pas le même indigénat et d'une justification douteuse en doctrine. Il donna ultérieurement une meilleure solution à ce problème difficile en scindant les conditions de validité des conventions de leurs effets; les premières doivent être soumises à la loi du lieu de conclusion du contrat; les seconds, vu leur grande diversité, à la loi reconnue applicable, dans chaque cas particulier, la préférence devant si possible être accordée, comme dans le cas de conflit sur la validité intrinsèque des contrats, à la *lex loci contractus*.<sup>3)</sup>

Je ne vois pas la possibilité de soumettre à une autre loi que la loi du lieu où le contrat est conclu les conditions impératives de validité des obligations conventionnelles; la loi nationale ne peut se justifier par aucune considération et ne résoud pas le conflit lorsque les parties ne sont pas ressortissantes du même pays; la loi du lieu d'exécution

---

<sup>1)</sup> Les règles de la prescription sont cependant en partie d'ordre public en ce sens que, du moins dans la théorie dominante, le délai fixé par la *lex fori* est un délai maximum qui ne peut être prolongé par la loi étrangère régissant le fond de l'obligation. Cela tient à la nature mixte de l'institution, à la fois de droit civil et de droit de procédure.

<sup>2)</sup> Principes, p. 456.

<sup>3)</sup> Pillet-Niboyet, Manuel, p. 588, 592.

n'est pas connue puisque le contrat n'est pas encore formé; on peut en dire autant de la *lex domicilii debitoris vel creditoris*; la loi du for, pourrait être appliquée, à défaut de toute autre loi, mais le contrat serait dépourvu de base juridique avant d'avoir donné lieu à une contestation judiciaire et, en cas de procès, il semble inique d'appliquer aux parties une loi qu'elles n'étaient peut-être pas à même de connaître lors de leurs négociations préparatoires et à laquelle il ne leur était pas possible d'adapter leurs accords. En fait, la *lex loci contractus* est mieux indiquée que toute autre, car c'est la seule que les parties aient la possibilité de consulter. Elle est unique. En théorie, elle s'impose dans le système de droit international privé considérant comme impératives les règles sur la validité des contrats. Ces règles s'appliquent précisément à tous les actes juridiques qui se passent sur le territoire de l'Etat, sans que les parties aient la possibilité de choisir une autre loi, celle du domicile de l'une d'elle ou de leur nationalité commune ou respective. C'est un point où la territorialité du droit l'emporte. Il est vrai que la détermination de l'endroit même où le contrat est devenu parfait peut donner lieu à des difficultés épineuses lorsque, dans les contrats entre absents, la loi du pollicitant et celle de l'acceptant s'inspirent de systèmes contraires, l'une réputant le contrat conclu là où l'acceptation a été déclarée, par exemple, l'autre, là où elle a été délivrée à l'auteur de l'offre. C'est un conflit de qualifications juridiques. Il ne peut être résolu empiriquement que par la *lex fori*: celle-ci ne sera pas applicable à l'ensemble des questions que peut soulever la validité d'un contrat mais à la seule détermination du lieu où il a été conclu. Son rôle sera épuisé lorsqu'elle aura déterminé la *lex loci contractus*; celle-ci restera applicable au fond; elle sera toujours déterminable puisque, dans tous les systèmes juridiques, il y a des règles sur le moment et par conséquent le lieu de perfection des contrats.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Pillet veut qu'on recherche, dans un cas de ce genre, le lieu où en fait les parties ont eu l'intention de situer le *locus contractus*;

La difficulté est encore accrue pour les contrats conclus par téléphone entre personnes habitant des pays différents. En droit français le contrat est réputé conclu entre absents; le *locus contractus* pourra donc être déterminé, au besoin par le détour de la *lex fori*. En droit suisse il est dans la règle conclu entre présents (art. 4 CO), en sorte que l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu sur le champ. Pour lors, le lieu du contrat ne sera pas fixé par la *lex fori* si le procès se déroule devant un tribunal suisse. La question devra être résolue par voie d'interprétation judiciaire; j'incline à admettre que ce ne serait pas faire violence aux circonstances que de fixer le lieu de conclusion du contrat là où l'acceptation a été déclarée, en considérant que le pollicitant est censé s'être rendu au domicile de l'acceptant par la transmission même de l'offre de contracter par téléphone. Les cas litigieux sont d'ailleurs rarissimes. Preuve en soit la jurisprudence du Tribunal fédéral qui n'a pour ainsi dire pas eu à s'en occuper jusqu'à présent.<sup>1)</sup>

Pour les effets du contrat d'ordre impératif, qui ne sont pas d'ordre public, il convient de distinguer selon qu'ils doivent se produire entre parties ou à l'égard de tiers. Pour les premiers on consultera de préférence la *lex loci contractus*, en tant que loi à laquelle le contrat est soumis pour sa validité, car il y a intérêt à maintenir dans la mesure du possible l'homogénéité du contrat. Les dispositions du droit des obligations n'ont d'ailleurs que rarement un caractère impératif lorsqu'il s'agit des effets d'un contrat; c'est dans ce domaine surtout que les parties sont autonomes. Néanmoins, il y a des exceptions pouvant justifier l'application d'une autre loi que la *lex loci contractus*. On peut mentionner à titre d'exemple, les règles sur la demeure qui relèvent inévitablement de la loi du lieu d'exécution, non pas en vertu d'une présomption des parties,

---

ce n'est qu'en l'absence de toute indication sur ce point que le système de la *lex fori* peut s'appliquer. Manuel, p. 589, note 1.

<sup>1)</sup> Voir cependant deux cas. Rec. off. XLIV, 2, 416, et XXXIV, 2, 473.

mais directement, par voie d'autorité légale; les conditions de la novation qu'il est indiqué de soumettre à la loi régissant la nouvelle obligation, loi qui pourra être différente de la *lex loci contractus* de l'obligation novée; la compensation en cas de faillite soumise à la loi du lieu d'ouverture de la faillite; le droit de subrogation légale de la caution ainsi que les divers bénéfices qui lui sont accordés, etc.

Quant aux effets des conventions envers les tiers, ils donnent lieu surtout à des conflits de lois au sujet du transfert de propriété dans les contrats d'aliénation. La séparation, profondément rationnelle et essentiellement juridique, du droit romain entre les actes générateurs d'obligations et les actes constitutifs ou translatifs de droits réels, n'a pas été maintenue par le C.C.fr. qui a supprimé l'espace intermédiaire et attribue directement au contrat le double effet de créer l'obligation et de réaliser l'aliénation (art. 1138 C.C.fr.). Il en est autrement en droit suisse et en droit allemand, où le transfert de propriété s'opère par la tradition et non par la convention. L'autonomie des parties ne leur permet pas de modifier les conditions dans lesquelles intervient légalement le transfert de propriété. Cet effet doit être régi par la loi reconnue applicable aux conflits de droits réels, ce qui est à dire la *lex rei sitae*.<sup>1)</sup>

La jurisprudence au Tribunal fédéral n'est, pour ce qui concerne tout au moins les conditions de la formation d'obligations contractuelles, nullement en opposition avec ces exigences ou recommandations doctrinales: Elle a soustrait ces règles à l'autonomie des parties pour les apprécier d'après la *lex loci contractus*. Cette jurisprudence est actuellement bien assise et remonte à plusieurs décades. Dans la cause Raschke contre Banque pour le Commerce et l'Industrie à Darmstadt,<sup>2)</sup> il a été jugé que, „dans le cas présent ce qui fait l'objet du litige ce ne sont pas les effets d'un contrat, mais la question de savoir si le contrat

<sup>1)</sup> Dans ce sens un arrêt du Tribunal arbitral mixte germano-belge, aff. Bartelous; Recueil des arrêts n° 28—30, p. 277.

<sup>2)</sup> Rec. off. XXXII, 2, 418.



même sur la base duquel l'action a été intentée, a été conclu. Pour cette question, il n'est pas du tout possible, pour des raisons de principe, de se fonder sur la volonté des parties; au contraire, il faut toujours faire, dans des cas de ce genre, une application objective du droit du lieu de la conclusion du contrat, car, dans ce domaine, la volonté des parties ne joue aucun rôle". Cette argumentation est reproduite dans la cause Blanchard contre Schmid, Kappeler & Cie<sup>1)</sup>: „La question de savoir si un contrat a été valablement formé relève du droit en vigueur au lieu où le contrat a été conclu." Dans la cause Windmüller contre Schlotterbeck<sup>2)</sup> le Tribunal fédéral déclare: „Le fait de la conclusion du contrat à Bâle est secondaire pour les effets du contrat. Il peut avoir un certain poids pour la solution des questions que soulève la formation des relations contractuelles; mais pour celles concernant l'exécution il doit s'effacer devant les considérations fondées sur le lieu d'exécution." Un jugement du 14 décembre 1920 dans la cause Union Société Anonyme contre Laweczky<sup>3)</sup> développe avec insistance la même idée: „L'attitude des parties ne peut être déterminante pour résoudre le conflit de lois, que pour autant qu'il s'agit des effets d'une obligation conventionnelle abandonnée à l'autonome volonté des parties. Mais les questions à trancher en l'espèce portent sur la conclusion même d'un contrat parfait entre le demandeur et N. et sur sa nullité pour cause d'opposition au droit ou d'atteinte aux moeurs; ces questions n'intéressent pas les effets, mais les conditions de la formation du rapport de droit litigieux entre les parties et la question de la représentation, elle aussi, ne dépend pas uniquement des manifestations concrètes de la volonté des parties."

Cette jurisprudence est l'inéluctable conséquence du

---

<sup>1)</sup> Rec. off. XXXVIII, 2, 516.

<sup>2)</sup> Rec. off. XXXIX, 2, 167.

<sup>3)</sup> Rec. off. XLVI, 2, 493; consulter aussi XLIX, 2, 73, aff. Jucker-Petitpierre contre Schmid et Cie.

caractère impératif des règles juridiques sur la validité des contrats. Le Tribunal fédéral ne la justifie par aucune théorie juridique. Elle est issue des besoins impérieux de la pratique. Il faut souhaiter qu'il en étende les effets aux autres règles du droit des obligations qui, sans être d'ordre public, sont impératives.<sup>1)</sup>

## V.

### **Les conflits entre les règles supplétives du droit des obligations.**

Les règles supplétives ou facultatives du droit des obligations constituent de beaucoup le plus grand nombre des dispositions applicables aux relations contractuelles. C'est là le domaine propre de l'autonomie de la volonté. Les parties sont libres de rédiger leurs conventions à leur guise; si elle ne le font pas ou si leurs accords présentent des lacunes, la loi remplace les conventions non écrites ou incomplètes. Les parties sont censées l'adopter comme une convention que le législateur a pris la peine d'élaborer pour elles. Dans les relations internationales cette même autonomie peut s'exercer pour toutes les règles du droit dispositif. Les parties choisissent le droit applicable à leurs relations juridiques.

Ce choix peut avoir lieu expressément; les contractants désignent dans une clause spéciale la loi qui devra régir tout le domaine du droit dispositif de leurs contrats. La situation est alors fort simple; l'accord sur le droit applicable sort tous ses effets; les difficultés sont écartées. Il en est de même si le choix a eu lieu tacitement de telle manière que le doute sur l'accord des parties est écarté.

---

<sup>1)</sup> Le peu de temps dont j'ai disposé pour faire ce rapport ne m'a pas permis de procéder à un dépouillement systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral pour fixer ce point spécial. Les indications fournies par Homberger sont insuffisantes pour le faire. Il semble cependant que le Tribunal fédéral se borne à faire la distinction entre les règles sur la formation et celles sur les effets des contrats.

Elles commencent, en revanche, lorsque les parties n'ont rien convenu expressément ou tacitement, ce qui est de beaucoup le cas le plus fréquent. La majeure partie de la doctrine et la jurisprudence de tous les pays civilisés admettent alors que le juge doit rechercher la commune intention des parties; en envisageant tous les éléments et toutes les circonstances de l'affaire, il doit suppléer lui-même au silence des parties, dégager leur intention présumée, c'est-à-dire, rechercher quelle loi elles ont dû implicitement choisir ou à quelle loi elles auraient donné la préférence, si elles avaient songé à régler le statut juridique de leurs relations conventionnelles.<sup>1)</sup>

Dans la doctrine, von Bar et Pillet se rencontrent pour ne pas admettre pleinement le principe de l'autonomie de la volonté appliqué aux règles supplétives du droit des obligations. Lorsque la loi à appliquer ne résulte ni directement, ni indirectement des relations contractuelles entre les parties, ces deux auteurs estiment qu'elles s'en sont remises à la volonté du législateur, et qu'il n'y a pas lieu de rechercher une intention commune qui n'existe pas. Von Bar critique le principe même de l'autonomie de la volonté, en relevant que, dans un grand nombre de cas,

---

<sup>1)</sup> L'Institut de droit international a bien caractérisé l'état de la doctrine et de la pratique traditionnelles dans sa session de Florence en 1908 en adoptant les deux résolutions suivantes:

„Art. 1<sup>er</sup>. Les effets de l'obligation contractuelle sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de se soumettre dans la mesure où la validité de l'obligation et ses effets ne se heurtent pas contre les lois qui régissent obligatoirement la convention, notamment quant à la capacité des parties, quant à la forme, quant à la validité intrinsèque du contrat ou quant à l'ordre public. — Art. 2. Si les parties n'ont pas manifesté la volonté effective d'accepter telle ou telle loi comme loi supplétive, c'est-à-dire comme loi destinée à suppléer aux lacunes de leurs conventions, dans la mesure où elles peuvent déterminer librement les effets de celles-ci, la détermination de la loi à appliquer comme droit supplétif sera déduite de la nature du contrat, de la condition relative des parties ou de la situation de la chose.“ (Annuaire 1908, p. 289.)

aucune décision ne pourrait être prise, les parties n'ayant pas eu la claire volonté de se soumettre tacitement à un droit déterminé; cette constatation devrait conduire au rejet de l'action. Les conclusions de von Bar ne sont pas diamétralement opposées à celles des partisans de l'autonomie car, en préconisant de soumettre le contrat à la loi la plus conforme à la nature de l'affaire, il n'est pas loin d'admettre que c'est celle que les parties sont censées avoir adopté d'après des critères objectifs et généraux; mais l'application de la loi doit se faire d'après lui d'autorité, sans passer par le détour de la présomption de volonté des parties.<sup>1)</sup> Les idées de Pillet ne sont pas très éloignées de celles du savant allemand; lorsque les parties ayant le droit de choisir leur loi ne l'ont pas fait, il estime<sup>2)</sup> „logique de soumettre leur contrat impérativement à une loi déterminée à l'avance, celle-ci ne pouvant être que la loi applicable à la formation et aux effets du contrat,“ comme en droit interne.

Je dois avouer que les considérations de ces deux auteurs ne me semblent pas concluantes. Le reproche qu'ils adressent à la doctrine de l'autonomie de la volonté de soumettre parfois le contrat à une loi que les parties n'ont sans doute jamais envisagée ne me paraît pas répondre à la réalité. Comment les choses se passent-elles? Les parties ne peuvent valablement vouloir l'exécution de certaines obligations que sur la base d'une loi reconnaissant cet effet aux manifestations concordantes de leur volonté. En faisant usage de leur autonomie, elles adoptent cette loi pour tout le domaine supplétif de leurs droits d'obligations. Elle le font par la force des choses. Comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, elles font du droit international privé sans le savoir. Il est donc tout à fait légitime de rechercher à quelle loi elles auraient entendu se soumettre si elles avaient eu clairement conscience du problème juridique que soulevaient leurs tractations commerciales ou

---

<sup>1)</sup> Op. cit. II, p. 5.

<sup>2)</sup> Manuel, p. 595, et Traité, vol. II, p. 188 et suiv.



autres. Cette volonté existe en quelque sorte à l'état latent; il appartiendra au juriste de la dégager. Je ne puis admettre qu'il s'agisse d'une fiction comme le soutient Westlake;<sup>1)</sup> c'est une réalité qui, pour rester fréquemment inaperçue des intéressés, n'en existe pas moins.

Pour dégager cette volonté réelle, mais implicite, des parties, ils existent deux moyens principaux d'investigation. Ou bien le juge recourt à un système de présomptions plus ou moins fixe, attribuant soit au fait de contracter en un certain endroit, soit à celui de l'exécution, soit au fait d'intenter l'action devant le tribunal d'un pays déterminé, soit au domicile commun des parties ou au domicile de l'une d'elles, d'ordinaire le domicile du débiteur, le pouvoir de déterminer la loi applicable lorsque les parties n'ont ni directement ni indirectement choisi la loi qu'elles désirent voir appliquer à leurs obligations. Ou bien le juge recherchera la législation à laquelle les parties se seraient le plus probablement référées, si leur attention s'était portée sur ce point, sans se sentir lié par aucune espèce de présomption ni absolue, ni relative, pour reprendre les expressions du professeur Roguin, principal partisan de ce système; c'est en considérant surtout les circonstances spéciales à chaque cas qu'il découvrira le mieux, par application du principe de l'autonomie de la volonté, la loi devant régir l'affaire soumise à son appréciation.

Comme dans la plupart des pays, le Tribunal fédéral a combiné les deux systèmes;<sup>2)</sup> il admet, dans une juris-

---

<sup>1)</sup> Westlake, *Private international law*, p. 290: „Even when the supposed intention of the parties has nominally been relied on, it has been in fact nothing more than a fictitious intention presumed from following the doctrine of this § (*lex loci contractus*) and has been in itself no substantial guide to the choice of law.“

<sup>2)</sup> Dans plusieurs Etats, il y a une présomption en faveur de la *lex loci contractus* (France, Italie, Portugal, Japon, Grande-Bretagne, Autriche); mais il y a des exceptions en faveur de la *lex patriae* lorsque les deux parties ont la même nationalité (Italie, Japon, France), en faveur de la loi du domicile du débiteur (Japon), ou en faveur de la loi du lieu d'exécution (Portugal). En Allemagne,

prudence que l'on peut considérer comme constante, certaines présomptions fixes, mais a recours au second système, à titre en quelque sorte subsidiaire, exceptionnel, pour résoudre des cas particuliers où l'application des principes usuels conduirait à des solutions peu satisfaisantes. Cette jurisprudence peut se résumer dans les cinq propositions suivantes:

1<sup>o</sup> Application de la *lex fori*, de la loi suisse, lorsque, au cours du procès, aucune des parties ne demande au juge l'application de la loi étrangère; elles sont alors censées avoir tacitement consenti, dès la conclusion du contrat, à l'application de la loi suisse.<sup>1)</sup> Le Tribunal fédéral a poussé cette idée très loin puisque, dans un arrêt Mignot c. S. A. Chocolats Suchard du 25 juin 1909,<sup>2)</sup> il a prononcé qu'en principe les effets d'un marché conclu entre une maison suisse et une maison française, exécutable au Havre où la marchandise est réputée livrable, doivent s'apprécier d'après la loi française; mais que si, ni l'une, ni l'autre des parties n'invoque l'application de la loi française, toutes deux plaidant au contraire en se plaçant du point de vue du droit suisse, c'est la loi suisse qui est applicable.

on a donné d'abord la préférence à la *lex loci executionis* puis on a admis la *lex domicilii debitoris* qui fut également abandonnée par un regain de faveur de la loi du lieu d'exécution. Voir mon ouvrage: Les traités de paix et les droits privés des neutres, p. 178, avec références bibliographiques. — Cette jurisprudence est aussi celle du Tribunal arbitral mixte roumano-allemand qui, dans l'arrêt déjà mentionné du 16 juin 1925, Negreaun et fils contre Meyer et fils, a argumenté de la manière suivante: „La solution du T.A.M. est donc en définitive de chercher l'intention présumée des parties en pesant toutes les circonstances d'espèce, d'opter pour l'un des droits lorsqu'il y a une prépondérance marquée des présomptions recueillies en faveur de son application et, sans cela, d'appliquer la loi du lieu de la conclusion pour déterminer la forme et les effets généraux du contrat et le droit national de chaque partie en ce qui concerne ses propres obligations.“ Recueil 1925, n<sup>o</sup> 49—52, p. 213.

<sup>1)</sup> Rec. off. XXI, 865; XXV, 2, 741; XXXIV, 2, 643. Voir l'exposé complet de la jurisprudence dans Homberger, op. cit. p. 34/35.

<sup>2)</sup> Journal des Tribunaux 1910, p. 381.

2<sup>o</sup> Application de loi choisie par les parties, si, au cours du procès, les deux parties ont reconnu l'applicabilité du même droit étranger, alors même que leurs relations contractuelles ne contiendraient aucune indication permettant de conclure à l'application de cette loi au moment de la conclusion du contrat. L'accord intervenu pendant la procédure est considéré par le Tribunal fédéral comme une circonstance décisive qui entraîne l'application de la loi choisie par les parties.<sup>1)</sup>

3<sup>o</sup> Application de la *lex loci executionis* à défaut de manifestation de volonté commune des parties au cours de la procédure. Le Tribunal fédéral n'a fait qu'attribuer, avec le temps, une importance de plus en plus considérable à cette loi, comme loi correspondant à la volonté des parties d'y soumettre implicitement leurs relations juridiques. Dans un jugement Windmüller contre Schlotterbeck du 8 mars 1913,<sup>2)</sup> le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit: „Juger l'objet d'une prestation promise d'après la loi du lieu où elle doit être accomplie est ce qui est le plus naturel, ce qui vient d'abord à l'esprit; la jurisprudence du Tribunal fédéral a toujours attaché à cette considération une importance essentielle pour la solution des questions relatives à l'exécution du contrat.“

4<sup>o</sup> Application subsidiaire de la *lex domicilii debitoris* dans les cas douteux pour renforcer la justification de la loi choisie par les parties ou de la *lex loci executionis*,<sup>3)</sup> ou pour résoudre le conflit de qualification sur la situation du lieu d'exécution; il s'agissait, dans l'espèce jugée par le Tribunal fédéral, d'une créance contre une personne domiciliée en Suisse; le droit suisse indiquait comme lieu d'exé-

<sup>1)</sup> Rec. off. XXIV, II 544; XXXI, 2, 740; XXVII, 2, 215, 392; XXIX, 2, 262; XXXVII, 2, 346.

<sup>2)</sup> Journal du droit international privé, 1914, p. 1407; comp. aussi Rec. off. XXI, p. 518; XXXIII, 1, 250 et 839; XXXVII, 2, 346; ainsi que le recueil de Curti I, p. 358, 359, 360, et II, p. 195, 225, 307, 327, 361, 362, 426, 464. Comp. Homberger, op. cit. p. 41 et suiv.

<sup>3)</sup> Voir la jurisprudence dans Homberger, op. cit. p. 60.

cution le domicile du créancier; le droit du créancier indiquait comme lieu d'exécution le domicile du débiteur; le Tribunal fédéral trancha le conflit par application du droit suisse, non pas comme *lex fori*, mais comme loi personnelle du débiteur; cette loi indiquant que le paiement de sommes d'argent est portable et non quérable (art. 74 chiffre 1 CO), le lieu d'exécution fut fixé à l'étranger ce qui entraîna l'application de la loi étrangère, en tant que *lex loci executionis*, aux effets des obligations entre parties. Dans un jugement plus récent<sup>1)</sup> et plus exact au point de vue des principes, mais qui n'est pas en harmonie avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les conflits concernant la validité des contrats, la solution du problème est demandée à la *lex fori*.

5° Enfin retour à l'application de la *lex fori* lorsque le *locus executionis* ne peut être déterminé ni la commune intention des parties découverte; le Tribunal fédéral estime alors que la *lex fori*, le droit suisse, est applicable à titre de droit subsidiaire. Cette jurisprudence est assez récente; elle ne remonte pas au delà de 1914; elle a fait l'objet d'une justification particulièrement développée dans un arrêt important du 20 juin 1914, cause Cuny et Co. contre Galtès<sup>2)</sup> où, s'agissant d'une vente à distance, le juge avait à choisir entre quatre lois, la loi espagnole, la loi française, la loi allemande et la loi suisse; le tribunal constata que l'application d'une loi étrangère ne se justifiait pas par interprétation de la volonté effective ou présumée des parties et qu'aucune raison d'équité ne militait contre l'application du droit suisse; „dans ces conditions, déclare le Tribunal fédéral, la solution la plus naturelle et la plus juste consiste à appliquer la loi interne, en tant que loi du tribunal saisi et de reconnaître tout au moins à la *lex fori* une valeur subsidiaire“.

<sup>1)</sup> Rec. off. XLIV, 2, 417, aff. Beer, Sandheimer et Co. contre Aubert, Grenier et Co., du 11 octobre 1918.

<sup>2)</sup> Rec. aff. XL, 2, 488; voir aussi XL, 2, 391; XLI, 2, 270; XLIII, 2, 315.



Le Tribunal fédéral n'a fait aucune concession à la *lex patriae* des parties qui joue dans les pays néo-latins, un grand rôle, même pour les conflits de droit des obligations; il ne retient pas davantage la loi du domicile commun des parties qui est pourtant celle qui leur sera le mieux connue; enfin il n'a étendu qu'une seule fois, à ma connaissance, aux effets relevant du droit supplétif des contrats la *lex loci contractus* qu'il réserve entièrement aux règles de droit impératif sur la formation des obligations conventionnelles.<sup>1)</sup>

Cette jurisprudence prête le flanc à la critique à deux points de vue. Elle accorde trop d'importance à la *lex fori* et à la *lex loci executionis*.

La *lex fori* est donc retenue comme loi compétente par le Tribunal fédéral, d'abord lorsque les parties n'invoquent pas un droit étranger devant lui, et ensuite lorsqu'il n'est pas possible au juge de déterminer quelle fut la volonté présumée des parties. Elle apparaît ainsi à la fois comme le point de départ et comme le point d'arrivée de la chaîne des raisonnements que doit tenir le juge pour découvrir la loi applicable aux conventions; les anneaux intermédiaires sont occupés par les autres solutions admises par le Tribunal fédéral. D'une manière générale les critiques que l'on formule contre l'application de la *lex fori* aux conflits de lois sur les obligations sont extrêmement fortes.<sup>2)</sup> Le droit applicable ne peut pas dépendre des hasards du *for* puisqu'il n'est pas abandonné au choix des parties pour toutes les règles impératives et puisque, pour les règles supplétives, il est désigné par interprétation de la volonté des parties, lesquelles ne peuvent pas toujours savoir devant quel tribunal le litige finira par être porté; le juge ne doit pas appliquer à des relations juridiques qui sont nées et se sont développées sous un autre régime de droit que le

---

<sup>1)</sup> Rec. aff. XXXVI, 2, p. 6. Je passe complètement sous silence la *lex domicilii creditoris* qui n'est nulle part retenue dans la jurisprudence.

<sup>2)</sup> Voir Homberger, op. cit., p. 65 et suiv.

sien, une loi qui risque de les fausser et d'engendrer des décisions peu équitables; la *lex fori*, enfin, comme principe de solution des conflits, est manifestement insuffisante toutes les fois qu'il n'y a pas procès, puisque les parties ignorent alors la loi à laquelle elles sont soumises. Ces raisons ont certes leur poids; mais seulement si la *lex fori* est la clef de voûte d'un système de droit international privé. Dès l'instant où elle doit s'effacer devant une autre loi dont l'application est mieux justifiée, les critiques qui lui sont communément adressées perdent beaucoup de leur portée. Or, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral la *lex fori* ne joue pas un rôle prépondérant; celui-ci appartient à la *lex loci executionis*. Il ne s'agit donc pas d'une application systématique de la *lex fori*, mais d'une prédominance qui lui est reconnue dans certains cas seulement.

Le premier de ces cas, celui où les parties n'invoquent aucune loi étrangère et se placent sous le droit suisse, ne me paraît critiquable que si les intéressés ont entendu modifier le droit applicable à leurs relations contractuelles en substituant arbitrairement la *lex fori* à la loi normalement compétente. Il est aussi choquant de permettre à deux Suisses en Suisse qui ont conclu un contrat dont les effets doivent sortir en Suisse, de plaider subitement sur la base d'une loi étrangère dont l'application n'avait jamais été réservée par eux, que de permettre à deux étrangers, ayant contracté à l'étranger, d'invoquer la *lex fori*, la loi suisse, qui n'a eu aucun point de contact auparavant avec leurs relations conventionnelles. La jurisprudence du Tribunal fédéral appliquant la *lex fori* à la demande des parties ne me paraît donc critiquable qu'autant qu'elle permettra cette substitution complète du régime juridique suisse au régime juridique étranger, normalement compétent. Cet effet pourrait être efficacement combattu par la théorie du droit international privé sur la fraude à la loi. Chaque fois que les parties demanderont l'application de la loi suisse pour échapper à leur propre loi — *agere in fraudem legis* — elle devrait leur être refusée. Ce cas ne sera pas

fréquent. Le système de présomptions ne joue en effet que lorsqu'il n'y a pas d'élection de loi par les parties, et lorsque les circonstances de la cause ne permettent pas d'admettre que les parties ont voulu donner la préférence à une loi déterminée; il s'agit de règles supplétives; je ne vois pas pourquoi la soumission, de bonne foi, à la *lex fori* devrait être méconnue en principe.<sup>1)</sup>

Quant à l'application subsidiaire de la *lex fori* elle ne fournit matière à critique qu'autant que le Tribunal fédéral renonce à rechercher si une autre loi que la *lex loci executionis* ne serait pas compétente. La *lex fori* ne doit pas alors simplement remplacer cette dernière; elle doit être l'*ultima ratio*; toutes autres possibilités de résoudre le conflit doivent être exclues pour que son applicabilité soit légitime. Il faudra donc lui préférer, si les relations juridiques qui se sont établies entre les parties le permettent, la *lex loci contractus*, ou la *lex domicilii debitoris*, ou même la loi nationale des parties si elles ont le même indigénat et surtout la loi du domicile commun à laquelle le Tribunal fédéral n'attribue pas assez d'importance. L'application subsidiaire de la *lex fori* n'est qu'un moyen empirique qui ne se peut justifier que par l'insuffisance des solutions proposées par le droit international privé. Pillet<sup>2)</sup> admet „en dernier lieu la loi du juge, même lorsque la compétence

---

<sup>1)</sup> Homberger, op. cit., p. 23, nous dit qu'il s'agit là d'une ancienne pratique; mais le Tribunal fédéral l'a confirmée dans un jugement du 9 mai 1923 dans la cause *Deutsche Evaporateur A.-G. contre Bamberger, Leroi et Cie.* Rec. off. XLIX, 2, 225. Comp. aussi les observations de Rollin, Principes I, p. 785, où il est dit: „Lorsque les parties déclarent devant le juge, accepter telle loi déterminée comme règle de leurs conventions, nous ne comprendrions pas que le juge fût obligé de leur appliquer une loi différente, par exemple, celle de leur nationalité commune ou du lieu du contrat plutôt que celle de l'exécution. Il nous semble qu'ici encore leur autonomie doit être respectée. Or, si elles concluent formellement à l'application de la *lex fori*, on y doit voir la manifestation de leur volonté commune et il ne serait pas permis au juge de leur appliquer d'office une loi étrangère.“

<sup>2)</sup> Traité II, p. 285.

de celui-ci est purement fortuite, pour cette raison ultime que l'application d'une loi quelconque vaut mieux que l'absence de toute loi." Le Tribunal fédéral, il faut l'en louer, ne vas pas aussi loin et renonce à appliquer la *lex fori* lorsque la compétence des juges suisses résulte d'un séquestre.<sup>1)</sup>

Le second reproche adressé à la jurisprudence du Tribunal fédéral me paraît somme toute plus grave. La solution des conflits de lois est demandée à la théorie de Savigny. L'idée de Savigny de fixer le siège de l'obligation au lieu d'exécution, parce que c'est vers l'exécution qu'est tendue la volonté des contractants et que l'obligation s'épuise par l'exécution, est certainement exacte dans la dogmatique juridique. Mais elle est insuffisante pour les relations de droit international privé. Elle conduit à l'application de la *lex loci executionis* qui résoud les seuls conflits résultant de contrats unilatéraux; sauf convention expresse des parties fixant le lieu d'exécution, tout le contenu du contrat se concentre alors sur la personne du débiteur; le lieu d'exécution se confondra avec le domicile du débiteur et le conflit des lois sera effectivement et complètement résolu par application de la *lex loci executionis*. Il n'en va pas de même pour les contrats synallagmatiques; nous sommes en présence de parties réciproquement créancière et débitrice l'une de l'autre, obligées de s'exécuter, sauf le cas où un lieu d'exécution commun a été fixé par contrat, en des endroits différents et tenues des effets de leurs conventions selon des droits différents. Le conflit n'est pas résolu. On reproche parfois au système de Savigny de soumettre les parties à une loi qu'elles ne pouvaient connaître au moment où elles ont contracté, le *locus executionis* étant une notion juridique qui dépend de la loi régissant la convention des parties, en sorte qu'on tournerait dans un cercle vicieux: le lieu d'exécution détermine la loi applicable et il est déterminé lui-même par cette loi. Dans le système

---

<sup>1)</sup> Rec. off. XLVI, 2, 489.



jurisprudentiel du Tribunal fédéral, je l'ai déjà établi, le vice de ce raisonnement disparaît, puisque ce sera la loi du lieu du contrat, applicable aux conditions de validité, qui désignera le *locus executionis*. Il est curieux de constater que le Tribunal fédéral n'a pas tiré cette conséquence de sa jurisprudence et qu'il a fixé le lieu d'exécution par application de la *lex fori* ou du statut personnel du débiteur. Néanmoins, le système de la *lex loci executionis* peut être réfuté par les arguments mêmes employés par le tribunal pour rejeter le système de la *lex domicilii debitoris*. Il a jugé dans une affaire Scholder contre Wolff le 18 juillet 1885<sup>1)</sup> que „si le droit du domicile des parties est important pour ce qui concerne leur capacité de contracter, il ne peut pas être déterminant pour ce qui concerne l'existence objective et les effets d'une obligation contractuelle; l'application de la loi du domicile, surtout à des contrats synallagmatiques créerait cette anomalie de régler les droits et les obligations des deux co-contractants d'après des droits différents, qui peuvent être complètement contradictoires. Cela ne répond pas à une volonté raisonnable et c'est pourquoi dans la doctrine et la pratique on repousse l'application régulière du droit du domicile à l'existence objective et aux effets de relations juridiques d'obligations.“ Les difficultés résultant de l'application de la *lex loci executionis* sont même plus grandes encore que celles résultant de l'application de la *lex domicilii debitoris*. Il faut reconnaître en effet qu'une même obligation pourra avoir plusieurs lieux d'exécution — s'il s'agit, par exemple, de ventes par livraisons successives à des endroits différents — qu'en fait, la détermination du lieu d'exécution peut donner lieu à des difficultés, alors même que les parties seraient d'accord sur la formule juridique, chaque fois que l'une des parties devra exécuter ses obligations dans différents pays<sup>2)</sup> (voyageurs de commerce, contrat d'entreprise, etc.).

---

<sup>1)</sup> Rec. off. XI, p. 358.

<sup>2)</sup> Comp. des exemples dans Homberger, op. cit. p. 45.

## VI.

### Conclusions.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a le mérite de présenter assez de souplesse pour pouvoir s'adapter à la multiplicité et à la complexité des relations internationales du droit des obligations. Une codification des règles du droit international privé en vigueur en Suisse serait certainement utile afin de permettre aux intéressés de connaître avec plus de certitude que ce n'est le cas actuellement la loi qui devra régir leurs relations juridiques. Elle n'est cependant nullement urgente pour diverses raisons; la pratique actuelle permet aux parties qui ressentent le besoin d'une plus grande stabilité et d'une augmentation de sécurité dans leurs relations internationales de droit des obligations de faire une *professio juris* dans leurs contrats. Il serait indiqué avant d'entreprendre ce travail d'attendre le résultat des conférences de droit international privé qui recommenceront à siéger dès cet automne à La Haye; le problème des conflits de lois des obligations n'est pas inscrit au programme de la prochaine conférence, mais il appartiendra au Gouvernement fédéral de faire les suggestions nécessaires à l'occasion d'une nouvelle conférence. Il est certain que les conflits de lois, ceux résultant du droit des obligations comme les autres, ne peuvent être utilement résolus, sur le terrain international, que par le traité collectif ou particulier. Toute solution législative interne, se heurte fréquemment aux solutions opposées des Etats étrangers, résoud le conflit en droit interne, mais le laisse subsister hors de Suisse, ce qui, dans les relations du commerce international présente les plus grands inconvénients. Il conviendrait donc d'attendre que les nouvelles conférences de La Haye aient abordé ces causes de conflits de lois, élaboré peut-être un projet qui permettra de constater la tendance de la majorité des Etats quant aux solutions à adopter. La Suisse ne pourra que s'y rallier. Il lui sera plus facile de le faire si elle n'a pas encore légiféré dans ce do-

maine. Toute législation interne crée des habitudes dans le peuple; il est toujours peu désirable de les troubler par l'application de nouvelles règles fixées par des traités. On en trouve un exemple dans les réclamations que suscita au cours des premières années de son application, la Convention de La Haye de 1902 sur la tutelle des mineurs; elle substituait, comme principe fondamental de réglementation des conflits, la loi nationale à la loi du domicile du mineur prévue par l'article 10 de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour. Je rappelle également l'influence exercée par les Conventions de La Haye concernant les conflits de lois en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps, sur les dispositions du titre final du CCS où notre droit international privé à ce sujet a été remanié. On peut relever la même influence directe des Conventions de La Haye sur la législation interne suédoise.<sup>1)</sup>

Néanmoins, si on jugeait opportun de profiter de la révision, actuellement en cours, des derniers titres du CO pour incorporer dans la loi les lignes directrices auxquelles les tribunaux auraient à se conformer, je me permettrais de recommander, comme principe fondamental — mais non pas unique — destiné à découvrir la commune volonté des parties lorsqu'il s'agit de règles supplétives, la *lex loci contractus*, sauf si elle a un caractère purement fortuit, de préférence à la loi du lieu d'exécution, ou à la *lex domicilii debitoris*. Cette réforme devrait être accompagnée d'une disposition tranchant le conflit sur le lieu de conclusion des contrats dans les relations internationales; il devrait être fixé au lieu où l'acceptation a été expédiée par l'acceptant (théorie de l'expédition). Cette solution cadre avec les articles 9 et 10 du CO fixant le moment où le contrat entre absents est parfait; notre droit positif s'inspire déjà de la théorie de l'expédition sous la condition résolutoire du retrait de l'acceptation avant que l'auteur de l'offre en ait pris connaissance (concession à la théorie

---

<sup>1)</sup> Annuaire de Législation comparée, 1914, 15, p. 376 et suiv.

de l'information); cette dernière théorie n'est retenue en droit suisse que pour empêcher la conclusion du contrat; on peut donc la négliger pour fixer le *locus contractus*. Lorsqu'une acceptation expresse n'est pas nécessaire, les effets du contrat remontent au moment de la réception de l'offre qui n'est autre que celui de l'acceptation tacite; le *locus contractus* se trouvera donc toujours au lieu où l'acceptation intervient (concession à la théorie de la déclaration ou agnition). Il est de jurisprudence internationale que ces contrats, par exemple les ordres de bourse, sont réputés conclus non pas au lieu d'où l'offre est partie, mais là où réside l'acceptant. Si, pour les contrats ne pouvant pas impliquer une acceptation tacite, la loi de l'autre partie admet un système différent, par exemple celui de la réception ou de l'information, on se trouvera de nouveau en présence d'un conflit de qualification; la *lex fori* le tranchera uniquement pour désigner le *locus contractus*; elle ne sera pas applicable au fond.

Ce système présente sur celui de la *lex loci executionis* l'avantage d'éviter, sans les supprimer d'une manière absolue, j'en conviens, les cas où le contrat sera régi, pour chaque partie, par une loi différente; les conflits sur la détermination du *locus contractus* sont beaucoup moins fréquents que les difficultés résultant de l'application de la loi du lieu d'exécution qui sont inévitables pour tous les contrats bilatéraux; ils ne se présentent pas dans tous les cas où les droits positifs admettent le même système pour fixer le moment et le lieu de la perfection des contrats. La *lex loci contractus* est préférable aussi à la *lex domicilii debitoris* qui laisse pleinement subsister la difficulté pour tous les engagements synallagmatiques et présente en outre des conflits sur la notion même du domicile qui n'est nullement la même dans tous les Etats. La solution que je recommande supprime un grand nombre de collisions entre les systèmes positifs de droit international privé pour résoudre les conflits entre les lois supplétives d'obligation, puisque la *lex loci contractus* est déjà appliquée dans



maints Etats européens dont la France et la Belgique. Enfin, dans le système du Tribunal fédéral qui soumet déjà à la *lex loci contractus* les conditions de validité du contrat, elle permettrait, ce qui est un avantage manifeste, de respecter très fréquemment l'homogénéité des contrats en les soumettant, tant pour leur genèse que pour leurs effets, à une seule et même loi.

Je puis formuler mes conclusions de la manière suivante:

A) Les règles à adopter dans la nouvelle loi qu'on se proposerait de promulguer pour les conflits de lois sur les obligations, devraient laisser aux juges une grande latitude afin de leur permettre d'adapter facilement leurs décisions à la nature spéciale des affaires soumises à leur appréciation; dans ce but, le législateur devra se borner à poser quelques principes généraux sans entrer dans le détail de tous les conflits que suscitent la théorie générale des obligations et les divers contrats.

B) Le législateur partira de l'idée que, s'il n'est pas toujours possible de soumettre à une loi unique l'ensemble des relations contractuelles qui s'établissent entre les parties, il conviendra de sauvegarder, dans la mesure du possible, l'homogénéité juridique des contrats, en évitant de soumettre les contractants à des droits différents, tout au moins pour les mêmes éléments des obligations assumées par eux.

C) Les conflits de lois sur la capacité des parties resteront régis par l'art. 7 litt. b de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis et en séjour; les questions de forme relèvent de la règle *locus regit actum*, sous réserve des transactions immobilières.

D) A l'exception des règles d'ordre public qui seront fixées par la loi du for, toutes les conditions de la formation des obligations contractuelles devront satisfaire aux règles impératives de la loi du lieu où le contrat a été conclu, et, si ce lieu a un caractère purement fortuit, à la loi du domi-

cile commun des parties ou à toute autre loi reconnue compétente à raison de la nature de l'affaire.

E) La *lex loci contractus* sera aussi applicable aux effets des contrats impérativement fixés par la loi, dans la mesure où ils n'intéressent pas l'ordre public ou les droits des tiers; ce néanmoins, il y aura lieu de réserver la libre appréciation des tribunaux pour soumettre, au besoin, certains de ces effets (novation, prescription libératoire, compensation, subrogation légale, etc.) à d'autres règles juridiques qui seront déterminées d'autorité et non pas par interprétation de la volonté des parties. Les effets des conventions sur le transfert de droits réels relèvent de la *lex rei sitae*.

F) Dans la mesure où il s'agit de conflits entre des règles supplétives du droit des obligations, le fond du contrat sera soumis à la loi expressément choisie ou tacitement admise par les contractants.

G) A défaut de toute manifestation directe ou indirecte de volonté à cet égard, le juge recherchera quelle est, d'après la commune intention des parties, la loi qui devrait régir leurs relations juridiques si leur attention s'était portée sur ce point; il admettra qu'elles seront soumises à la loi du lieu d'exécution pour les contrats unilatéraux et à la loi du lieu du contrat pour les engagements synallagmatiques, celui-ci étant fixé pour les contrats entre absents au lieu où l'acceptation expresse ou tacite est intervenue.

Le juge devra cependant tenir compte, selon les circonstances de l'affaire, de la concordance dans les solutions entre deux lois en compétition et du domicile commun des parties.

Il pourra appliquer la loi du for lorsque, de bonne foi, les deux parties en auront demandé le bénéfice au cours de la procédure.

L'application subsidiaire de la loi du for, contre la volonté des parties, ne peut intervenir, à titre tout à fait exceptionnel, que lorsque, le lieu de conclusion ni le lieu d'exécution du contrat ne pouvant être déterminé, aucune

autre solution ne paraîtra indiquée par les circonstances spéciales de l'affaire.

H) La loi du lieu d'exécution régira toutes les questions concernant les modalités de l'exécution des obligations (délivrance, paiement, consignation, désignation de la monnaie, etc.).

I) Les obligations qui résultent de quasi-contrats relèvent de la loi du lieu où s'est produit la gestion de l'affaire ou le fait générateur d'obligations entre parties; celles résultant de délits ou de quasi-délits sont réglées par la loi du lieu où le fait dommageable a été commis.

---