

Université Paris-Panthéon-Assas

Ecole doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé (ED 9)

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 12/11/2024

La volonté tacite en droit international privé



Yann Legrand

Sous la direction de Madame Sabine Corneloup, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Conseillère à la Cour de cassation en service extraordinaire.

Membres du jury :

Monsieur Louis d'Avout, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Tristan Azzi, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Sylvain Bollée, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur David Sindres, Professeur à l'Université d'Angers (Président du jury)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Mes premiers remerciements sont adressés à ma Directrice de thèse, le Professeur Sabine Corneloup, qui, durant ces six années, m'aura apporté son concours pour la rédaction de cette thèse. Les conseils qu'elle m'a donnés, toujours avec une grande bienveillance, et l'ensemble de ses remarques m'auront évité bien des errements. Qu'elle puisse, par ces quelques mots, être assurée de l'immense bonheur que j'aurais eu à travailler durant ses années de doctorat sous sa direction.

Je souhaiterais également remercier l'ensemble de mes relecteurs, et en particulier, Matthieu Tournigand, Loïc Bréhin, Pierre Barthélémy et François Mansourati, qui m'ont fait don de leur temps et de leur intelligence. Leur concours a été d'une valeur inestimable.

Je voudrais aussi remercier, pour leur aide et pour leur amitié, Martin Dourneau, Benjamin Busson et Hugo Bruzi. Bien que n'étant pas internationalistes, ils ont eu la gentillesse de m'aider pour la relecture de ce manuscrit.

Je remercie également Lucas de Oliveira, Matthieu Bessouet, Benjamin Saunier et Camille Bonis, qui m'ont apporté leur assistance.

Je remercie enfin mes parents et mes deux frères pour l'aide et le soutien qu'ils m'ont apportés.

Résumé :

En droit international privé, les solutions reposant sur la volonté tacite sont multiples et diversifiées : choix tacite de la *lex contractus*, accord procédural tacite, prorogation tacite de compétence, acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction ou d'une clause d'arbitrage, renonciation au privilège de nationalité des articles 14 et 15 du Code civil, ou encore — pour se borner à quelques exemples — extension des clauses d'arbitrage dans les groupes de contrats et dans les groupes de sociétés. Une analyse hâtive pourrait nous porter à considérer que la volonté tacite n'est qu'un artifice conceptuel utilisé pour créer une fiction de contrat. Cependant, un examen plus attentif montre que si certaines solutions juridiques sont fondées sur des fictions de volonté, d'autres reposent sur des signes objectifs de volonté probants. Or, ces deux types de solutions ne sont pas inspirés par les mêmes finalités. Une véritable recherche de la volonté tacite a pour principale fonction de protéger les attentes des parties. À l'inverse, les solutions fondées sur des fictions de volonté répondent à des impératifs matériels ou se rattachant à l'efficacité procédurale.

Descripteurs : Droit international privé — Volonté tacite — Volonté implicite — Autonomie de la volonté

Title and Abstract (1700 characters):

In private international law, solutions based on tacit intent are numerous and diverse: tacit choice of the *lex contractus*, procedural agreement, implied prorogation of jurisdiction, tacit acceptance of a jurisdiction or arbitration clause, waiver of the nationality privilege under Articles 14 and 15 of the Civil Code, or – to name a few examples – extension of arbitration clauses within groups of contracts and corporate groups. A hasty analysis might lead us to consider that tacit intent is merely a conceptual artifice used to create a contractual fiction. However, a closer examination shows that while some legal solutions are based on fictions of intent, others rely on objective and convincing signs of intent. These two types of solutions are not inspired by the same objectives. A genuine search for tacit intent primarily functions to protect the parties' expectations. Conversely, solutions based on fictions of intent respond to material imperatives or are related to procedural efficiency.

Keywords: Private international Law – Tacit intent – Implicit intent – Party autonomy

Principales abréviations

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique, droit administratif</i>
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>
CA	Cour d'appel
Civ 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comp.	comparez
contra	en sens contraire
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. actu</i>	<i>Recueil Dalloz actualités</i>
dir.	Sous la direction de
EWCA	England and Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
GA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>Ibid.</i>	Dans le document cité en note précédente
<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>Infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl. Dr. int.</i>	<i>Jurisclasseur droit international</i>

<i>JCP G.</i>	<i>La Semaine Juridique édition générale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>Fasc.</i>	Fascicule
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> : dans l'ouvrage cité précédemment
p.	page(s)
pt.	point
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de la Haye</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rép. Dr. Internat</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit international</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
s.	suivant
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
t.	tome
<i>TCFDIP</i>	<i>Travaux du comité français de droit international privé</i>
TGI	Tribunal de grande instance
V. ou v.	Voyez

Plan sommaire

Chapitre préliminaire : Volonté réelle et volonté déclarée dans l'acte juridique

Première partie :
Les différentes manifestations de la volonté tacite

Titre 1 : L'acte unilatéral tacite

Titre 2 : L'accord tacite

Deuxième partie :
Les différentes fonctions de la volonté tacite

Titre 1 : Les objectifs de réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de la sécurité juridique

Titre 2 : Les objectifs matériels et procéduraux

Introduction

« On dirait que leur état normal est le silence, et la parole
une petite fièvre qui les prend quelquefois ».

Sartre¹

1. Pour le droit, le silence n'a jamais cessé d'être l'objet d'interrogations et de paradoxes². Dans le cadre de la théorie générale du contrat, la problématique du silence a en effet alimenté une production doctrinale considérable³. Pourtant, au sens juridique, le silence ne désigne pas simplement l'absence de parole. Il doit être assimilé à l'inaction⁴. Or, celui qui demeure reclus dans l'inaction et se refuse à prendre la parole ne saurait exprimer une quelconque volonté contractuelle. S'il est vrai que le silence équivaut à l'inaction, comment concevoir que la norme contractuelle puisse jaillir du silence⁵? Au stade de la formation de l'acte juridique, le silence et le contrat paraissent mutuellement se repousser ; la présence de l'un chasserait l'autre. Et à première vue, il n'y aurait rien de plus à en dire. Pourtant, de très nombreuses études doctrinales ont porté sur le silence dans la formation du contrat. Comment l'expliquer ?

¹ *La nausée*, Galimard, collection folio, 1938, p. 79.

² Dans une perspective plus générale, v. E. Bordres, *Le silence et le droit. Recherches sur une métaphore*, Dikè, 2018.

³ V. encore assez récemment : N. Martial-Braz, F. Terryn (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS Éditions, 2014. V. plus généralement : J. Schmidt, *Négociations et conclusions des contrats*, Dalloz, 1982 ; P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, PUF, 1977 ; P. Diener, *Le silence et le droit*, thèse, Bordeaux, 1975 ; J.-M. Littman, *Le silence et la formation du contrat*, thèse, Strasbourg, 1969 ; J.-C. Madjaran, *Le silence dans la formation du contrat*, Thèse, Nice, 1965 ; V. Poirier, *Les effets juridiques du silence*, thèse, Paris, 1920 ; J. Barrault, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, thèse, Dijon, 1912.

⁴ Selon la célèbre définition de Demogue, « il y a silence au sens juridique lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse) ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite) » (R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome 1, Rousseau, 1923, p. 299 ; v. aussi P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 22-23 ; F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985, p. 162).

⁵ Cela suppose, évidemment, que l'on puisse voir dans le contrat une norme, ou plus exactement un acte créateur de normes. Or, on n'ignore pas que cette idée, toujours très en vogue chez nombre de civilistes (v. par exemple, D. Galbois, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020), s'est heurtée à de nombreuses objections : V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Joly Editions, 1990, p. 9 et s. ; S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004, not. p. 38. Contra : P. Gothot, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *TCFDIP* 1977, p. 201 et s. et not. p. 205 : « tout autant qu'une loi, un contrat appartient donc à un ordre juridique, en ce sens qu'il en constitue l'une des normes ». Sur cette problématique, v. également D. Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008, p. 224 et s.

2. Le paradoxe se dissipe évidemment sitôt que l'on délaisse le silence pur pour s'intéresser au silence circonstancié. Dès qu'il s'inscrit dans un contexte particulier, le silence acquiert une coloration singulière. S'il est acquis que le silence pur est impuissant à révéler la volonté contractuelle, le silence circonstancié peut exprimer une telle volonté. Il est en effet des hypothèses dans lesquelles le mutisme apparent des contractants se double de paroles, d'actes et d'écrits dont il serait possible d'inférer une intention de conclure un contrat. De ce silence pourront alors sourdre des droits subjectifs nouveaux. Toute la difficulté est finalement de faire le départ entre les hypothèses dans lesquelles le silence est suffisamment circonstancié et celles dans lesquelles le silence ne devrait pas être érigé au rang de manifestation de volonté. C'est ce qui explique qu'en droit civil, de multiples études aient porté sur le rôle du silence dans la formation du contrat.

3. Or, la problématique du silence est intimement liée à celle de la volonté tacite. Si la volonté tacite peut résulter d'une action positive, elle est aussi très souvent déduite du silence des parties. L'examen du droit positif montre même que dans bien des hypothèses, la volonté tacite est déduite d'un silence étant dépourvu de toute signification. Trop souvent, les tribunaux ont montré qu'ils étaient prêts à découvrir des volontés tacites dans des hypothèses où le comportement des parties était pourtant particulièrement équivoque. Surgit alors le spectre de la fiction juridique : dans une telle situation, l'allégation d'une volonté tacite n'est-elle pas constitutive d'un subterfuge dont le juge userait afin de forger une fiction de contrat⁶? En portant leur regard vers la volonté tacite, les spécialistes de droit civil se sont attelés à ce travail de dévoilement des fictions⁷. Ils ont montré que trop souvent, sous couvert de recherche de la volonté tacite, les juges forgeaient des solutions inspirées par l'équité, par leur propre sentiment du juste et de l'utile.

4. Et de fait, un bref survol du droit interne et des théories doctrinales qui s'y rapportent suffit pour se convaincre du caractère souvent très artificiel des références à la volonté tacite. Combien de fictions furent constituées par le truchement de la volonté tacite⁸ ! D'après certaines vues, le régime

⁶ À cet égard, v. déjà J. Patarin, « préface », in P. Godé, *Volonté et manifestation tacite*, PUF, 1977, p. 7 : « découvrir une volonté juridique dans une simple attitude, une abstention ou même un silence, n'est-ce pas user d'un stratagème conceptuel qui force la nature des choses et qui crée une fiction de contrat » ?

⁷ G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997.

⁸ V. à ce sujet H. Batiffol, « La "crise du contrat" et sa portée », *Arch. Phil. Droit*, t. XIII, Sirey, 1968, p. 13 et s. et not. p. 14 : « Ces antécédents permettent d'ailleurs de comprendre qu'avant même le XIX^e siècle, les doctrines les plus en vue aient fait reposer sur le contrat l'existence même de l'État, voire de la société. Mais au XIX^e siècle, les juristes ont accentué ce rôle du contrat en cherchant à lui ramener les institutions les plus diverses présentées comme des contrats tacites, que ce soit le régime matrimonial légal, la succession *ab intestat*, les fameux quasi-contrats, et même le droit de la nationalité ».

V. également F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *Les obligations*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2022, p. 9 et les nombreuses références citées par Madame C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 312 et s.

matrimonial légal ne procéderait pas de la loi, mais d'une convention tacite entre époux. En s'abstenant de faire un contrat de mariage, ces derniers auraient conclu une telle convention⁹. La succession légale serait un testament tacite¹⁰. L'application de la règle supplétive reposerait sur la volonté des contractants : en s'abstenant de l'évincer, ils auraient tacitement accepté de s'y soumettre¹¹. La force obligatoire des usages dériverait de la volonté tacite des contractants¹². Les parties avaient le pouvoir d'écarter, par une stipulation contractuelle, l'application de ces usages. S'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils voulaient se soumettre à leur application.

Autant de constructions théoriques artificielles et boiteuses qui furent bâties pour préserver le dogme de l'omnipotence de la volonté, alors pensée comme première source des obligations juridiques. D'ailleurs, pour les tenants des théories du contrat social, la société et l'État trouveraient eux-mêmes leur origine dans un pacte tacite conclu entre les citoyens¹³. D'après ces vues, l'État et le système juridique, dans son entièreté, dériveraient d'un accord tacite ! Mais précisément, les théories du contrat social ne constituent pas une analyse historique susceptible d'expliquer la genèse

⁹ En ce sens, v. M. Troplong, *Le droit civil expliqué dans l'ordre des articles du Code, tome 1*, Charles Ingray, 1850, p. 41-42.

C'était, également, la position de Dumoulin. V. par exemple à ce sujet : J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, p. 46-47 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP* 2010-2012, p. 147 et s. et not. p. 148.

¹⁰ V. par exemple : N. Basileso, *Du conflit des lois en matière de succession ab intestat*, thèse, Paris, 1884, p. 8 : « La succession *ab intestat* suppose en effet, un testament tacite ou présumé. Le législateur s'est appliqué à suivre dans son œuvre les inspirations naturelles du cœur humain. Il a fait un testament présumé pour ceux que la mort vient inopinément frapper, et ce testament correspond d'une manière si parfaite et si complète à la généralité des volontés, que la grande majorité des hommes s'en remet simplement aux sages dispositions de la loi, et meurt sans tester. La loi est le testament tacite auquel on se réfère ».

¹¹ V. à ce sujet : C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 311 et s.

¹² Sur cette question, v. not. P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002, p. 210 et s.

¹³ S. Goyard-Fabre, « Contrat social », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 281 et s.

des sociétés humaines. Le contrat social repose sur une hypothèse de pensée, utilisée pour fonder la légitimité de l'État et de son pouvoir de coercition¹⁴. C'est une pure fiction¹⁵.

5. En droit international privé, une entreprise de dévoilement des fictions constituées par le truchement du concept de volonté tacite n'a jusqu'alors pas été menée. Pourtant, en cette matière, les solutions fondées sur la volonté tacite sont aujourd'hui nombreuses : choix tacite de la *lex contractus*, de la *lex delicti*, ou de la loi applicable à une succession internationale, accord procédural tacite, prorogation tacite de compétence, acceptation tacite des clauses de choix de for ou encore, pour se borner à quelques exemples, renonciation au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil. Il nous paraît nécessaire d'entreprendre une analyse systématique de ces solutions fondées sur la volonté tacite. Cette analyse permettra de séparer le bon grain de l'ivraie, de procéder à une distinction entre les solutions fondées sur des signes objectifs de volonté probants et celles fondées sur des fictions de volonté. Surtout, il est nécessaire de s'interroger sur les besoins auxquels répondent les solutions fondées sur la volonté tacite, sur leurs bienfaits et leurs vices. Pourquoi invoquer une prétendue volonté tacite dans des situations où la volonté des parties paraît en réalité si incertaine ? Comment expliquer que des tribunaux ressentent si souvent le besoin de se fonder sur des fictions juridiques ? Est-ce là la preuve de l'inadaptation des règles existantes ?

6. Jusqu'à présent, les mécanismes fondés sur la volonté tacite ont le plus souvent été envisagés de façon isolée¹⁶. Dans le cadre d'une communication sur la volonté tacite, faite devant le comité

¹⁴ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 25^{ème} édition, 2023, p. 60. Pour une analyse très approfondie, v. F. d'Agostino, G. Gaus, J. Thrasher, "Contemporary Approaches to the Social Contract", in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, accessible à l'adresse suivante : <https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism-contemporary/>

¹⁵ V. de ce point de vue : R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013, p. 206 : « Il ne faut surtout pas demeurer dans la dépendance conceptuelle des conceptions jusnaturalistes, qui nous font sous-entendre le contrat social derrière toute idée de charte constitutive. On sait parfaitement ce que cette image parlante peut avoir de fictionnel : comment croire à ces hommes frustes, isolés, qui s'assembleraient de façon présociale et décideraient tout uniment selon telle ou telle structure de pouvoir » ;

V. aussi : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, tome I*, Édition du CNRS, 1920, p. 61 : « Il faut toujours en revenir à l'observation que la notion de droit présuppose l'organisation sociale et que, par suite, ni un contrat social, ni aucune catégorie d'acte juridique, ne saurait se concevoir antérieurement à cette organisation. De cette dernière considération se dégage cette vérité fort importante que la formation originaire des États ne peut être ramenée à un acte juridique proprement dit » ;

V. également : E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 1^{ère} édition, 1930, 8^{ème} édition, 2013, p. 179 : « Aussi bien la conception du contrat social est-elle aujourd'hui bien difficile à défendre, car elle est sans rapport avec les faits. L'observateur ne la rencontre, pour ainsi dire, pas sur son chemin. Non seulement il n'y a pas de sociétés qui aient une telle origine, mais il n'en est pas dont la structure présente la moindre trace d'une organisation contractuelle ».

¹⁶ Ce constat avait déjà été formulé par Monsieur T. Azzi : « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP* 2010-2012, p. 147 et s. et not. p. 149.

français de droit international privé, Monsieur T. Azzi a cependant montré qu'une étude d'ensemble pouvait être riche d'enseignements¹⁷. Dans le sillage de cet auteur, il nous paraît intéressant de procéder à une analyse systématique, de tracer les liens qui peuvent unir ces différents mécanismes, afin de construire une théorie de la volonté tacite. Dans le cadre de cette introduction, nous apporterons tout d'abord quelques précisions sur l'objet et le périmètre de notre étude (I). Ensuite, nous reviendrons sur le contexte dans lequel cette étude de la volonté tacite vient s'inscrire. Ce contexte est celui de l'essor du principe d'autonomie de la volonté¹⁸. Si une étude de la volonté tacite paraît utile, cela tient notamment au développement et à l'ascension du principe d'autonomie de la volonté (II). Enfin, nous essaierons de mettre en lumière l'intérêt que peut présenter une étude des fictions constituées par l'entremise du concept de volonté tacite (III).

I) L'objet de l'étude

7. Une première précision peut être formulée : bien que cela n'apparaisse pas expressément dans notre titre, notre étude porte sur le droit international privé et sur le droit de l'arbitrage commercial international. Ce choix tenait à plusieurs raisons. Tout d'abord, sur un plan assez général, l'arbitrage international est souvent appréhendé comme un « chapitre constitutif du droit international privé »¹⁹. À tout le moins, les liens qui unissent le droit international privé et le droit de l'arbitrage international

¹⁷ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op cit*.

¹⁸ Comme on a pu le souligner : “The Party autonomy as a legal concept has had an eventful history. It has undergone a metamorphosis from the unloved ugly duckling to a cornerstone of the contemporary conflict of laws” (H.-P. Mansel, “Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws”, in S. Leible (dir.), *General Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, 2016, p. 131 et s. et not. p. 145).

Sur la définition du principe d'autonomie de la volonté, au sein d'une littérature très abondante, v. par exemple : J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, p. 5 et s. ; J.-M. Jacquet, *Principes d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983, p. 2 ; Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2015, t. 387, p. 9 et s. et not. p. 462 et s. ; C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *RCADI* 2013, t. 359, p. 285 et s. et not. p. 314 et s. Dans la littérature anglophone, l'expression de « party autonomy » est utilisée : v. P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, Oxford University Press, 1999, not. p. 1-2 ; X. Kramer, E. Themeli, « The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum », in V. Lazić, S. Stuij (dir.), *Brussels Ibis Regulation. Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, Springer, p. 27 et s. et not. p. 30-31.

Sur le principe d'autonomie de la volonté en droit interne, v. E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, 1912 ; G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », in D. Harris, D. Tallon (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s. Dans une perspective historique, v. V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolutions d'un concept*, PUF, 1980.

¹⁹ J.-M. Jacquet, « Droit international privé et arbitrage commercial international », *RCADI* 2019, t. 396, p. 9 et s. et not. p. 9. C'est notamment le point de vue adopté par Messieurs Audit et d'Avout qui, dans le cadre de leur traité de droit international privé, consacrent un chapitre sur l'arbitrage : B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2022, p. 1157 et s.

sont très forts²⁰. Ensuite, et plus spécifiquement, en matière d'arbitrage international, les solutions fondées sur la volonté tacite sont nombreuses, particulièrement intéressantes et surtout suffisamment proches de celles prévalant en droit international privé pour être incluses au sein d'une approche d'ensemble. En examinant les solutions fondées sur la volonté tacite, nous verrons qu'il est possible de dégager des tendances générales qui transcendent la distinction du droit international privé et de l'arbitrage commercial international.

8. Pour mieux cerner l'objet de notre étude, nous apporterons tout d'abord quelques précisions sur le concept de manifestation tacite (A). Pour parachever ce travail de délimitation du périmètre de nos investigations, nous serons ensuite amené à présenter les questions exclues du champ de notre étude (B).

A) Propos liminaires sur le concept de manifestation tacite

9. Lorsque l'on aborde la question de la définition du concept de manifestation tacite, on est confronté à deux ordres de difficultés : le premier tient à la multiplicité des définitions doctrinales existantes (1) ; le second tient à la profusion des termes connexes et synonymiques gravitant autour de celui de « tacite » (2).

²⁰ En ce sens, v. également G. Bermann, "International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law", *RCADI* 2016, t. 381, p. 41 et s. et not. p. 53 : "international arbitration (certainly international commercial arbitration) will always be closely associated with private international law".

Il est permis de penser, avec Monsieur G. Bermann, que ces deux ensembles de règles ont une fonction commune : aiguiller les juridictions étatiques ou arbitrales amenées à trancher des litiges internationaux. V. ainsi G. Bermann, "International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law", *op. cit.*, p. 56.

1) *Multiplcité des définitions doctrinales*

10. Il existe presque autant de définitions de la volonté tacite que d'auteurs²¹. Il est douteux qu'il soit possible de proposer une définition entièrement satisfaisante. Pour définir la notion, les spécialistes de droit civil ont suggéré de nombreux critères ; aucun n'emporte entièrement la conviction. Au demeurant, ce sont des définitions qui ont été dégagées dans le cadre de réflexions sur la formation du contrat²². Or, nombre des questions que nous étudierons ultérieurement se rapportent à l'interprétation des conventions. Deux critères principaux ressortent des écrits doctrinaux. Un premier s'attache au moyen de communication employé, c'est-à-dire au véhicule par l'entremise duquel la volonté est extériorisée. Le critère mobilisé est donc objectif. Lorsque la déclaration aura été faite par l'écrit, par la parole, ou par tout autre moyen d'expression usuel, la volonté pourra être qualifiée d'expresse. Les déclarations effectuées par l'entremise d'un médium différent seront, au contraire, réputées tacites. Ce critère de distinction ne paraît pas parfaitement satisfaisant, car même si elle est écrite, la déclaration peut être obscure et ambiguë, et dans ce cas, parler de manifestation de volonté expresse est contestable. En outre, du point de vue du droit international privé, l'adoption d'un tel critère conduirait à une restriction considérable du champ de l'étude des manifestations tacites de volonté.

11. Un deuxième critère s'attache au but poursuivi par le déclarant. Le critère est subjectif. Dans cette configuration, une manifestation expresse est une action accomplie spécialement dans le but de

²¹ V. par exemple : L. Mayer, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS éditions, 2009, p. 175 : « La manifestation expresse de volonté désigne le cas dans lequel la volonté est formellement exprimée au moyen d'un langage, qui peut être écrit, parlé ou par geste. La manifestation tacite de volonté désigne selon nous un comportement silencieux (*taceo*), mais qui a néanmoins pour objet spécifique de manifester ladite volonté » ; J.-L. Aubert, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, p. 33-34 : « il y a manifestation expresse de volonté lorsque celle-ci est traduite par des motifs écrits ou prononcés. Seront au contraire tacites, toutes les manifestations de volonté qui résulteront de conduites, pouvant d'ailleurs consister en une déclaration expresse de volonté antérieure, ou d'attitudes muettes » ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, LGDJ, 1961, p. 40 : « Est expresse la manifestation d'une volonté "qui parle d'elle-même", qui ne demande de la part du destinataire qu'un effort de compréhension, mais non d'interprétation. [...] Est au contraire tacite la manifestation de volonté résultant d'une attitude, et qui nécessite une interprétation spéciale de la part du destinataire pour être considérée comme déclaration de volonté » ; G. Marty, Ph. Raynaud, *Droit civil, t. II, volume 1*, Sirey, 1962, n° 96 : « Il y a manifestation expresse de volonté lorsque la personne envisagée extériorise directement sa volonté par des paroles, par écrit ou par gestes [...]. Il y a manifestation tacite de volonté, lorsque celle-ci résulte d'un fait, comme l'exécution de l'acte, qui l'implique nécessairement ou d'un acte différent qui l'exprime indirectement » ; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, Les obligations*, 9^{ème} édition par F. Chabas, Montchrestien, 1998, p. 124 : l'offre « est expresse, quand elle consiste dans une invitation faite directement [...]. Mais elle est tacite, dès que le comportement, l'attitude du pollicitant (auteur de l'offre) indique nécessairement sa volonté d'offrir » (ce sont les auteurs qui soulignent). V. aussi, « Tacite », G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, PUF, 2020 : « Réel bien que non formellement exprimé ; dont l'existence se déduit, en l'absence de déclaration expresse, de certains faits (attitude, comportement) révélateurs d'une intention ; se dit not. d'une manifestation de volonté ».

²² Pour une synthèse, v. par exemple : F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 62 et s. ; A. Rieg, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, TAHC, t. XX, 1968, Dalloz, 1972, p. 40 et s. et not. p. 44-45.

porter sa volonté à la connaissance d'autrui. Le déclarant exprime alors une double volonté : celle de contracter, mais également de porter à la connaissance d'autrui sa volonté de contracter²³. Au contraire, doit être qualifiée de tacite la déclaration qui n'a pas été accomplie afin de porter à la connaissance d'autrui sa volonté de contracter, mais d'où l'on peut déduire l'existence d'une telle volonté²⁴. Par exemple, le successible qui vend un bien de la succession exprimerait tacitement son intention d'accepter cette dernière. Le vice de ce critère tient à ce qu'il est particulièrement difficile à manier. La qualification dépendra d'une recherche d'intention divinatoire : comment savoir si l'individu avait l'intention de porter sa volonté de contracter à la connaissance d'autrui ?

12. Un troisième critère peut en conséquence être proposé. La manifestation de volonté tacite se singulariserait par le fait que n'ayant pas été formellement exprimée, elle appelle, pour être comprise d'autrui, un travail d'interprétation. Sera qualifiée de tacite la manifestation qui semble *a priori* obscure et exige, pour être déchiffrée, d'être passée au crible d'une analyse visant à en révéler le véritable sens. En dépit de ses faiblesses, c'est la proposition que nous retiendrons. Le critérium sur lequel la distinction est bâtie est certes assez imprécis ; les contours de la catégorie de manifestation tacite de volonté sont, en application de ce critère, difficiles à tracer. Cela paraît néanmoins assez inévitable. Il est difficile d'enserrer un phénomène aussi complexe et protéiforme que celui des manifestations tacites de volonté dans une définition rigide dont les contours seraient parfaitement fixés. L'invraisemblable diversité des définitions proposées par les spécialistes de droit civil en atteste.

Le principal mérite de cette définition de la volonté tacite tient à ce qu'elle est suffisamment extensive pour embrasser un ensemble de mécanismes se rapportant à la fois à l'interprétation des actes juridiques et à leur formation. En pratique, le critère de l'interprétation sur lequel la définition de la volonté tacite est assise est suffisamment large pour que cette dernière couvre des questions comme le choix tacite de la *lex contractus*, l'acceptation tacite des clauses de choix de loi ou de for, l'accord procédural tacite, ou encore — pour se borner à quelques exemples — l'extension des clauses d'arbitrage dans les groupes de contrats ou dans les groupes de sociétés. Cependant, les situations juridiques subsumées sous cette définition sont suffisamment homogènes pour être intégrées au sein

²³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les Biens, Les obligations*, t. 2, Quadrige/PUF, 2004, p. 1974 : la manifestation de volonté expresse désigne « toute action accomplie afin de porter la volonté à la connaissance d'autrui. L'analyse théorique fait apparaître dans la manifestation de volonté une double intention : en même temps que l'on veut contracter, on veut extérioriser sa volonté de contracter ».

²⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Les Biens, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, p. 1975 : les manifestations de volonté tacites renvoient à « des actions qui n'ont pas été accomplies spécialement afin de porter à la connaissance d'autrui la volonté de contracter, mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté ».

d'une approche d'ensemble. Ce qui caractérise le phénomène juridique que nous voulons appréhender, c'est fondamentalement le doute que l'interprète peut ressentir — au moins dans un premier temps²⁵ — lorsqu'il s'interroge sur l'existence de la volonté. C'est ce doute qui constitue le trait commun de toutes les solutions que nous serons amenés à examiner.

13. Quant au tracé des frontières de notre étude, une autre difficulté réside dans la multiplicité des notions connexes à celle de volonté tacite.

2) *Multiplicité des notions connexes*

14. Volonté implicite, volonté supposée, volonté présumée ou volonté hypothétique : convient-il de tracer des distinctions entre ces différents adjectifs ? Certains auteurs considèrent que la volonté implicite serait une volonté supposée. Elle serait donc *moins certaine* que la volonté tacite²⁶. D'autres internationalistes semblent utiliser les termes comme de parfaits synonymes²⁷. Pour ce qui nous concerne, nous ne croyons pas qu'il soit opportun de distinguer volonté tacite et volonté implicite. En droit positif, en effet, la distinction n'a — à notre connaissance — jamais été consacrée. Le législateur et les tribunaux n'usent que rarement des vocables de « tacite » et « d'implicite ». Lorsqu'ils en usent, il est très douteux qu'ils attribuent à ces termes une signification aussi spécifique. Cette distinction du tacite et de l'implicite est le fait de la doctrine et non de la jurisprudence.

15. Néanmoins, si la distinction du tacite et de l'implicite n'a jamais été expressément consacrée, il se pourrait qu'elle puisse projeter une certaine lumière sur le droit positif. À défaut d'être directement

²⁵ Ce qui n'exclut pas qu'en s'interrogeant sur la volonté, il puisse, par la suite, au terme d'un patient effort d'analyse, parvenir à acquérir une certitude raisonnable.

²⁶ N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 229 et s. et not. p. 232 : « Le choix tacite, c'est celui qui est indubitable, qui ressort nécessairement du contrat ou des circonstances de la cause et, surtout, qui démontre l'existence d'une intention, d'une volonté. Le choix implicite quant à lui est réel bien que non formellement exprimé, sous-entendu comme résultant des usages ou de l'évidence » ; P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991, p. 287 et s. et not. p. 303 : « le sens de la règle est d'admettre un choix tacite, mais certain et d'éliminer un choix qui serait simplement implicite ». Niboyet distinguait la volonté tacite et la volonté supposée. Il considérait que la volonté tacite devait être comprise comme une « volonté qui, bien que non exprimée, est néanmoins une volonté certaine, qui peut se constater avec certitude dans les faits » (J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Tome V, Sirey, 1948, p. 9 et p. 40). Plus généralement, en majorité, les auteurs distinguent volonté tacite et volonté implicite : B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 916 ; M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2^{ème} édition, 2020, p. 195. Dans la littérature en langue anglaise : J. Carruthers, "Party autonomy in the legal relation regulation of adult relationship: What place for party choice in private international law?", *op. cit.*, not. p. 885.

²⁷ En ce sens, S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.) *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 285 et s.

consacrée par le droit positif, elle pourrait potentiellement être utilisée pour systématiser les solutions jurisprudentielles, pour réaliser une classification des différents types de solutions. En réalité, il n'en est rien, car le critère sur lequel la distinction est bâtie est particulièrement difficile à manier. Face à une solution juridique déterminée, il est difficile et même souvent impossible de dire si elle repose sur une volonté implicite ou sur une volonté tacite.

Toute opération de reconstitution de la volonté tacite repose sur une série de conjectures et de suppositions ; la volonté qui est recomposée par voie d'inférences n'est jamais entièrement certaine. Au mieux, l'interprète parviendra à avoir une certitude raisonnable. Il est donc particulièrement difficile de tracer les frontières qui séparent les volontés implicites des volontés tacites²⁸. Le critère sur lequel repose cette distinction n'est pas opératoire. C'est dire qu'aux fins d'une entreprise de systématisation des solutions positives, cette distinction du tacite et de l'implicite ne peut pas être mobilisée. En conséquence, dans la suite de cette étude, les termes de tacite et d'implicite peuvent être tenus pour synonymes.

16. Au contraire, la distinction du tacite et de l'hypothétique paraît utile. Cette distinction est surtout mobilisée en matière de conflit de lois. Lorsqu'une juridiction recherche la volonté hypothétique des parties, elle reconstitue le choix qu'auraient fait ces dernières si elles s'étaient interrogées sur la question du droit applicable²⁹. À la différence de la volonté tacite, qui constitue normalement une véritable volonté, la volonté hypothétique repose ouvertement sur une fiction. Quant à la volonté

²⁸ En ce sens, v. déjà T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 150 : « si la frontière entre le tacite, l'implicite, le présumé et l'hypothétique est si difficile à tracer, c'est tout simplement parce que, quoi qu'on en dise, ce qui n'est pas formellement déclaré recèle toujours une part d'ambiguïté ».

²⁹ H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz/Sirey, 1960, p. 39 et s. et not. p. 41-42 : « Il s'agit de ce que les parties auraient raisonnablement décidé si le problème leur était apparu. Il ne s'agit pas de prétendre qu'une volonté non existante a existé, mais de reconstituer rationnellement une volonté qui aurait été celle des parties si elles avaient envisagé le problème ».

V. également : A. Curti-Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI* 1972, t. 137, p. 743 et s. et not. p. 760 ; J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.*, p. 85 ; E. Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Foreign Corporations: Torts : Contracts in General, Volume Two*, 2nd Edition, The University of Michigan Press, 1960, p. 438. Comp. M. Giuliano, « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *RCADI* 1977, t. 158, p. 183 et s. et not. p. 230 et s.

présumée, à la vérité, on ne sait pas véritablement ce qu'elle recouvre, car si elle est parfois assimilée à la volonté implicite³⁰, il arrive qu'une signification encore différente lui soit attribuée³¹.

17. Pour que le champ de notre étude soit suffisamment bien délimité, il faut maintenant revenir sur les questions exclues du périmètre de nos investigations.

B) Les questions exclues du champ de notre étude

18. En droit international privé, de nombreuses questions pourraient être analysées à travers le prisme de la volonté tacite. Il est, en conséquence, nécessaire de tracer avec précision les frontières de notre étude ; il importe de dissiper les ambiguïtés qui gravitent autour du titre de cette thèse. De ce point de vue, une première remarque peut être formulée : pour que les questions traitées conservent une certaine homogénéité, le droit de la nationalité et la condition des étrangers ne seront pas évoqués³². De même, ne seront pas envisagées la problématique de la volonté du législateur (1), celle d'une volonté qui, bien qu'exprimée par les parties, ne serait pas orientée vers la production d'effets juridiques (2) et la question des choix de lois indirects (3).

³⁰ En ce sens, T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 150. En analysant la jurisprudence allemande, Monsieur P. Lagarde note également que « la notion de volonté présumée (*mutmassliche Wille*), qualifiée plus souvent aujourd'hui de volonté hypothétique (*hypothetische Wille*), était à l'origine une extension de la volonté implicite » (P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 36).

³¹ J. Carruthers, "Party autonomy in the legal relation regulation of adult relationship: What place for party choice in private international law?", *op. cit.*, not. p. 885 : "Choice can be exercised directly in one of three ways: by expressed intention; by intention inferred from the circumstances of the case (ie tacit election); or by presumed intention (ie neither expressed nor inferred, but choice imputed from an analysis of the circumstances)". V. aussi dans une perspective américaine : R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *New York University Law Review* 1966, p. 267 et s. et not. p. 283.

³² V. à cet égard, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 11. Ces auteurs relèvent, d'un point de vue plus général, que « la conception élargie [du droit international privé] est aujourd'hui de plus en plus difficile à justifier en raison de l'hétérogénéité fondamentale des questions respectivement soulevées par les deux groupes de matières : tandis que la réglementation des relations privées internationales soulève notamment des questions de méthodes de choix de la loi nationale applicable, le droit de la nationalité et le statut des étrangers font davantage l'objet d'une réglementation ponctuelle, devenue en ce qui concerne le second largement de droit public et — de fait — en constante modification pour tenter de s'ajuster aux mouvements migratoires ».

1) *L'exclusion de la problématique de la volonté du législateur*

19. Les questions ayant trait à la volonté tacite du législateur seront écartées. La norme juridique est souvent perçue comme étant le produit de la volonté de son auteur³³. La loi, en particulier, procèderait de la volonté du législateur³⁴. En droit international privé, les tenants de l'unilatéralisme furent acquis à l'idée que la résolution des conflits de lois dépendait de la « volonté d'application » des législations en présence³⁵. Or, il n'est pas interdit de penser que ce dernier concept de volonté d'application de la loi puisse projeter une certaine lumière sur le droit international privé contemporain. Monsieur L. d'Avout a ainsi souligné que pour résoudre les conflits de lois auxquelles est confrontée l'entreprise multinationale, peut être mobilisée une « voie, d'inspiration publiciste, [qui] part du principe des souverainetés et établit le domaine spatial des lois *selon la volonté de leur auteur* »³⁶. On retrouve ici la question des lois de police.

20. Dans certaines hypothèses, le législateur a expressément manifesté sa volonté : le champ d'application spatial de la loi de police a été précisément circonscrit. Lorsque le rattachement de la loi de police n'est pas expressément spécifié, cependant, ne devrait-on pas rechercher la volonté tacite du législateur ? Même s'il est rarement présenté en ces termes, le concept d'intention tacite du législateur a pu affleurer dans certains écrits doctrinaux. Ainsi, dans un article récent, Heuzé avait écrit :

³³ Kelsen a par exemple défini la norme comme la signification d'un acte de volonté (*Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 4 et s. et not. p. 7). Selon Ripert, « [l]a règle juridique est donnée par la loi, et la loi est l'expression de la volonté des gouvernants » (Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 71-72). V. cependant P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9 et s. et not. p. 142 et s. Sur la problématique du volontarisme juridique, v. plus généralement : E. Lengart, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, LGDJ, 2023, p. 357 et s. ; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979, p. 11 et s. ; M. Villey, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. Phil. Dr.* 1957, p. 87 et s.

³⁴ À cet égard, le mot de Portalis est fréquemment cité : « Les lois sont des volontés » (J.-E. Portalis, in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome VI, Paris, 1836, p. 43).

³⁵ L'expression de « volonté d'application » des lois est très fréquemment utilisée. V. par exemple : B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2001, t. 305, p. 9 et s. et not. p. 231 et s. ; S. Francq, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 49 et s. ; P. Gothot, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 201 et s. ; P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 1971, p. 1 et s., p. 209 et s. et p. 415 et s. Monsieur S. Bollée évoque aussi — mais cela est beaucoup plus accessoire dans sa démonstration — cette idée de volonté d'application des lois (« L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307 et s. et not. p. 309).

Pour une critique en règle de ce concept de « volonté d'application des lois », v. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 140 et s. ; V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 31 et s. et not. p. 42 et s.

³⁶ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI* 2019, t. 397, p. 9 et s. et not. p. 112 (nous soulignons). En matière de lois de police, Monsieur de Vareilles-Sommières utilise également fréquemment cette expression de « volonté d'application » (« Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 207 et s.).

« la théorie des lois de police n’a pas d’autre ambition que de justifier la mise à l’écart de la règle de conflit bilatérale. C’est pourquoi elle se caractérise exclusivement par la méthode servant à fixer l’empire des lois de police : elle consisterait à simplement respecter leur “volonté d’application”, *c’est-à-dire le domaine que leur fixe, expressément ou implicitement, le législateur de qui elles émanent* »³⁷.

21. Pour identifier le champ d’application des lois de police, serait-il dès lors possible de rechercher la volonté tacite du législateur ? Quoique concevable, cette approche du phénomène des lois de police ne semble pas très porteuse, car il n’est pas sûr que le législateur se soit réellement interrogé sur le champ d’application de la loi qu’il a adoptée et qu’il ait, en conséquence, exprimé une quelconque volonté à cet égard³⁸. De fait, quant à la circonscription du domaine des lois de police, une analyse plus objective est le plus souvent préconisée : le champ d’application de ces dernières serait fonction des buts poursuivis et des intérêts protégés³⁹. S’il y a une forme de recherche de la volonté tacite du législateur, cette dernière porte donc uniquement sur les objectifs généraux ayant inspiré l’adoption de la loi, mais à notre connaissance, il n’est pas question de dégager l’intention que le législateur aurait

³⁷ V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *op. cit.*, not. p. 41 (nous soulignons). Pour dissiper toute ambiguïté, précisons bien que Heuzé ne préconisait aucunement une recherche de la volonté tacite du législateur. Il décrivait simplement la théorie des lois de police.

L’idée d’une identification de l’intention tacite du législateur semble également affleurer dans certains écrits de Gothot. Pour ce dernier auteur, en effet, le juge doit « recourir, à défaut d’indication expresse du législateur, à ce que la substance de la loi laisse voir de son intention, scruter le type d’organisation que la loi cherche à implanter et, sur ces données, fixer le champ d’application nécessaire pour que l’organisation recherchée soit bien établie, c’est-à-dire ne soit pas entamée ou ébranlée par des éléments extérieurs » (P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 217).

³⁸ V. à cet égard : P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 146. Monsieur Mayer estime — mais il n’a pas spécifiquement en vue le problème des lois de police — que « [l]orsque le parlement adopte une règle, il ne se demande pas à qui elle va s’appliquer ; il l’adopte parce qu’il la trouve bonne — autrement dit, il estime que son effet juridique convient à l’hypothèse qu’elle définit ».

V. aussi : R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *New York University Law Review* 1966, p. 267 et s. et not. p. 306-307 : « Legislative silence is as indicative of lack of legislative thought about choice of law as is judicial silence or the silence of parties to a private transaction. All three silences leave the choice-of-law problem squarely up to the court which has to decide it ».

³⁹ Sur cette question, v. par exemple : P. de Vareilles-Sommières, S. Laval, *Droit international privé*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2023, p. 185 ; B. Audit, L. d’Avout, *op. cit.*, p. 182-183 ; D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, tome 1 — partie générale*, PUF, 5^{ème} édition, 2021, p. 689 et s. ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *Droit international privé*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2019, p. 102-103.

V. aussi : P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207 et s. Monsieur de Vareilles-Sommières se réfère, pour sa part, au concept de « politiques législatives ». Ainsi, il écrit que « la loi de police se définit, dans un système bilatéral savignien, comme une loi dont le champ d’application dans l’espace se détermine sur la base de considérations tirées de l’efficacité de la politique législative qu’elle met en œuvre » (p. 243).

eue quant à la fixation du domaine d'application de la loi de police⁴⁰. Quoi qu'il en soit, pour que les questions intégrées au sein de notre étude conservent une certaine homogénéité, la problématique de la volonté tacite du législateur doit être évacuée.

22. Il sera exclusivement question de la volonté des parties au rapport de droit, mais il reste encore à apporter certaines précisions sur cette dernière notion.

2) *L'exclusion de la problématique d'une volonté non orientée vers la production d'effets juridiques*

23. Dans le cadre de notre étude, seront uniquement envisagées des hypothèses dans lesquelles la volonté exprimée par les parties était orientée vers la production d'effets juridiques. Dans certaines situations contentieuses, le juge est tenu de reconstituer une volonté que — faute de mieux — on pourrait qualifier « de fait » : volonté de fait, en ce sens qu'elle n'a pas été exprimée en vue de la création d'un effet juridique. Afin de clarifier notre propos, nous évoquerons deux situations différentes dans lesquelles la volonté devant être reconstituée n'est pas orientée vers la production d'effets juridiques.

24. Tout d'abord, pour localiser le domicile d'une personne, il convient d'identifier l'État dans lequel l'individu a la volonté de fixer le centre de ses intérêts⁴¹. Ou encore — situation similaire — pour identifier l'État dans lequel est située la résidence habituelle de l'individu, il est parfois nécessaire d'apprécier son intention de s'établir dans un État déterminé. Certes, il était classiquement considéré que le concept de résidence habituelle était purement objectif. Comme cela est souligné par Monsieur L. d'Avout, dans une perspective classique, « le domicile implique un lien *volontaire* entre un individu et un État d'établissement prépondérant, tandis que la résidence habituelle est déterminée *objectivement*

⁴⁰ D'ailleurs, d'un point de vue plus général, il a été relevé qu'« aujourd'hui, les travaux préparatoires sont surtout exploités pour rechercher l'objectif de la règle, sa finalité. Cet objectif sera ensuite transposé à l'interprétation pour lui servir de boussole : faute de réaliser une intention qu'aurait eu (sic.) le législateur, le juge réalisera la politique juridique qu'il poursuivait » (P. Deumier, *Introduction au droit*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2023, p. 118).

⁴¹ E. Ralser, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *J. cl. Dr. int.* 2017, n° 43 ; P. Hammje, « Domicile », *Rep. dr. int.* 2003, n° 25.

Comme cela est souligné par Monsieur L. d'Avout, le domicile, « au sens international du terme et dégagé de tout particularisme de droit interne, n'est pas d'abord fondé sur la présence physique ; il représente, tout au contraire, un lien idéal entre l'individu et l'État fondé sur la volonté réelle ou présumée du premier et suffisamment manifestée aux yeux des tiers » (« La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 15 et s. et not. p. 19). Rapprochement : H. Muir Watt, « Domicile », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 410 et s. et not. p. 412.

et selon des critères de fait tenant à la durée de l'établissement»⁴². Néanmoins, la Cour de justice de l'Union européenne, rompant avec cette approche classique, a progressivement intégré au sein de la notion un élément intentionnel⁴³. Dans le cadre de l'opération de localisation de la résidence habituelle, le juge sera désormais tenu de procéder à des recherches d'intentions, à la recherche d'une volonté qui, en un sens, aura été tacitement exprimée.

25. Ensuite, dans le cadre du règlement « Bruxelles 1 bis », pour déterminer si les règles de compétence protectrices des consommateurs sont applicables, le juge doit parfois rechercher si le professionnel a « dirigé ces activités » vers l'État membre dans lequel le consommateur est domicilié⁴⁴. Pour ce faire, il devra déterminer si le professionnel avait la volonté d'établir des relations commerciales

⁴² L. d'Avout « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », *op. cit.*, not. p. 25 (c'est l'auteur qui souligne).

⁴³ En matière de divorce, la Cour de justice a affirmé que « la notion de “résidence habituelle” est caractérisée, en principe, par deux éléments, à savoir, d'une part, la volonté de l'intéressé de fixer le centre habituel de ses intérêts dans un lieu déterminé et, d'autre part, une présence revêtant un degré suffisant de stabilité sur le territoire de l'État membre concerné » (CJUE, 25 novembre 2021, Aff. C-289/20, D. actu. 9 décembre 2021, note P. Callé ; D. 2021. 2185 ; *AJ fam.* 2022. 47, obs. D. Eskenazi ; *Rev. crit. DIP* 2022. 779, note S. Fulli-Lemaire ; *RTD eur.* 2022. 193, étude J. Sagot-Duvaurox ; *RTD eur.* 2022. 236, obs. V. Égée ; *Europe* 2022, n° 34, note L. Idot).

La Cour de cassation a également affirmé que « la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts » (Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, D. 2006, inf. rap. 12, obs. I. Gallmeister ; *AJF* 2006. 161, obs. S. David ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 55. 14, note Ph. Guez ; D. 2006. 1502, obs. P. Courbe, F. Jault-Seseke ; *RJPF* 2006-4/22. 14, note M.Ch. Meyzeaud-Garraud ; *RLDC* 2006/31, n° 2193, p. 31, note C. Pomart ; *Dr. et patrimoine* 2006, n° 145. 115, obs. M.L. Niboyet).

Dans le cadre de l'interprétation de l'article 8 du règlement « Bruxelles 2 bis », qui a trait à la responsabilité parentale, v. aussi CJUE, 22 décembre 2010, aff. n° C-497/10, D. 2011. Actu. 248 ; D. 2011. Pan. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD eur.* 2011. 481, obs. M. Douchy-Oudot ; *Procédures* 2010, n° 60, note C. Nourissat ; *Europe* 2011, n° 117, note L. Idot ; CJUE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, D. 2009. 1149 ; D. 2010. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2009. 791, note E. Gallant ; *RTD civ.* 2009. 714, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010. 421, chron. M. Douchy-Oudot et S. Guinchard ; *JCP* 2009. 316, note Boulanger ; *Europe* 2009. Comm. 265, obs. L. Idot ; *Procédures* 2009, n° 277, note C. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 2009. Jurisp. 3793, note Ph. Guez. Dans la jurisprudence française, v. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n° 17-31.427, *Rev. crit. DIP* 2019. 111, note Chalas.

En matière d'enlèvement illicite, v. également : CJUE, 9 octobre 2014, n° C-376/14 ; Civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, n° 14-19.015, *JCP G* 2015, chron. p. 1647 ; *Dr. famille* 2015, comm. 95, note C. Neirincx ; *Gaz. Pal.* 2015. 31, note S. Hamou.

⁴⁴ Règlement « Bruxelles 1 bis », article 17.

avec les consommateurs domiciliés dans cet État⁴⁵. Là encore, l'intention de l'opérateur économique — la volonté qu'il a en quelque sorte tacitement exprimée — devra être reconstituée⁴⁶.

26. Néanmoins, dans chacune de ces deux situations, il est uniquement question de reconstituer une volonté de fait, une volonté qui n'a pas été communiquée en vue de la production d'un effet juridique. Or, ce qu'il faut bien voir, c'est que ce type de volonté ne suscite pas de problèmes probatoires aussi aigus qu'une volonté contractuelle. Pour qu'une volonté contractuelle soit prouvée, en effet, il est nécessaire de démontrer que les parties avaient la volonté de *se lier*, qu'elles avaient la volonté de se placer sous l'empire du principe de force obligatoire des conventions. Pour que le champ de nos investigations ne se dilate pas à l'excès et pour que notre étude n'en vienne pas à couvrir des questions trop hétérogènes, nous nous bornerons à étudier les hypothèses dans lesquelles la volonté exprimée par les parties était orientée vers la production d'effets juridiques.

27. De même, la problématique des choix de lois indirects ne sera pas abordée.

3) *L'exclusion de la problématique des choix de lois indirects*

28. Le choix de la loi applicable peut indirectement résulter du choix du for. En effet, fréquemment, plusieurs tribunaux s'estiment compétents pour juger d'une même affaire. Le demandeur dispose en conséquence d'une option : il peut saisir le for de son choix. Or, bien souvent, en saisissant un tribunal, le demandeur peut indirectement choisir le droit applicable. La raison est connue : les règles de conflit variant d'un État à l'autre, le droit applicable dépend du juge saisi. Le *forum shopping* entraîne indirectement un *law shopping*⁴⁷. En un sens, il serait peut-être possible d'affirmer que le demandeur ayant saisi un tribunal donné a tacitement voulu se soumettre au système de conflit de ce

⁴⁵ La Cour de justice estime, en effet, que pour déterminer si le professionnel a dirigé ces activités vers l'État du domicile du consommateur, doivent être prises en considération « toutes les expressions manifestes de la volonté de démarcher les consommateurs de cet État membre » (CJUE, 7 décembre 2010, n° C-585/08, *D.* 2011. 990, obs. C. Manara, note M.-E. Pancrazi ; *D.* 2011. 908, obs. S. Durand ; *D.* 2011. 974, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *D.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011. 2363, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *D.* 2011. 2434, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2011. 414, note O. Cachard ; *RTD com.* 2011. 663, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arast ; *RTD eur.* 2011. 475, obs. S. Guinchard ; *JCP* 2011. 129, note L. d'Avout ; *CCC* 2011, n° 103, note G. Raymond ; *CCC* 2012, Focus n° 53 ; *Procédures* 2011, n° 585, note C. Nourissat ; *Europe* 2011, n° 96, note L. Idot ; *RJ com.* 2011. 274, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2011. 511, note C. Aubert de Vincelles ; *RDC* 2011. 567, note E. Treppoz).

⁴⁶ V. à ce sujet : O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, p. 65 : « au lieu de s'attacher à la situation géographique d'une activité, (le terme de "focalisation") privilégie la recherche de la volonté des opérateurs ». Sur la problématique, v. également : V. Pironon, « Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ? », in J. Rochfeld (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, 2010, p. 100 et s.

⁴⁷ Sur la notion de *forum shopping*, v. par exemple, au sein d'une littérature très abondante : P. de Vareilles-Sommières, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998/2000, p. 49 et s.

tribunal et à la loi qu'il désigne. Néanmoins, le problème qui se présente est alors essentiellement celui de l'exercice stratégique d'une volonté unilatéralement exprimée par le demandeur et des justes limites qu'il conviendrait de lui opposer. Dans le cadre d'une étude centrée sur les fictions constituées par l'entremise du concept de volonté tacite, la question n'a pas à être abordée.

29. Ensuite, le choix de loi peut indirectement résulter d'un déplacement volontaire ou d'une modification des éléments de fait que la règle de conflit de lois érige en critères de rattachement. Par exemple, l'individu peut changer de nationalité ou il peut déplacer son domicile. Ces décisions auront potentiellement une incidence sur la loi applicable à sa situation juridique. Certes, lorsqu'un individu a volontairement établi son domicile dans un État déterminé, en principe, cela ne signifie pas qu'il ait tacitement voulu se soumettre au droit de cet État. Le plus souvent, le changement de domicile, en effet, n'a pas été accompli en vue d'une modification de la loi applicable. Pourtant, il est des cas qui dérogent à cette analyse.

Il en est ainsi, en matière sociétaire, lorsque le rattachement par l'incorporation est favorisé. La société qui décide de s'incorporer dans un État dans lequel elle n'a aucune activité a, selon toute vraisemblance, pour volonté de se soumettre au droit des sociétés en vigueur au sein de cet État⁴⁸. Néanmoins, pour l'heure, la solution n'est pas fondée sur la volonté tacite. En outre, quand le juge détermine la loi applicable à une société, il ne recherche pas la volonté tacite des associés et n'est aucunement tenu de le faire ; il se borne à identifier le lieu d'incorporation de cette dernière. En conséquence, dans le cadre de réflexions sur le rattachement des sociétés, la mobilisation du concept de volonté tacite ne présente aucun intérêt.

De façon similaire, en matière familiale, en créant une situation juridique à l'étranger et en recherchant ultérieurement sa reconnaissance au for, un couple peut indirectement choisir le droit applicable⁴⁹. Par exemple, lorsqu'un couple décide de se déplacer dans un État étranger pour établir un

⁴⁸ On songe, par exemple, à une hypothèse similaire à celle rencontrée dans l'affaire *Centros* : CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rev. sociétés* 1999. 386, note G. Parleani ; *D.* 1999. 550, note M. Menjucq. Sur l'affaire *Centros*, v. également, L. d'Avout, comm. n° 34, in M. Karpenschif, C. Nourissat (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, 2021.

Sur l'influence grandissante de la volonté en matière de droit international des sociétés, v. par exemple, parmi de nombreuses publications : L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 193 et s.

⁴⁹ C'est pourquoi Monsieur C. Kohler estime que « la reconnaissance libérale ou “de plein droit” est, en quelque sorte, l'antichambre de l'autonomie de la volonté des particuliers et peut en constituer un équivalent fonctionnel » (C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 403). En ce sens, v. aussi Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 405 et s. ; Y. Lequette, « De la “proximité” au “fait accompli” », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481 et s. et not. p. 489 et s.

lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui, les parents d'intention souhaitent bénéficier des dispositions de la législation étrangère⁵⁰. La volonté exprimée est donc, indirectement, bien dirigée vers la production d'un effet juridique. Néanmoins, là encore, rattacher cette question à la volonté tacite ne présente pas de véritable intérêt⁵¹. À l'évidence, l'examen de cette question nous détournerait de notre problématique, qui est celle de la recherche des fictions constituées par l'entremise du concept de volonté tacite.

30. Enfin, dans les hypothèses dans lesquelles la fraude à la loi est caractérisée, peut-on parler de volonté tacite ? En cas de fraude, le sujet de droit a volontairement modifié le rapport de droit — le plus souvent en jouant sur la localisation du critère de rattachement incorporé au sein de la règle de conflit — et ce, dans l'unique but de se soustraire à l'application de la loi normalement « compétente »⁵². La volonté est donc bien orientée vers la création d'un effet de droit : il y a une forme de choix de loi indirect. Cependant, dans une telle situation, le problème qui se présente est alors celui de la preuve d'une intention frauduleuse, et non celui de la volonté tacite. La différence terminologique révèle en l'occurrence une différence substantielle. La fraude ne sera donc pas étudiée.

31. Ces précisions liminaires étant faites, nous reviendrons maintenant brièvement sur le mouvement contemporain de faveur au principe d'autonomie de la volonté, qui constitue, en quelque sorte, la toile de fond de nos investigations.

II) Une étude liée à l'essor du principe d'autonomie de la volonté

32. Au sein des tendances et mouvements de fond les plus marquants traversant le droit international privé contemporain, la faveur à l'autonomie de la volonté figure aujourd'hui en bonne place⁵³.

⁵⁰ Sur la gestation pour autrui en droit international privé, v. par exemple au sein d'une littérature juridique absolument considérable : D. Sindres, « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, doctr. 4 ; S. Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP* 2014, p. 215 et s.

⁵¹ Quant à cette question, la doctrine parle le plus souvent de choix indirect de la loi applicable ou d'autonomie indirecte : C. González Beilfuss, « Party Autonomy in International Family Law », *RCADI* 2020, t. 408, p. 89 et s. et not. p. 297 et s. ; A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 14 et s. ; J. Basedow, « The law of open societies – Private ordering and public regulation of international regulations », *RCADI* 2013, t. 360, p. 9 et s. et not. p. 239 et s. ; J. Carruthers, « Party autonomy in the legal relation regulation of adult relationship: What place for party choice in private international law? », *International and comparative law quarterly* 2012, p. 881 et s. et not. p. 885 et s.

⁵² Pour une analyse plus rigoureuse et une typologie plus exhaustive des différents cas de fraude à la loi, v. par exemple : P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *Rep. dr. int.* 2009, n° 30 et s.

⁵³ Certains auteurs associent cet essor du principe d'autonomie de la volonté à un développement de la pensée néolibérale : P. Kinsch, « Le rôle du politique en droit international privé », *RCADI* 2019, t. 402, p. 9 et s. et not. p. 165 et s. ; du même auteur, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 377 et s.

Ce principe est désormais sorti de son lit ; il irrigue des terres qui semblaient naguère soustraites à son empire⁵⁴. Au risque de forcer le trait, il paraît même possible d'affirmer que le mouvement s'étant dessiné au cours des XX^e et XXI^e siècles est celui d'une pénétration toujours plus profonde du principe d'autonomie de la volonté⁵⁵. L'importance de la question de la volonté tacite en est décuplée. En effet, même si d'éminents auteurs critiquèrent avec force le principe d'autonomie (A), ce dernier n'a pas cessé de gagner en importance (B).

A) Le temps de la résistance doctrinale

33. L'ascension du principe d'autonomie de la volonté ne se fit pas sans heurts et sans résistance⁵⁶. Alors que le principe de libre choix du droit applicable au contrat international avait été consacré par l'arrêt *American Trading*⁵⁷, Pillet et, après lui, Niboyet s'élevèrent contre les prétentions du principe

⁵⁴ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 406 et s. ; A. Mills, « Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 405 et s. ; J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 905 et s. et not. p. 906 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255 et s. ; Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », *op. cit.*, not. p. 490 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Unité et diversité : quelques mots de droit international privé européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 387 et s. et not. p. 389 ; T. Azzì, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 147 ; D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 285 et s. ; A. Von Overbeck, « L'irrésistible ascension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Nouveaux itinéraires en droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619 et s. Dans la doctrine en langue anglaise : X. Kramer, E. Themeli, « The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum », *op. cit.*, not. p. 28-29 ; Th. Kruger, « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », *RCADI* 2016, t. 380, p. 281 et s. et not. p. 371 et s. ; M. Lehmann, « Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, p. 381 et s. et not. p. 386 et s.

⁵⁵ Madame H. Muir Watt a également relevé que le principe de libre choix du droit applicable était désormais couplé à une libéralisation du régime des clauses de choix contractuels de for, de l'arbitrage commercial international et des conditions de circulation des jugements. Selon Madame H. Muir Watt, cette évolution serait le révélateur d'un déclin du modèle libéral et de l'avènement d'un modèle néolibéral (H. Muir Watt, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néo-libéralisme », in M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Perruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé?*, Dalloz, 2009, p. 77 et s. et not. p. 78-79). Pour Madame H. Muir Watt, si l'État exerce encore une « police du marché national », les acteurs privés auraient acquis le pouvoir de définir leur propre « régime normatif au plan international, échappant dans une large mesure aux limites destinées à cantonner leur liberté de choix » (*Ibid.*, not. p. 79). Pour un prolongement de ces réflexions critiques, v. aussi du même auteur : « Le "principe d'autonomie des parties" : un impensé du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 423 et s.

⁵⁶ J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.*, p. 57 et s.

⁵⁷ Civ. 5 déc. 1910, *American Trading*, *Rev. Dr. Int.* 1911. 395 ; *JDI* 1912. 1156 ; *GA* n° 11.

d'autonomie. Ils soulignèrent que, par cette faculté de désignation du droit applicable au contrat international, les parties s'octroyaient le pouvoir d'évincer des règles impératives⁵⁸. Que les parties acquièrent, par un simple franchissement de la frontière, le droit de s'affranchir de la tutelle de règles d'ordre public paraissait pour ces auteurs inacceptable⁵⁹. Dans l'un des cours qu'il professa à l'Académie de La Haye, Niboyet mena une véritable charge contre le principe d'autonomie :

« Comment a-t-on pu perdre de vue, en effet, cette vérité première, que la volonté des parties n'est jamais supérieure, ni même parallèle à la loi, mais qu'elle doit toujours se mouvoir dans le cercle admis par le législateur compétent ? Ainsi en droit interne il est tout à fait évident que la liberté des conventions [...] ne s'exerce jamais à l'encontre de la loi. [...] [N]ul ne peut, par contrat de mariage, déroger à certaines règles fondamentales du mariage, ni, par clause d'un contrat ordinaire, stipuler ce que le législateur a jugé opportun d'interdire. Eh bien ! ce que la volonté ne peut faire en droit interne, elle n'a pas davantage le pouvoir de le réaliser en droit international »⁶⁰.

34. Martin n'était pas en reste. Il estimait que la nature de la compétence internationale française faisait obstacle à ce que la volonté des parties puisse exercer une quelconque influence en la matière. Pour l'illustre auteur, en effet, à l'instar de la règle de conflit de lois, la règle de compétence internationale concourait à circonscrire les bornes de la souveraineté française. Elle était, dès lors et par

⁵⁸ V. à ce sujet : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 66 : « le choix de la loi en droit international privé va permettre aux contractants d'échapper à ces prescriptions impératives en plaçant leur convention sous l'empire d'une loi étrangère ; ce n'est plus la loi qui détermine les relations qu'elle gouverne, ce sont les parties qui décident si elles consentent à obéir à la loi ».

Sur cette problématique, v. aussi : M. Giuliano, « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 207-208 ; A. Curti-Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 779 et s.

⁵⁹ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903, p. 436 : « On n'aperçoit pas, lorsque, dans un but de simplicité et pour se délivrer de questions gênantes, on se rapporte à la volonté des parties du choix à faire entre plusieurs lois obligatoires, que par ce détour on aboutit simplement à dépouiller ces lois de leur caractère de lois. Ces lois ont été faites par le législateur qui les a portées, impératives ou prohibitives. Il a entendu les investir d'une force certaine, opposable à toute volonté contraire des intéressés, et voici qu'en autorisant les particuliers à choisir entre elles, à leur fantaisie, on leur permet de se soustraire à une prohibition jugée gênante, d'esquiver l'effet d'un commandement déplaisant, bref, de se soustraire à l'empire du législateur ».

Dans la première moitié du XIX^e siècle, de nombreux auteurs se montrent très critiques à l'égard du principe d'autonomie. V. not. M. Caleb, *Essai sur le principe d'autonomie de la volonté*, thèse, Strasbourg, 1927.

⁶⁰ J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, t. 16, p. 1 et s. et not. p. 51-52. V. aussi *Ibid.*, p. 14 : « Comment les diverses lois impératives du droit interne seraient-elles ainsi découronnées de leur trait caractéristique lorsqu'il s'agit d'obligations conventionnelles ? Comment substituer la volonté des parties à celle du Souverain dans l'élaboration de règles de solution des Conflits de lois qui nous apparaissent comme des règles de pur droit public ? »

essence, impérative⁶¹. Les critiques doctrinales, pourtant, ne devaient pas porter ; la lame de fond de l'autonomie de la volonté ne fut pas endiguée⁶².

35. Après le temps du compromis, qui s'incarna dans la consécration jurisprudentielle de la théorie de la localisation batiffolienne, vint celui du plein essor du principe d'autonomie de la volonté⁶³.

B) Le temps du plein essor du principe d'autonomie

36. Dans la seconde moitié du XX^e siècle, les principales conventions de La Haye et les textes européens qui furent ultérieurement adoptés affirmèrent systématiquement que le contrat était régi par la loi choisie par les parties⁶⁴. En vertu de ces mêmes textes, le choix de la *lex contractus* pouvait être tacite.

37. Mais il y a plus : le principe du libre choix du droit applicable a maintenant débordé du cadre de la matière contractuelle. Le principe d'autonomie de la volonté s'est en effet diffusé en matière familiale, et ce, « en vertu d'un procédé de copier-coller qu'affectionnent particulièrement les autorités

⁶¹ E. Bartin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, LGDJ, 1907, p. 39 et s. et not. p. 55-56.

Sur cette conception du droit international privé, comme un droit arbitrant les conflits de souveraineté, v. E. Bartin, *Principes de droit international privé*, vol. 1, Éditions Domat-Montchrestien, 1930, p. 112 : « Par son objet, le droit international privé nous apparaît comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle de droit international privé ».

⁶² Dans une perspective comparatiste, on peut également noter que de nombreux ordres juridiques nationaux se rallièrent à cette solution du libre choix du droit applicable au contrat international. V. à ce sujet G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, Schulthess, 2021, p. 2 et s. ; C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 305 et s.

⁶³ V. en particulier : Civ., 24 avril 1952, *Rev. crit. DIP* 1952. 502, note H. Motulsky ; S. 1952. 1. 185, note H. Batiffol ; *JCP G* 1952. II. 7140, note J.L.P. V. aussi : Civ. 1^{ère}, 25 mars 1980, n° 78-15.862 : « si la localisation du contrat dépend de la volonté des parties, c'est au juge qu'il appartient, après avoir interprété souverainement leur commune intention quant à la localisation, de déduire de celle-ci la loi applicable au contrat ». Pour certains auteurs, la théorie de Batiffol ne fit que l'objet d'une réception imparfaite, elle ne fut que partiellement consacrée (v. en ce sens, M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 173). Sur la théorie elle-même, v. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938.

⁶⁴ En suivant un ordre chronologique : Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, article 2 ; Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, article 5 ; Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 3 ; Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 3. V. aussi la résolution de l'institut de droit international de 1991 sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées qui affirme notamment que « l'autonomie de la volonté des parties est l'un des principes de base du droit international privé ».

pré-législatives de l'Union européenne»⁶⁵. Parfois perçue comme un reflet de la libéralisation des droits internes⁶⁶ et du développement de l'individualisme contemporain⁶⁷, la percée du principe d'autonomie est en tout état de cause manifeste. Ce dernier est désormais consacré — sous la forme limitée d'une option entre différentes législations — en matière de succession⁶⁸, d'obligations alimentaires⁶⁹, de régimes matrimoniaux⁷⁰ et de divorce⁷¹. Il a également conquis les terres de la matière délictuelle⁷². Voilà autant de sphères juridiques dans lesquelles la recherche d'un choix de loi implicite pourrait potentiellement se déployer⁷³.

⁶⁵ L. d'Avout, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas* 2012, p. 70 et s. et not. p. 75. Sur le développement de l'autonomie de la volonté en droit de la famille, v. par exemple, au sein d'une lecture absolument considérable : C. González Beilfuss, « Party Autonomy in International Family Law », *op. cit.* ; A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017 ; C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 398 et s. ; J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.* ; S. Fulli-Lemaire, « L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille », *op. cit.* ; S. Peari, « Choice-of-law in family law: Kant, Savigny and the parties' autonomy principle », *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2012, p. 597 et s. ; J.-M. Carruthers, « Party autonomy in the legal relation regulation of adult relationship: What place for party choice in private international law? », *op. cit.* ; P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. Crit. DIP* 1992, p. 425 et s.

⁶⁶ Sur le lien entre la libéralisation du droit interne et l'autonomie de la volonté, v. P. Kinsch, « Le rôle du politique en droit international privé », *op. cit.*, p. 173 ; C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 398 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Individualisme et mondialisation : aspect de droit international privé de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, 2013, p. 181 et s. et not. p. 183 ; H.-P. Mansel, « Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws », *op. cit.*, p. 146. Contra : S. Fulli-Lemaire, « L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille », in M.-A. Parra Lucán (dir.), S. Gaspar Lera (coord.) *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Editorial Comares, 2017, p. 435 et s. accessible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2942841, v. not. p. 3.

⁶⁷ E. Lengart, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, *op. cit.*, p. 427 et s. ; P. Callé, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille) », in A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 31 et s. et not. p. 34 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 270 ; H.-P. Mansel, « Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws », *op. cit.*, p. 145-146. Sur le développement de l'individualisme, v. également S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022, p. 33 et s.

⁶⁸ Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, article 22.

⁶⁹ Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, article 8.

⁷⁰ Règlement 2016/1103 du 24 juin 2016, article 22. V. déjà avant le règlement : Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, article 3.

⁷¹ Règlement n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010, article 5.

⁷² Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 (« Rome II »), article 14.

⁷³ Reste à savoir si la prise en considération du choix de loi implicite sera admise en ces matières. Les règlements « Succession » et « Rome 2 » admettent expressément la prise en considération du choix implicite. Mais les règlements « Rome III » et « régimes matrimoniaux » ne se prononcent pas expressément sur la question. La prise en considération du choix implicite ne semble pas exclue, mais elle n'est pas non plus imposée. L'article 8 du protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires — relatif à une désignation volontaire de la loi applicable — ne se prononce pas sur la question du choix tacite. Cependant, l'article 7 — qui envisage l'hypothèse d'un accord procédural — prévoit que ce dernier doit être exprès.

38. Du côté de la compétence et de l'arbitrage international, le constat est le même⁷⁴ : est-il besoin de rappeler l'importance que les clauses de choix de for — qu'il soit étatique ou arbitral — revêtent au sein du contentieux du commerce international⁷⁵ ? Or, ces dernières peuvent faire l'objet d'une acceptation tacite. Lorsque ces clauses seront interprétées, la recherche de la volonté tacite devra souvent être opérée. Plus généralement, comme cela a été relevé par Monsieur S. Bollée, « la volonté des parties occupe une place cardinale dans le régime juridique de l'arbitrage. Au-delà du consentement initial à ce mode de règlement des litiges, cette volonté joue un rôle de premier ordre dans l'organisation et le cours du processus arbitral »⁷⁶. En définitive, s'il est vrai qu'un vent de faveur à l'autonomie souffle sur le droit international privé, il n'est sans doute pas inutile de s'interroger sur les modalités « d'extériorisation » de la volonté des parties⁷⁷. La volonté tacite vient en effet renforcer la portée du principe d'autonomie, elle lui confère une plus grande effectivité.

39. Il se pourrait, cependant, que derrière ce mouvement de faveur au principe d'autonomie de la volonté, en apparence soutenue par la recherche de la volonté tacite, se dissimulent aussi des tendances antagonistes. La volonté implicite pourrait être utilisée pour dissimuler l'imposition de solutions créées de toutes pièces par le juge ou le législateur. C'est toute l'ambivalence de la notion de volonté tacite, apparaissant tantôt comme un soutien de l'autonomie des parties, tantôt comme un voile jeté sur l'élaboration de solutions objectives, venant ainsi masquer le pouvoir créateur du juge.

⁷⁴ D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, tome 1 — partie générale, op. cit.*, p. 194 : « L'époque est à la faveur de la contractualisation — totale (clause d'arbitrage) ou partielle (clauses attributives) — des modes de résolution du contentieux international ».

⁷⁵ Pour une description récente de l'influence grandissante de la volonté en matière de conflits de juridictions, v. E. Lenglard, « Les conflits de juridictions à l'épreuve de l'individualisme », *Rev. crit. DIP* 2023, p. 317 et s. et not. p. 325 et s. Pour Monsieur E. Lenglard, cet essor de l'autonomie de la volonté est une manifestation de l'individualisme qui étend aujourd'hui son empire et « dont la force structurante — ou déstructurante, c'est selon — s'étend sur l'ensemble des sphères de l'activité humaine » (*Ibid*, p. 318).

⁷⁶ S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *RCADI* 2021, t. 418, p. 9 et s. et not. p. 32.

V. aussi G. Cordero-Moss, « Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration », *RCADI* 2015, tome 372, p. 129 et s. et not. p. 141 : « When the parties choose arbitration as a mechanism to solve disputes between them, they move the dispute out of the jurisdiction of national courts and into the sphere of a private body, the arbitral tribunal, which is appointed by the parties and which is obliged to follow the instructions given by the parties. The will of the parties has thus, obviously, a paramount importance in arbitration ».

En ce sens, v. également : G. Bermann, « International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 60-61 : « International commercial arbitration [...] is thus in a very real sense a “creation of contract”. The contractual basis of arbitration manifests itself not only at the time arbitration is compelled [...], but throughout the arbitral process ».

⁷⁷ On reprend ici la formule de Monsieur T. Azzi : « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP* 2010-2012, p. 147 et s. et not. p. 147.

III) Une étude fondée sur la recherche et sur l'analyse des fictions de volonté

40. Si certaines solutions fondées sur la volonté tacite reposent sur des fictions de volonté, d'autres reposent sur des indices de volonté plus convaincants. Or, ces deux types de solutions ne sont pas inspirés par les mêmes objectifs. Les solutions fondées sur un véritable processus de reconstitution de la volonté ont pour principale fonction de protéger les légitimes attentes des parties au rapport de droit. Les solutions reposant sur des fictions de volonté ont souvent répondu à des impératifs différents : des impératifs matériels ou ayant trait à l'efficacité procédurale. Pour procéder à cette démonstration, notre raisonnement se décomposera en trois étapes principales. Nous nous interrogerons tout d'abord sur les rôles respectifs de la volonté apparente et de la volonté réelle dans la formation et l'interprétation de l'acte juridique (A). Ensuite, nous procéderons à une systématisation et à une classification des solutions fondées sur la volonté tacite (B). Enfin, nous essaierons de dégager les fonctions de la volonté tacite (C).

A) Volonté réelle et volonté apparente

41. Le premier temps de l'analyse portera sur les rôles respectifs de la volonté réelle et de la volonté apparente dans la formation et l'interprétation de l'acte juridique. La problématique devant être examinée peut être formulée en des termes assez simples : rechercher la volonté tacite, est-ce nécessairement rechercher la volonté réelle des parties ? Est-ce nécessairement rechercher leur volonté psychologique ? Au contraire, lorsqu'il procède à une reconstitution de la volonté tacite, l'interprète peut-il, faisant abstraction de la psyché des contractants, se focaliser sur la volonté apparente⁷⁸ ? Il s'agit d'une question préalable qui devra être résolue. Pour correctement appréhender cette question, nous partirons du droit interne.

42. Pour bien cerner le sens de cette opposition existant entre la recherche de la volonté réelle et la recherche de la volonté apparente, des incursions comparatistes seront également menées. Plus précisément, nous procéderons à une comparaison des solutions respectivement retenues en France, en Suisse et au Royaume-Uni. Ce choix s'explique par le fait que, dans ces derniers États, la volonté est appréciée différemment. En droit français, il est traditionnellement enseigné qu'il conviendrait de rechercher la volonté réelle des parties. En Suisse et au Royaume-Uni, la volonté fait au contraire l'objet d'une appréciation objective : ce qui compte, c'est moins la *volonté psychologique* que sa *manifesta-*

⁷⁸ Ainsi posée, la distinction peut paraître assez abstraite, mais ces termes seront ultérieurement explicités.

tion. Ce faisant, une étude de ces systèmes juridiques fera mieux ressortir la singularité du droit français, elle nous permettra de pénétrer les ressorts les plus profonds de ce dernier. C'est, en effet, l'une des vertus souvent prêtées au droit comparé : le regard que le comparatiste porte sur le système juridique étranger lui permet de mieux comprendre son propre droit⁷⁹.

43. Le deuxième temps de l'analyse sera consacré à l'examen de l'ensemble des solutions fondées sur la volonté tacite et à l'identification des solutions reposant sur des fictions.

B) L'identification des solutions fondées sur des fictions

44. Un travail de systématisation des solutions consacrées en droit international privé devra être entrepris. Ces solutions seront passées au crible d'une analyse critique : nous nous interrogerons sur la réalité et la vraisemblance de la volonté imputée aux contractants. Il conviendra de faire le départ entre les solutions fondées sur des fictions et celles fondées sur des indices de volonté probants. Par exemple, nous essaierons de déterminer si l'accord procédural tacite repose sur des indices de volonté pertinents. Quand les litigants se réfèrent dans leurs conclusions à la loi française, existe-t-il un véritable accord des parties en faveur de l'application d'une telle loi ? Pour donner un second exemple, nous nous efforcerons de déterminer si les solutions relatives à l'extension des clauses d'arbitrage sont fondées sur des indices de volonté convaincants. En s'immisçant dans la relation contractuelle, le non-signataire a-t-il véritablement exprimé une volonté de devenir partie à la convention d'arbitrage ?

Pour mener à bien ces investigations, la théorie générale du contrat et les écrits des spécialistes de droit des obligations seront abondamment mobilisés. Jusqu'alors, ces ressources provenant de la théorie générale du contrat ont été assez peu exploitées par les internationalistes. Elles se révèlent pourtant précieuses⁸⁰. Néanmoins, il faut se garder de penser que de la théorie générale de l'acte juridique pourrait sortir toute armée une théorie de la volonté tacite en droit international privé. Si nous étudierons un certain nombre d'actes juridiques — contrat et actes unilatéraux —, ces derniers ont un objet très singulier. Ils portent sur le droit applicable à un rapport international, sur le juge compétent ou sur la reconnaissance de décisions arbitrales ou étrangères. Même si notre analyse porte sur les

⁷⁹ H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503 et s. et not. p. 518.

⁸⁰ D'une manière générale, il nous semble que pour l'internationaliste, l'étude du droit interne est souvent un préalable nécessaire. V. à cet égard la belle affirmation par laquelle s'ouvre la thèse de Monsieur A. Gridel : « Si l'étude du droit positif est au juriste ce que l'enquête de terrain est au sociologue, de la même manière, le droit interne est pour l'internationaliste la matière première de son travail » (*Marchés et instruments financiers en droit international privé*, Bruylant, 2024, p. 29).

modes d'expression de la volonté, il est impossible de faire abstraction de cet objet si particulier. La théorie générale du contrat est utile, mais insuffisante.

45. Là encore, des comparaisons avec les droits suisse et anglais se révéleront utiles. Cet examen des droits étrangers montrera que, quant à certaines questions, les juges français font preuve d'un certain laxisme. Nous entendons par là que pour un certain nombre de questions, le consentement tacite — et en particulier le consentement à l'arbitrage — est facilement établi. Les observations comparatistes — même si elles ne sont jamais suffisantes en elles-mêmes — peuvent ainsi venir alimenter les doutes et les suspicions pesant sur la réalité du consentement tacite imputé aux parties. En particulier, nous verrons qu'en Suisse, les juges se montrent souvent plus rigoureux : dans la plupart des situations qui seront étudiées, le consentement tacite est moins facilement établi⁸¹.

46. Après avoir déterminé si les solutions du droit positif reposent ou non sur des fictions de volonté, il sera possible de dégager les fonctions de la volonté tacite.

C) L'identification des fonctions de la volonté tacite

47. Il conviendra de s'appuyer sur la distinction préalablement établie. Les objectifs qui inspirent les solutions fondées sur des fictions sont assez différents de ceux inspirant les solutions fondées sur de « véritables » signes objectifs de volonté. Au demeurant, ces deux types de solutions juridiques n'appellent pas non plus les mêmes critiques. C'est pourquoi, dans le cadre d'une analyse fonctionnaliste, il est utile de distinguer ces deux utilisations du concept de volonté tacite.

48. Les solutions fondées sur un véritable processus de reconstitution de la volonté tacite répondent à un impératif de protection des légitimes attentes des parties. C'est un impératif qui inspire *l'ensemble* des solutions découlant d'une « véritable » recherche de volonté. La recherche de la volonté tacite a ainsi constitué un instrument de *réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de la sécurité juridique*. Cependant, si la volonté tacite a constitué un instrument de réalisation de la justice de droit international privé, elle n'a en réalité été qu'un instrument très imparfait. La recherche de la volonté

⁸¹ Au contraire, dans d'autres hypothèses, les juges français — notamment en comparaison de leurs homologues britanniques — font preuve d'une certaine rigueur.

tacite a pu favoriser la protection des légitimes attentes des parties, mais elle a aussi rendu les solutions conflictuelles plus imprévisibles⁸².

Au demeurant, la recherche de la volonté tacite a été à l'origine de divergences jurisprudentielles importantes. En particulier, les tribunaux français et anglais ont interprété très différemment l'article 3 du règlement « Rome 1 ». La comparaison qui sera entreprise montrera que, même dans un espace intégré comme l'Union européenne, des divergences jurisprudentielles peuvent surgir et venir saper l'œuvre d'unification des règles de conflits. Certes, en raison du Brexit, la question a peut-être perdu une part de son intérêt, mais dans la mesure où le règlement « Rome 1 » a été intégré au sein de la législation anglaise⁸³, elle demeure intéressante. Surtout, ces divergences jurisprudentielles sont un excellent révélateur d'un problème qui dépasse celui de la volonté tacite : la subsistance de forces jurisprudentielles nationales faisant obstacle à une complète unification des solutions conflictuelles européennes. C'est dire que, là encore, dans le cadre de notre étude, le droit comparé se révélera intéressant.

49. Les solutions fondées sur des fictions de consentement ont répondu à des objectifs assez différents. Elles ont, également, pu avoir pour effet de favoriser la protection des légitimes attentes des parties, mais ce n'était aucunement systématique. Très souvent, elles ont même directement entravé la réalisation de l'objectif de protection des légitimes prévisions des parties. Les fictions constituées par l'entremise de la notion de volonté tacite ont été un instrument par lequel le juge a impulsé des politiques juridiques inspirées par *l'efficacité procédurale* et la *justice matérielle*. À quelques exceptions près, l'usage des fictions n'a aucunement répondu au vœu de réalisation de la justice de droit international privé.

50. Ce sont, nous semble-t-il, les grandes tendances qui se dégagent d'un examen des solutions juridiques fondées sur la volonté tacite. Néanmoins, de nombreuses précisions et nuances seront apportées par la suite. L'opposition qui peut exister entre ces deux types de solutions — celles fondées sur des fictions de volonté et les autres — n'est peut-être pas aussi tranchée que ce que ces premiers développements pourraient laisser augurer.

⁸² Protection des attentes légitimes d'un côté, atteinte à l'impératif de prévisibilité des solutions de l'autre : ces deux affirmations peuvent de prime abord sembler contradictoires. Dans le cadre de notre seconde partie, nous essaierons, cependant, de montrer que la contradiction n'est qu'apparente. V. *infra* n° 798 et s.

⁸³ V. sur ce point, A. Briggs, *Private International Law in English Courts*, 2nd Édition, Oxford University Press, 2023, p. 410.

51. Face au problème de la volonté tacite, l'interprète peut chercher à reconstituer la volonté psychologique des contractants. Néanmoins, il peut également se focaliser sur la volonté déclarée, sur les signes apparents de volonté. En partant du droit interne, nous chercherons à cerner le rôle de la volonté réelle et de la volonté déclarée dans la formation et l'interprétation de l'acte juridique (chapitre préliminaire).

Lorsque cette question préalable aura été résolue, il sera ensuite possible de procéder à une systématisation de toutes les solutions fondées sur la volonté tacite. Nous chercherons à montrer que si certaines solutions sont fondées sur des indices de volonté probants, d'autres reposent au contraire sur des fictions. En définitive, nous procéderons à une recension des différentes manifestations du concept de volonté tacite (Partie 1).

Enfin, nous nous interrogerons sur les fonctions de la volonté tacite. En reprenant les résultats obtenus au terme de la première partie, nous chercherons à montrer que les solutions fondées sur des signes objectifs de volonté probants et les solutions fondées sur des fictions ne sont pas inspirées par les mêmes objectifs (Partie 2).

Chapitre préliminaire : Volonté réelle et volonté déclarée dans l'acte juridique

Première partie : Les différentes manifestations de la volonté tacite

Seconde partie : Les différentes fonctions de la volonté tacite

Chapitre préliminaire : Volonté réelle et volonté déclarée dans l'acte juridique

52. Ce détour par le droit français des obligations nous paraît nécessaire. Certes, nombre des actes juridiques qui seront étudiés par la suite ne sont pas gouvernés par le droit civil français, mais par des règles matérielles uniformes, contenues dans des règlements européens ou dans des conventions internationales. Toutefois, les ressources conceptuelles issues de la théorie générale du contrat viendront nourrir la réflexion critique qui sera ultérieurement entreprise. L'exemple du droit français donne en effet à voir et à penser le conflit méthodologique fondamental qui se noue autour de la question de l'appréhension de la volonté par le droit. Conformément à une approche *subjective*, la volonté peut être directement saisie par la norme : elle est alors appréhendée comme un phénomène psychologique. Mais elle peut également faire l'objet d'une appréciation *objective*. Dans cette dernière perspective, le droit s'intéresse moins à la racine psychologique de la volonté qu'à sa manifestation. C'est uniquement la volonté exprimée qui, en tant que phénomène sensible, perceptible par autrui, importe pour l'interprétation et la formation du contrat⁸⁴.

Afin de développer cette analyse critique, notre étude prendra également appui sur le droit comparé. Madame H. Muir Watt a, en effet, montré que l'adoption d'une approche comparatiste permettait d'alimenter une analyse critique du droit. Une vue comparatiste permet de « libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture »⁸⁵. Elle permet de « démanteler l'illusion que projette un positivisme trop étroit », « celle d'une légalité univoque et autosuffisante, d'une réponse unique et indiscutable pour chaque problème juridique qui se pose »⁸⁶. Le regard que le juriste porte sur son propre système juridique est alors informé par l'analyse du droit étranger, par les modes de pensées alternatifs qui ont cours au sein de ce dernier.

⁸⁴ En droit des contrats, de façon plus générale, de nombreuses études sont relatives à la place respective de l'objectivisme et du subjectivisme, c'est-à-dire aux rôles respectivement joués par la volonté et les données objectives. V. par exemple : P. Gaiardo, *Les théories objective et subjective du contrat*, LGDJ, 2020 ; D. Galbois, thèse, *op. cit.* ; J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971 ; Th. Revet, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s. ; P. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II*, Dalloz, 1960, p. 420 et s.

⁸⁵ « La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, p. 503 et s. et not. p. 503.

⁸⁶ « La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, p. 503 et s. et not. p. 509. Il faut cependant noter que d'après Madame H. Muir Watt, pour que cette analyse critique soit pleinement alimentée, la comparaison doit être effectuée sur un mode non dogmatique. Or, ce n'est pas la perspective que nous allons retenir dans la suite de ces développements.

Plus précisément, quant à cette question de l'appréhension de la volonté, une perspective comparatiste montre que les États ont consacré des solutions assez différentes et, par là même, elle a le mérite de mettre en lumière la multiplicité des possibilités s'offrant aux autorités normatives. Une analyse comparatiste démontre que bon nombre de solutions, considérées par certains auteurs français comme évidentes, voire indépassables, sont fermement rejetées par des systèmes juridiques étrangers⁸⁷.

En outre, si l'étude du droit civil français s'impose, c'est que certains des mécanismes de droit international privé inclus dans cette étude sont bien régis par le droit commun des obligations. Lorsqu'on envisage, par exemple, des actes juridiques comme les renonciations au privilège de nationalité ou comme l'accord procédural tacite, on ne peut pas faire abstraction du droit commun des obligations ; ce dernier a bien vocation à gouverner ces actes tacites. Dès lors, la théorie générale de l'acte juridique, par la multiplicité des actes qu'elle embrasse, constituera le point d'ancrage de notre réflexion.

53. L'acte juridique est aujourd'hui défini par l'article 1100-1 du Code civil comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques⁸⁸. Deux critères résultent de cette définition. Tout d'abord, l'acte juridique a pour objet d'engendrer des effets juridiques, c'est-à-dire qu'il se traduit

⁸⁷ V. à cet égard, H. Muir Watt, « Discours sur les Méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *RCADI* 2017, t. 389, p. 9 et s. et not. p. 28 : « Ce sont les études juridiques comparatives qui ont été pionnières dans le questionnement du droit (pris comme un système normatif en vigueur dans un ressort politique et culturel donné), sur le sens qu'il revêt dans son contexte historique, ses relations avec les autres formes d'expression culturelle, ses limites par rapport des normativités ou rationalités alternatives en œuvre dans la sphère sociale qui ne sont pas saisies par sa propre épistémologie. Pratiquée en effet sur un mode non dogmatique, la comparaison des droits remplit alors une fonction subversive, rétro-éclairant ses propres présupposés en tant qu'ils seraient *construits et contingents plutôt que naturel ou allant de soi* » (nous soulignons).

V. aussi : G.-P. Fletcher, « Comparative Law as a Subversive Discipline », *The American Journal of Comparative Law* 1998, Vol. 46, n° 4, p. 683 et s. et not. p. 695 : « The promise of comparative law is that it enables us to get beyond ourselves to look back, with slightly alienated eyes, on the assumptions that American lawyers simply accept without reflection. It would be difficult to function in any legal system without heuristic rules about options that are simply off the table. Some solutions are out of range. They are not "thinkable." The advantage of comparative law is that it expands the agenda of available possibilities ».

⁸⁸ Sur cette définition classique, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. VI et s. ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} édition, PUF, 2021, p. 11 ; F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 15^{ème} édition, Dalloz, 2023, p. 40 ; J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit*, 19^{ème} édition, Sirey, 2023, p. 324 et s. ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français. II. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés.*, 3^e édition, Sirey, 1939, p. 8 ; H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5^{ème} édition, Pedone, 1929, p. 274 ; L. Izac, « Volonté individuelle et acte juridique : Regard d'un privatiste sur le contrat », in M. Nicod (dir.), *De la volonté individuelle*, LGDJ, 2009, p. 193 et s. et not. p. 194 ; C. Grzegorzcyk, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits* 1988, p. 47 et s.

par une modification de l'état du droit antérieur⁸⁹. Ensuite, l'acte juridique procède d'une manifestation de volonté. En d'autres termes, il résulte de l'expression d'une volonté orientée vers la production d'effets juridiques. C'est ce second critère qui retiendra notre attention. Il reste, en effet, à déterminer si l'acte juridique doit être analysé comme étant nécessairement le produit de la volonté *réelle* de son auteur ou s'il est le fruit de la volonté *déclarée*.

54. Historiquement, il fut enseigné que le système juridique français consacrait la primauté de la volonté réelle : la volonté psychologique devait prévaloir sur la volonté déclarée. Cette prééminence de la volonté réelle dérivait notamment de la théorie de l'autonomie de la volonté qui enseignait alors que nul ne peut être obligé sans l'avoir voulu⁹⁰. Pour les tenants de cette dernière théorie, en effet, « l'individu étant lié parce qu'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu, seule compte son intention *réelle* de s'engager »⁹¹. Durant la première moitié du XX^e siècle, les auteurs les plus éminents insistèrent

⁸⁹ L. Mayer, thèse, *op. cit.*, p. 115. Pour décrire cette dernière modification, certains auteurs — souvent des publicistes — privilégient un point de vue global et évoquent ainsi une modification de l'ordonnement juridique. D'autres membres de la doctrine, toutefois, appréhendent l'effet juridique comme une modification des situations juridiques individuelles : l'acte juridique aurait pour effet d'engendrer, de transmettre ou d'éteindre des droits subjectifs. Comp : P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 et s. Dans cet article très remarqué, Monsieur P. Ancel a soutenu que les effets engendrés par le contrat ne se réduisaient pas à la création d'obligations. Le contrat donnerait parfois naissance à une situation juridique nouvelle qui ne pourrait pas être appréhendée en termes d'obligations. Il en est ainsi du contrat de société, qui donne naissance à une personne morale nouvelle.

⁹⁰ Quitte à reprendre des développements déjà très connus, on rappellera brièvement la teneur et l'histoire de cette doctrine. Quant à son origine, tout d'abord, c'est en 1912, avec la publication de la thèse de Gounot que naquit la théorie de l'autonomie de la volonté. Le projet de cet auteur n'était pas de promouvoir cette doctrine individualiste, mais au contraire d'en dresser une critique méthodique. Comme le souligne Monsieur F. Chénédé, « le premier temps de l'étude [de Gounot] fut consacré à la présentation de l'ennemi, c'est-à-dire, en réalité, à son édification tant personne avant lui n'avait songé à systématiser cette doctrine juridique de l'autonomie de la volonté » (F. Chénédé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », in *Devenir de l'autonomie de la volonté, Droit & Philosophie* 2012, p. 155 et s. et not. p. 159). Afin de présenter cette doctrine autonomiste, Gounot écrit : « Dans l'acte juridique, la volonté est tout ; elle est le seul élément essentiel de sa formation, comme aussi la base unique de son interprétation. Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment où je le veux, et dans la mesure où je le veux » (E. Gounot, thèse, *op. cit.*, p. 136). Or, en réalité, peu d'auteurs firent la promotion d'une telle philosophie du droit des contrats (Rapprochement : G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *op. cit.*, not. p. 32). Et, en particulier, les rédacteurs du Code civil ne souscrivirent jamais à une telle vision de l'acte juridique (v. sur ce point les nombreuses contributions de X. Martin : « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.* 2003, p. 247 et s. et not. p. 262-263 ; « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985/2, p. 117 et s. et not. p. 120 ; « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD* 1982/4, p. 589 et s. et not. p. 610 et s. ; G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *op. cit.*, not. p. 29). Ironie de l'histoire, alors que Gounot « souhaitait abattre la théorie de l'autonomie de la volonté », il « lui offrit une place au Panthéon des idées juridiques ». (F. Chénédé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *op. cit.*, p. 164).

⁹¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 184 (nous soulignons).

sur cette primauté de la volonté réelle. Ainsi, Chabas devait relever « l'importance considérable donnée par notre droit à la volonté réelle du déclarant dans la formation de la déclaration de volonté »⁹². Il était alors classique de souligner l'irréductible opposition des droits français et allemands⁹³.

55. Aujourd'hui, il est encore fréquemment enseigné que la volonté réelle doit prévaloir sur la volonté déclarée : l'acte juridique dériverait de la volonté psychologique des parties, il serait la traduction de leur vouloir intime⁹⁴. À rebours de cette présentation traditionnelle, on cherchera — dans le sillage de différents auteurs⁹⁵ — à démontrer qu'au sein des processus d'interprétation et de formation de l'acte juridique, l'opération de reconstitution d'une *volonté apparente* constitue une étape décisive et essentielle (Section 1). Il sera ensuite possible de circonscrire les hypothèses dans lesquelles la volonté tacite est la source d'une fiction juridique. Dans certaines situations, en effet, alors qu'il n'existe aucune *volonté apparente*, le juge invoque l'existence d'une volonté tacite. Le recours à la volonté tacite constitue alors un artifice conceptuel générateur d'une fiction juridique (Section 2). Dans la suite de ces développements, les termes de volonté réelle et de volonté psychologique seront entendus comme de parfaits synonymes. De même, les expressions de volonté apparente et de volonté déclarée doivent être tenues pour équivalentes.

⁹² J. Chabas, *La déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931, p. 2. V. également, assez révélateur : L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 2006, ouvrage initialement publié en 1928, p. 46 : « dans un pays comme le nôtre où prévaut encore le principe de l'autonomie de la volonté, où la volonté individuelle exerce encore son empire, où le juge la recherche par tous les procédés d'investigation qui sont à sa portée, l'erreur doit, assez facilement entraîner la nullité de l'opération : malentendu ne fait pas droit ».

⁹³ Depuis les travaux fondateurs d'Alfred Rieg, il est largement admis que cette opposition doit être nuancée. v. A. Rieg, thèse, *op. cit.*

⁹⁴ V. par exemple, Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, 17^{ème} édition, Dalloz, Sirey, 2020-2021, p. 338 : « Il arrive parfois qu'il y ait une divergence entre la volonté réelle et la volonté exprimée et la question se pose alors de savoir laquelle donne naissance au contrat. La doctrine allemande tient compte de la volonté déclarée, c'est la doctrine de la déclaration de volonté, alors que la doctrine française préfère se référer à la volonté réelle ».

V. aussi, mais dans une perspective plus nuancée et plus critique : R. Libchaber, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats — Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC* 2015, p. 634 et s. et not. p. 637. Cet auteur souligne qu'à l'occasion de la réforme du droit des obligations, il aurait été opportun « de se demander si le psychologisme en usage dans le droit français devait être maintenu, avec l'intensité qui est aujourd'hui la sienne. Car bien souvent, notre droit cherche à vérifier si la volonté interne était bien adéquate à la volonté déclarée ; et en cas de discordance, c'est à la volonté interne qu'il donne la primauté, ce qui peut entraîner d'étonnantes contorsions pour faire le départ entre ce qui a été voulu et ce qui aurait dû l'être ».

⁹⁵ V. en particulier : P. Gaiardo, thèse, *op. cit.*

Section 1 : Le rôle dévolu à la volonté apparente ou la question de l'objectivation de la volonté

56. Notre étude concerne l'acte juridique. Toutefois, pour ces investigations, nous serons amenés à prendre en considération nombre d'études doctrinales portant, plus spécifiquement, sur le contrat. En France, en effet, la théorie de l'acte juridique est toujours restée assez embryonnaire⁹⁶. Au demeurant, la théorie de l'acte juridique a été largement pensée comme un décalque de la théorie générale du contrat, comme une simple projection de cette dernière⁹⁷. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations a, en quelque sorte, ratifié cette inclinaison intellectuelle. Dorénavant, l'article 1100-1 du Code civil dispose en effet que « les actes juridiques [...] obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

57. Quoi qu'il en soit, l'importance de la volonté apparente se manifeste à un double niveau : au stade de la formation et au stade de l'interprétation de l'acte juridique. Or, pour notre étude, ces deux problématiques sont de la plus haute importance. Pour cause, certaines des questions de droit international privé qui seront ultérieurement étudiées se rattachent à la question de la formation de l'acte juridique. Ainsi, la question de l'acceptation tacite d'une clause de règlement des différends, par exemple, se rattache à la problématique de la formation de l'acte juridique. D'autres questions, toutefois, se rapprochent davantage de la problématique de l'interprétation. On songe, par exemple, à la problématique de la délimitation du champ d'application matériel d'une clause d'élection de for. En l'occurrence, dans ce chapitre préliminaire, nous chercherons à montrer que l'objectivation de la volonté apparaît autant au stade de la formation de l'acte juridique (sous-section 1) qu'au stade de son interprétation (sous-section 2).

⁹⁶ Sur cette problématique, v. not. B. Moron-Puech, *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, LGDJ, 2020 ; J. Knetsch, « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations. Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 419 et s. ; P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 161 et s. et not. p. 165 : « notre théorie générale des obligations reste, d'abord, pour ce qui concerne des sources volontaires, une théorie générale du contrat ».

⁹⁷ Ainsi, en 1998, Heuzé relevait qu'en droit interne, « la doctrine, aussi bien que la jurisprudence considèrent que les règles qui gouvernent le contrat sont d'application générale à tous les actes juridiques, s'agissant du moins des questions qu'ils soulèvent de manière identique » (V. Heuzé, « La notion de contrat en droit international privé », in *TCFDIP* 1998, p. 319 et s. et not. p. 322).

Sous-section 1 : L'objectivation de la volonté dans la formation de l'acte juridique

58. Tout acte juridique résulte d'une manifestation de volonté⁹⁸. En dépit des lignes de fracture séparant les auteurs français, les théories de l'acte juridique existantes sont, quant à cette question, largement convergentes⁹⁹. Revenons très brièvement sur ces différentes conceptions de l'acte juridique. En France, il existe tout d'abord une conception libérale et subjectiviste du contrat. C'est dans la seconde moitié du XIX^e siècle que cette théorie émerge et se développe lentement¹⁰⁰. Dans les écrits des tenants de cette conception, la volonté est magnifiée et pensée comme étant, presque par elle-même, source d'obligations. Ainsi, Toullier affirme que « les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme ; elles existent indépendamment de la loi, qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout-puissant, pour en garantir l'exécution »¹⁰¹.

À l'opposé de ces conceptions volontaristes, se trouve ensuite la doctrine objectiviste de Kelsen. Pour ce dernier, le fondement du contrat n'est pas la volonté, mais la loi, qui confère force obligatoire aux engagements légalement formés¹⁰². Les contractants, agissant par délégation comme des organes de l'ordre juridique, sont habilités par la loi à édicter une norme contractuelle¹⁰³. Néanmoins, pour Kelsen, la formation du contrat suppose également un accord de volontés ; sa conception objectiviste ne conduit aucunement à un reniement de cette exigence. Le maître de Vienne distingue ainsi la

⁹⁸ Article 1100-1, alinéa 1 du Code civil.

⁹⁹ Comme cela est noté par Monsieur F. Chénédé, en matière contractuelle, si les auteurs s'opposent et se divisent, c'est au sujet de « la juste conciliation entre, d'un côté, la liberté contractuelle, et de l'autre, l'intérêt général et la justice individuelle ». C'est ici qu'apparaît « la véritable ligne de fracture du droit des contrats. Elle n'a jamais séparé les partisans de l'autonomie de la volonté aux tenants de son hétéronomie (la première n'ayant jamais été sérieusement défendue), mais, plus simplement, les partisans d'une plus grande liberté contractuelle et les tenants d'une limitation accrue des volontés individuelles au nom de l'intérêt général ou de la justice contractuelle » (F. Chénédé, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », *op. cit.*, p. 169).

¹⁰⁰ C. Jamin, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901 et s.

¹⁰¹ C.-M.-B. Toullier, *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, tome 6, 3^e éd., Stapleaux, 1821, n° 4, cité par D. Galbois, thèse, *op. cit.*, p. 25.

V. aussi : L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, tome 7, Durand & Pédone-Lauriel, 1885, p. 390 : « ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir ».

¹⁰² H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *Arch. Phil. Dr.* 1940, p. 33 et s., not. p. 36 : « La convention n'a pas une telle force obligatoire par elle-même ; [...] cette force doit lui être attribuée par une norme ou un ordre supérieurs, [...] règle qu'on exprime d'habitude par la formule du droit romain : *pacta sunt servanda* ». En ce sens, v. aussi J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, tome V, *op. cit.*, p. 5 ; X. Martin, « Anthropologie et code Napoléon », *Bull. soc. fr. idées et hist. relig.* 1984, n° 1, p. 39 et s. et not. p. 43.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 75

procédure qui conduit à l'adoption de la norme contractuelle et la norme contractuelle elle-même¹⁰⁴. Or, l'accord de volontés est constitutif de la procédure qui préside à l'insertion de la norme contractuelle au sein de l'ordonnancement juridique. Dans une veine assez similaire, pour Ghestin, « le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets »¹⁰⁵. À la différence de Kelsen, cependant, Ghestin insiste sur le fait que le législateur ne confère force obligatoire au contrat que parce qu'il est socialement utile et à la condition qu'il soit conforme à la justice contractuelle¹⁰⁶.

Il n'y a guère que Rouhette qui ait soutenu qu'un contrat pouvait être formé sans qu'il y ait un accord des volontés. L'éminent auteur est en effet le tenant d'une conception purement objectiviste du contrat. Rouhette définit ce dernier comme un acte créateur de « normes bilatérales » qui ont pour caractéristique de lier « deux centres d'intérêts »¹⁰⁷. Il précise alors que « si l'on voit au fond du contrat, non la volonté, mais l'intérêt, et l'intérêt retiré par le contrat, plutôt que manifesté par le contrat, on n'a évidemment aucune raison de limiter le champ du contrat aux libres initiatives volontaires »¹⁰⁸.

¹⁰⁴ H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁵ « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 et s. et not. p. 156. Du même auteur, v. également : J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 4 et s. ; J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits* 1990, p. 7 et s. Ghestin insiste sur le fait que « la création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elle constitue ainsi le critère » (« La notion de contrat », *Droits* 1990, *op. cit.*, p. 13).

V. également : J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *Droit civil : les obligations, Tome I, L'acte juridique*, 17^{ème} édition, Sirey, 2022, p. 200 et s. et not. p. 201. Ces auteurs ont développé une doctrine du « volontarisme social ». Ainsi, ils estiment que « la volonté individuelle jouit d'un pouvoir *initial* en ce que c'est elle qui décide de la formation et du contenu des contrats nécessaires à la satisfaction des besoins des contractants. Mais ce pouvoir n'est pas *autonome*. Dans l'organisation de cette relation, les parties ne peuvent en effet s'affranchir des règles qui traduisent les intérêts fondamentaux de la société et ceux de ses membres. [...] La volonté individuelle apparaît ainsi comme l'instrument privilégié de la réalisation des besoins sociaux, ce qu'exprime la référence au *volontarisme*. Mais son pouvoir est limité par le nécessaire respect de la loi qui, seule, peut identifier et exprimer les besoins de la société en général, d'où l'adjectif *social* accolé au volontarisme » (ce sont les auteurs qui soulignent).

Dans une perspective comparatiste, v. G. Alpa, « Le contrat individuel et sa définition », *RIDC* 1988, p. 327 et s.

¹⁰⁶ J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990, *op. cit.*, et not. p. 149 : « Il faut se demander ce qui justifie cette autonomie, en tant qu'octroi d'une certaine compétence reconnue aux volontés individuelles dans l'agencement de leurs relations. [...] [I]l est permis de se référer alors à des valeurs traditionnelles et fondamentales et d'affirmer que le fondement de la force obligatoire reconnue au contrat par le droit objectif se déduit de son utilité sociale et de sa conformité à la justice contractuelle. À partir des observations de Kelsen on peut dire que le contrat tire sa force obligatoire de la volonté du législateur de le sanctionner. On peut ajouter également que le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste ».

¹⁰⁷ G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, p. 636. Du même auteur, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *op. cit.* ; « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits* 1990, p. 59 et s.

Pour un aperçu synthétique de la doctrine de cet auteur, v. F. Chénédy, « Contrat », in *Hommages à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013, p. 25 et s.

¹⁰⁸ G. Rouhette, thèse, *op. cit.*, p. 638.

59. Toujours est-il qu'au sein du concert doctrinal, un très large consensus paraît se dégager. Au surplus, l'article 1100-1 du Code civil pose expressément cette exigence d'une manifestation de volonté. Mais comment définir cette dernière notion ? Et comment déterminer si un comportement donné peut être érigé au rang de manifestation tacite de volonté ? Nous présenterons, tout d'abord, les théories doctrinales en présence (I). Nous montrerons, ensuite, qu'au regard des dispositions du Code civil structurant la formation de l'acte juridique, la théorie objective, qui a notre faveur, peut valablement être adoptée (II).

I) Les théories concurrentes en présence

60. Afin de déterminer si la volonté existe, faut-il rechercher la volonté réelle des parties ou convient-il de se focaliser sur leur comportement et leurs déclarations¹⁰⁹ ? Le plus souvent, les auteurs qui prennent part à cette controverse se prononcent sur des hypothèses dans lesquelles il existe une discordance — avérée — entre la volonté psychologique et la volonté ayant expressément été déclarée¹¹⁰. Par exemple, un commerçant a signé un contrat de vente, par lequel il s'engage à acquérir un bien déterminé pour le prix de dix mille euros. Il avait mal lu le contrat et pensait que le prix était seulement de mille euros. Dans une telle hypothèse, convient-il de faire prévaloir la volonté déclarée ou la volonté réelle¹¹¹ ?

En matière de volonté tacite, on retrouve une problématique assez similaire. La manifestation de volonté peut être définie comme « tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à

¹⁰⁹ V. à cet égard, E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1937, Dalloz, 2004, p. 30 : « Née en Allemagne, elle [la théorie de la déclaration] s'oppose à la théorie classique de la volonté souveraine développée par Savigny. Dans cette dernière, ce que l'on considère, c'est l'acte de volition psychologique. On veut donner effet à l'intention subjective des parties. Mais ce système se heurte à une objection : ce que les tiers connaissent, ce n'est pas la volonté en soi, l'intention subjective ; c'est la déclaration que la partie en a faite. La déclaration, manifestation extérieure volontaire de l'intention, doit donc seule avoir des effets juridiques ».

¹¹⁰ Cette hypothèse d'une discordance des volontés réelles et déclarées a été la source de travaux doctrinaux très célèbres, portant plus spécifiquement sur la comparaison des systèmes juridiques français et allemands : v. F. Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004 ; A. Rieg, thèse, *op. cit.* ; J. Chabas, thèse, *op. cit.* ; R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901. V. aussi P. Ancel, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français », *op. cit.*, p. 161 et s. et not. p. 178 et s. ; J.-J. Bienvenu, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits* 1999, p. 3 et s. ; A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. Phil. Droit* 1968, p. 31 et s. ; J. Boulanger, « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Mélanges Frédéricq*, Gand, 1966, p. 199 et s. ; A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. Phil. Dr.* 1957, p. 125 et s. ; E. Meynial, « La déclaration de volonté », *op. cit.* Ce dernier article constitue un compte-rendu de l'ouvrage de Saleilles.

¹¹¹ L'adoption du système de la volonté réelle conduirait le juge à considérer le contrat comme nul ou inexistant pour cause d'absence d'accord des volontés réelles. L'adoption de la théorie de la déclaration déboucherait au contraire sur l'existence d'un contrat valablement formé, car il existe bien un accord des volontés déclarées.

l'existence d'une certaine volonté »¹¹². Reste que cette définition ne résout pas tous les problèmes. Pour déterminer si une déclaration constitue une manifestation tacite de volonté, l'interprète peut, en effet, procéder à la recherche de la volonté réelle ou à un simple examen de la manifestation extérieure. Nous présenterons tout d'abord ces deux approches (A) avant de souligner les vertus d'une approche objective (B).

A) La présentation des théories en présence

61. Une analyse *in concreto* (1) et une analyse *in abstracto* (2) peuvent successivement être envisagées. Dans la suite de ces développements, l'expression d'approche *in concreto* doit être tenue comme équivalente à celle d'approche subjective. De même, les expressions d'analyse *in abstracto* et d'analyse objective peuvent être tenues pour identiques.

1) L'analyse *in concreto*

62. Pour déterminer si le comportement adopté est constitutif d'une manifestation de volonté tacite, il est tout d'abord possible de procéder à une analyse *in concreto*. Selon cette dernière, il s'agit toujours de s'assurer que l'auteur de la déclaration a réellement voulu contracter¹¹³. Ainsi, pour identifier l'existence d'une manifestation tacite de volonté, l'interprète cherche à déterminer si l'auteur de la manifestation en cause avait, en son for intérieur, la volonté de conclure un acte juridique. Le point de vue du destinataire de la déclaration et le sens qu'il pouvait raisonnablement attribuer à la manifestation de volonté sont, au contraire, dépourvus de la moindre incidence. Supposons qu'un conducteur de taxi effectue une manœuvre pour se stationner sur un emplacement qui lui est réservé. Selon l'approche *in concreto*, l'interprète cherche à déterminer si le conducteur en cause dans l'espèce avait, en son for intérieur, la volonté de conclure un contrat de transport. Si le conducteur de taxi avait véritablement cette intention de contracter, le contrat est valablement formé. Ce faisant, le juge retient bien un « critère subjectif, qui s'attache à la valeur que le déclarant a lui-même attribuée à son comportement »¹¹⁴.

¹¹² A. Rieg, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *op. cit.*, p. 43. Dans un sens très similaire, v. aussi J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 2.

¹¹³ A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 128 : « La volonté est [...] le support nécessaire de toute déclaration. Si la volonté psychologique est absente, l'acte juridique ne prendra pas naissance » ; E. Meynial, « La déclaration de volonté », *op. cit.*, p. 550 : « La base de l'engagement, c'est la volonté du contractant : sa déclaration n'a de valeur et de portée que dans la mesure où elle traduit sa volonté ». V. aussi J.-J. Bienvenu, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *op. cit.*, p. 7 ; J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁴ A. Rieg, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *op. cit.*, p. 43.

63. L'approche *in concreto* repose ainsi sur un axiome fondamental. Elle postule que toute manifestation de volonté se compose nécessairement d'un élément psychologique. Dès lors, selon l'analyse subjective, le processus de formation de la manifestation de volonté se décompose toujours en deux étapes : délibération intérieure et manifestation¹¹⁵. La volonté prend tout d'abord naissance dans le for intérieur : « une image surgit dans l'âme, la conception d'un état futur possible se dessine, qui promet au sujet une satisfaction plus grande que l'état présent »¹¹⁶. Mais pour qu'un acte juridique puisse valablement se former, la volonté doit ensuite être extériorisée, elle doit être exprimée par l'auteur de l'acte¹¹⁷. Sous l'influence de cette expression s'opère ainsi une transfiguration de la volonté : jusqu'alors constitutive d'un phénomène psychologique purement individuel, la volonté est sublimée et accède au rang de phénomène social ; elle est alors saisie par le droit objectif¹¹⁸.

Dans ce schéma intellectuel, l'extériorisation de la volonté conditionne donc bien la formation de l'acte juridique. Mais il n'en reste pas moins que, selon une analyse *in concreto*, ce qui importe, c'est de découvrir la volonté psychologique¹¹⁹. La manifestation est nécessaire pour révéler la volonté réelle¹²⁰, mais elle ne constitue qu'un élément de *preuve*. Pour prouver l'existence de la volonté réelle, en effet,

¹¹⁵ V. ainsi F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p. 183 : « Le consentement est d'abord, fondamentalement, une opération mentale, une disposition intérieure. [...] Mais, phénomène psychologique, le consentement ne pourra donner naissance à un contrat que s'il est extériorisé ». En ce sens, v. aussi Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *op. cit.*, p. 336 ; J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, p. 246-247.

¹¹⁶ R. Jhering, *L'évolution du droit*, Hachette Livre BNF, 2014, p. 7. Dans ce passage, l'auteur s'intéresse en l'occurrence à la volonté humaine au sens large. Son étude ne porte pas spécifiquement sur la volonté contractuelle.

¹¹⁷ D. Galbois, thèse, *op. cit.*, p. 405 et s. ; Y. Guenzoui, *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, p. 133 et s. ; J. Hauser, thèse, *op. cit.*, p. 202 ; A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 37 ; J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 48 et s., v. not. p. 52 ; R. Saleilles, thèse, *op. cit.*, p. 1 ; M.-A. Frison-Roche, « Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s. et not. p. 573-574 ; J. Ghestin, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 151 ; A. Rieg, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *op. cit.* p. 42 ; H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁸ P. Godé, thèse, *op. cit.*, 1977, p. 79.

¹¹⁹ On retrouve une telle conception chez Savigny : « La volonté en soi est seule importante et efficace ; mais comme fait intérieur et invisible, elle a besoin d'un signe extérieur qui la fasse connaître » (*Traité de droit romain*, t. III, trad. Guenoux, Paris, 1843, p. 270). Carbonnier relève que dans une approche subjective, « la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité à ce vouloir intime » (*Droit civil, Les Biens, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, p. 1983). V. sur ce point les explications de A. Rieg, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 35.

¹²⁰ Et pour cause, le droit ne s'intéresse que peu à l'intériorité : « Régulant les relations de l'homme avec l'homme, le droit n'atteint pas les actes intérieurs, c'est-à-dire les opérations psychologiques (pensées, vouloir, sentiments), lesquelles demeurent confinées à l'intérieur de l'homme sans s'exprimer au-dehors par des attitudes, soit positives, soit négatives » (J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 94-97).

V. aussi O. Pfersmann, « Volonté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1528 : « à la différence de la philosophie morale ou de la psychologie qui s'intéressent directement à la volonté en tant que telle, le droit ne s'y réfère que de façon indirecte : ce sont certains faits, certains signes qui sont considérés comme manifestant cette volonté qui ne paraît guère saisissable en tant que telle ».

le juge sera nécessairement amené à prendre en compte les déclarations et les actes du sujet de droit, mais cette prise en considération des déclarations n'entraîne pas, pour autant, un glissement vers une approche *in abstracto*. Pour cause, selon une analyse objective, la manifestation n'est pas une simple mesure de publicité, elle ne se réduit pas à un simple indice probatoire.

64. Pour cerner les contours de l'approche subjective, il est difficile de faire abstraction du problème du standard de preuve¹²¹. La physionomie exacte de l'approche subjective et les conséquences concrètes qu'elle peut engendrer sont liées au standard de preuve qui encadre le processus de reconstitution de la volonté tacite. Deux hypothèses théoriques peuvent schématiquement être distinguées. Tout d'abord, le législateur peut exiger du juge qu'il reconstitue une volonté réelle *vraisemblable*. Dans cette configuration, l'approche subjective prête moins le flanc à la critique, car l'analyse préconisée prend acte du caractère fondamentalement incertain de la volonté psychologique qui, trop souvent, n'est qu'imparfaitement traduite par les actes et déclarations du sujet.

Ensuite, le législateur peut exiger du juge qu'il reconstitue une volonté réelle *certaine*. Traditionnellement, les auteurs français estiment d'ailleurs que la volonté de contracter doit être certaine¹²². Une telle injonction est plus problématique, car, en cas de manifestation tacite, une volonté réelle certaine peut assez rarement être reconstituée. Certes, il est toujours possible de s'accommoder de cette injonction en affirmant que la certitude exigée n'est pas une certitude absolue, mais une « quasi-certitude », une certitude morale, c'est-à-dire « un si haut degré de probabilité qu'il ne laisse plus de place à un doute raisonnable »¹²³. Reste que lorsqu'un standard de preuve aussi exigeant vient se greffer sur une approche subjective du consentement, une amputation du domaine concédé à la recherche de la volonté tacite devrait logiquement se produire. Dans cette dernière configuration, la volonté tacite ne devrait — pour peu que le standard de preuve soit véritablement pris au sérieux — que rarement être prise en considération, car une volonté tacite certaine ne pourra qu'assez rarement être établie.

¹²¹ Nous employons l'expression de standard de preuve, mais certains auteurs préfèrent parler du degré de probabilité : v. en ce sens, P. Kinsch, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in *Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 455 et s.

D'autres auteurs parlent de « degré de la preuve » : G. Lardeux, « Preuve : règles de preuve », in *Rep. dr. civ.* 2024, Dalloz, n° 116 et s.

¹²² V. ainsi F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 213 : « il suffit donc d'un écrit, d'une parole, d'un geste ou d'un signe qui manifeste une volonté certaine pour former le contrat » ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*, p. 283 : « l'acceptation suppose une volonté certaine ».

¹²³ P. Kinsch, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », *op. cit.*, p. 463.

Au contraire, d'après une approche objective, la recherche de la volonté tacite pourra retrouver tout son empire.

2) *L'analyse in abstracto*

65. En vertu de cette seconde approche, l'interprète se demandera si le comportement adopté a pu être perçu par un tiers comme témoignant d'une intention de conclure un acte juridique. S'il existe des indices objectifs, permettant de conclure à l'existence d'une volonté apparente, la manifestation tacite est alors caractérisée¹²⁴. Ainsi, selon la formule préconisée par Ghestin :

« ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la signification objective que les tiers, et spécialement le cocontractant, ont pu légitimement lui attribuer. Tout comportement, actif ou passif, peut ainsi manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce »¹²⁵.

Dès lors, selon ces vues, il faut admettre que toute manifestation de volonté ne procède pas nécessairement d'une volonté psychologique. Nous raisonnerons ici à partir d'un exemple qui, pour être très théorique, aura au moins le mérite de faire ressortir la singularité de l'approche objective. Pendant une vente aux enchères, un participant lève la main pour saluer un ami. Dans une telle situation, le commissaire-priseur a raisonnablement pu penser que le participant voulait acquérir le bien mis en vente. En application d'une approche objective du consentement, le contrat est sans conteste formé. Au contraire, en vertu d'une approche subjective, si le participant parvient à prouver qu'il ne souhaitait pas acquérir le bien mis en vente — par exemple en réunissant plusieurs témoignages concordants —, il sera considéré que le contrat n'a jamais été conclu.

66. Dans plusieurs textes internationaux, la théorie objective du consentement est consacrée. L'article 2:102 des principes du droit européen des contrats affirme ainsi que « l'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, *tels que le*

¹²⁴ Rapprochement : R. Demogue, *Traité des obligations en général, Tome 1, op. cit.*, p. 67-68 : « Les obligations contractuelles, d'après la théorie la plus probable, se forment à partir du moment où une des parties a pu compter sur l'adhésion de l'autre à ses propositions ».

¹²⁵ J. Ghestin, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 151. V. aussi J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Sérinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1*, 4^{ème} édition, LGDJ, 2013, p. 681. Rapprochement : A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 38-39 ; J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 78 : dans les théories objectives, on « appellera toujours déclaration de volonté de l'auteur toute attitude qui, eu égard aux circonstances, doit normalement faire croire à l'existence d'une volonté, alors même que cette volonté n'aurait pas existé ».

cocontractant pouvait raisonnablement les entendre». Afin de déterminer si la manifestation de volonté est établie, une analyse *in abstracto* doit ainsi être privilégiée¹²⁶. Cependant, lorsque l'intention d'une partie est correctement perçue par le contractant, le juge n'a pas à rechercher le sens qui revient objectivement aux déclarations de cette partie¹²⁷. De même, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises impose une appréciation objective¹²⁸. Plus exactement, lorsque le destinataire ne pouvait connaître la volonté de l'auteur de la déclaration, une appréciation objective du consentement doit prévaloir¹²⁹.

67. Plusieurs systèmes juridiques étrangers consacrent également une appréciation objective du consentement. Fondé sur le principe de la confiance légitime, le droit suisse préconise ainsi une analyse *in abstracto*. Le juge recherche le sens qu'une personne raisonnable et placée dans les mêmes circonstances attribuerait à la déclaration¹³⁰. Dès lors, le tribunal fédéral estime que « le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime »¹³¹. Toutefois, le droit suisse ne se rallie pas à une théorie purement objective. Et pour cause, si des circonstances connues indiquent que le sens de la déclaration voulue par son auteur diffère de la signification objective, les destinataires ne peuvent pas se fier à cette dernière¹³².

¹²⁶ G. François, *Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, PUAM, 2007, v. not. p. 50 et s.

¹²⁷ N. Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, CEDIDAC, 2007, p. 173 : « lorsque l'intention d'une partie est perçue par le contractant dans le sens voulu par celle-ci, on n'a pas à s'attacher ou à rechercher le sens qui revient objectivement ou raisonnablement aux déclarations de celle-ci ».

¹²⁸ Article 8 : « Aux fins de la présente Convention, les indications et les autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. 2) Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné ».

¹²⁹ F. Limbach, thèse, *op. cit.*, p. 56. Sur ce texte, v. aussi P. Schlechtriem, Cl. Witz, *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008, p. 69 et s. ; P. Rémy-Corlay, « L'existence du consentement », in D. Fenouillet, P. Rémy-Corlay (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit des contrats*, p. 29 et s. et not. p. 31-32.

¹³⁰ N. Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 183 ; P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} édition, Staempfli Éditions, 1997, p. 221 : « Du principe de la confiance, il résulte que quiconque crée l'apparence d'une volonté juridique est obligé envers tout destinataire qui, honnêtement, raisonnablement et de bonne foi s'est fié à la déclaration de volonté ».

¹³¹ Tribunal fédéral, 4 novembre 2003, 4C 193/2003.

¹³² N. Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 178-179.

Au Royaume-Uni, les tribunaux privilégient également une approche objective du consentement¹³³. Les juges britanniques confèrent en effet plus d'importance aux apparences et aux facteurs extérieurs qu'à ce qui a été subjectivement et intérieurement voulu par les parties¹³⁴. Le test objectif préconisé par la jurisprudence britannique est le suivant : un homme raisonnable aurait-il vu dans le comportement adopté une manifestation de volonté ? Lorsqu'une réponse affirmative s'impose, le contrat est valablement formé. La Cour suprême a ainsi affirmé :

« Whether there is a binding contract between the parties and, if so, upon what terms depends upon what they have agreed. It depends not upon their subjective state of mind, but upon a consideration of what was communicated between them by words or conduct, and whether that leads objectively to a conclusion that they intended to create legal relations and had agreed upon all the terms which they regarded or the law requires as essential for the formation of legally binding relations »¹³⁵.

En l'occurrence, la théorie objective qui a la faveur des tribunaux britanniques nous paraît nettement plus opportune.

B) L'appréciation de l'opportunité des théories en présence

68. Ultérieurement, nous verrons que les critiques qui, en droit international privé, sont adressées à certains mécanismes fondés sur la volonté tacite sont très similaires à celles qui, en droit interne, sont professées à l'encontre de la théorie de la volonté réelle. Par là même, dans la suite de notre étude, l'importance de cet examen se révélera progressivement¹³⁶. En l'occurrence, l'analyse subjectiviste est affectée de vices congénitaux qui en compromettent la valeur. Et, sous certaines réserves (2), l'approche *in abstracto* nous paraît beaucoup plus séduisante (1).

1) Les vertus de l'approche in abstracto

69. L'approche *in concreto*, qui dérive de la théorie de la volonté réelle, présente deux vices. Tout d'abord, elle implique une recherche de la volonté des parties qui présente un caractère quelque peu

¹³³ R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2016, p. 41 ; E. McKendrick, *Contract law*, 11th edition, Palgrave, 2015, p. 17 ; R. Taylor, D. Taylor, *Contract Law*, 6th Édition, Oxford University Press, 2017, p. 18 et s. V. aussi : G. Alpa, « Le contrat individuel et sa définition », *op. cit.*, p. 30-31.

¹³⁴ Certaines exceptions viennent toutefois tempérer ce principe. Dans certaines circonstances, la volonté réelle est prise en considération. v. E. McKendrick, *Contract law*, *op. cit.*, p. 19 et s.

¹³⁵ *RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GmbH & Co (UK Production)* [2010] UKSC 14 ; [2010] 1 WLR 753, [45].

¹³⁶ V. *infra* n° 908 et s. et not. n° 1020-1022.

divinatoire. L'approche *in abstracto* est donc plus réaliste (1). Ensuite, l'approche *in concreto* débouche sur l'adoption de solutions casuistiques et imprévisibles. Du point de vue de la sécurité juridique, l'approche *in abstracto* est donc plus satisfaisante (2).

a) Une approche réaliste

70. Tout d'abord, par souci de réalisme, il nous paraît préférable que l'interprète se focalise sur l'établissement de signes objectifs de volonté et non sur la recherche d'une volonté réelle. Dans bien des cas, en effet, l'interprète ne parviendra pas à reconstituer la volonté réelle de l'auteur de la manifestation. La volonté psychologique relève du sujet, dans son intériorité la plus impénétrable. Elle relève de ce magma de pensées, désirs et aspirations qui se logent au sein de notre psyché et forment les états mouvants de notre subjectivité. C'est pourquoi il est si difficile de reconstituer la volonté réelle des parties ; les volitions se dérobent à toutes les investigations¹³⁷. Le juge ne peut sonder l'âme et le cœur de celui qui accomplit l'acte et c'est pourquoi la volonté réelle demeurera si souvent insaisissable¹³⁸.

Les tenants de la théorie de la volonté réelle prétendent protéger l'auteur de la manifestation : il ne serait tenu par l'acte juridique que s'il l'a réellement voulu¹³⁹. Prétention illusoire, car trop souvent, l'interprète ne parviendra pas à reconstituer avec certitude la volonté réelle de l'auteur de la manifestation. Faute de pouvoir directement accéder à la conscience du sujet, le juge pourra, tout au plus, établir une volonté réelle vraisemblable. Ce faisant, sous couvert d'une recherche de la volonté réelle, nos magistrats ont parfois donné effet à des manifestations de volonté qui étaient seulement vraisemblables et nullement certaines. Et corrélativement, il est certain que des contractants se sont trouvés engagés sans l'avoir voulu. La théorie de la volonté réelle présente bien une vertu, mais cette dernière doit être ramenée à sa juste mesure. Dans l'hypothèse dans laquelle une volonté réelle différant de la volonté objectivement déclarée parvient à être valablement prouvée, et uniquement dans cette hypothèse — au demeurant assez rare en pratique —, la théorie de la volonté présente bien un mérite incontestable. L'individu se trouve alors libéré des chaînes d'un acte qu'il n'a pas réellement voulu

¹³⁷ R. Demogue, *Traité des obligations en général, Tome 1, op. cit.*, p. 89 : « Le danger de cette théorie, c'est qu'on tient compte de la volonté interne, fait caché, sur lequel on ne peut faire que des suppositions » ; J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁸ En ce sens, v. Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, p. 372.

¹³⁹ Ainsi, Meynial écrivait que « chez nous [...] c'est l'individu qui crée le droit à son profit ou à son détriment. De responsabilité de son acte juridique, il n'en existe qu'autant qu'il l'a accepté et voulu » (E. Meynial, « La déclaration de volonté », *op. cit.*, p. 550).

conclure. Néanmoins, il faut bien avoir à l'esprit que l'insécurité juridique est la rançon de cette protection du déclarant.

b) Une approche conforme à l'impératif de sécurité juridique

71. L'approche *in abstracto* permet de préserver l'objectif de sécurité juridique¹⁴⁰. Dans un système consensualiste comme le nôtre, il n'existe pas de formes impératives. La volonté juridique peut s'exprimer par l'entremise des canaux les plus divers : discours écrit ou parlé, communication gestuelle, réalisation d'une opération matérielle. Or, le vice de ce système est de rendre incertain le critère départageant les comportements signifiant une volonté et ceux dont on ne peut inférer une intention de contracter¹⁴¹. L'adoption d'une analyse *in concreto* renforcerait cette insécurité et induirait d'interminables discussions, car « une personne, non satisfaite de son engagement, ou n'y ayant plus un avantage particulier, cherche à sortir du contrat en arguant qu'elle n'avait pas l'intention de contracter lorsqu'elle l'a fait »¹⁴². La question de la volonté de contracter sera réduite à un pur problème de fait, soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Les solutions adoptées par les tribunaux seront, faute d'un contrôle unificateur de la Cour de cassation, casuistiques et imprévisibles.

La prévalence d'une approche *in abstracto* atténue ces risques dans la mesure où elle peut conduire les tribunaux à progressivement élaborer une liste de comportements valant, en droit, expression de volonté. Avec l'adoption d'une approche *in abstracto*, la volonté peut changer de statut : de notion de fait, elle deviendra une notion proprement juridique. D'après l'approche objective de la volonté qui a notre faveur, en effet, dès lors que l'action accomplie par un sujet de droit correspond à un comportement type, défini selon un standard juridique abstrait, la volonté de contracter est établie¹⁴³. Les tribunaux ne se fonderont pas sur une reconstitution de la volonté réelle, mais sur l'existence de signes objectifs de volonté, eux-mêmes définis par le droit objectif. Si le comportement adopté par le futur

¹⁴⁰ A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 7-8 ; J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 91. Ces auteurs visent plus généralement la théorie de la déclaration.

¹⁴¹ J. Ghestin, « La notion de contrat », *op. cit.*, p. 151.

¹⁴² Sur l'insécurité juridique, induite par la théorie de la volonté réelle, v. P. Gaiardo, thèse, *op. cit.*, p. 18 ; A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 127 ; H. Kelsen, « La théorie juridique de la convention », *op. cit.*, p. 39.

Dans la doctrine anglaise, v. aussi E. McKendrick, *Contract law*, *op. cit.*, p. 17 : « The commercial justification for the adoption of an objective test is that great uncertainty would be caused if a person who appeared to have agreed to certain terms could escape liability by claiming that he had no 'real' intention to agree to them ».

¹⁴³ Précisons bien que Monsieur Wicker n'a pas préconisé l'adoption d'une approche objective de la volonté. Monsieur G. Wicker a démontré qu'une telle approche était d'ores et déjà, pour partie, consacrée en droit français : G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 80 et s.

contractant correspond à un modèle abstrait, défini par une norme juridique, la manifestation est établie¹⁴⁴. Dès lors, si une approche objective du consentement devait être imposée, la Cour de cassation pourrait légitimement procéder à un contrôle des décisions des juges du fond. Par exemple, la Cour de cassation pourrait progressivement élaborer une typologie — plus précise que celle existant actuellement — des hypothèses dans lesquelles le silence vaut acceptation. L'insécurité juridique serait ainsi réduite.

72. L'approche *in abstracto* permet également de protéger les attentes du destinataire de la déclaration de volonté¹⁴⁵. Ce faisant, les théories objectives prennent acte de la véritable nature de la manifestation de volonté. Cette dernière constitue en effet un phénomène social, elle s'insère dans le tissu de la vie collective afin d'y déployer tous ses effets. Le comportement adopté par l'auteur d'une manifestation tacite de volonté est ainsi susceptible d'engendrer — chez les tiers et notamment chez le destinataire de la déclaration — des attentes légitimes¹⁴⁶. Afin de préserver les attentes du destinataire de la déclaration, il convient de tenir l'acte juridique pour valablement formé¹⁴⁷. Monsieur Th. Genicon a ainsi souligné qu'« on connaît [...] les risques de la théorie de la volonté réelle : celui de mettre le sort du contrat à la merci des desiderata cachés d'une partie, au détriment de la confiance légitime de son cocontractant, confiance qu'a pu précisément susciter la volonté déclarée de celui qui voulait en réalité autre chose »¹⁴⁸.

L'approche *in abstracto* nous paraît ainsi nettement préférable, mais uniquement sous l'adoption de certaines réserves ; réserves qu'il convient maintenant de préciser.

2) Les contours de l'approche *in abstracto* préconisée

73. En premier lieu, pour décider si l'acte juridique est valablement formé, il ne faut pas chercher à déterminer si la déclaration de volonté tacite a véritablement fait naître des attentes chez son destinataire, car ce faisant, on retomberait dans une appréciation *in concreto* tout aussi subjective, ayant pour corrélat d'anéantir toute sécurité juridique. Comme évoqué précédemment, il s'agit de déterminer si

¹⁴⁴ G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴⁵ Rapprochement : P. Gaiardo, thèse, *op. cit.*, p. 18 ; G. François, thèse, *op. cit.*, v. not. p. 47 ; J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 75 et p. 80 ; A. Rieg, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 127 ; E. Meynial, « La déclaration de volonté », *op. cit.*, p. 550.

¹⁴⁶ G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 96.

¹⁴⁷ V. ainsi l'idée de sécurité dynamique, R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. 71.

¹⁴⁸ Th. Genicon, « Erreur-obstacle : nullité pour erreur (excusable) sur l'objet », note sous Cass. com., 15 avr. 2008, n° 07-12645 et Cass. civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-10772, RDC 2008, p. 716 et s.

le destinataire de la déclaration a *raisonnablement* pu voir dans le comportement adopté une manifestation tacite de volonté. Supposons qu'un commerçant expose un objet en vitrine de son magasin. Pour déterminer s'il s'agit d'une offre de vente, peu importe que l'acheteur en cause dans l'espèce ait vu dans l'action accomplie par le commerçant une offre de contrat. Ce qui est décisif est qu'un acheteur *raisonnable* ait pu voir dans le comportement adopté par le commerçant une manifestation tacite de volonté.

74. En deuxième lieu, l'adoption de cette approche *in abstracto* ne signifie pas que l'on doit couper tout lien avec le subjectivisme. Dans l'immense majorité des hypothèses, la volition doit demeurer l'étincelle d'où jaillira l'acte juridique, elle doit rester l'énergie créatrice par laquelle les aspirations des parties accèdent à la vie juridique et se figent au sein de l'acte. À cette fin, une conception restrictive de la volonté apparente doit être retenue : cette dernière doit être induite d'indices de volonté forts et probants. Or, si une telle conception est retenue, les hypothèses dans lesquelles il existera une disjonction entre la volonté réelle et la volonté apparente seront rares. C'est, du reste, une préoccupation que l'on retrouve chez les juristes anglais. En effet, si le droit anglais impose une appréciation objective du consentement, les auteurs britanniques soulignent qu'il ne faut pas en déduire que la volonté réelle est dénuée de toute importance. Et pour cause, dans la majorité des cas, les intentions subjectives des parties coïncideront avec l'interprétation donnée à leurs intentions par le test objectif¹⁴⁹.

75. En troisième lieu, cette approche *in abstracto* doit être cantonnée à la problématique de l'appréciation de l'*existence* du consentement. Elle doit uniquement être adoptée pour déterminer si un comportement donné est constitutif d'une manifestation de volonté. Dans l'approche que nous préconisons, le juge doit reconstituer une volonté apparente. Dès lors qu'il existe une volonté apparente, et même dans l'hypothèse où la volonté réelle ne serait pas certaine, la manifestation de volonté est bien caractérisée. *A contrario*, pour apprécier l'*intégrité* du consentement, conformément au droit positif existant, une approche subjective — fondée sur la reconstitution de la volonté réelle des parties — devrait valablement pouvoir être accueillie. Il appartiendra alors à la partie se prévalant d'un vice du consentement de démontrer qu'en dépit des apparences, l'acte juridique ne procède pas de sa libre volition. En d'autres termes, la charge de la preuve pèsera alors sur la partie invoquant l'existence d'une volonté réelle contraire aux apparences. Sous ces différentes réserves, qui apparaissent comme décisives, la théorie de la volonté apparente nous paraît beaucoup plus séduisante.

¹⁴⁹ E. McKendrick, *Contract law, op. cit.*, p. 19. V. aussi E. Peel, *Treitel, The Law of contract*, 15th edition, Sweet and Maxwell, 2015, n° 1-002.

76. En définitive, l'approche *in abstracto*, qui dérive de la théorie de la déclaration, nous paraît plus opportune. Néanmoins, pour déterminer si le juge français doit véritablement privilégier cette approche objective, la question doit maintenant être examinée à l'aune du droit positif : au regard des normes législatives qui structurent la formation du contrat, l'approche *in abstracto* est-elle admissible ?

II) Admissibilité d'une approche objective du consentement

77. Pour déterminer si le consentement existe, une approche objective peut-elle valablement être adoptée par le juge ? En d'autres termes, au stade de l'appréciation de l'*existence* du consentement, une analyse objective peut-elle être retenue ? Une telle approche ne contredit-elle pas la lettre et l'esprit du Code civil ?

78. Notons tout d'abord qu'en matière de renonciation tacite, la Cour de cassation a d'ores et déjà adopté une approche objective du consentement. Pendant longtemps, en effet, la question de l'existence d'une renonciation fut entièrement abandonnée au pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Or, précisément, cette jurisprudence s'expliquait par la prévalence de la théorie de la volonté réelle. Pour déterminer s'il existait une renonciation, il fallait démontrer que l'individu avait, en son for intérieur, la volonté d'abandonner le droit litigieux. Cette reconstitution de la volonté psychologique étant considérée comme une question de fait, elle devait être abandonnée à l'appréciation des juges du fond. Et pourtant, en 1974, un revirement de jurisprudence retentissant intervint. Depuis lors, la plus haute juridiction française est désormais appelée à exercer un contrôle sur le raisonnement des juges du fond¹⁵⁰.

Naguère considéré comme un pur problème de fait, l'établissement de la volonté de renoncer a ainsi été érigé au rang de question de droit. Dès lors, la reconstitution d'une volonté de renoncer est désormais soumise à une appréciation objective. En d'autres termes, comme cela a été parfaitement montré par Monsieur J. Boré, le contrôle effectué par la Cour de cassation s'explique par le fait que :

« la Cour suprême accepte, en un domaine déterminé d'exclure la recherche concrète d'intention qui échappe à sa compétence et de passer du plan subjectif au plan objectif, en considérant qu'un tel contrôle doit s'opérer *in abstracto*, d'après la nature des actes accomplis par le prétendu renonçant et les rapports unissant les parties. La Cour de cassation ne recherche pas simplement si M. X avait l'intention de renoncer à son droit ;

¹⁵⁰ Ch. mixte, 26 avril 1974, *Bull. civ.* n° 1 ; D. 1975. 249, note Boré ; JCP 1975. II. 18 157, concl. Gegout.

elle recherche si un homme moyen, normalement avisé, placé dans la situation décrite par le juge du fond, peut être censé avoir accepté de se dépouiller de son droit. Bref, elle juge en droit non en fait »¹⁵¹.

79. Reste alors à déterminer si une telle approche est fondée et si, en outre, elle pourrait valablement se généraliser. Une réponse positive doit être apportée. Deux arguments différents peuvent être avancés en ce sens. En premier lieu, au stade de l'appréciation de l'existence du consentement, aucune des dispositions du Code civil n'impose une recherche de la volonté réelle. En second lieu, en droit français, il existe d'ores et déjà un principe implicite en vertu duquel un contrat peut être formé sans qu'il y ait un accord des volontés réelles. La protection de la volonté réelle des contractants n'est d'ores et déjà que relative. Même si elle prend une certaine distance par rapport à la recherche de la volonté réelle, l'adoption d'une approche objective du consentement est, dès lors, conforme à l'esprit qui anime le droit français. Ainsi, si une approche objective peut valablement être adoptée, cela tient aussi bien à la lettre (A) qu'à l'esprit du Code civil (B).

A) La lettre du Code civil

80. Les dispositions du Code civil relatives à la conclusion du contrat figurent aux articles 1112 et suivants. Or, aucune de ces dispositions n'impose une approche subjective du consentement. L'article 1113, alinéa 1 du Code civil prévoit que « [l]e contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ». Ce même texte prévoit, dans son second alinéa, que la volonté de contracter « peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur ».

Pour la question qui nous occupe, c'est cette disposition qui est la plus importante. Pour que la manifestation tacite de volonté soit caractérisée, le comportement des parties doit être non équivoque. Il doit, ainsi, être dépourvu d'ambiguïté. L'article 1113, alinéa 2 n'impose aucunement une recherche de la volonté réelle. *A fortiori*, l'exigence d'une volonté réelle *certaine* n'est aucunement posée par le Code. Similairement, les dispositions relatives à la définition de l'offre¹⁵² et de l'acceptation¹⁵³ n'imposent aucunement une approche subjective du consentement.

¹⁵¹ J. Boré, note sous ch. mixte, 26 avril 1974, D. 1975, p. 249 et s. et not. p. 252.

¹⁵² Article 1114 du Code civil : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

¹⁵³ Article 1118, alinéa 1 : « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ».

81. L'adoption d'une approche objective de la volonté serait conforme à la lettre du Code civil. Elle serait, d'ailleurs, également conforme à l'esprit du droit français.

B) L'esprit du Code civil

82. Les questions qui seront étudiées dans la suite de ces développements pourront de prime abord sembler éloignées du thème de la volonté tacite. Néanmoins, seule une vision de l'ensemble des dispositions du Code civil relatives au consentement permettra de cerner l'esprit du droit français. Cette étude d'ensemble montrera que si les dispositions du Code civil garantissent une certaine protection de la volonté psychologique des contractants (1), cette protection demeure très relative (2).

1) Une protection de la volonté réelle affirmée

83. S'il est traditionnellement enseigné que le droit français adhère à la théorie de la volonté réelle, cela tient notamment à la jurisprudence sur l'erreur-obstacle. Quand il y a erreur-obstacle, sous le voile d'une concordance des manifestations de volonté se dissimule en réalité une divergence des intentions réelles¹⁵⁴. Par exemple, un artisan a envoyé un bon de commande de 2000 stylos publicitaires à une société. Il pensait que le prix était de 850 francs pour 1000 stylos, mais s'est ultérieurement rendu compte que le prix était de 8500 francs pour ces 1000 unités. La jurisprudence française estime qu'en cas d'erreur-obstacle, le contrat doit être frappé de nullité¹⁵⁵. Or, comme cela a été souligné par Monsieur Th. Genicon, « la théorie de l'erreur-obstacle pourrait bien manifester concrètement l'attachement viscéral du droit français à la théorie de la volonté réelle »¹⁵⁶ ; attachement d'autant plus

¹⁵⁴ Sur la notion d'erreur-obstacle, v. par exemple : A. Posez, *L'inexistence du contrat. Un autre regard sur sa formation*, thèse, Paris II, 2010, not. p. 368 et s. ; F. Durand, « La nullité pour erreur obstacle », *LPA* 25 mars 2010, p. 3 et s.

¹⁵⁵ V. par exemple : Com. 14 janvier 1969, *D.* 1970. 458, note Pédamon ; *RTD civ.* 1969. 556, obs. Loussouarn ; Deffrénois 1971. 111, obs. Aubert ; Com. 17 juin 1970, *JCP* 1970. II. 16 504 ; Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1970, *JCP* 1971. II. 16 710 ; *RTD civ.* 1971. 625, obs. Y. Loussouarn ; Civ. 1^{ère}, 28 novembre 1973, *D.* 1975. 21, note Rodière, *Gaz. Pal.* 1974. 1. 353, *RTD civ.* 1974. 628, obs. Cornu, 1975. 702, obs. Loussouarn ; civ. 3^{ème}, 18 mars 1980, *Bull. civ.* III, n° 65, p. 46 ; Civ. 3^{ème}, 18 mars 1980, *Bull. civ.* III, n° 65, p. 46 ; Civ. 3^{ème}, 12 juin 1991, n° 89-16.525 ; Civ. 3^{ème}, 1^{er} février 1995, n° 92-16.729, *Bull. civ.* III, n° 36, p. 23 ; *RTD civ.* 1995. 979, obs. Mestre ; *RDI* 1996. 79, obs. Groslière et Saint-Halaly-Houin ; *Deffrénois* 1995. 1400, obs. Delebecque ; Com. 15 avril 2008, n° 07-12.645, *RDC* 2008. 716, obs. Genicon ; Civ. 3^{ème}, 21 avril 2008, n° 07-10.772, *D.* 2008. *AJ.* 1693, *RDC* 2008. 716, obs. Genicon ; *CCC* 2008, n° 224, obs. Leveneur ; *Dr. Et Patr.* Février 2009 ; Civ. 3^{ème}, 16 décembre 2014, n° 14-14.168.

¹⁵⁶ Th. Genicon, « Erreur-obstacle : nullité pour erreur (excusable) sur l'objet », note sous Cass. com., 15 avr. 2008, n° 07-12645 et Cass. civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-10772, *op. cit.*, p. 725.

viscéral qu'il n'est pas nécessaire de démontrer le caractère excusable de l'erreur-obstacle pour obtenir la nullité du contrat¹⁵⁷.

84. Reste que placer la focale sur la seule question de l'erreur-obstacle amènerait l'analyste à n'avoir qu'une vue tronquée et parcellaire du droit français. Pour que la place conférée à la volonté réelle soit cernée, il convient de s'intéresser aux dispositions sur les vices du consentement. De prime abord, les dispositions réglementant les vices du consentement paraissent bien fondées sur l'impératif de protection de la volonté réelle. Dès lors qu'il a été victime de manœuvres dolosives, par exemple, le contractant peut solliciter l'annulation d'une convention qui ne serait pas le véritable produit de sa volonté psychologique. Plus précisément, si les manœuvres déloyales entreprises ont provoqué chez le contractant une erreur, sans laquelle il n'aurait pas conclu le contrat, ou sans laquelle il aurait conclu le contrat à des conditions substantiellement différentes, le dol est caractérisé. En outre, conformément à une approche subjective du consentement, l'appréciation du caractère déterminant de l'erreur engendrée par le dol se fait *in concreto*¹⁵⁸. Le juge prendra en considération divers éléments de fait, comme l'âge de la victime, son instruction et sa compétence professionnelle. Il cherchera à déterminer si, au regard de l'ensemble de ces circonstances, la victime du dol a effectivement été trompée.

Or, lorsque le dol est caractérisé, le contrat est affecté par un vice, résidant en l'occurrence dans la divergence des volontés réelles et des volontés déclarées. En apparence, le contractant a bien déclaré sa volonté de conclure la convention projetée. Cependant, en son for intérieur, il pensait conclure une convention dont l'objet était fort différent. Par exemple, dans le cadre d'une vente, l'acquéreur a bien déclaré qu'il souhaitait prendre possession du bien décrit au sein de la convention. Toutefois, sa volonté réelle était dirigée vers l'acquisition d'un bien présentant des propriétés et des qualités différentes.

85. En est-il de même pour l'erreur ? En présence d'une erreur portant sur les qualités essentielles, l'acquéreur — pour raisonner sur l'exemple de la vente — a bien déclaré sa volonté d'acheter le bien

¹⁵⁷ Civ. 3^{ème}, 1^{er} février 1995, n° 92-16.729, *Bull. civ.* III, n° 36 ; *RTD civ.* 1995. 879, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1995. 1400, obs. Ph. Delebecque ; *RDI* 1996. 79, obs. J.C. Groslière et C. Saint-Halary-Houin ; Civ. 3^{ème}, 21 avril 2008, n° 07-10.772, *D.* 2008. *AJ.* 1693, *RDC* 2008. 716 obs. Genicon ; *CCC* 2008, n° 224, obs. Leveneur ; *Dr. Et Patr.* Février 2009 ; Civ. 3^{ème}, 26 juin 2013, n° 12-20.934, *Bull. civ.* III, n° 85 ; *JCP* 2013. 974, obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2013. 1299 ; *Gaz. Pal.* 2013. 15, obs. D. Houtcieff ; *D.* 2014. Somm. 630, obs. A. Amrani Mekki et M. Mekki ; *Dr. et patr.* 2014. 53, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck. Sur ce thème, v. J. Ghestin, Y.-M. Serinet, « Erreur » in *Rep. Civ. Dalloz*, 2017, n° 368-369 ; F. Durand, « La nullité pour erreur-obstacle », *op. cit.*

¹⁵⁸ Article 1130, alinéa 2 du Code civil : le caractère déterminant des vices du consentement « s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

visé dans l'*instrumentum*¹⁵⁹. Mais, en son for intérieur, il pensait faire l'acquisition d'un bien d'une tout autre nature. D'ailleurs, s'il avait connu la véritable nature de la chose, il n'aurait pas donné son consentement à la vente¹⁶⁰. En d'autres termes, et selon la formule de Saleilles, « l'erreur implique le défaut de concordance entre la volonté vraie, donc la volonté interne, et la volonté déclarée »¹⁶¹. Par exemple, le contractant pensait acquérir un chandelier en argent. Cependant, il agissait sous l'empire d'une conviction erronée ; le chandelier était en réalité en fer. Dans l'hypothèse d'une erreur, quelle qu'elle soit, pourvu simplement qu'elle ait été déterminante, l'impératif de protection de la volonté réelle impliquerait que le juge prononce la nullité de la convention. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par le droit positif ; le législateur et la jurisprudence ont en effet consacré des solutions plus nuancées. Ces solutions, en effet, sont fondées sur une volonté de conciliation de deux impératifs antagonistes : protection de la volonté réelle et préservation de l'objectif de sécurité juridique.

2) Une protection de la volonté réelle limitée

86. Une simple lecture des dispositions relatives aux vices du consentement atteste du fait que le contrat ne résulte pas nécessairement de la rencontre de deux volontés réelles¹⁶². Selon la juste formule de Rouhette, « si une volonté viciée n'est inefficace que dans certains cas, cela revient à dire que, dans tous les autres, elle donne naissance à un contrat valable, lequel n'est donc pas l'accord de deux volontés libres et pures »¹⁶³. Par exemple, dans l'hypothèse d'une erreur substantielle et déterminante,

¹⁵⁹ Sur ce point, v. article 1131 du Code civil : « l'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ». Sur la notion d'erreur, v. not. G. Vivien, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, p. 305 et s. pour un aperçu d'ensemble, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 305 et s.

¹⁶⁰ Article 1133, alinéa 1 du Code civil : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles [...] en considération desquelles les parties ont contracté ». De ce point de vue, l'article réaffirme un « système essentiellement subjectif, système d'ordre psychologique qui trouve son centre de gravité, non point dans un élément matériel, mais bien dans les ressorts de la volonté, dans les mobiles contractuels » (L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, *op. cit.*, p. 81).

¹⁶¹ R. Saleilles, thèse, *op. cit.* p. 12. v. aussi E. Meynial, « La déclaration de volonté », *op. cit.*, p. 552.

¹⁶² Ph. Jacques, thèse, *op. cit.*, p. 378 : « l'erreur déterminante, mais non substantielle, l'erreur déterminante, substantielle, mais inexcusable, le dol d'un tiers, la violence légitime, tous marquent que la volonté psychologique, authentique, n'émeut pas nécessairement le droit des contrats ; si le contrat procédait de l'accord de volontés psychologiques, tout vice de celles-ci ferait obstacle à sa validité ». V. aussi V. Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 66-67 ; S. Rodolfo, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC* 2007, p. 743 et s. et not. p. 748.

¹⁶³ G. Rouhette, thèse, *op. cit.*, p. 524. En ce sens, v. aussi du même auteur : G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *op. cit.*, not. p. 30. V. également : D. Galbois, thèse, *op. cit.*, p. 402 et s. ; L. Izac, « Volonté individuelle et acte juridique : Regard d'un privatiste sur le contrat », *op. cit.*, n° 15.

mais inexcusable, *l'errans* ne peut pas obtenir l'annulation du contrat¹⁶⁴. Dès lors, dans une telle hypothèse, la convention ne résulte pas d'un véritable accord de volontés¹⁶⁵. De même, une erreur déterminante, mais qui ne porte pas sur les qualités essentielles de la prestation ne pourra pas entraîner la nullité du contrat. Pour donner un dernier exemple, le contrat conclu par l'une des parties sous l'empire d'une violence légitime serait parfaitement valable. Dans chacune de ces hypothèses, le contrat ne procède pas d'un accord des volontés réelles.

Œuvre de compromis, les dispositions qui gouvernent la prise en considération des vices du consentement attestent avec éclat de la tension qui traverse la matière. L'adhésion à une approche purement subjective de la volonté impliquerait de prendre en considération tout vice du consentement. Mais l'impératif de sécurité juridique prescrit au contraire de restreindre les causes de nullité des conventions¹⁶⁶. C'est ce qui explique que le contractant, qui aurait agi sous l'empire d'une croyance erronée, ne dispose pas toujours de la possibilité de se prévaloir de la nullité du contrat¹⁶⁷.

Comme une certaine relativisation de la volonté réelle est déjà à l'œuvre en droit positif, rien ne s'oppose à ce que les juges français adoptent une approche objective pour apprécier *l'existence* du consentement. L'introduction d'une approche objective de la volonté serait conforme à l'esprit du droit français qui, soucieux de préserver la sécurité juridique, n'accorde qu'une valeur relative à la volonté réelle.

87. Arrivés au terme de cette sous-section, nous pouvons formuler plusieurs remarques conclusives. Pour apprécier l'existence du consentement, deux approches sont concevables : une approche objective, fondée sur la reconstitution d'une volonté apparente et une approche subjective, fondée sur la reconstitution de la volonté réelle des contractants. Pour apprécier l'existence du consentement,

¹⁶⁴ Article 1132 du Code civil.

¹⁶⁵ Certes, l'erreur n'affecte *a priori* que l'intégrité du consentement et non son existence. Mais, en réalité, il est si difficile de distinguer intégrité et existence du consentement que dans ces deux hypothèses, il y a lieu de considérer que le contrat n'est pas fondé sur un véritable accord de volontés.

¹⁶⁶ Rapprochement : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 309-310 : « Dans un système juridique où prévaudrait le principe de l'autonomie de la volonté individuelle, il faudrait déclarer nul tout contrat passé sous l'empire d'une croyance erronée dès lors qu'elle a déterminé le consentement de *l'errans* [...] Mais la prise en considération systématique de toute erreur, même déterminante, exposerait l'autre contractant à des risques tels que le commerce juridique serait entravé ».

V. aussi G. Vivien, « De l'erreur déterminante et substantielle », *op. cit.*, not. p. 308.

l'approche objective débouche, à notre sens, sur des résultats pratiques nettement plus opportuns. En outre, au regard des normes légales structurant le processus de formation du contrat, l'approche objective paraît admissible. En conséquence, afin de déterminer si un comportement donné est constitutif d'une manifestation tacite de volonté, le juge devrait privilégier une approche *in abstracto*. À tout le moins, on ne peut aucunement lui reprocher de ne pas avoir établi une volonté réelle certaine. Corrélativement, dans la suite de cette étude, face à un acte juridique tacite régi par le droit français, nous privilégierons également une analyse *in abstracto*, une analyse objective.

En matière d'interprétation des conventions, la volonté déclarée a également une importance fondamentale. Le contrat — qui sera maintenant appréhendé à travers son contenu — n'est pas la simple traduction d'une volonté réelle ; il est un phénomène de langage, soumis au joug de processus d'interprétation objectifs.

Sous-Section 2 : L'objectivation de la volonté dans l'interprétation de l'acte juridique

88. L'interprétation peut être définie comme l'opération intellectuelle consistant à discerner le véritable sens d'un texte obscur¹⁶⁸. Ainsi entendue, l'interprétation est l'acte par lequel le véritable sens d'un texte équivoque est reconstitué ; elle est l'activité de l'esprit par laquelle le véritable sens du contrat sera « libéré de la gangue des obscurités du texte soumis à l'interprète »¹⁶⁹. Cette opération intellectuelle porte ainsi sur *l'instrumentum*, c'est-à-dire sur le support concret du contrat et non sur le *negotium* qui se déroberait à l'ensemble des investigations empiriques susceptibles d'être entreprises¹⁷⁰.

Si nous souhaitons étudier le droit commun de l'interprétation, c'est parce que, nous l'avons dit, nombre des questions de droit international privé qui seront ultérieurement étudiées ont trait à cette

¹⁶⁸ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, PUF, 2020. En un sens assez similaire, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 681-692 ; J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, p. 867.

V. aussi Ph. Simler, « À la recherche des frontières de l'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, p. 146 et s. et not. p. 146 : « Si l'interprétation est une opération, une démarche intellectuelle, le terme désigne aussi bien le résultat de cette opération ». Pour une analyse plus complète du concept d'interprétation, v. Ph. Simler « L'interprétation des actes juridiques, un mal nécessaire ? Dialogue avec l'ami Claude », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 867 et s.

¹⁶⁹ Ph. Simler, « À la recherche des frontières de l'interprétation », *op. cit.*, p. 146.

¹⁷⁰ C. Grimaldi, « La valeur normative des directives d'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, p. 154 et s. et not. p. 154 ; C. Grimaldi, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », RDC 2008, p. 207 et s. et not. p. 208 ; A. Etienney de Sainte Marie, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, p. 384 et s. et not. p. 385 ; A. Etienney De Sainte Marie, « "L'interprétation créatrice" : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, p. 166 et s. et not. p. 172.

problématique. Par exemple, une convention d'élection de for stipule que les litiges relatifs à l'exécution du contrat seront tranchés par le tribunal de commerce de Paris. Pour l'ensemble des litiges ayant trait à l'*exécution* du contrat, les parties ont expressément convenu que le tribunal de commerce de Paris sera compétent. Mais pour les litiges ayant trait à la *formation* du contrat, doit-on considérer que les parties ont tacitement conféré compétence à ce même tribunal ? Afin de trancher cette question, et à supposer que le droit français soit applicable, l'interprète sera en principe guidé par les articles 1188 et suivants du Code civil. Ces dispositions forment en effet le cadre dans lequel la reconstitution de la volonté tacite peut intervenir. En outre, ce détour par la théorie de l'interprétation aura le mérite de nous fournir des armes critiques indispensables, il nous permettra d'alimenter les jugements qui seront portés sur l'utilisation de la volonté tacite.

89. Précisément, afin d'établir le véritable sens d'une convention, deux méthodes sont envisageables : « on peut se préoccuper, d'abord et contre tout, de rechercher la volonté réelle des parties, par tous les moyens possibles ; on peut aussi envisager isolément la formule employée, la déclaration de volonté, et l'interpréter à la lueur des usages, des habitudes sociales, du milieu dans lequel elle a été projetée »¹⁷¹.

On retrouve ainsi cette dialectique opposant subjectivisme et objectivisme, cette tension caractéristique qui traverse et structure la matière contractuelle. Si l'interprète privilégie une méthode d'interprétation subjective, il cherchera à reconstituer la volonté réelle des parties, cette dernière étant alors « contemplée et analysée dans le milieu individuel où elle a pris naissance »¹⁷². S'il met en œuvre une méthode objective, l'interprétation est détachée de toute recherche de l'intention réelle des contractants¹⁷³.

¹⁷¹ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français. II. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, *op. cit.*, p. 137. v. aussi A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 356-357.

¹⁷² E. Meynial, « La déclaration de volonté », *op. cit.*, p. 556.

¹⁷³ Corrélativement, « alors que l'interprétation subjective, en ce qu'elle est liée à la révélation de l'intention des parties, ne poursuivrait qu'une finalité déclarative ou explicative, l'interprétation objective, quant à elle, du fait de la distance qui est prise avec la volonté, s'avérerait davantage poursuivre une finalité constructive ou créative » (N. Martial-Braz, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation in favorem », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?* », *RDC* 2015, p. 193 et s. et not. p. 195). En ce sens, v. aussi, Ph. Simler, « Interprétation des contrats », *J.-Cl. civ.* 2020, n° 6 ; Ph. Malaurie, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », *JCP G* 2011, n° 51, act. 1402, p. 2506. Comp : A. Etienney De Sainte Marie, « "L'interprétation créatrice" : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *op. cit.*

En France, il est généralement enseigné que les méthodes d'interprétation subjectives doivent prévaloir sur les directives d'inspiration objectiviste (I). Fruit d'une longue tradition historique, la prééminence de ces méthodes dérivait elle-même du statut privilégié qui était alors reconnu à la volonté réelle. Aujourd'hui, pourtant, le constat de la primauté des méthodes d'interprétation subjectives doit être nuancé (II).

I) L'emprise des directives d'interprétation subjectives

90. La recherche d'une commune intention des parties est indissolublement liée à la problématique de la reconstitution d'une volonté tacite. Pour cause, par hypothèse, en présence d'une volonté expresse et formellement exprimée, il n'y a pas de véritable difficulté d'interprétation. Or, en droit français, la recherche de la commune intention des parties a toujours été perçue comme l'objectif premier¹⁷⁴. Corrélativement, les méthodes subjectives ont toujours eu une profonde emprise sur l'interprétation des conventions¹⁷⁵. Afin de le démontrer, on examinera successivement le droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016 (A) et le droit positif (B).

A) Le droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016

91. L'ancien article 1156 du Code civil — par lequel s'ouvrait le fameux « petit guide-âne »¹⁷⁶ — prévoyait que l'« on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cette disposition avait *a priori* une portée limitée. Elle se bornait en effet à trancher les conflits opposant la lettre de la convention et l'intention réelle des contractants. Lors d'un tel conflit, l'intention réelle des contractants devait prévaloir sur la lettre de *l'instrumentum* ; l'esprit du contrat devait primer sur une lecture purement littérale de ce dernier¹⁷⁷. Et pourtant, la portée de cette disposition s'est étendue et amplifiée jusqu'à ce que cette directive soit finalement érigée en finalité même de l'interprétation. Ainsi, Demolombe

¹⁷⁴ Ph. Simler, « Interprétation des contrats », *op. cit.*, n° 6.

¹⁷⁵ Comp : J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ, 1979, p. 179 et s. et not. p. 193 : « L'article 1156 C. civ., charte prétendue de l'interprétation subjective et introspective, est, en vérité, un texte à facettes dont l'aspect objectif [...] et déclaratoire [...] n'est pas négligeable » (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁷⁶ J. Carbonnier, *Droit civil, t. 2, Les Biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 2175.

¹⁷⁷ O. Deshayes, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, p. 159 et s. et not. p. 163.

écrivait que l'article 1156 constituait « la règle des règles »¹⁷⁸ et ajoutait : « aussi est-ce là le “but” même de l'interprétation, plutôt que l'un de ses moyens »¹⁷⁹.

92. Dès lors que la doctrine considérait que l'article 1156 du Code civil fixait le but à atteindre et la finalité même de l'interprétation, une hiérarchie des méthodes pouvait être déduite de cette disposition. Les méthodes subjectives devaient prévaloir sur les méthodes objectives. Il convenait tout d'abord de chercher à reconstituer la commune intention des parties, fût-elle tacitement exprimée¹⁸⁰. Ce n'est que si cette commune intention ne pouvait être décelée que le recours à une méthode objective devenait possible¹⁸¹. Cependant, cette hiérarchie des méthodes ne fut jamais véritablement entérinée par la Cour de cassation, car dès 1807, la haute juridiction devait affirmer que les dispositions relatives à l'interprétation étaient plutôt « des conseils donnés aux juges, en matière d'interprétation des contrats »¹⁸². Selon une expression préconisée par la doctrine française, les directives figurant aux articles 1156 et suivants étaient dépourvues de toute « force normative »¹⁸³. En France, en effet, l'interprétation est conçue comme simple problème de fait¹⁸⁴.

Dès lors, si elles souhaitaient privilégier une méthode d'interprétation objective, les juridictions du fond disposaient d'une certaine latitude. La réforme du droit des obligations pourrait toutefois infléchir cette orientation.

¹⁷⁸ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, tome 2, 2^{ème} édition, A. Durand et L. Hachette, 1871, n° 3, p. 4.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*. II. *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, *op. cit.*, p. 137 ; E. Gounot, thèse, *op. cit.*, p. 199.

¹⁸¹ Ainsi, a-t-il été affirmé que les directives objectives, « qui ont pour objet de donner sens au contrat, sont de véritables règles d'interprétation, mais doivent être d'application subsidiaire, en ce qu'elles ne poursuivent pas la fin normale d'une règle d'interprétation, la découverte de la commune intention des parties » (C. Grimaldi, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *op. cit.*, p. 207). En un sens assez similaire, v. aussi O. Deshayes, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *op. cit.*, p. 163 et s. ; A. Etienney De Sainte Marie, « “L'interprétation créatrice” : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *op. cit.*, p. 179-180.

¹⁸² Req., 18 mars 1807, *S.* 1807. 1. 361. Dans le même sens, v. Req., 13 février 1883, *S.* 1883. 1. 466 ; Req., 16 février 1892, *S.* 1892. 1. 409 ; Civ. 1^{ère}, 17 octobre 1961, *Bull. civ.* I, n° 464 ; Civ. 1^{ère}, 16 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 81 ; Soc. 3 juin 1981, n° 79-17157, *Bull. civ.* V, n° 490.

¹⁸³ On retrouve par exemple cette expression sous la plume de Madame A. Etienney de Sainte Marie, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *op. cit.*, p. 385. Sur ce sujet, v. not. C. Grimaldi, « La valeur normative des directives d'interprétation », *op. cit.* ; C. Grimaldi, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *op. cit.*, p. 217 et s.

¹⁸⁴ J. Richard de La Tour, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392 et s. et not. p. 392.

B) Le droit postérieur à l'ordonnance du 10 février 2016

93. Aujourd'hui, l'article 1188 du Code civil dispose que « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes »¹⁸⁵. En dépit de quelques retouches formelles, cette disposition réaffirme le principe qui était auparavant consacré à l'article 1156 du Code civil : la volonté réelle des parties doit prévaloir sur leur volonté déclarée¹⁸⁶. Afin de reconstituer cette commune volonté des parties, différents indices pourront être pris en considération : les autres clauses figurant dans *l'instrumentum*¹⁸⁷, les pourparlers précontractuels, la correspondance unissant les parties¹⁸⁸, leurs relations antérieures ou futures¹⁸⁹, ou encore l'éventuel commencement d'exécution du contrat¹⁹⁰. Et, rappelons-le : cette recherche de la commune intention se traduit le plus souvent par une reconstitution de la volonté tacite des parties, car, par hypothèse, lorsque la volonté a été expressément affirmée, il n'y a pas de véritable difficulté d'interprétation.

En son alinéa 2, l'article 1188 dispose ensuite que « lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »¹⁹¹. Ce texte est porteur d'une double innovation. Tout d'abord, il a pour effet de consacrer une nouvelle méthode d'interprétation objective : le principe de « l'interprétation raisonnable ». Ensuite, cette disposition a pour effet d'entériner une hiérarchie des méthodes d'interprétation qui, quoique plébiscitée par une doctrine majoritaire, n'existait jusqu'alors qu'à l'état latent. La recherche de l'intention réelle des parties constitue dorénavant la première directive à mettre en œuvre. Le re-

¹⁸⁵ Pour une réflexion sur la notion de commune intention, v. en droit anglais, G. Leggatt, « Making sense of contracts: the rational choice theory », *Law Quarterly Review* 2015, p. 454 et s.

¹⁸⁶ A. Etienne de Sainte Marie, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *op. cit.*, p. 386. Pour un exemple, illustrant la mise en œuvre de cette directive, v. CA Dijon, 26 oct. 1988 : JurisData n° 1988-604259.

¹⁸⁷ CA Rouen, 15 mai 2007, n° 06/02490 : JurisData n° 2007-340509.

¹⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 18 février 1986, n° 84-12.347, *Bull. civ. I*, n° 31 ; Com. 4 mars 1997, n° 95-10.507, *Bull. civ. IV*, n° 61.

¹⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1988, n° 86-19.068, *Bull. civ. I*, n° 35 ; Civ. 3^{ème}, 5 février 1971, n° 69-12.443.

¹⁹⁰ M. Latina, G. Chantepie, *Le nouveau droit des obligations*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2018, p. 448 ; F. Chénédé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2019-2020, p. 109 ; Ph. Jacques, thèse, *op. cit.*, p. 254.

¹⁹¹ Sur ce texte, v. not. O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^{ème} édition, LexisNexis, 2018, p. 417 et s. ; F. Chénédé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, *op. cit.*, p. 135.

cours à une méthode d'interprétation objective n'intervient qu'à titre subsidiaire. Selon toute vraisemblance, le respect de la hiérarchie édictée à l'article 1188 devrait maintenant être soumis au contrôle de la Cour de cassation¹⁹².

94. L'article 1188 du Code civil est très proche de l'article 5:101 des principes européens du droit des contrats. La formule fait également écho à celle qui est employée par l'article 4.1 des principes d'Unidroit. Ces deux textes consacrent en effet la même hiérarchie des méthodes. À titre de principe, recherche de la commune intention des parties. Par exception, si cette commune intention des parties ne peut être décelée : interprétation du contrat selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. En droit suisse, on retrouve également cette préséance de la volonté sur le verbe¹⁹³. L'article 18 du Code des obligations prévoit que « pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention ».

En droit anglais, c'est une méthode d'interprétation objective qui prévaut¹⁹⁴. Historiquement, l'interprétation des conventions était fondée sur une analyse purement littérale. Ainsi, dans l'arrêt *Lovell & Christmas*, le juge Cozens-Hardy affirma :

« If there is one principle more clearly established than another in English law it is surely this : It is for the court to construe a written document. It is irrelevant and improper to ask what the parties, prior to the execution of the instrument, intended or understood. What is the meaning of the language that they have used therein? That is the problem, and the only problem »¹⁹⁵.

¹⁹² A. Etienney de Sainte Marie, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *op. cit.*, p. 388. V. aussi, mais plus nuancé, Ph. Simler « L'interprétation des actes juridiques, un mal nécessaire ? Dialogue avec l'ami Claude », *op. cit.*, p. 863 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 419.

¹⁹³ B. Winiger, « Art. 18. CO » in Thévenoz, Fr. Werro (dir.), *Code des obligations I*, Helbing et Lichtenhahn, 2003, p. 82.

¹⁹⁴ R. Cabrillac, « L'interprétation du contrat : le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 45 et s. et not. p. 48.

¹⁹⁵ *Lovell & Christmas Ltd. v. Wall*, (1911) 104 LT 85, p. 88, cité par L. Usunier, « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *RDC* 2012, p. 1372.

Au terme d'un lent processus de maturation jurisprudentielle, l'interprétation se fit moins littérale et plus contextuelle, mais elle n'en restait pas moins objective¹⁹⁶. Désormais, le juge anglais cherche à identifier la signification qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, attribuerait aux termes employés dans le contrat¹⁹⁷. C'est dire que la règle française de la recherche de la commune intention des parties, souvent tenue pour évidente¹⁹⁸, repose sur un choix politique qui n'est peut-être pas si indiscutable. Quoi qu'il en soit, est-ce à dire que l'opposition des droits français et anglais est aussi tranchée et absolue ?

Le droit français de l'interprétation des conventions n'est-il finalement qu'une expression pure et parfaite des théories subjectivistes ? Nous ne le pensons aucunement.

II) Les limites des directives d'interprétation subjectives

95. Le raisonnement interprétatif ne se réduit pas à une recherche de la commune intention des parties. Le droit français oscille constamment entre deux pôles : sans se rallier à la théorie de la déclaration, il ne constitue pas une simple transcription de la théorie de la volonté réelle, mais un système hybride et composite, dans lequel objectivisme et subjectivisme s'entremêlent étroitement. Dans la suite de ces développements, nous ne chercherons aucunement à nier l'influence des théories subjectives. Toutefois, afin de dresser un tableau fidèle, on doit souligner que l'empire acquis par la théorie subjective est circonscrit et borné par deux types de limites différentes : des limites strictement juridiques (A) et des limites « de fait » (B). Ces limites ont corrélativement pour effet de borner et de conditionner toute recherche d'une volonté réelle tacitement exprimée.

¹⁹⁶ Sur les flux et reflux de la jurisprudence anglaise, v. L. Usunier, « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *op. cit.* ; B. Fauvarque-Cosson, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC* 2007, p. 481 et s. ; R. Cabrillac, « L'interprétation du contrat : le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », *op. cit.*, p. 48.

¹⁹⁷ B. Fauvarque-Cosson, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », *RDC* 2017, p. 363 et s. ; L. Usunier, « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *op. cit.*, p. 1372 ; G. Leggatt, « Making sense of contracts: the rational choice theory », *op. cit.* ; E. McKendrick, *op. cit.*, § 9,7. En jurisprudence, v. *Investors Compensation Scheme Ltd. c/ West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912-913.

V. aussi : S. Bollée, « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », in H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D.-P. Fernández Arroyo, M. Ma (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 139 et s. et not. p. 142 : « L'approche du droit anglais repose sur une conception profondément différente de l'interprétation. Celle-ci s'attache bien moins à la recherche subjective de l'intention des parties qu'à l'analyse de sa manifestation objective, qui résulte avant tout du texte du contrat et de la manière dont il serait compris par une personne raisonnable ».

¹⁹⁸ Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, p. 5 et s. et not. p. 10 : « La règle d'interprétation du contrat à partir de la recherche de l'intention commune, quelque divinatoire soit-elle parfois, est l'inévitable corollaire d'une conception du contrat selon laquelle le contenu du contrat est nécessairement l'œuvre des parties ».

A) Les limites purement juridiques

96. Si l'interprétation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁹⁹, la Cour de cassation a toutefois tempéré cette règle en affirmant qu'il « n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles renferment »²⁰⁰. Dès lors que la clause est claire et précise, elle ne doit pas être interprétée²⁰¹. Sans doute doit-on admettre que l'idée d'une simple application des clauses claires et précises est insuffisante, car l'affirmation de la clarté de la clause découle elle-même d'une opération d'interprétation préalable²⁰². Il n'en demeure pas moins que cette norme de prohibition de la dénaturation des clauses claires et précises est une preuve de l'importance conférée à la volonté apparente²⁰³. Pour que la recherche de la commune intention intervienne, pour qu'il y ait une reconstitution de la volonté réelle tacitement exprimée, la clause à interpréter doit être obscure et équivoque²⁰⁴.

97. Cette dernière règle du contrôle de la dénaturation des actes clairs constitue un prolongement de l'article 1359 du Code civil. Ce texte prévoit en effet qu'« il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique ». Du fait de cet impératif probatoire, le juge est lié par l'écrit ; il ne peut pas faire abstraction du document consignant les obligations contractuelles. Lors de la détermination du contenu conventionnel, les impératifs probatoires ressurgissent et, sous leur influence, se dessinent les limites au sein desquelles la reconstitution d'une volonté réelle peut s'opérer. Dès lors

¹⁹⁹ Sect. réun., 2 février 1808, v. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédé, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 13^{ème} édition, 2015, p. 144 et s. ; Req. 22 novembre 1865, *DP* 1866. 1. 108, *S.* 1866. 1. 23 concl. av. gén. Fabre ; Civ. 10 mai 1948 et Soc. 11 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948. 2. 41.

²⁰⁰ Civ. 15 avril 1872, *Bull. civ.* 1872, n° 72 ; *DP* 1872. 176 ; *S.* 1872. 232. V. H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénédé, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, *op. cit.*, p. 147 et s. ; D. Tricot, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 149 et s.

²⁰¹ Cette règle est aujourd'hui codifiée à l'article 1192 du Code civil.

²⁰² G. Chantepie, « Contrat : effets — Contenu du contrat », *Rep. Civ. Dalloz*, 2018, n° 39. Sur la notion d'acte clair, v. J. Boré, « Un centenaire : Le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p. 249 et s. et not. p. 275.

²⁰³ En ce sens, v. D. Galbois, thèse, *op. cit.*, p. 409 ; A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 388 et s. V. également : J. Boré, « Un centenaire : Le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *op. cit.*, p. 249 et s. et not. p. 258 : « La théorie de la dénaturation et celle de la force probante de l'écrit conduisent toutes les deux au même résultat : l'impossibilité de méconnaître les déclarations de volonté formelles contenues dans un écrit, en recherchant la volonté interne des parties ».

²⁰⁴ Pour des exemples d'actes clairs ayant été dénaturés par les juges du fond, v. parmi une jurisprudence très abondante : Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004, n° 02-20.721 ; Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2003, n° 01-10.019 ; Civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 98-16.183 ; Civ. 1^{ère}, 29 mai 1996, n° 94-13.990 ; Com. 11 juillet 1995, n° 94-18.996.

qu'il existe un acte clair, témoignant de l'existence d'une volonté apparente, la recherche de la volonté tacite est inéluctablement exclue²⁰⁵.

98. Il convient d'apporter une nuance. Dès lors qu'il est établi que l'intention réelle des parties s'écarte du sens apparent d'une clause litigieuse, peut-on considérer que cette dernière est obscure et sujette à interprétation ? Aubry et Rau retenaient une réponse affirmative : « il y a lieu à interprétation, lorsque, malgré leur clarté, les termes d'un contrat pris dans leur sens littéral ne sont pas susceptibles de se concilier avec [...] l'intention évidente des parties »²⁰⁶. À en croire ces auteurs, lorsque l'intention réelle des parties ressort avec évidence, et que cette intention entre en contradiction avec la lettre du contrat, elle projetterait une obscurité nouvelle sur la clause litigieuse ; cette dernière deviendrait ainsi sujette à interprétation. En d'autres termes, dès lors que le sens apparent d'une clause est contredit par l'intention des parties, fût-elle tacite, il conviendrait de faire prévaloir la volonté réelle.

Quoi qu'il en soit, et indépendamment de cette question, le contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises constitue une manifestation éclatante de la théorie de la déclaration. Ce contrôle a pour effet de borner toute recherche d'une volonté réelle qui aurait été tacitement exprimée. L'importance de la déclaration de volonté est, au demeurant, consolidée par les limites « de fait », qui restreignent également toute recherche de la volonté tacite.

B) Les limites de fait

99. Si la clause litigieuse est jugée obscure, le juge doit interpréter la convention. À cette fin, nous l'avons vu, l'article 1188 du Code civil lui impose de prioritairement rechercher la volonté réelle. Pourtant, très souvent, cette opération s'avère impossible ou, du moins, excessivement complexe. Plus précisément, dans deux hypothèses distinctes, la directive figurant au premier alinéa de l'article 1188 du Code civil est destinée à demeurer lettre morte.

²⁰⁵ C. Grimaldi, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *op. cit.*, p. 214. V. aussi, J. Boré, « Un centenaire : Le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *op. cit.*, p. 260 ; J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^{ème} édition, Dalloz Action, 2015-2016, p. 445-446.

²⁰⁶ Ch. Aubry, Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6^{ème} édition, par Martin, Marchal et Billard, 1936, p. 482. Planiol et Ripert souscrivaient à cette même idée : « le souci de faire prévaloir la volonté réelle et en même temps la justice conduit à écarter l'application d'une clause, même claire et précise, qui paraît le résultat d'une erreur manifeste, et en contradiction avec leur intention commune certaine » (M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^{ème} édition, par Esmein, LGDJ, 1952, p. 481). En ce sens, v. également B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations*, vol. 2, 6^{ème} édition, Litec, 1998, p. 72 ; Ph. Simler, « Interprétation des contrats », *op. cit.*, n° 41.

100. En premier lieu, la commune intention des parties est très souvent inexistante²⁰⁷. Et pour cause, il arrive fréquemment que les contractants n'aient pas envisagé la question litigieuse²⁰⁸. Vecteur de réalisation d'opérations économiques complexes, le contrat engendre souvent une pluralité de questions irrésolues. Cela est particulièrement vrai pour les conventions dont l'exécution est différée ou pour les conventions qui s'inscrivent dans la durée. Ces dernières, en effet, appellent irrésistiblement un exercice spécifique d'anticipation et de projection dans un futur qui est pourtant indéchiffrable. Cet exercice de prévision se révèle être la source d'inépuisables difficultés, car il est impossible d'anticiper toutes les circonstances nouvelles susceptibles de surgir ; circonstances nouvelles qui ne manqueront pas de faire naître des questions irrésolues et délaissées par les contractants.

Face à une telle question, la recherche d'une volonté tacite n'est qu'un mirage, ou, pire encore, un leurre destiné à masquer une interprétation purement créatrice. Comme le soulignait Batiffol, « la prétendue recherche de l'intention implicite des parties, dont se colorent toujours les motifs des arrêts, est un leurre, car si lesdites parties avaient eu une intention à ce sujet elles l'auraient exprimée devant l'incertitude de la solution »²⁰⁹. En outre, même si les contractants ont, par chance, envisagé le problème litigieux, leurs intentions auront souvent été opposées et contradictoires²¹⁰. Or, en l'absence d'accord des volontés réelles, l'article 1188, alinéa 1 ne doit pas être mis en œuvre : toute recherche d'une authentique volonté tacite est irrémédiablement exclue. Comme le souligne Monsieur Ph. Simler :

« Comment, d'ailleurs, le juge pourrait-il découvrir une commune intention des parties, alors que, par hypothèse, les parties ont voulu des choses différentes : le vendeur et l'acheteur, le bailleur et le preneur, l'employeur et le salarié ?... Autour de l'objet premier de leur engagement gravitent une multitude de motifs personnels, exprimés ou non, qui ressurgissent inévitablement dès l'instant qu'un désaccord survient. À supposer

²⁰⁷ G. Leggatt, « Making sense of contracts: the rational choice theory », *op. cit.* L'auteur souligne qu'il est fréquent que des parties signent un contrat sans en avoir lu les stipulations. Dans cette situation, il est parfaitement inutile de rechercher le sens que les parties ont voulu conférer à une clause du contrat. V. aussi O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *op. cit.*, p. 417.

²⁰⁸ E. Gounot, thèse, *op. cit.*, p. 207 : « Les incertitudes et les obscurités ne proviennent pas de ce que sur un point déterminé la volonté est mal exprimée, mais de ce que sur ce point elle n'a pas existé. [...] ce que nous reprochons [à la jurisprudence] ce n'est pas de respecter trop la volonté contractuelle, c'est de la respecter là où elle n'est pas ; c'est de méconnaître systématiquement les bornes naturelles du vouloir humain ; c'est d'invoquer trop souvent des intentions imaginaires en supposant toujours prévu ce qui ne l'a presque jamais été ; c'est de se prétendre assez perspicace pour pouvoir, là où il n'y a rien, découvrir quelque chose et savoir quelle réponse des contractants ont donnée à des questions qui ne se sont pas posées ». V. aussi A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 362-363.

²⁰⁹ H. Batiffol, « La "crise du contrat" et sa portée », *op. cit.*, p. 17.

²¹⁰ A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 363 ; E. Gounot, thèse, *op. cit.*, p. 208-209.

même que chacun ait eu connaissance de la motivation profonde et multiple de l'autre, il en aura au mieux pris acte, mais sans la faire sienne »²¹¹.

Du reste, en présence d'un contrat d'adhésion, la directive de la recherche de la commune intention des parties ne peut que difficilement être mise en œuvre²¹².

101. En second lieu, même s'il existe une commune intention des parties, cette dernière est souvent impossible à déceler. L'article 1188 du Code civil peut bien imposer une reconstitution de la volonté réelle ; dans les faits, rien n'est plus difficile que d'opérer cette reconstitution. Certes, les actes préparatoires du contrat, les échanges épistolaires et virtuels unissant les parties pourront être analysés ; mais qu'importe, un même obstacle ressurgira inévitablement : celui de l'ambiguïté du langage, qui n'est qu'une traduction imparfaite de la pensée²¹³. Du fait de ce vice congénital, tenant à l'équivocité du verbe, le risque d'une distorsion de la volonté plane toujours au-dessus de l'interprète. Surtout, comme la volonté réelle sera impossible à reconstituer, l'interprète sera tenu de mettre en œuvre la méthode d'interprétation objective prévue à l'article 1188, alinéa 2. Face aux innombrables difficultés qui gravitent autour de cette recherche de la volonté réelle, les méthodes objectives retrouveront, *de facto*, tout leur empire²¹⁴.

²¹¹ Ph. Simler, « À la recherche des frontières de l'interprétation », *op. cit.*, p. 147 ; Ph. Simler « L'interprétation des actes juridiques, un mal nécessaire ? Dialogue avec l'ami Claude », *op. cit.*, p. 868.

²¹² Th. Revet, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion » in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, p. 199 et s. et not. p. 199 : « l'application aux contrats types et aux contrats d'adhésion de cette directive aussi élémentaire que naturelle en révèle vite l'inanité : que peut, en effet, signifier la recherche d'une intention commune lorsqu'il est constant que l'instrumentum est l'œuvre d'une seule des parties, sinon celle d'un tiers » ? v. aussi, Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *op. cit.*, p. 9-10 ; E. Gounot, thèse, *op. cit.*, p. 224 : « Véritables lois collectives, les clauses des contrats d'adhésion tendent à s'interpréter comme des lois, c'est-à-dire *in abstracto* et par voie de dispositions générales, le juge ne prenant de fait en considération ni les circonstances particulières de la formation de chacun de ces actes, ni la psychologie subjective concrète des parties ».

²¹³ Ph. Simler, « À la recherche des frontières de l'interprétation », *op. cit.*, p. 146 : « Le langage est un mode imparfait de l'expression de la pensée. Le langage n'est lui-même qu'une traduction de la pensée. Or, chacun sait que le risque permanent de toute traduction, c'est la trahison » ; Ph. Simler « L'interprétation des actes juridiques, un mal nécessaire ? Dialogue avec l'ami Claude », *op. cit.*, p. 859.

²¹⁴ V. aussi : J. Carbonnier, *Droit civil, Les Biens, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, p. 2176 : « il faut avoir le courage de reconnaître que l'interprétation du contrat, comme celle de la loi, a des limites, et qu'à un certain point d'obscurité et de contradiction, la commune intention des parties (s'il n'y en a jamais eu une) ne pourra être retrouvée : c'est un pouvoir de réfection qu'exerce alors le juge ».

102. L'étude des règles régissant la formation et l'interprétation du contrat aura montré que l'acte juridique ne se réduit pas à un simple produit de la volonté psychologique de son auteur. Bien souvent, le droit des contrats s'attache moins à l'existence de la volonté réelle qu'à l'établissement de signes objectifs de volonté. Dès lors, deux conclusions principales en découlent. En premier lieu, en matière de formation de l'acte juridique, pour déterminer si un comportement peut être élevé au rang de manifestation de volonté, une approche objective du consentement peut valablement être accueillie. Dans la mesure où cette approche paraît également plus opportune, il nous semble que le juge devrait privilégier une analyse objective de la volonté. En second lieu, en matière d'interprétation, si la recherche de la volonté réelle constitue l'objectif premier, cette recherche de la volonté tacite n'en est pas moins bornée et limitée par plusieurs directives complémentaires.

Cette importance des signes objectifs de volonté étant maintenant acquise, il sera aisé de montrer qu'en matière d'acte juridique, la fiction juridique résulte d'une situation dans laquelle il n'existe aucune volonté apparente.

Section 2 : L'absence de toute volonté apparente ou l'hypothèse de la fiction juridique

103. Pour que l'acte juridique soit valablement formé, il faut qu'il existe *a minima* une volonté apparente. En conséquence, en l'absence de toute volonté apparente, en l'absence de tout indice de volonté, l'acte tacite constaté par le juge procède d'une fiction juridique. De même, en matière d'interprétation, si la reconstitution de la commune intention des parties est déconnectée de tout indice objectif de volonté, on sera en présence d'une fiction juridique. Le simple fait qu'une solution donnée repose sur une fiction ne signifie pas que cette dernière soit nécessairement condamnable. Même si elle repose sur une fiction, une solution juridique peut être opportune. Cependant, le constat du caractère fictionnel nous invitera à nous interroger sur l'existence de techniques alternatives, non fictionnelles, par le truchement desquelles le résultat juridique estimé opportun pourrait être atteint. En d'autres termes, il faudra nous interroger sur l'existence de moyens juridiques alternatifs, susceptibles de se substituer à la technique estimée fictionnelle.

Quoi qu'il en soit, afin de démontrer que la fiction juridique procède d'une situation dans laquelle la volonté tacite — dont l'existence est affirmée par le juge ou par le législateur — est déconnectée de tout signe objectif de volonté, on présentera tout d'abord le concept de fiction (sous-section 1) avant de montrer comment ce concept peut être appliqué à l'acte juridique (sous-section 2).

Sous-section 1 : La présentation du concept de fiction juridique

104. Depuis plus d'un siècle, les études consacrées à ce thème des fictions juridiques se sont continûment multipliées²¹⁵. Loin d'en sortir asséchées, les controverses gravitant autour de ce concept ont été attisées par cette prolifération de travaux académiques, et le dissensus qui se dégage de ce foisonnement doctrinal n'en est que plus criant. Ces controverses portent sur la définition (I) et sur le rôle des fictions juridiques (II). Dans cette première sous-section, nous tenterons uniquement de cerner le concept de fiction et nous délaisserons provisoirement la question de la volonté tacite.

²¹⁵ V. not. A.-B. Caire (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Centre Michel de l'Hospital, PU Clermont, 2015 ; D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000 ; G. Wicker, thèse, *op. cit.* ; A.-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse, Paris II, 1995 ; Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974.

Plus récemment, v. en matière d'arbitrage les nombreuses contributions de E. Silva Romero : « Legal Fictions in the Language of International Arbitration », *RCADI* 2022, t. 425, p. 295 et s. ; « Les “fictions juridiques” dans le langage du droit français de l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2021, p. 343 et s. ; « “Legal Fictions” in the Languages of International Commercial Arbitration Involving States and State Entities », *Revue des Juristes de Sciences Po* 2021.

I) La définition des fictions juridiques

105. Lorsqu'on examine la littérature juridique existante, il est difficile de ne pas être saisi par le caractère polyphonique et dissonant des discours doctrinaux en présence. En matière de fiction juridique, en effet, il n'existe aucune définition conceptuelle unanimement acceptée²¹⁶. Mais, plus fondamentalement, même en raisonnant sur un exemple précis, il est toujours délicat d'affirmer catégoriquement qu'il s'agit d'une fiction juridique²¹⁷.

106. Face à ces difficultés, on peut partir d'un premier élément de définition, communément accepté : par le truchement du procédé fictionnel, une situation qui est manifestement contraire à la réalité est réputée existante²¹⁸. Plus précisément, selon Monsieur S. Bollée, la fiction peut être définie comme « une technique consistant à faire subir une distorsion aux données appréhendées, en vue de leur attribuer des conséquences juridiques différentes de celles qui procéderaient d'une application de la règle de droit exempte de toute perturbation »²¹⁹. Si la fiction repose sur une dénaturation du réel, il reste alors à identifier cette réalité référentielle sous-jacente, en contemplation de laquelle le qualificatif de fiction juridique pourrait être retenu. Les premières difficultés émergent aussitôt²²⁰. La fiction peut en effet résulter d'une dénaturation des faits (A) ou d'une dénaturation de la réalité juridique (B).

²¹⁶ G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 10.

²¹⁷ M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Droit & Philosophie* 2011, p. 451 et s. et not. p. 451 : « Dans le cas des fictions juridiques, l'objet ne se contente pas d'être difficile à cerner dans une définition, il ne cesse littéralement de se dérober. On a beau chercher dans la littérature juridique, on ne trouve aucun procédé dont on puisse dire avec certitude : "c'est une fiction" ».

²¹⁸ Les différentes définitions doctrinales sont à cet égard largement convergentes : v. par exemple G. Wicker, « Fiction », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), PUF, 2003, p. 717 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, *op. cit.* ; Y. Thomas, « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droit* 1995, p. 17 et s. et not. p. 17.

²¹⁹ S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 168.

²²⁰ O. Cayla, « Ouverture : Le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça" », *Droits* 1995, p. 3 et s. et not. p. 10.

A) Les fictions résultant d'une dénaturation des faits

107. Les normes juridiques doivent, dans une certaine mesure, épouser le monde social qu'elles ont vocation à régir²²¹. Durant l'élaboration de règles nouvelles, la réalité sociale est saisie et photographiée par les normes juridiques édifiées. Toutefois, la réalité sociale photographiée subit une double altération. Tout d'abord, par un constant effort d'abstraction et de rationalisation, le législateur élabore des catégories conceptuelles, susceptibles de subsumer les faits sociaux les plus divers et les plus hétéroclites²²². Les catégories générales et abstraites ainsi édifiées ne peuvent que difficilement rendre compte de l'irréductible hétérogénéité des données sociales alors photographiées²²³. Ensuite, et plus radicalement, il arrive que le droit vienne délibérément nier la réalité sociale, qu'il en prenne le contre-pied. On est alors en présence d'une fiction juridique (1). Cette dernière doit être distinguée d'une simple présomption (2).

1) Définition positive

108. Ce type de fiction réside dans une déformation infligée aux faits, c'est-à-dire à la réalité naturelle²²⁴. Selon Dabin, il y a fiction « chaque fois qu'une réalité *naturelle* subit de la part du constructeur du droit, dénégation ou dénaturation consciente »²²⁵. On retrouve une conception semblable chez GénY. Pour ce dernier auteur, « c'est précisément dans les cas exceptionnels, où le concept,

²²¹ G. Wicker, « Fiction », *op. cit.*, p. 718 : « Le droit ayant vocation à régir une réalité qui lui préexiste et lui est extérieure, il importe que les règles qu'il élabore soient, autant que possible, le reflet de cette réalité ». V. aussi les interrogations de J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 101 et s. et not. p. 102.

²²² Rapprochement : F. Rouvière, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in A.-B. Caire (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Centre Michel de l'Hospital, P.U. Clermont, 2014, accessible à l'adresse suivante : <https://hal.science/hal-01316686/document>, p. 2 : « Mêmes (sic.) les concepts dotés d'un référent dans le réel peuvent être dits fictifs puisqu'il n'existe pas en soi de "contrat" pas plus qu'il n'existe de "patrimoine" ou de "délit". Ce sont des catégories générales qui rassemblent en leur sein des entités plus spécifiques : vente, bail, entreprise (pour le concept de contrat)[.] biens et dettes (pour le concept de patrimoine)[.] vol, escroquerie ou abus de faiblesse (pour le concept de délit) ».

²²³ C'est ce qui explique qu'une opération de qualification soit nécessaire. Précisément, cette opération intellectuelle permet de rattacher une situation de fait à une catégorie juridique préexistante. Elle a ainsi « pour objet de [...] traduire dans la langue juridique des données factuelles » (C. Grimaldi, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448 et s. et not. p. 1448-1449). En d'autres termes, « la qualification est au fond un exercice de traduction. Pour passer du fait au droit, mais à l'intérieur de ce processus linguistique que constitue le procès, il faut d'abord exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français juridique » (Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits* 1994, p. 45 et s. et not. p. 46).

²²⁴ Le concept de réalité naturelle est évidemment particulièrement difficile à définir. Sur ce point, v. les pénétrantes observations de Dabin : *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement en droit privé*, Bruylant, 1935, p. 284 et s.

²²⁵ J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 321 ; v. aussi Y. Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme* 2005, p. 113 et s. et not. p. 115.

comme par une sorte de “mutation brusque”, rompt de parti pris avec la représentation naturelle des choses, que nous pouvons parler de fiction »²²⁶. Par exemple, la règle selon laquelle l’enfant conçu est réputé né chaque fois qu’il y va de son intérêt repose sur une fiction²²⁷. Le législateur fait « comme si » l’enfant était né alors qu’en réalité, sa mère n’a pas encore accouché²²⁸. Le démenti infligé aux plus élémentaires données de la biologie est constitutif d’une fiction juridique.

109. Aujourd’hui, ces fictions reposant sur une négation des faits sont nombreuses²²⁹. Et pour cause, même lorsqu’elles trouvent leur ancrage dans l’univers des faits, les notions juridiques acquièrent le plus souvent une certaine autonomie et sont revêtues d’une acception singulière. Comme cela a été relevé par Monsieur S. Bollée :

« en dernière analyse, le droit se ramène toujours à un “ensemble de vérités conventionnelles”, qui ne reflètent pas nécessairement l’ordre naturel des choses. Certes, certains concepts juridiques — tels la mort, la captivité, la répartition des biens corporels en meubles et immeubles — sont inspirés par des données physiques, mais cela ne doit pas conduire à ignorer qu’ils acquièrent une signification propre, inhérente au langage juridique »²³⁰.

110. Pour bien cerner ce concept de fiction, il faut maintenant examiner une notion connexe : celle de présomption. Bien que les notions de présomption et de fiction soient intimement liées, elles doivent — tant que faire se peut — être distinguées.

²²⁶ F. Génys, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, p. 368-369. Toutefois, Génys précise ensuite que « si la fiction dénature le plus souvent *les faits*, qui servent de présupposition à la *décision juridique*, elle peut parfois altérer celle-ci même, considérée comme synthétisant une situation d’ensemble réglée par le droit » (nous soulignons).

²²⁷ En se fondant sur les articles 725 et 906 du Code civil, la Cour de cassation a en effet dégagé un principe en vertu duquel « l’enfant conçu est réputé né chaque fois qu’il y va de son intérêt » (Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1985, *Segers*, *Bull. civ.* I, n° 339 ; *D.* 1987. 449, note G. Paire ; *RTD civ.* 1987. 309, obs. J. Mestre).

²²⁸ Certes, derrière cette négation du fait, se dissimule aussi une négation du droit, car en érigeant l’enfant au rang de sujet de droit depuis l’époque de sa conception, la règle prend le contrepied du principe selon lequel la personnalité juridique ne s’acquiert qu’avec la naissance.

²²⁹ Cependant, l’utilisation de l’artifice fictionnel est marquée par le sceau d’une certaine contingence : on ne retrouve pas, en tout temps et en tout lieu, ce type de fictions juridiques. En particulier, durant toute la période du Moyen Âge, les juristes français furent beaucoup plus réticents à admettre cette dénaturation des données matérielles et naturelles. Sur cette problématique, v. Y. Thomas, « *Fictio Legis*. L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *op. cit.*, p. 36 et s. ; Y. Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *op. cit.*, p. 126. Monsieur Y. Thomas a démontré que « la science civile médiévale, qui a pourtant développé et complexifié les techniques romaines de la fiction juridique [...], s’est efforcée en même temps de les contenir dans ces bornes posées sous l’égide de la “nature” et de la “vérité” ».

²³⁰ S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 170.

2) Définition négative

111. Les fictions reposant sur une défiguration des faits ne se distinguent que malaisément des présomptions légales²³¹, ou plus précisément, elles ne se distinguent que difficilement des présomptions irréfragables. En effet, les fictions et les présomptions simples produisent des effets dissemblables : alors que la vérité établie par la présomption simple est temporaire et affectée de la plus grande précarité, la fiction est la source d'une vérité juridique définitive et irrévocable²³². Lorsque l'article 312 du Code civil dispose que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, il établit une proposition temporaire, susceptible d'être infirmée. Au contraire, la vérité résultant d'une fiction juridique est pérenne et irrécusable.

112. Cependant, on perçoit immédiatement qu'il est beaucoup plus délicat de distinguer les fictions reposant sur une dénaturation des faits et les présomptions irréfragables, car en pratique, les deux mécanismes produisent exactement les mêmes effets : l'établissement d'une vérité juridique irrévocable. La question a été évoquée dans de nombreux travaux doctrinaux. Il nous semble, toutefois, que c'est Yan Thomas qui, prenant appui sur les études des glossateurs, a livré la distinction la plus claire et la plus convaincante²³³. Ainsi, selon cet auteur, si la fiction se distingue de la présomption, c'est parce que la première repose sur la « certitude du faux ». En d'autres termes, si la fiction consiste à tenir le faux pour vrai, il faut plus fondamentalement que « le faux ne laisse aucun doute et que la dénaturation dont il s'agit soit absolument assurée »²³⁴.

²³¹ O. Cayla, « Ouverture : Le jeu de la fiction entre “comme si” et “comme ça” », *op. cit.*, p. 9. Dans la littérature juridique, les deux mécanismes sont d'ailleurs parfois purement et simplement assimilés. V. ainsi A.-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, thèse, *op. cit.*, p. 204 et s. L'auteur considère que les présomptions irréfragables sont des fictions.

V. aussi : D. Costa, « Apparence, fiction et présomption juridiques » in N. Jacquinet (dir.), *Juges et apparences*, LGDJ, 2010, disponible sur <https://books.openedition.org/putc/278?lang=fr#text>, n° 6 : « La présomption irréfragable, en revanche, se confond avec la fiction, dans la mesure où elle n'admet pas la preuve de son éventuelle fausseté ».

²³² Sur la définition de la présomption, v. l'article 1354 du Code civil : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve ». V. aussi, R. Libchaber, « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *Droit & Philosophie* 2019, p. 157 et s. et not. p. 160 et s.

²³³ Y. Thomas, « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *op. cit.*, p. 17-18 ; Y. Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *op. cit.*, p. 128.

²³⁴ Y. Thomas, « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *op. cit.*, p. 128.

Au contraire, les présomptions, même irréfragables, ne reposent pas sur la « certitude du faux », mais sur « l'incertitude du vrai »²³⁵. Par exemple, la présomption de vérité qui était naguère attachée au jugement passé en force de chose jugée reposait sur la possibilité du vrai : il est possible et même probable que ce qui est énoncé par le jugement soit exact²³⁶. On est bien en présence d'une présomption. Au contraire, lorsque le législateur affirme que le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé, on est en présence d'une fiction, car il est certain que, dans les faits, le contrat a bien existé²³⁷.

La distinction des concepts de fiction et de présomption demeure, il est vrai, entachée d'une certaine équivocité. Le critère de distinction suggéré par Yan Thomas est d'un maniement délicat et il n'a jamais été l'objet d'une approbation unanime²³⁸. Ces deux procédés — fiction et présomption — présentent bien un trait commun : ce sont des mécanismes par lesquels le droit peut s'abstraire du réel. Par ces techniques, le droit s'arrache à la pesanteur des faits et affirme sa profonde autonomie²³⁹. Dès lors, cette forme de fiction se distingue des fictions résultant de la négation de la réalité juridique.

B) Les fictions résultant d'une dénaturation de la réalité juridique

113. Les fictions peuvent également résulter d'une distorsion infligée à des matériaux juridiques. Dans cette dernière hypothèse, une autorité édicte une norme nouvelle — de nature réglementaire

²³⁵ *Ibid*, p. 128. En un sens assez similaire, v. F. Rouvière, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », *op. cit.*, p. 13 et s. ; P. Foriers, « Présomptions et fictions », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 7 et s. ; J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », *op. cit.*, p. 102-103 ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 275 et s. ; F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, *op. cit.*, p. 360 et p. 389.

²³⁶ En effet, la présomption repose sur la vraisemblance : « *presumptio sumitur de eo quod plerumque fit* ». « La présomption se tire de ce qui arrive le plus souvent ». V. ainsi D. Costa, « Apparence, fiction et présomption juridiques », *op. cit.* n° 16. L'auteur évoque également cet adage latin, mais uniquement en matière de présomption simple et non en matière de présomption irréfragable.

²³⁷ Article 1178, alinéa 2 du Code civil : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

²³⁸ Comp : Dans une perspective plus philosophique, M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, not. p. 476 et s. Dans une perspective linguistique, v. aussi A. Bayart, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 27 et s. et not. p. 28-29.

V. aussi le scepticisme de Jean-Louis Bergel à l'égard de ce critère de distinction, « le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de McGill* 1988, p. 357 et s. et not. p. 363 : « On entendra par fiction toute négation délibérée de la réalité certaine ou possible, afin de produire des effets de droit. [...] Il importe peu alors que, dans certains cas, la réalité de fait soit plus ou moins certainement bafouée, ce qui lierait les fictions à un critère sociologique flottant ».

²³⁹ Rapprochement : J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *op. cit.*, p. 362-363.

ou décisionnelle — prenant le contre-pied de la réalité juridique existante²⁴⁰. On retrouve, par exemple, cette conception chez Demogue :

« La fiction exprime un fait contraire à la nature des choses. On n'entend évidemment par-là ni que la fiction exprime une chose contraire aux lois physiques, ni même aux lois sociales ou morales. On veut dire seulement que la fiction est en opposition avec les règles techniques habituellement reçues »²⁴¹.

La fiction peut ainsi être définie comme toute solution de droit portant atteinte à la cohérence du système juridique²⁴². Un exemple célèbre permettra d'illustrer ces propos. En Angleterre, au XVIII^e siècle, le crime de *grand larceny* était puni de la peine de mort. Pour que le vol soit qualifié de *grand larceny*, la chose ayant été frauduleusement soustraite devait avoir une valeur supérieure à 40 shillings. Pour un vol d'une valeur inférieure, la qualification était celle de *simple larceny* et seule une peine de déportation était prononcée. Or, en 1808, un vol de deux guinées a été commis. La valeur de ce vol fut évaluée par un jury à 39 shillings.

Pourtant, la parité monétaire était alors fixée à 21 shillings pour une guinée. Dans cette configuration, alors que deux guinées valaient incontestablement 42 shillings, les jurés ont fait « comme si » ces deux unités monétaires avaient une valeur de 39 schillings. Or, ce qu'il faut bien voir, c'est que la parité en question avait été établie par une proclamation royale en 1717²⁴³. La décision des jurés méconnaissait cette proclamation royale, elle entraînait en contradiction avec cette dernière. Ainsi, dans cette situation, la fiction procédait d'une distorsion infligée au taux de change, alors défini par les lois sur les parités monétaires en vigueur : il y avait bien négation de la réalité juridique. Par le truchement d'une fiction, le vol de deux guinées se trouvait artificiellement intégré dans le présupposé de la règle juridique sur le *simple larceny*.

²⁴⁰ En ce sens, A.-M. Leroyer, thèse, *op. cit.*, p. 107 : la fiction est « un procédé de logique juridique consistant à affirmer ou à nier, en méconnaissance de la réalité juridique, l'existence d'éléments de fait ou de droit » ; C. Perelman, « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse », in Ch. Perelman, P. Foiriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 339 et s. et not. p. 343 ; S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 169.

²⁴¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 243-244.

²⁴² G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 11.

²⁴³ Monsieur Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 484 : « Ainsi, ce qui est faux dans la décision des jurés (parce qu'il y a bien quelque chose de faux dans cette décision), c'est l'ignorance délibérée des vérités juridiques instituées dans l'ordre législatif des Proclamations royales, vérités qui s'imposent universellement, y compris à ces jurés dans l'exercice de détermination des faits qui leur sont soumis, et qui sont donc ontologiquement supérieures aux vérités juridiques instituées par ce même jury alors même qu'il n'a pas la compétence d'instituer des vérités juridiques ».

114. Ce faisant, les jurés cherchaient à écarter l'application de la règle prévue pour le crime de *grand larceny*, qui était considérée comme excessivement sévère. Mais c'est là évoquer une question différente : celle des finalités poursuivies, de la raison d'être des fictions. Pourquoi les autorités normatives se fondent-elles parfois sur des fictions ?

II) Le rôle des fictions juridiques

115. Si l'on souhaite examiner le rôle des fictions juridiques, c'est aussi parce que nous étudierons ultérieurement les fonctions de la volonté tacite²⁴⁴. À ce titre, nous serons amenés à nous prononcer sur l'opportunité de différentes solutions fondées sur des fictions juridiques. En conséquence, cet examen préliminaire, portant sur les buts traditionnellement attribués aux fictions juridiques, constitue le cadre théorique et conceptuel dans lequel l'étude des fonctions de la volonté tacite viendra naturellement s'insérer. Il n'est pas souhaitable de revenir ici sur l'ensemble des raisons pouvant inciter les autorités à se fonder sur des fictions. Pour la suite de nos développements, il importe surtout de relever que les fictions juridiques ont une fonction politique (A) et une fonction historique (B)²⁴⁵.

A) La fonction politique : nier le réel pour mieux le réguler

116. Par la consécration de fictions, le législateur et la jurisprudence cherchent à promouvoir une politique juridique²⁴⁶. Plus précisément, aux fins de l'impulsion de différentes politiques juridiques, les autorités normatives sont tout d'abord amenées à nier les *faits* les plus palpables. Le droit doit en effet modeler les comportements individuels et collectifs. De cet impératif proprement juridique, de

²⁴⁴ V. *infra* n° 1043 et s.

²⁴⁵ Les fictions permettent également d'introduire dans le système juridique des solutions utiles et justes tout en préservant la cohérence dudit système, fût-ce au prix d'une dénaturation de la réalité matérielle (J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *op. cit.*, p. 366). Par exemple, lorsque le législateur confère la qualité de personne morale à un groupement, il cherche à préserver la cohérence des solutions en vigueur. Et pour cause, par l'intermédiaire de cette fiction, le groupement est assimilé à une véritable personne, et ce faisant, le principe selon lequel seule la personne est titulaire de droits et d'obligations est heureusement préservé. Si le législateur refusait de recourir à cette fiction, s'il conférerait immédiatement des droits subjectifs à un groupement social, le principe précité serait évidemment ébranlé et remis en cause. Cette analyse, cependant, suppose que l'on admette que la personnalité morale repose sur une fiction. Or, on sait que la question a été la source de controverses doctrinales intarissables. Sur ce point, v. par exemple : J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 290-291 et p. 321.

²⁴⁶ A.-M. Leroyer, thèse, *op. cit.*, p. 300 et s. ; J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *op. cit.*, p. 380 : l'auteur parle de « fonction téléologique ». Pour Demogue, « une fiction, comme toute construction juridique, n'est qu'une traduction imparfaite de certains besoins pratiques, et le premier devoir de l'interprète, c'est de rendre compte des raisons pratiques qui l'ont fait adopter » (R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 246).

régulation du monde social, jaillit alors le procédé fictionnel, et plus précisément, cette forme singulière de fiction résultant de la subversion des faits les mieux établis²⁴⁷. Par exemple, l'article 2 de l'ancien Code pénal prévoyait que « toute tentative de crime [...] [était] considérée comme le crime même ». Ainsi, une tentative de crime était purement et simplement assimilée à une infraction consommée. Par le jeu de cette assimilation, le législateur cherchait à promouvoir une certaine politique pénale, elle-même commandée par un objectif de protection de l'ordre social²⁴⁸.

117. Les fictions résultant d'une dénaturation de la réalité *juridique* permettent également d'initier différentes politiques jurisprudentielles et législatives. Ainsi, l'adage selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de ses intérêts constitue une telle fiction. Il y a négation des faits, car le législateur fait « comme si » l'enfant était né et par là même, il méconnaît les données biologiques les plus évidentes. Mais il y a également une dénégation de la réalité juridique : l'enfant à naître est assimilé à un sujet de droit alors que, par principe, seule la personne née vivante et viable est titulaire de droits subjectifs. Par l'admission de cette contorsion juridique, le législateur a initié une politique visant à préserver les intérêts de l'enfant à naître²⁴⁹. Or, il était difficile d'atteindre ce résultat, perçu comme désirable, sans recourir à une fiction juridique.

118. À la lumière de ces développements, on mesure pleinement le rôle joué par les fictions juridiques. Technique de gestion des rapports sociaux, le droit doit prioritairement tendre vers l'effi-

²⁴⁷ Comp : H. Muir Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *op. cit.*, p. 378 : « l'explication de l'omniprésence, ou du moins de la nécessité, des fictions juridiques réside assez clairement dans le fait que le droit constitue un système cognitif artificiel, distinct du monde social qu'il a vocation à régir, avec ses propres appareils conceptuels et sa langue technique, ses impératifs de formalisme et de rationalité. Les fictions apparaissent pour gérer les disjonctions potentielles entre ce système et son environnement, c'est-à-dire, la réalité sociale qui l'entoure et qu'il doit pacifier et mettre en ordre ».

²⁴⁸ J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *op. cit.*, p. 381-382.

²⁴⁹ F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 12 : « fixer le début de l'existence juridique à la naissance a quelque chose d'abrupt et peut déboucher, par le fruit du hasard, sur des solutions inéquitables. Priver de succession un enfant parce qu'il est né quelques jours après la mort de son père est difficilement acceptable. C'est la raison pour laquelle la loi permet à l'enfant simplement conçu de succéder (C. civ., art. 725) et de recevoir des donations (C. civ., art. 906) ».

V. aussi : D. Mazeaud, « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », note sous civ. 2^{ème}, 14 décembre 2017, n° 16-26.687, *RTD Civ.* 2018 p. 72 et s. et not. p. 72 : « Principe général du droit hérité de la nuit des temps, la règle selon laquelle l'enfant simplement conçu, s'il naît vivant et viable, est considéré comme s'il était né chaque fois qu'il y va de son intérêt, repose sur l'équité ».

cacité et la justice et non vers une hypothétique pureté théorique ; c'est pourquoi les fictions paraissent si souvent nécessaires²⁵⁰. Les raisonnements formalistes, purement logiques et déconnectés des buts sociaux à atteindre sont parfois dangereux²⁵¹. Il faut se garder de penser que toute solution juridique fondée sur une fiction est nécessairement injustifiable.

119. Cette fonction politique, généralement attribuée aux fictions, est la plus évidente. Mais la fonction historique est également l'objet de controverses intéressantes.

B) La fonction historique : nier le réel pour créer des règles nouvelles

120. Les fictions constituent un instrument technique par lequel des règles nouvelles et originales sont élaborées et introduites au sein de l'ordonnement juridique²⁵². Pour le montrer, nous pouvons reprendre et préciser l'exemple des « 39 shillings »²⁵³. Au XVIII^e siècle, en Angleterre, les dispositions en vigueur prévoient la peine de mort pour les auteurs de vols de plus de 40 schillings. Nous avons antérieurement évoqué l'épisode très spécifique d'un vol de deux guinées²⁵⁴. Plus généralement, chaque fois que la règle relative au *grand larceny* était *a priori* applicable, la valeur de la chose frauduleusement soustraite était sous-évaluée et fixée à 39 shillings. Ainsi, en jouant sur la qualification des faits litigieux, le jury suspendait l'application de la règle relative au *grand larceny*. Par son caractère constant et systématique, l'usage du procédé fictionnel débouchait sur l'édiction d'une règle nouvelle et originale, dont l'énoncé pourrait être le suivant : « le vol, quel que soit son montant, doit être qualifié de *simple larceny* »²⁵⁵. En apparence, la norme ancienne continuait bien à s'appliquer. Pourtant, la création

²⁵⁰ Rapprochement : S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 172 : « À l'aune des exemples qui ont été donnés, on mesure que la fiction juridique n'est pas un artifice gratuit, mais l'expression d'un “jugement de valeur”, puisqu'en méconnaissant ou travestissant la réalité, elle tend à écarter de façon ponctuelle les conséquences injustes ou incommodes de l'application d'une règle figurant au sein de l'ordonnement juridique. Par-là, elle constitue un mécanisme salubre : destiné à régir un monde vivant, le droit se doit d'être “chair et non métal” ; mieux vaut qu'il soit utile et juste qu'exempt d'impuretés théoriques ».

²⁵¹ Sur la place qui doit être conférée à la logique en droit, v. O.-W. Holmes, « The Path of the law », *Harvard Law review* 1897, p. 463 et s. ; P. Coulombel, « Force et but dans la pensée juridique de Jhering », *RTD civ.* 1957, p. 609 et s. et not. p. 626. Comp : V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *op. cit.* Monsieur V. Heuzé se montre critique à l'égard du « pragmatisme juridique » et souligne l'importance d'un raisonnement logique. Pour une présentation critique de la doctrine du pragmatisme, v. également, L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, *op. cit.*, p. 34 et s.

²⁵² Sur la fonction historique des fictions juridiques, v. not. J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 339.

²⁵³ Sur cet exemple des 39 shillings, v. Ch. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse », in Ch. Perelman, R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 363 et s. et not. p. 364-365.

²⁵⁴ V. *supra* n° 113.

²⁵⁵ Monsieur Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 456.

de cette nouvelle règle implicite avait pour corrélat d'entraver l'application de la norme ancienne ; cette dernière se trouvait privée de toute effectivité²⁵⁶.

121. De ce point de vue, le mécanisme fictionnel prête *a priori* le flanc à la critique. Alors qu'en apparence elles se fondent sur des règles anciennes, les autorités normatives font œuvre créatrice ; elles édictent des normes nouvelles et résolument originales. L'utilisation de la fiction alimente ainsi l'illusion d'une permanence et d'une continuité des règles juridiques en vigueur ; elle dissimule les changements et les mutations qui ébranlent l'ordonnement juridique : « plutôt que d'affronter les ruptures de normes en abandonnant les notions surannées et en forgeant les institutions franchement neuves, le droit adapterait l'ancien au neuf en prêtant au neuf les apparences fallacieuses de l'ancien »²⁵⁷.

122. Cette critique du procédé fictionnel peut être nuancée. Tout système juridique est en effet traversé par une contradiction fondamentale. Dans toute la mesure du possible, le droit doit constituer un cadre stable, fondé sur la pérennité et la stabilité des règles en vigueur²⁵⁸. Néanmoins, face aux irrésistibles transformations de la société, face aux inexorables changements des mœurs, le droit est contraint d'évoluer²⁵⁹. Les mutations de l'économie de marché et le constant bouillonnement d'un corps social en perpétuelle métamorphose appellent irrésistiblement des évolutions normatives²⁶⁰. Or, précisément, il est difficile de faire évoluer le droit. Gény relevait que « notre faculté de créer des concepts vraiment nouveaux, répondant aux exigences de l'évolution du monde, en même temps

²⁵⁶ Ce faisant, il y a aussi un transfert de compétences du pouvoir législatif vers le jury populaire. Ce transfert va être plus ou moins habilement masqué par le procédé fictionnel. Dans la mesure où ils n'ont pas le pouvoir d'édicter des normes juridiques nouvelles, les jurés font « comme si » ils se limitaient à déterminer les faits. Sur ce point, v. M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 456-457.

²⁵⁷ Y. Thomas, « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *op. cit.*, p. 19 ; également cité par S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 171.

²⁵⁸ F. Terré, N. Molfessis, *op. cit.*, p. 683 : « L'activité humaine doit reposer sur un droit stable et non sur les sables mouvants d'une législation en perpétuel changement ».

²⁵⁹ Selon l'illustre formule de Portalis, « les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversément modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau ». (J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éditions Confluences, 2004, p. 17). V. aussi R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », *D.* 1951, p. 29 et s. et not. p. 30 ; R. Saleilles, thèse, *op. cit.*, p. 214 ; A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 1 et s.

²⁶⁰ Comp : G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 31 et s. L'auteur s'interroge sur les grandes découvertes scientifiques qui marquèrent le XIX^e et le XX^e siècle et sur les différentes ondes de choc générées par l'emprise des techniques nouvelles. Si les conditions matérielles d'existence des hommes furent profondément transformées — par l'émergence des chemins de fer, par les automobiles, les avions, le cinéma ou encore le télégraphe —, Ripert considère que ces transformations ne doivent pas nécessairement se traduire par la création et l'émergence d'un droit nouveau. La réflexion de l'auteur demeure cependant assez nuancée, car l'illustre civiliste admet qu'il « est de nombreuses lois modernes qui semblent nécessitées par les découvertes modernes ».

qu'adéquat aux réalités qu'ils saisissent, est infiniment lente»²⁶¹. Pour l'illustre auteur, c'est ce qui explique que le juge procède à des assimilations forcées. Par le truchement de la fiction, il classe sous des concepts préexistants des situations nouvelles, «que les progrès de la vie sociale soumettent à l'exigence d'un règlement, impossible à constituer de toutes pièces»²⁶². Si les changements sociaux appellent certaines évolutions normatives, le législateur et le juge ne peuvent constamment réinventer des concepts originaux, ils ne peuvent sans cesse forger des institutions authentiquement nouvelles. Le recours aux fictions serait ainsi une conséquence de «l'infirmité de notre esprit»²⁶³.

Selon Monsieur M. Xifaras :

«le génie de la fiction juridique serait [...] d'être le lieu où s'articulent des temporalités juridiques hétérogènes, reconduisant les formes anciennes, sans renoncer à produire les formes nouvelles qui, nées dans l'ombre des formules conservées, sont seules capables de traiter correctement de rapports sociaux inédits. La stabilité des structures sociales serait à chercher du côté de la continuité symbolique des formes juridiques, tandis que leur efficacité serait du côté de l'adaptation continuelle aux nouveaux besoins de la société»²⁶⁴.

En d'autres termes, dans l'ombre d'un cadre conceptuel et formel parfaitement intact et heureusement préservé, les règles de droit en vigueur subiraient une transformation substantielle. Il y aurait ainsi une forme d'autoconservation des règles applicables, se traduisant par une continuité formelle et une permanence des catégories juridiques en vigueur, mais sous le paravent de cette continuité symbolique, s'opérerait une évolution des normes substantielles applicables aux rapports de droit ainsi saisis. Sans doute ne faut-il pas surestimer les bienfaits de cette continuité d'ordre purement symbolique ; il n'est pas certain que la préservation du cadre formel existant soit toujours la solution

²⁶¹ F. Génys, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, *op. cit.*, p. 365. Rapprochement J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 338.

²⁶² F. Génys, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, *op. cit.*, p. 365.

²⁶³ *Ibid.* Dans un sens assez similaire : R. Von Jhering, *L'esprit du droit romain*, t. 4, 3^{ème} édition, trad. par O. de Meulenaere, Chevalier-Marescq, 1888, p. 295.

²⁶⁴ M. Xifaras, «Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes», *op. cit.*, p. 461.

V. aussi J.-L. Bergel, «Le rôle des fictions dans le système juridique», *op. cit.*, p. 375 : «Les fictions juridiques semblent donc être le véhicule de l'adaptation du droit à l'évolution de la vie sociale par la continuité de ses instruments : plutôt que de rompre les cadres d'un système juridique établi, on en étend les composantes au-delà de leurs limites antérieures et naturelles».

V. également : J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 338 : «le droit change sans en avoir l'air ; doucement il évolue dans la permanence des formes, évitant des ruptures de cadre qui seraient peut-être des ruptures d'équilibre».

la plus heureuse²⁶⁵. Lorsqu'un résultat pratique similaire peut être atteint, au moyen d'une technique non fictionnelle, cette dernière doit être privilégiée, même s'il est pour cela nécessaire d'innover.

123. Ces remarques liminaires étant faites, nous pouvons maintenant tenter de circonscrire les hypothèses dans lesquelles le recours à la volonté tacite se ramène à un artifice conceptuel ayant pour effet de générer une fiction juridique.

Sous-section 2 : L'application du concept de fiction à l'acte juridique

124. Une donnée est immédiatement acquise. En l'absence de toute volonté réelle, lorsqu'un acte juridique est considéré comme valablement formé, il y a bien une forme de fiction. Cependant, cette dernière résulte uniquement de la négation des faits²⁶⁶. Ce n'est pas cette forme de fiction qui nous intéressera, car le problème de la reconstitution de la volonté réelle est une pure question de fait qui, comme telle, n'est pas d'un intérêt décisif. En outre, face à un cas d'espèce déterminé, il est toujours délicat de catégoriquement nier l'existence de la volonté réelle. La volonté psychologique, nous l'avons dit, est confinée dans le for intérieur, elle est inaccessible à l'observateur²⁶⁷.

125. Il est plus intéressant de se centrer sur la question suivante : dans quelles hypothèses existe-t-il une dénégation de la réalité juridique ? Dans la suite de nos développements, nous chercherons à circonscrire les hypothèses dans lesquelles l'utilisation de la volonté tacite débouche sur une négation de la réalité juridique. Le terme de fiction sera ainsi entendu comme toute solution de droit portant atteinte à la réalité juridique. Pour qu'une solution soit qualifiée de fictionnelle, elle doit, en conséquence, contredire une norme préexistante. Dans sa thèse, Monsieur G. Wicker s'est intéressé à un ensemble de fictions gravitant autour de la théorie de l'acte juridique. À ce titre, il s'est notamment prononcé sur la problématique des manifestations tacites de volonté. En conséquence, on peut tout d'abord examiner la proposition de Monsieur G. Wicker (I). Après avoir présenté l'analyse de cet auteur, on sera amené à formuler une proposition différente (II).

²⁶⁵ En ce sens, J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, op. cit., p. 339. Dans la littérature juridique de langue anglaise, v. aussi l'intéressante analyse de Monsieur M. Del Mar : « Legal Fictions and Legal Change », *International Journal of Law in Context* 2013, p. 442 et s.

²⁶⁶ Plus exactement, dans certaines hypothèses, les données factuelles et juridiques divergent : le droit admet l'existence d'une volonté juridique alors même qu'il n'existe en réalité aucune volonté psychologique.

²⁶⁷ V. *supra* n° 70.

I) La thèse de Monsieur Wicker

126. À la présentation de la thèse (A) succédera une discussion critique (B).

A) Présentation de l'analyse

127. Avant de retracer les développements relatifs à la volonté tacite, il faut brièvement présenter les postulats et axiomes sur lesquels la recherche est assise. Et pour cause, en dernière instance, ces derniers influent sur le point de vue adopté sur la volonté tacite. Dès les premières lignes, l'auteur précise que ses recherches portent sur les fictions résultant d'une dénégation de la réalité juridique. Il définit alors ces dernières comme « toute solution de droit compromettant la cohérence du système juridique »²⁶⁸. En d'autres termes, pour qu'une norme juridique puisse être qualifiée de fictionnelle, elle doit être incompatible avec d'autres règles, édictées par le même ordre juridique. Pour aborder le problème des fictions, Monsieur G. Wicker a ensuite délibérément adopté un point de vue singulier : un point de vue « statique »²⁶⁹. Pour cet auteur, en effet, la fiction est révélatrice d'une « faille dans la construction juridique »²⁷⁰. Dès lors, « l'étude des fictions juridiques doit être conçue comme une invitation à un approfondissement de l'analyse juridique de telle façon que par leur intégration dans la construction juridique elles perdent leur caractère d'anomalie »²⁷¹.

128. S'intéressant à la théorie de l'acte juridique, cet auteur fut ensuite amené à étudier les manifestations tacites de volonté. Il relève que pour qu'un acte juridique soit valablement formé, il faut nécessairement — à tout le moins selon les théories dominantes — qu'une volonté individuelle en soit la source. Or, dans certaines hypothèses, « que la volonté soit réelle ou non, l'acte juridique est considéré comme valablement formé »²⁷². Plus précisément, dans ces dernières hypothèses, dès lors que le comportement adopté par le sujet de droit s'intègre dans le présupposé d'une règle préexistante, le droit admet automatiquement l'existence d'une volonté juridique²⁷³. En d'autres termes, dans une telle hypothèse, c'est une norme objective qui insuffle à un comportement déterminé une intentionnalité juridique.

²⁶⁸ G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 11.

²⁶⁹ V. à cet égard : G. Wicker, « Fiction », *op. cit.* p. 719. Ce point de vue statique s'oppose ainsi à un point de vue dynamique. Dans une perspective dynamique, en effet, la fiction est perçue comme un mécanisme créateur de droit.

²⁷⁰ G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 14.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

L'auteur donne l'exemple du commencement d'exécution. Dans cette situation, du seul fait de son exécution, un contrat est considéré comme valablement formé, qu'il y ait ou non manifestation d'une volonté réelle²⁷⁴. Lorsqu'elle est confrontée à une telle situation, l'autorité judiciaire ne recherche même pas la volonté psychologique ; elle applique simplement une norme, qui attribue automatiquement à la personne exécutant une offre une volonté de conclure le contrat en question. Plus radicalement, Monsieur G. Wicker estime qu'en présence d'une manifestation tacite, « la volonté juridique demeure incertaine, parce qu'elle est déduite de l'interprétation d'un comportement non juridiquement signifiant par lui-même ; c'est-à-dire que l'emploi du concept d'acte juridique, ou plus spécialement de contrat, est constitutif d'une fiction juridique »²⁷⁵.

129. Cette analyse se heurte à certaines objections.

B) Discussion de l'analyse

130. La pensée de l'auteur peut être résumée par la formulation de trois propositions. Pour qu'un contrat soit valablement formé, il faut qu'il existe une volition, c'est-à-dire une volonté psychologique. Or, dans certaines hypothèses, c'est la norme qui érige automatiquement le comportement adopté au rang de manifestation tacite de volonté, qu'il y ait ou non manifestation d'une volonté réelle et sans que le juge recherche une quelconque volonté psychologique. Dès lors, dans ces dernières hypothèses, le contrat repose sur une fiction juridique.

131. Or, le postulat sur lequel l'analyse est assise se heurte à une objection évidente. Pour qu'un contrat soit valablement formé, il faut qu'il existe un accord de volontés. Néanmoins, le droit français exige-t-il nécessairement et en toutes circonstances un accord des volontés *réelles* ? En d'autres termes, la volonté à laquelle le droit des contrats se réfère correspond-elle nécessairement à une volonté *psychologique* ? Il n'est pas possible de l'affirmer aussi rapidement. Si le droit français exige assurément un accord de volonté, aucune règle juridique n'a expressément posé l'exigence d'un accord des volontés

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 86. Toutefois, l'auteur admet expressément que l'analyse qu'il développe ne vaut pas pour toute manifestation de volonté : « À cela pourrait être objecté que le processus n'est pas d'application générale, et que dans nombre de cas les juges procèdent à une recherche de l'intention contractuelle. Sans qu'il soit question de le nier, il est cependant acquis que le phénomène existe et que la tendance est à son extension ».

réelles. Bien au contraire, la règle implicite qui se dégage d'une analyse des dispositions relatives aux vices du consentement montre que le droit français exige uniquement une volonté *juridique*²⁷⁶.

132. Cependant, cette critique doit être immédiatement nuancée, car si Monsieur G. Wicker se réfère dans un premier temps à cette analyse subjectiviste classique, qui postule que le contrat repose sur un accord des volontés réelles, c'est en réalité afin d'en démontrer les failles. Finalement, l'auteur est amené à proposer une nouvelle définition de l'acte juridique²⁷⁷ ; définition qui est en l'occurrence intéressante et très éloignée des canons subjectivistes. Il n'en reste pas moins que, dans le cadre de notre analyse, quant à la caractérisation d'une fiction juridique, nous ne pouvons pas reprendre les critères suggérés par cet auteur. Pour qualifier un acte de fiction juridique, la simple absence de volonté réelle nous paraît insuffisante. Nous proposerons une analyse différente.

II) La thèse retenue

133. Comme évoqué précédemment, la recherche de la volonté tacite intervient en matière de formation et en matière d'interprétation de l'acte juridique. Ainsi, pour chacune de ces deux questions, nous chercherons à circonscrire les hypothèses dans lesquelles l'utilisation de la volonté tacite dégénère en un subterfuge constitutif d'une fiction juridique. On étudiera donc successivement les fictions affectant la formation de l'acte juridique (A) et les fictions affectant son interprétation (B).

²⁷⁶ V. *supra* n° 82 et s. À cet égard, v. également la très belle analyse de Rouhette : « La volonté que l'ordre juridique prend en compte n'est pas la volonté empirique telle qu'elle est donnée dans la réalité psychologique, plus ou moins transfigurée ; c'est une volonté modelée par le droit lui-même, par les conditions qu'il pose à sa prise en considération : exigences relatives à la capacité, à la représentation, la forme, la preuve, la cause, les vices du consentement et l'interprétation, etc., conditions dont on ne peut faire abstraction pour apprécier le contrat en tant qu'institution juridique, puisque l'attribution du caractère juridique dépend de leur respect. C'est-à-dire que la "volonté", dans le contrat, est un phénomène qui a sans doute un substrat réel, mais qui est soumis au minimum, à une évaluation formelle et qui n'est donc plus le phénomène naturel que l'on évoque lorsque l'on parle couramment de volonté » (G. Rouhette, « La force obligatoire du contrat, Rapport français », *op. cit.*, p. 37).

²⁷⁷ Conformément aux postulats sur lesquels la recherche est fondée, l'auteur considère que la caractérisation d'une fiction doit conduire à un approfondissement de l'analyse juridique. Elle doit se traduire par une refonte conceptuelle, par un amendement de la théorie de l'acte juridique existante. Monsieur G. Wicker cherche, en effet, à élaborer une définition de l'acte juridique plus compréhensive, qui serait susceptible d'englober toutes les hypothèses dans lesquelles l'acte juridique ne découle pas d'une volition (G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 94 et s.). Or, une telle définition ne peut reposer sur le critère de la volonté (*Ibid.*, p. 95 et s.). Elle doit reposer sur la notion de cause (*Ibid.*, p. 97 et s.). Dans le sillage de Hébraud et de Hauser, l'auteur considère qu'il faut adopter « une approche dialectique de l'acte juridique conçu comme une interaction, une combinaison variable d'éléments objectifs et subjectifs » (*Ibid.*, p. 97). Par éléments objectifs, il faut entendre non seulement les normes juridiques, mais aussi les faits matériels. L'essence de l'acte juridique tient dans cette combinaison d'éléments objectifs ou subjectifs et plus précisément dans « le lien unissant ces éléments ». Or, précisément, c'est la cause qui constitue le « trait d'union entre les éléments subjectifs et objectifs de l'acte juridique » (Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *op. cit.*, p. 443). En définitive, doit être qualifié d'acte juridique « toute situation nouvelle établissant une combinaison de la volonté et d'éléments objectifs en vue de produire un résultat de droit destiné à satisfaire un besoin individuel, ou, plus largement, une fin particulière à un ou plusieurs sujets ; sans qu'il soit à distinguer selon que l'acte a, ou non, sa source dans une manifestation de leur volonté » (G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 105).

Les propositions formulées dans la suite de ces développements sont uniquement des propositions principales, qui auront donc vocation à être par la suite affinées et précisées. Certains des actes juridiques qui seront ultérieurement étudiés sont en effet régis par un corps de règles spéciales. Pour se prononcer sur le caractère fictionnel de ces actes, ces règles spéciales devront être prises en considération.

A) La caractérisation des fictions affectant la formation de l'acte juridique

134. Selon l'article 1100-1 du Code civil, « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Dès lors, pour qu'un acte juridique soit valablement constitué, il faut qu'il existe une manifestation de volonté. Corrélativement, en l'absence de toute manifestation de volonté, l'acte juridique dont l'existence est affirmée est constitutif d'une fiction juridique. Mais précisément, comment déterminer s'il existe ou non une manifestation de volonté ? L'article 1113, alinéa 2 du Code civil prévoit — nous l'avons vu — que la volonté de contracter doit « résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur »²⁷⁸. La difficulté qui se dresse sur notre chemin tient à ce que le concept de manifestation de volonté et l'exigence d'un comportement non équivoque qui participe de sa définition sont assez vagues et indéterminés. En reprenant les analyses de Hart, Monsieur S. Bollée a souligné que

« le droit a une “texture ouverte” (“open texture”), qui est liée à celle du langage lui-même : quel que soit le soin qui puisse entourer la formulation des règles et des concepts juridiques, il existe inévitablement des cas dans lesquels différentes significations sont susceptibles de leur être attribués, sans que l'une ait une validité objective qui ferait défaut aux autres »²⁷⁹.

²⁷⁸ V. *supra* n° 80.

²⁷⁹ S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 155. V. aussi H. Hart, « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford Press, 1983, p. 265 et s. et not. p. 269, cité par S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 155 : « The fundamental error consists in the belief that legal concepts are fixed or closed in the sense that it is possible to define them exhaustively in terms of a set of necessary and sufficient conditions ; so that for any real or imaginary case it is possible to say with certainty whether it falls under the concept or it does not ; the concept either applies or it does not ; it is logically closed (begrenzt) ». Monsieur S. Bollée avait déjà exploré cette question dans plusieurs de ses contributions : « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », *Rev. arb.* 2016, p. 676 et s. et not. p. 685 ; S. Bollée, « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », *op. cit.*

Les tenants de la doctrine du réalisme juridique ont fait valoir que le système juridique était fondamentalement indéterminé²⁸⁰. Pour les réalistes, chaque norme juridique est porteuse de plusieurs sens et, en interprétant la loi, le juge — par un acte de volonté — choisit de privilégier l'une de ces interprétations²⁸¹.

Or, que l'on adhère ou non à la doctrine du réalisme juridique, que nous avons ici présenté à grands traits, il faut bien constater que l'exigence d'un comportement non équivoque est relativement indéterminée et que plusieurs significations peuvent légitimement être attribuées à cette dernière. En conséquence, dans bien des cas, il est difficile de déterminer si la décision judiciaire est ou non contraire à l'article 1113 du Code civil, si l'acte juridique tacite constaté — par la juridiction saisie — repose ou non sur un comportement non équivoque. Cependant, il nous semble qu'il est à tout le moins possible de déduire de cet article 1113 une exigence minimale. Sauf à ce que la notion de manifestation de volonté soit vidée de toute substance, il faut *a minima* qu'il existe une volonté apparente, elle-même fondée sur des signes objectifs de volonté pertinents. En l'absence de toute volonté apparente, en l'absence de tout signe objectif de volonté, l'acte tacite est fondé sur une fiction juridique. En d'autres termes, *quand il n'existe pas le moindre indice de volonté pertinent*, l'acte tacite repose sur

²⁸⁰ R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini », *Revue* 2013, p. 113 et s., traduit de l'italien par E. Millard, accessible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426902, et not. p. 115 : « Les textes normatifs — « le droit », donc, dans un des sens de ce mot — souffrent de multiples formes d'indétermination. D'un côté, les énoncés normatifs sont souvent ambigus, et donc admettent différentes interprétations : on ne sait pas si l'énoncé E exprime la norme N1 ou la norme N2. D'un autre côté, chaque norme est fatalement vague, et donc admet différentes « concrétisations » : pour une norme N (exprimée ou explicite : identifiée au moyen de l'interprétation textuelle « in abstracto ») on ne sait pas si le cas x tombe ou non dans son champ d'application (et cela dépend de la subsumption, ou de l'interprétation « in concreto » si on veut l'appeler ainsi). Sur le concept d'indétermination, v. également : S. Bollée, « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », *op. cit.* ; A. Le Pillouer, « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit & Philosophie* 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.droitphilosophie.com/articles/indetermination-du-langage-et-indetermination-du-droit-199>

²⁸¹ P. Brunet, « Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche* 2011, p. 9 et s. et not. p. 14 : « Selon une deuxième conception — sceptique — l'interprétation est un acte de volonté et ne peut guère être autre chose compte tenu de l'indétermination du langage normatif qui contraint à faire des choix quant à la signification d'une disposition ».

V. aussi, bien que dans une perspective un peu différente : R. Dworkin, « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy* 1963, p. 624 et s. et not. p. 624 : « To the layman a lawsuit or a trial is an event in which a judge determines a controversy by application of established principles, rather than new principles invented to dispose of the case. [...] To him judges should and in general do, in the words of the admittedly metaphorical maxim, find the law and not make it. [...] The academic branch of the legal profession seems now fairly agreed that the layman is mistaken. His mistake consists in not realizing that in our, as in every mature, legal system there are cases in which the rules of law dictate no result and which therefore force the judge to choose a solution, that is, to exercise judicial discretion ».

Sur la doctrine du réalisme juridique, v. également : B. Leiter, « Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered », *Ethics* 2001, p. 278 et s. ; L.-L. Fuller, « American Legal Realism », *University of Pennsylvania Law Review* 1934, p. 429 et s. ; M. Radin, « Legal realism », *Columbia Law Review* 1931, p. 824 et s.

une fiction²⁸². Précisons, encore une fois, qu'il s'agit uniquement d'une proposition de principe, qui au contact des différents actes juridiques spéciaux que nous serons amenés à étudier, aura ultérieurement vocation à être affinée.

135. Par signe objectif de volonté, il faut entendre tout écrit, parole, geste ou acte matériel contribuant à l'établissement d'une volonté apparente. Il n'est pas nécessaire que ce signe objectif soit parfaitement probant, mais il doit au moins constituer un indice de volonté. En conséquence, dans une hypothèse déterminée, s'il existe une volonté réelle et que cette volonté réelle a valablement été extériorisée, il existera nécessairement un ou plusieurs signes objectifs de volonté. Mais *a contrario*, dans certaines hypothèses, alors même qu'il n'y a pas de volonté réelle, il existe bien une volonté apparente. Un exemple permettra de s'en convaincre. Dans l'hypothèse d'une vente aux enchères, supposons que l'un des participants lève la main pour saluer un ami. Le commissaire-priseur estime que le participant a accepté l'offre de vente. Existe-t-il une fiction juridique ? Une réponse négative s'impose, car une volonté apparente existe bel et bien. Même si le participant n'a pas *réellement* eu la volonté d'accepter l'offre, il serait pour le moins excessif d'affirmer que le contrat existant est fondé sur une fiction juridique.

136. Pour qu'une fiction juridique puisse valablement être constatée, il faut démontrer qu'il n'existe aucun indice de volonté pertinent. Dans une telle situation, en effet, le comportement du sujet de droit est incontestablement équivoque et il y a donc une négation de l'exigence figurant à l'article 1113 du Code civil. Or, loin d'être anecdotiques, de telles hypothèses se rencontrent assez fréquemment. Pour ne pas trop anticiper sur nos développements ultérieurs, nous donnerons un exemple tiré du droit interne : celui de la convention d'assistance bénévole²⁸³. Un célèbre arrêt, rendu le 1^{er} décembre 1969, permettra d'illustrer cette problématique²⁸⁴. Les faits litigieux puisent leur source dans un accident de la circulation : un « vélomoteur » rentre en collision avec une automobile. Le

²⁸² Quant à l'article 1113 du Code civil, on pourrait reprendre la distinction des cas simples et des cas difficiles (sur cette dernière, v. par exemple : P. Brunet, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques* 2016, p. 9 et s. et not. p. 17-18 ; P. Brunet, « Interprétation normative et structure du système juridique », *op. cit.*, p. 16-17). Dans certains cas, le comportement est sans conteste équivoque : par exemple, en cas de silence pur et simple. De même, dans certaines hypothèses, le comportement est incontestablement non-équivoque : par exemple, en cas de signature du contrat. Cependant, dans d'autres hypothèses — les cas complexes (*hard cases*) —, l'hésitation est permise et il faut alors admettre que le juge a toute latitude pour déterminer s'il y a ou non une manifestation de volonté.

²⁸³ Sur cette notion de convention d'assistance bénévole, v. par exemple : A. Sériaux, « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 299 et s. ; R. Bout, « La convention dite d'assistance », in *Études offertes à Pierre Kayser. Tome 1*, PUAM, 1979, p. 157 et s.

²⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1969, *Bull. civ.* 1969. I, n° 375 ; *D.* 1970. 422, note Puech ; *JCP G* 1970. II. 16 445, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1971. 164, obs. G. Durry.

vélocycle prend feu et un passant intervient pour tenter d'éteindre les flammes avec un extincteur. Il est malheureusement blessé par l'explosion d'un réservoir.

Or, dans cette hypothèse, la Cour d'appel considéra qu'un contrat tacite avait été formé entre les parties. La formation de cette convention d'assistance bénévole avait pour effet d'obliger le propriétaire du vélocycle à réparer le dommage causé au passant qui était intervenu pour l'aider. Le pourvoi objecta que la Cour d'appel n'avait pas relevé le consentement de l'assisté. La Cour de cassation balaya cette objection d'un revers de plume, affirmant que « la Cour d'appel n'avait pas à relever le consentement exprès de l'assisté, dès lors que, lorsque l'offre est faite dans son intérêt exclusif son destinataire est présumé l'avoir accepté »²⁸⁵.

La solution paraît pourtant contestable. Tout d'abord, il n'est pas possible — sans une part d'artifice — de prétendre que l'offre destinée à l'assisté était dans son intérêt *exclusif* alors que, précisément, la formation de la convention débouchait sur la naissance d'une obligation d'indemnisation pesant sur l'assisté²⁸⁶. Ensuite, si l'on regarde — non plus la seule acceptation — mais le schéma général de formation du prétendu contrat, le doute s'accroît. Pour qu'un contrat soit valablement formé, en effet, le simple accord des volontés ne suffit pas. Les volontés exprimées doivent avoir « pour objet de créer des obligations, des engagements juridiquement exécutoires »²⁸⁷.

Or, dans une telle hypothèse, les volontés n'avaient pas été exprimées en vue de la production d'effets juridiques. Certes, les parties avaient éventuellement conclu un accord tacite : le passant avait offert son assistance et l'assisté avait implicitement accepté cette proposition. Néanmoins, les parties n'avaient jamais manifesté — même tacitement — leur intention de se *lier* par un contrat²⁸⁸. Dans

²⁸⁵ Pour Monsieur R. Bout, cette « décision étonnante, critiquée par une doctrine quasi-unanime, a eu le mérite de révéler le total artifice de cette construction jurisprudentielle » (R. Bout, « La convention dite d'assistance », *op. cit.*, p. 181-182).

²⁸⁶ En ce sens, R. Bout, « La convention dite d'assistance », *op. cit.*, p. 182. Comp : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 373.

²⁸⁷ En ce sens, v. J. Ghestin, « La notion de contrat », *Droits* 1990, *op. cit.*, p. 18 : « Pour qu'un accord soit véritablement contrat, il faut qu'il ait été conclu en vue de produire des effets juridiques. De nombreux accords se situent ainsi en dehors du domaine du droit et, de ce fait, ne comportent pas de sanction juridique » ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, tome 1, Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, p. 373. Comp : Th. Genicon, « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d'assistance bénévole », *RDC* 2014, p. 16 et s.

²⁸⁸ R. Bout, « La convention dite d'assistance », *op. cit.*, p. 183-184.

une telle situation, on peine à déceler le moindre signe objectif de volonté, le moindre indice de volonté pertinent. Un tel acte juridique repose sur une fiction²⁸⁹.

137. En matière d'interprétation de l'acte juridique, pour définir la fiction, un critère similaire peut être dégagé.

B) La caractérisation des fictions affectant l'interprétation de l'acte juridique

138. Le contenu du contrat ne se réduit aucunement à un complexe d'obligations et de droits subjectifs dérivant du vouloir des parties. Au contraire, le contenu conventionnel est — du moins pour partie — déterminé par le droit objectif. Pour cause, dans le silence du contrat, les règles supplétives viendront combler les lacunes de l'*instrumentum*. En outre, l'article 1194 du Code civil dispose que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi »²⁹⁰. Dès lors, comme cela a été souligné par Monsieur G. Wicker, du point de vue de la fiction, peu importe que le sujet ait voulu se soumettre à l'ensemble des stipulations contractuelles²⁹¹ ; une « certaine détermination de la volonté par le droit objectif » est parfaitement admissible²⁹².

139. Toutefois, dans certaines hypothèses, sous couvert d'une recherche de la volonté réelle, tacitement exprimée, le juge va en réalité créer une norme contractuelle nouvelle qui s'adjoindra aux obligations voulues par les parties. Or, dans une telle hypothèse, le « forçage du contrat », dissimulé sous le voile de l'interprétation subjective, apparaît comme générateur d'une fiction juridique. Lorsqu'il se fonde sur l'article 1188 du Code civil, le juge doit en effet rechercher la commune inten-

²⁸⁹ Rapprochement : A. Sériaux, « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », *op. cit.*, p. 303-304 ; R. Bout, « La convention dite d'assistance », *op. cit.*, p. 182.

Sur cette problématique, v. aussi : R. Libchaber, « Heurs et malheurs d'une catégorie mal conçue : la convention d'assistance bénévole », note sous civ. 1^{ère}, 18 janvier 2023, *RDC* 2023, p. 14 et s. et not. p. 15.

Pourtant, en jurisprudence, de telles conventions d'assistances bénévoles sont fréquemment caractérisées : Civ. 2^{ème}, 5 février 2015, n° 13-27.780 ; Civ. 2^{ème}, 12 septembre 2013, n° 12-23.530, *RDC* 2014. 16, obs. T. Genicon ; Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-17.880, *Bull. civ.* I, n° 243 ; *RTD civ.* 1997. 944, obs. P. Jourdain ; Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1996, n° 94-21.838 ; *Bull. civ.* I, n° 463 ; *RTD civ.* 1997. 431, obs. P. Jourdain ; Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, n° 91-12.131 ; *Bull. civ.* I, n° 42 ; *JCP G* 1993. I. 3727, n° 5, obs. G. Viney ; Soc. 21 juillet 1986, n° 84-11.626, *Bull. civ.* V, n° 421 ; *RTD civ.* 1987. 533, obs. J. Mestre.

²⁹⁰ Sur ce texte, v. Ph. Jacques, thèse, *op. cit.*

²⁹¹ G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 79.

²⁹² *Ibid.*

tion des parties, c'est-à-dire qu'il doit découvrir la volonté réelle. L'article 1188 — comme l'article 1156 avant lui — n'impose aucunement la reconstitution d'une volonté *certaine*. Mais toujours est-il que lorsqu'il se fonde sur une intention tacite, le juge doit à tout le moins procéder à une véritable recherche de la volonté réelle. Or, ce qu'il faut bien apercevoir, c'est que « la mise en œuvre d'une interprétation fidèle (ou “statique”) des volontés suppose, au moins pour partie, *le recours à des données objectives* »²⁹³.

140. Dès lors que l'interprétation judiciaire n'est fondée sur aucun signe objectif de volonté, dès lors qu'elle est décorrélée de tout indice de volonté pertinent, elle repose sur une fiction. Or, de telles hypothèses sont loin d'être rares. Gounot relevait déjà que dans maintes occasions, « ce n'est que lorsque le juge a découvert [...] la solution postulée par l'équité, qu'au nom du dogme de l'autonomie il imagine quelque “commune intention” et qu'il dissimule derrière de prétendues volontés objectives le juste objectif »²⁹⁴. Dans nombre de contentieux, alors que l'autorité judiciaire prétend simplement révéler la commune intention des parties, elle forge en réalité une norme contractuelle nouvelle qui aura pour effet de contraindre les contractants.

²⁹³ J. Dupichot, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », *op. cit.*, p. 187 (c'est l'auteur qui souligne).

²⁹⁴ E. Gounot, thèse, *op. cit.*, p. 213.

Conclusion du chapitre préliminaire

141. Pour déterminer si un contrat est valablement formé, deux approches différentes peuvent être adoptées : une approche subjective, fondée sur la recherche de la volonté réelle, et une approche objective, centrée sur la reconstitution d'une volonté apparente. Pour déterminer si un comportement donné est constitutif d'une manifestation tacite de volonté, l'approche objective a notre faveur. Outre qu'elle repose sur des postulats plus réalistes, une telle approche répond à l'objectif de préservation de la sécurité juridique. Du reste, pour déterminer s'il existe une manifestation de volonté tacite, cette approche objective peut possiblement être adoptée. En effet, aucun des articles du Code civil ne prescrit une recherche de la volonté réelle.

142. Au surplus, une analyse de l'ensemble des dispositions du Code civil montre qu'il existe d'ores et déjà un principe implicite en vertu duquel un contrat peut valablement être formé sans qu'il y ait un accord des volontés réelles. Dès lors, du point de vue de la lettre du Code civil, comme du point de vue de son esprit, rien ne s'oppose à ce qu'une approche objective, s'éloignant de la recherche de la volonté psychologique, soit adoptée par le juge. Corrélativement, dans la suite de cette étude, pour l'analyse des actes tacites régis par le droit français, nous privilégierons une telle approche. L'analyse critique qui sera ultérieurement développée prendra ainsi la forme suivante : face à un acte juridique donné, afin d'apprécier la réalité du consentement, nous chercherons à déterminer si le destinataire de la déclaration tacite a raisonnablement pu voir dans le comportement adopté une manifestation de volonté.

143. En matière d'interprétation, le constat diffère, car l'article 1188 du Code civil impose prioritairement une recherche de la volonté réelle. En conséquence, en cette matière, l'usage de la volonté tacite devra être passé au crible d'une analyse subjective : il sera — malheureusement — nécessaire de déterminer si les parties avaient, en leur for intérieur, la volonté d'atteindre tel ou tel résultat juridique. Toutefois, pour l'interprétation du contrat, le recours à la volonté tacite est également borné par deux types de limites qui devront soigneusement être prises en considération. Une limite, proprement juridique, tient au contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises. Toute recherche d'une volonté tacite est bornée par ce contrôle. Au demeurant, pour qu'une volonté tacite soit établie, il faut préalablement s'assurer que la commune intention des parties existe bien. Or, il n'est pas rare que cette commune intention soit inexistante, soit que les parties n'aient pas envisagé le problème en

cause, soit que leurs intentions aient été divergentes. Dans une telle configuration, le recours à la notion de volonté tacite repose sur une fiction.

Plus précisément, que ce soit pour la formation du contrat ou pour son interprétation, si la volonté tacite dont se prévaut le juge est déconnectée de tout indice objectif de volonté, on sera bien en présence d'une fiction juridique. Pour mener à bien notre démonstration, il nous faut maintenant quitter les rives de la théorie générale du contrat pour examiner l'ensemble des solutions fondées sur la volonté tacite en droit international privé.

Première partie : Les différentes manifestations de la volonté tacite

144. Dans cette première partie, nous procéderons à une classification et à une systématisation des solutions fondées sur le concept de volonté tacite. Cette entreprise de systématisation des solutions nous paraît essentielle²⁹⁵. Comme on a pu le souligner, « le pouvoir [...] secrète au jour le jour, par strates ou convulsions successives, un droit positif hérissé d'imperfections et dépourvu de cohérence »²⁹⁶. Il incombe ainsi à la doctrine « de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer [...] en une matière intelligible » et de « ramener à des lignes simples le chaos des espèces »²⁹⁷. En analysant un agrégat de décisions éparses, l'interprète, par induction, dégage les lignes de force de ce droit prétorien en construction²⁹⁸. Il identifie les normes jurisprudentielles qui procèdent de ce magma de décisions. En un mot, l'interprète construit un système²⁹⁹.

²⁹⁵ Sur l'importance de la systématisation pour la science juridique, v. par exemple : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., p. 19 et s.

²⁹⁶ Ph. Jestaz, Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, p. 167 et s. et not. p. 172.

Rapprochement : R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit*, op. cit., p. 25 : « Parce qu'il y a un législateur, des tribunaux, des autorités, des juristes divers aux statuts variés, il y a une irréductible part de confusion, de contradiction même, dans ce discours d'ensemble qu'on appelle le droit, de façon indifférenciée. La pluralité des modes de production est la cause d'un désordre natif, mais constant, qui participe si intimement du phénomène qu'on ne saurait le comprendre dans un état paisible, stabilisé ». V. aussi, du même auteur : « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 505 et s.

²⁹⁷ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99 et s., Reproduit in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 3 et s. et not. p. 6. À cet égard, v. également H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préface, 1^{ère} édition, 1934, Dalloz, réédité en 2024, p. V-VI : « Les juristes contemporains ont compris que leur mission consistait à étudier, à critiquer ce droit en formation [le droit jurisprudentiel], à le dégager de la masse des décisions où il se trouve enfoui comme le minerai dans le sol, à le mettre au jour, à le dépouiller de ses scories, en un mot à le systématiser. C'est à eux, en effet, qu'incombe cette mission de découverte, de direction et de redressement ».

²⁹⁸ Pour Monsieur J.-P. Chazal, ce travail de systématisation repose toujours sur une forme de construction ; l'analyse n'est jamais purement descriptive, elle n'est jamais entièrement neutre : « ne pouvant accéder directement et pleinement au droit en tant que réalité, la doctrine bâtit des systèmes explicatifs, élabore des théories, forge des concepts pour le rendre intelligible et cohérent, du moins partiellement. Mais l'épistémologie nous apprend que jamais les théories ne sont objectives, car le réel ne se donne pas immédiatement à la connaissance et la vérité ne gît ni dans l'évidence ni dans la simplicité. [...] L'illusion de la neutralité de la théorie générale sous couvert de positivité, qui occulte le rôle constructif de la doctrine, doit être combattue » (J.-P. Chazal, « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003/1, p. 27 et s. et not. p. 29).

²⁹⁹ En droit, « la systématicité n'est pas un donné de l'ordonnement normatif ; il s'agit plutôt d'un construit permettant de s'orienter au sein du donné et d'en améliorer l'emploi possible : connaissance et classification des sources, permettant de trouver la norme de conduite pertinente » (L. d'Avout, « La notion de système dans le droit contemporain », in C. Nourissat, L. Pailler (dir.), *Un système de droit international privé de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2023, p. 29 et s. et not. p. 39).

145. Lorsque l'on examine les solutions fondées sur le concept de volonté tacite, le besoin de systématisation paraît particulièrement pressant. Les solutions sont, pour l'essentiel, jurisprudentielles, éparses et casuistiques. Souvent élaborées par les juges, au gré des espèces et sous la pression d'un certain empirisme, elles manquent parfois de cohérence et d'intelligibilité. La systématisation des solutions permettra de comprendre ce que recouvre le concept de volonté tacite et de cerner la place qu'il occupe — à travers ses différentes manifestations — au sein du droit international privé contemporain.

146. Cependant, et contrairement à ce que l'intitulé pourrait laisser augurer, l'analyse développée au titre de cette première partie ne sera pas purement descriptive ; elle sera aussi critique. Plus précisément, l'analyse critique développée au titre de cette première partie sera prioritairement focalisée sur l'évaluation de la réalité et de la consistance de la volonté imputée aux parties. Ainsi, dans l'immédiat, nous essaierons — autant que faire se peut — de nous borner à développer une analyse essentiellement technique³⁰⁰.

Du point de vue de la consistance de la volonté imputée aux parties, trois hypothèses doivent être distinguées. Tout d'abord, nous l'avons dit, dans certaines situations, la volonté tacite se réduit à un artifice conceptuel dont le juge va se prévaloir afin d'engendrer une fiction de contrat³⁰¹. Lorsqu'en l'absence de tout indice objectif de volonté, lorsqu'en l'absence de toute volonté apparente, le juge érige un comportement déterminé au rang de manifestation de volonté, nous serons en présence d'une fiction : une fiction par négation de la *réalité juridique*³⁰². Dans le cadre de nos analyses, la fiction désigne ainsi une solution juridique entrant en contradiction avec les principes qui gouvernent la

³⁰⁰ Autant que faire se peut, disions-nous, car il est sans doute naïf de penser que le juriste, même lorsqu'il s'efforce de rester dans une analyse technique, peut rester entièrement indifférent aux sirènes de la justice et de la politique, qu'il est imperméable à leur force d'attraction. Nietzsche, déjà, se raillait des philosophes qui, faisant « semblant d'être parvenus à leurs opinions par le développement d'une dialectique froide, pure et divinement insouciant [..], défendent au fond une thèse anticipée, une idée subite, une "inspiration" et, le plus souvent, un désir intime qu'ils présentent d'une façon abstraite, qu'ils passent au crible en l'étayant de motifs laborieusement cherchés. Ils sont tous des avocats qui ne veulent pas passer pour tels » (*Par-delà le bien et le mal*, Librairie Générale Française, 1991, 2000, p. 51-52). On peut se demander si, à l'instar de ces philosophes, certains juristes ne s'efforcent pas de défendre et de justifier, par une analyse technique menée *a posteriori*, des solutions posées *a priori*, et avant toute réflexion technique, comme justes et opportunes. Kessler écrivait ainsi à l'égard du contrat d'adhésion : "technical doctrines of the law of contracts cannot possibly provide the courts with the right answers. They convince only those courts which are already convinced" (F. Kessler, "Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 1943, p. 629 et s. et not. p. 639). Nous essaierons — tant que faire se peut — de ne pas tomber dans cet écueil.

³⁰¹ V. *supra* n° 55.

³⁰² V. *supra* n° 103 et s.

formation et l'interprétation du contrat. En conséquence, lorsque nous retenons le qualificatif de fiction, nous ne voulons pas affirmer que la volonté — au sens psychologique du terme — n'a, *en fait*, pas existé. Notre affirmation signifie simplement que la solution reposant sur une fiction vient contredire une norme juridique préexistante³⁰³.

Au contraire, dans d'autres situations contentieuses, l'acte tacite procède d'une véritable manifestation de volonté. Des indices de volonté probants permettent à l'interprète de reconstituer une volonté apparente. Enfin, entre ces deux situations extrêmes, des hypothèses intermédiaires sont susceptibles d'émerger. Dans ces dernières, le raisonnement relatif à la reconstitution de l'intention des parties est contestable, mais il existe tout de même certains indices de volonté et il serait excessif de parler de fiction. L'admission de cette catégorie intermédiaire paraît nécessaire, car les solutions qui sont constitutives du droit positif peuvent être placées sur un continuum. Entre les solutions pleinement convaincantes et les solutions fondées sur des fictions, en effet, il existe toute une gamme de solutions intermédiaires. L'adoption d'une classification purement binaire nous conduirait à proposer une lecture du droit positif qui serait trop homogénéisante, une lecture qui gommerait les disparités existant entre les différents mécanismes étudiés.

147. Afin de procéder à cette classification et à cette analyse critique des solutions fondées sur la volonté tacite, les actes unilatéraux devront être distingués des accords tacites. Par accord tacite, il faut entendre tout accord par lequel *chacune des deux parties* a tacitement exprimé sa volonté. Cette distinction s'impose pour deux raisons complémentaires. En premier lieu, dans l'hypothèse d'un accord tacite, l'interprète se trouve confronté à une double incertitude³⁰⁴. Les volontés de chacune des deux parties doivent être reconstituées et les difficultés probatoires qui en surgissent s'en trouvent évidemment décuplées. Par voie de conséquence, la catégorie de l'accord tacite se trouve traversée par une interrogation singulière et originale.

Le soi-disant accord tacite, qui est consacré par le juge, n'est-il pas en réalité le produit d'une volonté unilatérale, d'une volonté émanant uniquement de l'un des contractants³⁰⁵ ? On peut craindre, en effet, que le juge consacre la volonté de l'une des parties au détriment de l'autre. En second lieu,

³⁰³ V. *supra* n° 124 et s.

³⁰⁴ Si l'on raisonne sur l'hypothèse la plus simple d'un contrat conclu entre deux parties.

³⁰⁵ J. Chabas, thèse, *op. cit.*, p. 81 : Quand « la volonté des parties n'a pas été exactement concordante, et lorsque le juge tranche le différend survenu en considération de la commune intention des parties, il ne fait bien souvent que consacrer l'intention de l'une au détriment de l'autre ».

et plus fondamentalement, du point de vue des modes d'expression de la volonté, certains actes unilatéraux sont gouvernés par un régime particulier, par un ensemble de règles singulières et caractéristiques³⁰⁶. Ces règles appellent en conséquence une analyse spécifique. Pour ces deux raisons, l'étude de l'acte unilatéral (Titre 1) doit être distinguée de celle de l'accord tacite (Titre 2).

³⁰⁶ Précisons que ces différences de régime s'observent uniquement en matière d'expression de la volonté. Dans une perspective plus globale, au contraire, le régime de l'acte unilatéral est, en principe, calqué sur celui du contrat.

Titre 1 : L'acte unilatéral tacite

148. Dans son acception la plus classique, l'acte juridique unilatéral désigne la manifestation de volonté par laquelle une personne détermine des effets de droit³⁰⁷. Ainsi entendu, l'acte unilatéral présente une physionomie particulière ; il se singularise du contrat par le fait qu'il est le produit d'une seule manifestation de volonté³⁰⁸. La catégorie de l'acte unilatéral embrasse un ensemble d'opérations juridiques multiples et hétérogènes et ne sera donc pas l'objet d'une analyse exhaustive³⁰⁹. Le processus de coordination des ordres juridiques nous semble prioritairement affecté par deux types de manifestations unilatérales de volonté. Nous envisagerons successivement le problème des renonciations tacites (chapitre 1) et celui de l'acceptation tacite (chapitre 2).

³⁰⁷ V. par exemple : J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, p. 3 ; J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, p. 1189 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 70. V. aussi : J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur la notion et sa technique en droit civil*, thèse, Toulouse, 1951.

³⁰⁸ En réalité, cette définition n'est pas tout à fait satisfaisante, car dans des hypothèses marginales, l'acte unilatéral peut être le produit de plusieurs volontés. Lorsque plusieurs déclarations de volonté sont orientées vers une même finalité, cette pluralité ne fait pas obstacle à la qualification d'acte unilatéral. Par exemple, auparavant, la déclaration d'émancipation d'un mineur résultait d'une déclaration conjointe, effectuée par le père et la mère du mineur. Elle était pourtant analysée comme un acte unilatéral (v. à cet égard : J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, p. 1189, note de bas de page n° 3). Sur cette problématique, v. J. Martin de la Moutte, thèse, *op. cit.*, p. 53. Selon cet auteur, un acte unilatéral peut résulter de plusieurs volontés. Par principe, l'acte unilatéral résulte d'une manifestation de volonté unique, efficace par elle-même, sans que le concours d'une autre volonté soit nécessaire. Mais, « l'élément formel tenant au nombre de volonté ne peut être utilisé qu'avec la valeur d'un simple indice du caractère unilatéral d'un acte. [...] C'est pourquoi il y a lieu de [...] vérifier en creusant le mécanisme de l'opération qui doit, pour être unilatérale, ne jamais exprimer des intérêts contradictoires, mais au contraire, selon la formule que nous avons préconisée, traduire l'intérêt prédominant d'une partie unique » (c'est nous qui soulignons).

³⁰⁹ J. Martin de la Moutte, thèse, *op. cit.*, p. 16 : « La multiplicité et la diversité des actes qui sont rangés parmi les actes unilatéraux sont incontestables. Demogue qui s'efforce d'en dresser la liste, en énumère une cinquantaine. De son côté, Capitant semble chercher davantage à en souligner la variété que le nombre ». De nombreux travaux doctrinaux attestent de surcroît d'un renouveau de l'unilatéralisme et mettent en lumière la multiplication des prérogatives unilatérales accordées aux contractants : v. par exemple : P. Ancel, « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », in S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 307 et s.

Chapitre 1 : Les renonciations tacites

149. Parfois appréhendée comme « un suicide juridique »³¹⁰, la renonciation peut être définie — dans une perspective plus technique — comme l’acte juridique unilatéral par lequel le titulaire d’une prérogative abdique cette dernière³¹¹. Ainsi entendue, la renonciation présente deux caractéristiques fondamentales. Elle constitue tout d’abord un acte abdicatif. Cet acte juridique est, ainsi, indissolublement lié à la perte, ses effets s’épuisant dans l’extinction de la prérogative conférée au sujet de droit³¹². Une telle caractéristique est, au demeurant, parfaitement conforme au sens communément attribué à ce terme : « Entendu dans ses significations littérales, le mot “renonciation” exprime clairement l’abandon, le désistement ; cela est si vrai qu’on emploie communément le mot renonciation pour désigner l’abandon de ce qui est le plus intimement lié à l’individu et qui n’a aucune valeur en dehors de l’individu. Renonciation à un idéal, à sa foi, à la vie »³¹³.

150. La renonciation constitue ensuite un acte unilatéral. Certes, le caractère unilatéral des renonciations a été contesté et, dans le silence de la jurisprudence³¹⁴, cette contestation s’est progressivement muée en controverse doctrinale³¹⁵. Toutefois, une récente décision de la Cour de cassation a affirmé que « la renonciation à un droit est un acte unilatéral »³¹⁶, de sorte que le débat qui a traversé la doctrine française est appelé à se résorber. Dans la suite de ces développements, la renonciation sera en conséquence entendue, conformément à son sens le plus classique, comme un acte unilatéral. De toute évidence, une telle définition ne fait pas obstacle à ce que coexistent, aux côtés des renonciations, des conventions abdicatives, lesquelles formeraient ainsi les deux subdivisions d’une catégorie plus vaste : celle de l’acte abdicatif³¹⁷.

³¹⁰ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 79.

³¹¹ D. Houtcieff, « Renonciation », *Rep. Civ. Dalloz*, 2017, n° 1.

³¹² Sur ce caractère abdicatif, v. F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 29.

³¹³ S. Lessona, « Essai d’une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD civ.* 1912, p. 361 et s. et not. p. 362.

³¹⁴ La ligne jurisprudentielle ne semblait pas parfaitement fixée. Les partisans du caractère unilatéral de la renonciation invoquaient le plus souvent un arrêt ancien rendu par la chambre des requêtes : Req. 19 novembre 1855, *J.* 1856. 1. 146 ; *D.* 1856. 1. 455. Pour une analyse plus exhaustive de la jurisprudence antérieure, v. P. Raynaud, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *RTD civ.* 1936, p. 763 et s. et not. p. 774.

³¹⁵ Sur laquelle, v. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, p. 750 et s. En faveur du caractère unilatéral, parmi une littérature immense, v. not. J. Martin De La Moutte, thèse, *op. cit.*, p. 104 ; P. Raynaud, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *op. cit.* ; S. Lessona, « Essai d’une théorie générale de la renonciation en droit civil », *op. cit.* Contre le caractère nécessairement unilatéral, v. not. F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 29 et s.

³¹⁶ Civ. 2^{ème}, 2 février 2017, n° 16-13.521, *D.* 2017. 350 ; *Dalloz actualité*, 22 février 2017, obs. T. de Ravel d’Esclapon.

³¹⁷ Sur cette notion, v. Y. Seillan, « L’acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, p. 686 et s.

151. Par conséquent, certains actes, désignés par la jurisprudence comme des renonciations, ne seront pas appréhendés au sein de ce chapitre. En particulier, la « renonciation à la convention d'arbitrage »³¹⁸ ne sera pas analysée immédiatement, car il nous semble que du fait de son caractère bilatéral, elle doit être appréhendée comme une convention abdicative³¹⁹. En effet, dans sa forme la plus classique, la renonciation à la convention d'arbitrage présente la structure suivante : un plaideur, lié par une convention d'arbitrage, initie une action devant un tribunal étatique et manifeste ainsi son intention de renoncer à ladite convention. Le défendeur comparait. Il ne soulève pas l'incompétence du tribunal saisi et manifeste ainsi tacitement son acceptation de la compétence du juge étatique³²⁰. Dans une telle configuration, la prétendue renonciation dérive bien d'un accord tacite, elle s'intègre et se fonde au sein d'une convention.

152. Du point de vue de leur objet, du point de vue du droit abdiqué, les renonciations paraissent très diverses. Or, les règles qui gouvernent l'expression de la volonté abdicative dépendent, au moins pour partie, de l'objet de la renonciation. C'est pourquoi, pour donner une vue du droit positif qui ne soit pas tronquée, pour livrer une description de la jurisprudence qui ne soit pas trop lacunaire, il faudra tout d'abord revenir sur les différents types de renonciations (section 1). Cela nous permettra, ainsi, de cerner les conditions dans lesquelles ces différents actes de renonciation peuvent être caractérisés. Néanmoins, les renonciations tacites présentent également certains traits communs et appellent donc irrésistiblement une analyse unitaire. Plus précisément, les renonciations formées durant le contentieux présentent des similarités. Nous chercherons à démontrer que ces renonciations — par lesquelles un plaideur engagé dans un contentieux abdiquerait l'un de ses droits — sont affectées d'un vice de formation (section 2).

³¹⁸ L'expression est très fréquemment employée en jurisprudence et en doctrine : v. par ex. civ. 1^{ère}, 15 juin 1975, *Rev. Arb.* 1976. 189, note E. Loquin ; Civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, *JDI* 1978, note B. Oppetit ; *Rev. Arb.* 1979. 230, note P. Level.

³¹⁹ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 221 : l'auteur voit dans la renonciation à la convention d'arbitrage une hypothèse particulière de *mutuus dissensus*.

³²⁰ C'est du moins l'analyse qui, à tort ou à raison, est préconisée par la jurisprudence. La volonté de renoncer à la convention d'arbitrage est déduite du silence du plaideur.

Section 1 : Des renonciations diverses par leur objet

153. Cette première section sera surtout descriptive. Il convient de présenter le droit positif, d'en saisir les principaux rouages, avant d'en proposer une analyse critique. La problématique des renonciations au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil sera tout d'abord abordée (sous-section 1). Nous nous intéresserons ensuite aux renonciations aux immunités étatiques (sous-section 2)³²¹. Enfin, nous verrons qu'en matière d'arbitrage, les parties peuvent renoncer à se prévaloir des irrégularités qui affectent la procédure arbitrale (sous-section 3). Dans chacune de ces hypothèses, afin de déterminer s'il y a ou non renonciation, les juridictions françaises se réfèrent à la *lex fori*; le raisonnement conflictuel n'a qu'une emprise très résiduelle.

Sous-section 1 : Les renonciations au privilège de nationalité

154. Bien que très contestés, les privilèges de juridiction institués par les articles 14 et 15 du Code civil subsistent au sein de notre système juridique³²². Dès lors qu'une partie au litige est de nationalité française, ces deux textes ont pour effet de conférer compétence aux tribunaux de notre ordre juridique. Certains auteurs ont estimé que ces textes, qui avaient pour effet de presque systématiquement favoriser le plaideur de nationalité française, étaient une manifestation éclatante d'un nationalisme inacceptable³²³. Dans le sillage de cette analyse, la défiance à l'égard des juridictions étrangères sur laquelle le privilège aurait été édifié a été vivement réprouvée. S'il n'est pas question de retracer ici

³²¹ Cette question se distingue assez nettement de celle des renonciations aux articles 14 et 15 du Code civil. Les immunités impactent la production normative des juridictions françaises et restreignent les actes d'exécution accomplis sur notre territoire. Elles ne sont pas la simple traduction d'un défaut de compétence, mais plus radicalement, d'un défaut de pouvoir. V. C. Kessedjian, « Immunités », *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 2024, v. not. n° 23.

³²² D'ailleurs, le projet de code de droit international privé n'entend pas remettre en cause ces privilèges. V. en effet l'article 17 de ce projet.

³²³ Comp : H. Gaudemet-Tallon, « Le destin mouvementé des articles 14 et 15 du Code civil français de 1804 au début du XXI^{ème} siècle », in *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 433 et s. et not. p. 433 : « Pour le grand internationaliste qu'est notre collègue et ami le Professeur Fausto Pocar, les art(s) 14 et 15 du Code civil ont toujours dû apparaître comme la manifestation d'un nationalisme étroit de la part de l'ordre juridique français. S'ils ont pu l'être effectivement à certains moments de leur histoire, on relève pourtant que le droit international privé français, grâce à une jurisprudence constructive, leur a ôté ce qu'ils avaient de plus choquant ».

Sur cette notion de « nationalisme », v. également : H. Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *TCFDIP* 1986-1988, Éditions du CNRS, p. 171 et s.

l'ensemble de ce débat³²⁴, il importe en revanche de souligner — au risque de quelque peu anticiper sur nos analyses futures³²⁵ — que les solutions fondées sur le concept de renonciation tacite ont opportunément limité la nocivité de ces chefs de compétence exorbitants.

155. Différents indices peuvent révéler la volonté de renoncer au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil. Certains auteurs estiment que « la renonciation peut résulter implicitement d'une élection de domicile à l'étranger »³²⁶. Néanmoins, selon Madame H. Gaudemet-Tallon, la clause d'élection de domicile ne révélera une renonciation au bénéfice des articles 14 et 15 que si elle témoigne d'une volonté certaine de déférer le litige aux tribunaux étrangers³²⁷. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence se rapportant à cette question ne paraît pas très clairement fixée³²⁸. En revanche, ce qui est certain, c'est qu'en matière contractuelle, la renonciation ne peut pas résulter d'une désignation volontaire d'un droit étranger. D'après la jurisprudence, la soumission d'un contrat à une loi étrangère, opérée par

³²⁴ Différents auteurs ont affirmé qu'il était inopportun de retenir la nationalité française comme critère général de compétence des tribunaux français. En revanche, selon ces auteurs, la nationalité pourrait être retenue comme critère objectif de compétence en matière de statut personnel : H. Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau », *op. cit.* ; E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ, 1999, p. 71 et s. ; G.-A.-L. Droz, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *Rev. Crit. DIP* 1975, p. 1 et s.

Plus généralement, sur les articles 14 et 15 du Code civil : A. Sinay-Cytermann, « État des lieux sur les articles 14 et 15 du Code civil en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jaquet*, LexisNexis, 2013, p. 433 et s. ; A. Huet, « Le nouvel article 15 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 311 et s. ; L. Rigaud, « La conception nationaliste de la compétence judiciaire en droit international privé : sa persistance et ses origines », *Rev. crit. DIP* 1938, p. 605 et s.

Dans une perspective historique, v. J. Hudault, « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français », *Rev. crit. DIP* 1972, p. 249 et s.

Les auteurs étrangers se montrent également critiques : en ce sens, v. K.-H. Nadelmann, « Jurisdictionally improper fora », in *Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 321 et s. ; K.-M. Klermont, J.R.B. Palmer, « French Article 14 Jurisdiction, viewed from the United States », in *Mélanges Xavier Blanc-Jowant*, Société de législation comparée, 2005, p. 473 et s.

³²⁵ V. *infra* n° 1095 et s. et n° 1252 et s.

³²⁶ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 407 (nous soulignons).

³²⁷ H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 2019, n° 171.

³²⁸ Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation avait affirmé que l'élection de domicile figurant dans les statuts d'une société entraînait, pour tous les actionnaires, une renonciation au bénéfice de l'article 14 du Code civil (Civ. 24 août 1869, *S.* 1870. 1. 201). Mais les faits étaient assez particuliers, car cette élection de domicile semblait être associée à une clause d'élection de for. Un arrêt plus récent retient une solution différente (Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1957, *Rev. crit. DIP* 1958. 735, note Y. Loussouarn ; *JDI* 1958. 828, obs. J.-B. Sialelli). La Cour de cassation a en effet estimé que la déclaration par un Français de « prendre domicile légal » à Luxembourg n'entraînait pas de renonciation au privilège de l'article 14 du Code civil. L'arrêt, cependant, est un arrêt d'espèce. De même, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que la clause d'élection de domicile à Tunis, qui avait été insérée dans un contrat de cession d'actions, n'emportait pas de renonciation au privilège de l'article 14 du Code civil (Com. 27 avril 1968, *Bull. civ.* 1968, IV, n° 137 ; *JDI* 1969. 932, note Ph. Kahn ; *D.* 1968, somm. 94). Sur ces questions, v. A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-32, 2016, n° 33.

l'entremise de la stipulation d'une clause d'*electio juris*, n'implique pas de renonciation au privilège de nationalité³²⁹.

156. En réalité, ce sont les comportements procéduraux adoptés par le plaideur — saisine d'un tribunal étranger ou comparution devant ce dernier — qui sont les principaux révélateurs de l'intention de renoncer au privilège juridictionnel. La jurisprudence française se prononce clairement en ce sens. La construction prétorienne semble au surplus parfaitement résister à l'emprise du temps. Dégagées à l'aube du XIX^e siècle, les solutions de principe ont très peu fluctué, elles paraissent presque intangibles. L'effectivité de ces solutions de principe demeure toutefois largement entravée par la prolifération de solutions dérogatoires, dégagées au terme d'une jurisprudence erratique. Pour le démontrer, nous reviendrons tout d'abord sur les indices susceptibles de révéler l'existence d'une renonciation (I). Nous nous intéresserons ensuite aux indices susceptibles de révéler l'absence de renonciation, c'est-à-dire que seront envisagées les circonstances de fait pouvant montrer que la renonciation, qui paraissait de prime abord établie, est en réalité inexistante (II).

I) Les indices susceptibles de révéler une renonciation

157. Selon la jurisprudence, la renonciation peut résulter de la saisine d'un tribunal étranger (A) ou de la comparution devant ce même tribunal (B).

A) La saisine d'un tribunal étranger

158. La volonté de renoncer peut se manifester par la saisine d'un tribunal étranger³³⁰. Le principe puise ses sources dans une jurisprudence très ancienne³³¹ et a été constamment réaffirmé par les juges

³²⁹ Civ. 1^{ère}, 16 juin 1981, *D.* 1982, inf. 71, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1981. 721, note H. Gaudemet-Tallon ; Soc. 20 juin 1979, *JDI* 1979. 852, note A. Lyon-Caen.

³³⁰ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 408 ; H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 173 ; A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-32, 2016, n° 1 et s. ; B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2006, p. 762 ; H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé*, Tome II, LGDJ, 7^{ème} édition, 1984, p. 502 ; J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Tome VI, Recueil Sirey, 1949, p. 317 ; J.-P. Niboyet, *Cours de droit international privé*, Recueil Sirey, 1946, p. 654 ; E. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, vol. 1, *op. cit.*, p. 359.

³³¹ V. déjà : Req. 15 nov. 1827, *D.* 1828. 1. 23 ; Civ. 14 févr. 1837, *DP* 1837. 1. 100, *S.* 1837. 1. 251. Pour plus de références jurisprudentielles, v. H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, not. p. 165.

français³³². Plus récemment, la Cour de cassation a, au demeurant, précisé que « l'introduction d'une action à l'étranger, *même postérieure à la saisine du juge français*, fait présumer la renonciation [...] au privilège de juridiction française »³³³.

À titre d'exemple, la décision du 24 février 1846 peut être mentionnée³³⁴. Une femme de nationalité française avait saisi un tribunal de la Louisiane afin d'obtenir la nullité d'un acte relatif à une cession de droits héréditaires. Or, le 14 juin 1841, à la suite d'un appel, la Cour suprême de Louisiane débouta la demanderesse. Près de deux ans plus tard, la demanderesse française initia une nouvelle action devant le juge de sa nationalité afin d'obtenir la nullité de l'acte. La Cour de cassation estima qu'en raison de sa renonciation au privilège de juridiction, les tribunaux français étaient incompétents.

159. Lorsque l'action introduite devant le tribunal français diffère — par son objet ou par sa cause — de celle qui a été entreprise devant le tribunal étranger, une renonciation peut-elle être caractérisée ? D'après Madame H. Gaudemet-Tallon, il est « incontestable que le Français ne sera pas considéré comme ayant renoncé à l'article 14 si les actions successivement introduites à l'étranger, puis en France, sont différentes par leur objet et par leur cause »³³⁵. Différentes décisions peuvent être invoquées en ce sens³³⁶. Le principe qui se dégage de la jurisprudence est qu'il faut que l'action initiée à l'étranger soit identique à celle portée devant la juridiction française. Néanmoins, il nous semble que, par exception, une renonciation pourrait être établie en présence de deux actions qui, bien que formellement différentes, n'en seraient pas moins unies par des liens très intimes.

³³² Civ. 1^{ère}, 30 avril 2014, n° 12-23.712, *JCP* 2014. 611 ; Civ. 1^{ère}, 3 déc. 2008, n° 07-19.657, *JDI* 2009. 877, note Ch. Chalas ; *Rev. crit. DIP* 2009. 537, note E. Gallant ; Req. 1 juillet 1896, *DP* 1897. 1. 12 ; *S.* 1900. 1. 315 ; *J.* 1896. 840 ; Req. 13 février 1881, *GP* 1882. 2. 192 ; CA Paris, 6 mars 2008, *D.* 2008. 1452, note P. Courbe, *JCP G* 2008. II. 10 115, note Bruneau.

En revanche, la simple intention de saisir un tribunal ne vaut pas renonciation : Civ. 1^{ère}, 1 juillet 2009, *LPA* 18 décembre 2009. 17, note F. Guerchoun, *Gaz. Pal.* 2009, n° 245. 12, note G. Huchet ; Civ. 1^{ère}, 16 juin 1981, n° 80-12.126, *Rev. crit. DIP* 1981. 721, note H. Gaudemet-Tallon.

³³³ Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, *D.* 1994. 169, note Ph. Guez.

³³⁴ Req. 24 février 1846, *DP* 1846. 1. 153.

³³⁵ H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 176. En ce sens, v. aussi : A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-32, 2016, n° 47 ; A. Huet, note sous CA Paris, 1^{er} décembre 1969, *Rev. Crit. DIP* 1971, p. 295 et s. et not. p. 307 ; B. Audit, obs. sous civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, *D.* 1979, inf. rap. 337.

³³⁶ V. ainsi : Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, n° 94-17.863, *Rev. crit. DIP* 1997. 318, note B. Ancel ; *JDI* 1997. 1020, note M. Revillard ; Civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, *Bull. civ.* I, n° 148 ; Civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, *D.* 1979. IR 337, obs. B. Audit ; *Gaz. Pal.* 1979. 2. 355, note Viatte ; CA Paris 25 oct. 2001, *JDI* 2002. 1065, note G. Cuniberti ; *D.* 2002. IR. 41 ; CA Paris, 16 février 1979, *Gaz. Pal.* 1979. 2. 385, note R.S. ; *Rev. crit. DIP* 1980. Somm. 825 ; Paris, 18 octobre 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 371, note F. Deby-Gérard ; CA Paris, 9 décembre 1971, *Gaz. Pal.* 1972. I. 213 ; CA Paris, 1 décembre 1969, *Rev. crit. DIP* 1971. 295, note Huet ; CA Colmar, 9 décembre 1960, *JDI* 1961, p. 1096, obs. B.G. ; *JCP G* 1961, II, 12257, note J.C.

C'est, du moins, la solution qui semble résulter d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 septembre 2009³³⁷. Le litige opposait deux anciens époux — un Français et une Japonaise — au sujet de la garde de leur enfant. Un tribunal japonais avait prononcé leur divorce et fixé les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le 26 août 2004, la mère de l'enfant avait saisi le tribunal de Saitama d'une demande de modification des droits de visite du père. Le ressortissant français avait participé à cette procédure. Le 10 octobre 2006, le père de l'enfant a saisi le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Versailles. Il sollicitait une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale. Le 5 octobre 2007, le tribunal de Saitama a rendu un jugement aux termes duquel l'enfant devait rester sous la garde de sa mère. Ce jugement est devenu définitif le 7 novembre 2007.

Pour la demande de modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, présentée devant les tribunaux français, le ressortissant français pouvait-il se voir opposer une renonciation à l'article 14 du Code civil ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative, car le père de l'enfant avait participé à la procédure s'étant déroulée au Japon. Les tribunaux français étaient donc incompétents. Pourtant, la haute juridiction a estimé que la demande soumise aux tribunaux français était *nouvelle*. L'arrêt ne le mentionne pas expressément, mais cela est indiqué dans le rapport annuel de la Cour de cassation³³⁸. Madame H. Gaudemet-Tallon a ainsi souligné que

« puisqu'il s'agissait d'une "demande nouvelle", on était en droit de soutenir que les procédures au Japon n'avaient pas porté sur la même question et que l'attitude du père dans ces procédures ne pouvait être prise en compte pour établir qu'il renonçait à l'article 14 lors de cette demande nouvelle. Mais, il est, à la réflexion, heureux que la Cour de cassation ne se soit pas enfermée dans une analyse trop stricte : sans doute la demande était-elle nouvelle, mais la situation litigieuse, elle, ne l'était pas »³³⁹.

160. Le deuxième indice susceptible de révéler une renonciation au privilège de nationalité est le fait d'avoir comparu devant un tribunal étranger.

³³⁷ Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-16.141, *D.* 2010. Pan. 1591, obs. F. Jault-Seséke ; *Gaz. Pal.* 27—28 novembre 2009, n° 331-332. 35, 2^{ème} esp. ; *Gaz. Pal.* 27-28 novembre 2009, n° 331-332. 8, chron. M.L. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 2010. 133, 3^{ème} esp., note H. Gaudemet-Tallon.

³³⁸ Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, p. 464 et s. et not. p. 467.

³³⁹ H. Gaudemet-Tallon, « Portée du privilège de juridiction en matière de divorce et conflit de procédures », note sous civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 133 et s. et not. p. 152.

B) La comparution devant un tribunal étranger

161. Le défendeur qui comparaît devant le juge étranger, sans en contester la compétence, perd le droit de se prévaloir du privilège de juridiction institué à son profit³⁴⁰. En d'autres termes, le plaideur qui présente sa défense sur le fond, sans exciper de l'incompétence du juge étranger, renonce à son privilège juridictionnel³⁴¹. La formulation d'une demande reconventionnelle paraît *a fortiori* renforcer la présomption de renonciation qui pèse sur le défendeur. Cette demande tend en effet à accréditer l'existence d'une véritable acceptation de la compétence des tribunaux étrangers et vient parallèlement consolider l'hypothèse d'une renonciation au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil³⁴². Cependant, une simple remise en cause de la compétence de la juridiction saisie, même suivie d'une défense au fond, démontre que le défendeur n'entendait pas renoncer à son privilège de juridiction³⁴³.

L'arrêt de la première chambre civile du 6 mars 1979 fournit un exemple intéressant. Un ressortissant français avait formé une demande en divorce devant les tribunaux français et invoqué, à cette fin, l'article 14 du Code civil. Cependant, la Cour de cassation avait estimé qu'en présentant une défense au fond devant le juge étranger, le plaideur français avait manifesté sa volonté d'abandonner son privilège de juridiction. L'ordre juridictionnel français était dès lors dépourvu de toute compétence³⁴⁴.

³⁴⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 173 ; H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé, Tome II, op. cit.*, p. 502 ; J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français, Tome VI, op. cit.*, p. 317 ; A. Huet, « Le nouvel article 15 du Code civil », *op. cit.*, p. 316.

³⁴¹ Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-16.141, *D.* 2010. Pan. 1591, obs. F. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 27-28 novembre 2009, n° 331-332. 35, 2^{ème} esp. ; *Gaz. Pal.* 27-28 novembre 2009, n° 331-332. 8, chron. M.-L. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 2010. 133, 3^{ème} esp., note H. Gaudemet-Tallon ; Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *JDI* 2003. 468, note J.-M. Jacquet ; Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1991, n° 89-13.940, *Bull. civ.* I, n° 236 ; *JCP* 1991. IV. 353 ; Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1983 ; *JDI* 1984. 887, note P. Courbe ; *Rev. crit. DIP* 1985. 100, note H. Batiffol ; Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1980, *JCP G* 1982. II. 19 717, note P. Courbe ; Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 825, *Bull. civ.* n° 80, p. 65 ; Civ. 1^{ère}, 25 juin 1974, *JDI* 1975. 154, note Huet ; Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1974, *Rev. crit. DIP* 1975. 509, note Huet ; CA Versailles, 22 septembre 1993, *JCP G* 1995. II. 22 459, note H. Muir-Watt ; CA Aix-en-Provence, 16 février 1971, *D.* 1972. 239. Comp : CA Paris, 11 février 1994, *D.* 1994. Somm. 354, obs. B. Audit.

³⁴² Civ. 13 février 1950, *JDI* 1950. 200, obs. B. Goldman ; *JCP* 1950. II. 5507, note G.-R. Delaume ; *Rev. crit. DIP* 1950. 64 ; CA Paris, 21 septembre 1995, *D.* 1996. Somm. 168, obs. B. Audit ; *JDI* 1996. 683, note Ph. Kahn.

³⁴³ V. aussi : Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-21.218. Cet arrêt est assez spécifique, car l'instance s'étant déroulée à l'étranger était une instance pénale.

³⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 825, *Bull. civ.* n° 80, p. 65.

Là encore, en principe, pour qu'il y ait renonciation, il faut que l'action initiée à l'étranger soit identique à celle ayant eu lieu en France. Lorsque le bénéficiaire du privilège se sera défendu à l'étranger contre une action différant de celle portée devant les tribunaux français, la renonciation ne sera pas caractérisée.

162. Les principes sont clairs : si le bénéficiaire du privilège juridictionnel saisit une juridiction étrangère ou comparait devant cette dernière, la renonciation est établie. Mais envisagées dans toute leur généralité, ces normes jurisprudentielles s'avéraient trop rigoureuses, ce qui devait inéluctablement conduire la Cour de cassation à dégager un certain nombre d'exceptions. Or, ce sont ces exceptions qui ont généré un embrasement du contentieux³⁴⁵. Afin de déterminer la place concédée à la volonté tacite, la focale de notre analyse doit désormais être déplacée vers les facteurs de perturbation des principes précités. Il faut maintenant envisager les indices susceptibles de révéler l'inexistence de la renonciation.

II) Les indices susceptibles de révéler l'absence de renonciation

163. Dans différentes hypothèses, les principes précités sont susceptibles d'être renversés : en dépit de l'acte procédural accompli devant une juridiction étrangère, le plaideur conserve le droit d'invoquer les articles 14 et 15 du Code civil. Tout d'abord, lorsque le plaideur précise expressément qu'il se réserve le droit de saisir les tribunaux français, *a priori*, une renonciation tacite ne pourra pas être inférée des agissements intervenus à l'étranger³⁴⁶. Toutefois, du fait de la rareté des décisions se prononçant sur cette question, le contenu du droit positif demeure incertain. Différentes hypothèses appellent une analyse plus étoffée. La présomption de renonciation qui pèse sur le litigant peut être écartée si l'action qu'il a accomplie à l'étranger s'expliquait par l'urgence (A). Elle le sera également si le contentieux amorcé à l'étranger a été interrompu (B). Les données qui auront été recueillies au titre de ces développements seront également exploitées dans le cadre de notre seconde partie. Elles viendront nourrir l'analyse critique qui sera ultérieurement développée, de sorte que, là encore, l'intérêt de ce premier examen — qui pourrait de prime abord sembler très descriptif — se révélera progressivement³⁴⁷.

³⁴⁵ Rapprochement (mais l'auteur envisage le stade de l'instance indirecte) : A. Huet, « Le nouvel article 15 du Code civil », *op. cit.* p. 316 : « Cette renonciation évidemment contestée par le Français qui veut s'opposer à l'efficacité, en France, du jugement étranger rendu contre lui — avait suscité un abondant et irritant contentieux « post-jugement étranger » que les distinctions et sous-distinctions byzantines de la jurisprudence n'avaient pas cessé d'alimenter ».

³⁴⁶ Req. 13 février 1882, *J.* 1882. 1. 341.

³⁴⁷ V. *infra* n° 1067 et n° 1263.

A) Une renonciation remise en cause par l'urgence affectant le demandeur

164. Lorsqu'ils sont justifiés par l'urgence, les actes procéduraux entrepris à l'étranger — qu'ils consistent dans une simple comparution du défendeur ou dans la saisine d'un tribunal étranger — n'emportent pas renonciation³⁴⁸. Au gré des espèces qui lui ont été soumises, le vocable employé par la Cour de cassation a eu l'occasion de fluctuer. En dépit de ces disparités terminologiques, toutefois, les principes sous-jacents demeurent, en substance, fondamentalement identiques : pour qu'il y ait renonciation, le plaideur doit avoir agi « sciemment et librement »³⁴⁹ et non « sous la pression d'une contrainte »³⁵⁰, ou de « l'urgence et la nécessité »³⁵¹. Lorsque le comportement du plaideur s'explique par le désir d'éviter la survenance d'un dommage grave et irréversible, il n'emporte pas renonciation.

165. En principe, pour que l'urgence existe, il faut que le jugement rendu par le tribunal étranger ait vocation à être exécuté sur le territoire de cet État. Plus précisément, deux hypothèses dans lesquelles l'urgence sera caractérisée peuvent être identifiées. En premier lieu, si la comparution effectuée devant le tribunal étranger avait pour seule finalité d'empêcher une condamnation immédiatement exécutoire, une renonciation ne saurait être caractérisée³⁵². Par exemple, un ressortissant français est assigné par son cocontractant devant un tribunal japonais. Le demandeur lui réclame le paiement de dommages-intérêts. Le Français dispose d'actifs de valeur situés au Japon. Dans une telle situation, la comparution du plaideur français peut potentiellement être expliquée par le désir d'empêcher une condamnation immédiatement exécutoire. Si tel est bien le cas, la renonciation ne sera pas caractérisée.

³⁴⁸ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 408 ; H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 173 et suivants ; H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé, Tome II, op. cit.*, p. 502 et s. Comp. : J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français, Tome VI, op. cit.*, p. 317.

³⁴⁹ Req. 24 février 1846, *DP* 1846. 1. 153.

³⁵⁰ Req. 11 décembre 1860, *S.* 1861. 1. 331. Pour plus de références jurisprudentielles, v. H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé, op. cit.*, p. 166.

³⁵¹ CA Paris, 28 septembre 1979, *Rev. crit. DIP* 1981. 109, note Y. Lequette ; v. aussi CA Versailles, 20 décembre 1988, *D.* 1989. Somm. 258, obs. B. Audit.

³⁵² En ce sens, Civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, *D.* 1979, inf. rap. 337, obs. B. audit. Dans cette affaire, un plaideur avait initié une action en divorce devant les tribunaux français. Or, bien qu'il se soit antérieurement défendu sur le fond, devant les tribunaux étrangers qui avaient été saisis par son épouse, la Cour de cassation n'avait pas retenu l'existence d'une renonciation. Deux raisons expliquaient la solution retenue. Tout d'abord, le comportement du plaideur français pouvait s'expliquer par le désir de sauvegarder des intérêts immédiats. En particulier, la défense pouvait s'expliquer par la nécessité de limiter l'effet d'une condamnation rapidement exécutoire. Ensuite, et surtout, les deux instances n'avaient pas le même objet. Il était en effet question d'une action en divorce et une action en contribution aux charges du mariage. V. aussi CA Paris, 9 juillet 1884, *GP* 84. 2. 328 ; CA Orléans, 18 novembre 1896, *JDI* 1897. 326.

En second lieu, dans des hypothèses plus rares, la saisine d'un tribunal étranger répond à une crainte ; le demandeur redoute les inerties et les pesanteurs de la procédure d'exequatur. Souhaitant obtenir une décision exécutoire dans les plus brefs délais, il saisit alors le tribunal de l'État dans lequel la décision aura, en toute hypothèse, vocation à être exécutée³⁵³. Dans cette configuration, une renonciation ne saurait être induite des actes survenus au cours du procès se déroulant à l'étranger. Par exemple, un ressortissant français souhaite intenter une action en justice contre son cocontractant pour obtenir des dommages-intérêts. En vertu de l'article 14 du Code civil, il pourrait saisir les tribunaux français. Néanmoins, souhaitant obtenir une décision exécutoire dans les plus brefs délais, il saisit le juge étranger. Dans une telle situation, l'action initiée à l'étranger pourrait potentiellement être expliquée par l'urgence de la situation. *A fortiori*, en va-t-il de même lorsque le demandeur a engagé une instance en référé devant le juge étranger, afin d'obtenir des mesures conservatoires³⁵⁴.

166. Selon une doctrine particulièrement autorisée, « dans le cas de l'article 14, lorsque c'est le français qui s'est porté demandeur à l'étranger, la présomption [de renonciation] est particulièrement forte », alors que dans l'hypothèse de l'article 15, « on admettra plus facilement que le français qui a défendu à l'action portée contre lui devant le tribunal étranger n'a comparu que par nécessité, notamment pour éviter une condamnation qu'il savait pouvoir s'exécuter sur ses biens sis à l'étranger »³⁵⁵. Il n'en demeure pas moins que les solutions sont casuistiques et assez imprévisibles. Les décisions adoptées sont dans la dépendance des données de chaque espèce, elles fluctuent et manquent de constance.

167. Des difficultés assez similaires se présentent pour le second facteur de renversement de la présomption.

³⁵³ En ce sens, CA Paris, 28 septembre 1979, *Rev. crit. DIP* 1981. 109, note Y. Lequette.

³⁵⁴ TGI Seine, 28 février 1961, *JDI* 1962. 176, obs. Sialelli ; *Rev. crit. DIP* 1961. 572, note Y. Loussouarn.

³⁵⁵ H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international privé, Tome II, op. cit.*, p. 503-504. Bien que formulée en 1987, l'observation nous paraît constituer un reflet exact de la jurisprudence la plus récente. En ce sens, v. également, P. Courbe, note sous civ. 1^{ère}, 17 juillet 1980, *JCP G* 1982. I. 19717.

B) Une renonciation remise en cause par l'interruption du contentieux amorcé à l'étranger

168. Cette interruption du contentieux survient dans l'hypothèse d'un désistement d'instance (1) et dans l'hypothèse dans laquelle le tribunal étranger se déclare incompétent (2).

1) L'arrêt du contentieux par la survenance d'un désistement d'instance

169. Il faut distinguer l'hypothèse d'un véritable désistement (a) et celle d'un « désistement de fait » (b).

a) Le désistement d'instance

170. Lorsque le demandeur s'est désisté de l'instance se déroulant à l'étranger, il n'y a pas de renonciation aux articles 14 et 15 du Code civil³⁵⁶. La Cour de cassation a en effet affirmé qu'à la suite du désistement d'instance, le demandeur « avait recouvré la faculté d'opter entre les juridictions dont la compétence résultait » de l'article 14 du Code civil³⁵⁷. Deux lectures de cette solution peuvent être suggérées. Tout d'abord, on peut considérer que la présomption de renonciation qui pèse sur le plaideur ayant agi à l'étranger est renversée par le désistement d'instance qui survient ultérieurement. Selon cette lecture, la renonciation ne serait jamais formée, faute de volonté du litigant.

Mais, on pourrait également suggérer qu'il y a, non pas un renversement de la présomption, mais une *caducité* de la renonciation. L'acte de renonciation aurait bien été formé, mais il aurait ensuite été frappé de caducité. La caducité sanctionne en effet un acte pleinement valable à sa formation, qui est privé d'un élément essentiel à sa validité, du fait de la survenance d'un événement postérieur à sa

³⁵⁶ Com. 10 mars 2009 ; *JCP G* 2009. IV. 1641 ; *DMF* 2009. 681, obs. P.-Y. Nicolas ; *DMF* 2010, hors-série n° 14. 93, obs. P. Bonassies et Ph. Delebecque ; *RGDA* 2009. 894, note F. Turgné.

³⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993 ; *D.* 1993. 602.

conclusion³⁵⁸. Or, la Cour de cassation a affirmé que le demandeur avait « *recouvré* la faculté » de saisir les tribunaux français³⁵⁹. À la lettre, la formule implique bien l'idée d'une résurgence d'un privilège de juridiction jusqu'alors frappé d'extinction.

Selon cette lecture, il faudrait en conséquence distinguer deux phases du contentieux. En premier lieu, avec la saisine du tribunal étranger naît une renonciation, qui débouche sur l'extinction du privilège de nationalité. En second lieu, avec la survenance du désistement d'instance, cette renonciation est frappée de caducité, ce qui induit la renaissance du privilège juridictionnel. L'extinction de l'acte extinctif se traduit par la résurgence du droit subjectif jusqu'alors éteint. En d'autres termes, la caducité de l'acte de renonciation débouche sur la renaissance du privilège de juridiction.

La renonciation peut également être remise en cause par la survenue d'un « désistement de fait ».

b) Le désistement de fait

171. De façon surprenante, la « nonchalance »³⁶⁰ du plaideur a été érigée en une forme d'exception aux principes structurant l'admission des renonciations au privilège de juridiction. Dès lors que, pendant plusieurs années, le plaideur s'abstenait de poursuivre l'action engagée à l'étranger, lorsque son action se présentait comme une simple velléité, la renonciation ne se trouvait pas caractérisée³⁶¹. À titre d'exemple, il est possible de mentionner l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 20 janvier 1965³⁶². Cette décision s'inscrit dans un courant prétorien assez ancien, dont le flot paraît aujourd'hui s'être tari. Les décisions se prononçant en ce sens sont toutes en effet assez anciennes³⁶³.

³⁵⁸ V. Wester-Ouisse, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JPC G* 2001. I. 290, p. 181 et s. et not p. 184 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 589 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2022, p. 370 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 683-683. V. aussi l'article 1186, alinéa 1 du Code civil : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

Sur le concept de caducité, v. également : Y.-M. Laithier, « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC* mars 2021/1, p. 161 et s. ; Ph. Stoffel-Munck, « La caducité : observations en guise de synthèse », in *La caducité du contrat*, *RDC* 2023, p. 140 et s.

³⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993 ; *D.* 1993. 602.

³⁶⁰ C'est l'expression qui a été utilisée par la jurisprudence française.

³⁶¹ En ce sens, A. Huet, note sous Paris, 1^{er} décembre 1969, *op. cit.*, p. 307.

³⁶² CA Paris, 20 janvier 1965, *GP* 1965. 2. 141 ; *JDI* 1965. 906, note J.-D. Bredin.

³⁶³ Req. 6 décembre 1878, *DP* 1879. I. 176 ; Req. 23 mars 1859, *S.* 1859. I. 289 ; CA Paris, 1^{er} décembre 1969, *Rev. Crit. DIP* 1971. 295, note Huet.

Après avoir saisi le tribunal de Beyrouth, un salarié français avait ultérieurement porté son action devant un tribunal français. La Cour d'appel de Paris avait affirmé que le fait d'avoir négligé pendant six ans la poursuite de l'action engagée au Liban ne témoignait pas d'une volonté de renonciation, mais plutôt d'une « certaine nonchalance ». La juridiction concluait finalement que s'il avait voulu renoncer au bénéfice de l'article 14 du Code civil, le salarié « n'aurait pas manqué de presser le trop silencieux avocat libanais qu'il avait chargé de la défense de ses intérêts, de faire les démarches indispensables au succès de sa cause alors surtout que sa qualité de pilote de ligne lui permettait de se rendre rapidement et à peu de frais à Beyrouth ».

172. Jurisprudence pour le moins curieuse ! La passivité et l'inertie du plaideur furent érigées en facteurs de perturbation du jeu des principes qui structurent l'admission des renonciations. Elles projetaient une obscurité nouvelle sur le comportement du plaideur, dont la volonté se révélerait insaisissable. Au requérant consciencieux, dont la volonté de renoncer serait certaine, s'opposerait ainsi le plaideur apathique dont les aspirations seraient insondables. Il est difficile d'identifier les raisons ayant pu inspirer cette ligne jurisprudentielle.

À titre d'hypothèse, il est toutefois possible de fournir l'explication suivante. Au moment où ce courant jurisprudentiel prospérait, une partie de la doctrine faisait déjà valoir que le plaideur français qui avait saisi les tribunaux étrangers, mais s'était ensuite désisté de l'instance n'avait pas renoncé au privilège de juridiction³⁶⁴. Au terme d'un raisonnement par analogie — sans doute assez contestable il est vrai —, il était dès lors possible d'en conclure que le plaideur qui était demeuré profondément inactif s'était, en fait, désisté de l'instance poursuivie à l'étranger. En d'autres termes, la nonchalance du demandeur devait, *de facto*, être assimilée à un véritable désistement d'instance.

173. Cette solution n'en demeurait pas moins hautement contestable³⁶⁵. Rassemblées sous la bannière de l'acte juridique unilatéral, les renonciations constituent, par principe, des actes irrévocables³⁶⁶. Or, inférer de l'inertie du plaideur une absence de renonciation revient purement et simplement à conférer au renonçant une faculté unilatérale de rétractation et ainsi à nier le caractère irrévo-

³⁶⁴ A. Huet, note sous Paris, 1^{er} décembre 1969, *op. cit.*, p. 307.

³⁶⁵ Comp : J.-D. Bredin, obs. sous Paris, 20 janvier 1965, *JDI* 1965, p. 906 : Bredin note que « l'équité commandait sans doute la solution choisie : mais il n'est pas sûr que le droit y trouve satisfaction ».

³⁶⁶ D. Houtcieff, « Renonciation », *op. cit.*, n° 8 ; P. Raynaud, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *op. cit.*, p. 774.

cable de l'acte abdicatif. Ensuite, l'introduction de cette notion de fait aux contours largement incertains avait évidemment pour corrélat d'engendrer de l'insécurité juridique. Dès lors, on peut comprendre que les décisions les plus récentes ne se réfèrent plus à cette idée d'un désistement de fait.

174. La jurisprudence la plus récente a, en revanche, très nettement affirmé que l'incompétence du juge étranger constituait une cause de caducité.

2) L'arrêt du contentieux par la survenance d'une décision d'incompétence

175. Il arrive que le tribunal étranger initialement saisi se déclare incompétent. À la suite de cet échec, le demandeur peut-il se prévaloir de son privilège juridictionnel ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative. Elle a déclaré que « par l'effet de la décision d'incompétence de la juridiction étrangère qu'il avait saisie », le plaideur « avait *recouvré* la faculté d'exercer la même action devant la juridiction française sur le fondement de l'article 14 susvisé »³⁶⁷. Là encore, l'utilisation du verbe « recouvrer » implique *a priori* la renaissance du privilège de juridiction. La renaissance du privilège juridictionnel pourrait ainsi être analysée comme la conséquence de la caducité de l'acte de renonciation.

176. L'analyse des renonciations au privilège de nationalité révèle ainsi un tableau contrasté. Les principes sont parfaitement fixés : la volonté de renoncer peut être révélée par la saisine d'un tribunal étranger ou par la comparution devant ce dernier. Néanmoins, en contrepoint de ces principes, les tribunaux ont dégagé de nombreuses exceptions. Or, la jurisprudence qui se rapporte à ces exceptions est beaucoup plus impressionniste. Bien qu'une certaine casuistique se retrouve également en matière d'immunités étatiques, la jurisprudence relative à cette problématique est plus aisée à systématiser.

Sous-section 2 : Les renonciations à une immunité étatique

177. Le principe de souveraineté, ainsi que ses différents avatars — principe d'égalité entre États et principe d'indépendance — paraissent s'opposer à toute action d'un État qui, par le truchement

³⁶⁷ Soc. 9 juillet 1996, n° 93-41.549, *Bull. civ.* V, n° 266 ; *JCP* 1966. IV. 2068. V. aussi Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-17.587.

de ses tribunaux, serait amené à porter un jugement sur l'activité de ses pairs³⁶⁸. Mais au principe de souveraineté, qui commande d'octroyer une immunité aux États étrangers, s'oppose le principe du droit au juge, qui appelle au contraire la neutralisation de cette immunité. La matière des immunités se trouve, ainsi, traversée par une tension, par la recherche d'une conciliation de ces impératifs antagonistes³⁶⁹. Dans un certain nombre d'hypothèses, l'immunité étatique s'oppose à une action en justice fondée sur la violation de droits fondamentaux et de normes de *ius cogens* et le risque de déni de justice qui en dérive porte alors cette tension à son point d'incandescence. Comme le souligne Madame H. Muir Watt, « derrière cette confluence des exigences du procès équitable et de la protection des normes fondamentales du point de vue du droit international privé, se profile un conflit de valeurs au sein de l'ordre international public : la prévalence de la souveraineté s'exprimant *iure imperii* se heurte désormais à la revendication péremptoire du *ius cogens* au profit d'acteurs non étatiques »³⁷⁰.

178. Or, l'admission de renonciations tacites — plus ou moins décorréées de la volonté réelle du bénéficiaire de l'immunité — aurait pu être un facteur de consolidation et d'affermissement du droit au juge. Aux États-Unis, certains commentateurs ont ainsi suggéré que, lorsqu'un État viole des normes de *ius cogens*, il renonce implicitement à son immunité juridictionnelle³⁷¹. Certains auteurs étrangers ont également affirmé que « l'État qui se livre au commerce, ou qui accomplit d'une autre

³⁶⁸ Sur ce point, la littérature juridique est très abondante, v. par exemple H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312, p. 9 et s. et not. p. 51 ; F. Poirat, « Les immunités des sujets du droit international », in J. Verhoeven (dir.), *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, LGDJ, Larcier, 2004, p. 11 et s. et not. p. 14-15 ; M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 773 et s. ; A. Pellet, A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence de droit international public*, Dalloz, 2015, p. 11 et s. Plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vont également dans ce sens, v. CEDH, gr. ch., 21 novembre 2001, n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, n° 37112/97, *Fogarty c/ Royaume-Uni* et n° 31253/96, *McElbinney c/ Irlande*, RGDI 2002. 893, note I. Pingel ; JCP 2002. I. 105, obs. F. Sudre ; RBDI 2001/2. 526, note H. Tigroudja ; D. 2003. 1246, chron. J.-F. Flauss ; RTDH 2003/53. 139 note J.-F. Flauss ; GACEDH, n° 28. Comp : S. El-Sawah, *Les immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable*, Larcier, 2011, p. 90 et s.

³⁶⁹ Là encore, les contributions doctrinales sont très nombreuses, v. not S. El-Sawah, thèse, *op. cit.* ; I. Pingel (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, 2005 ; F. Marchadier, « L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », *Rev. Crit. DIP* 2017, p. 159 et s. ; J. Verhoeven, « Avant-propos », in J. Verhoeven (dir.), *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, LGDJ, Larcier, 2004, not. p. 6-7.

³⁷⁰ H. Muir Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *op. cit.*, p. 91-92. V. aussi H. Muir Watt, « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 539 et s. ; F. Poirat, « Les immunités des sujets du droit international », *op. cit.*, p. 55 et s.

³⁷¹ A.-C. Belsky, M. Merva, N. Roht Arriaza, « Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law », *Californian Law Review* 1989, p. 365 et s. et not. p. 394. Sur cette problématique, v. également Th. A. Johnson, « A Violation of Jus Cogens Norms as an Implicit Waiver of Immunity under the Federal Sovereign Immunities Act », *Maryland Journal of International Law and Trade* 1995, p. 259 et s.

manière des actes de gestion patrimoniale [est] censé avoir implicitement renoncé à son immunité »³⁷². Ces propositions doctrinales témoignent avec éclat de toutes les virtualités et de toutes les potentialités inscrites dans le concept de renonciation³⁷³. Des fictions de renonciation auraient pu être mobilisées par nos tribunaux pour impulser une politique juridique subversive, fondée sur la relativisation des immunités étatiques et sur le renforcement du droit au juge. Craignant que l'effectivité de l'immunité ne soit trop facilement entravée, le législateur et la plus haute juridiction française, au contraire, exigent aujourd'hui que la renonciation soit expresse. On peut conjecturer que cette exigence de renonciation expresse dérive de cet impératif de protection de la souveraineté. Elle en constitue une manifestation éclatante. Cette condition s'impose en matière d'immunité de juridiction (I) et en matière d'immunité d'exécution (II).

I) La renonciation à l'immunité de juridiction

179. Pour les actes réalisés dans l'intérêt du service public ou s'inscrivant dans l'exercice de la puissance publique, les États étrangers et leurs émanations ne peuvent être soumis au pouvoir des tribunaux de l'ordre juridique français³⁷⁴. Par l'effet de cette immunité de juridiction, l'État étranger se trouve soustrait au pouvoir juridictionnel exercé par ses pairs. Or, la Cour de cassation a affirmé que la renonciation à l'immunité de juridiction doit être « certaine, expresse et non équivoque »³⁷⁵. Toute spéculation sur l'existence d'une éventuelle volonté tacite se voit *a priori* condamnée. Cependant, si la renonciation est aujourd'hui subordonnée à l'existence d'une manifestation expresse de

³⁷² J.-F. Lalive, « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI* 1953, t. 84, p. 205 et s. et not. p. 242 ; I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, 1998, p. 168-169 ; M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes*, Pedone, 1996, p. 324 et s. ; A.-C. Belsky, M. Merva, N.-R. Arriaza, « Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law », *op. cit.* ; E.-J. Cohn, « Waiver of Immunity », *Britishyear Book of International law* 1958, p. 260 et s. et not. p. 261.

³⁷³ Bien sûr, dans chaque droit national, le concept de renonciation acquiert une signification qui lui est propre et la portée des comparaisons effectuées ne doit pas être surévaluée.

³⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 25 février 1969, *Soc. Levant Express Transport c. Chemins de fer du Gouvernement iranien*, *Rev. Crit. DIP* 1970. 102, note P. Bourel ; *Grands arrêts*, n° 47. La jurisprudence française est ainsi assise sur la distinction des actes *iure imperii* et *iure gestionis*. Lorsque l'État agit comme souverain, il bénéficie de son immunité. Mais s'il se comporte comme un simple particulier, il ne peut se prévaloir de cette dernière. Cette distinction est très répandue : on la retrouve notamment en Suisse (v. P. Lalive, « Note sur la jurisprudence suisse en matière d'immunité des États », *JDI* 1987, p. 1000 et s. ; D. Favre, « L'immunité de Juridiction des États et des organisations internationales : la pratique suisse », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, I. Pingelle (dir.), Pedone, 2004, p. 44 et s.). Elle est également présente au Royaume-Uni (sur l'évolution du droit anglais, v. H. Fox, Ph. Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2013, p. 135 et s.).

³⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743 ; *Rev. crit. DIP* 2011. 385, avis P. Chevalier, rapp. A.-F. Pascal ; *JDI* 2011. 953, note Ph. Delebecque, A. Sandra.

volonté, cette exigence constitue un acquis jurisprudentiel très récent. Jusqu'alors, en effet, la jurisprudence exigeait simplement que la renonciation soit précise et non équivoque³⁷⁶, ou encore certaine et régulière³⁷⁷. Dès lors, un bref retour sur les renonciations tacites ayant par le passé été admises ne paraît pas dénué d'intérêt.

Plus fondamentalement, si la Cour de cassation a posé cette condition d'une manifestation expresse de volonté, elle n'en a donné aucune définition. Dès lors, des interrogations singulières et caractéristiques, propres à l'objet de nos investigations, resurgissent inévitablement : comment tracer les frontières qui séparent volonté expresse et volonté tacite ? L'affirmation de cette exigence est-elle inéluctablement destinée à exclure toute prise en considération de manifestations de volonté informelles ? Il est permis d'en douter. La jurisprudence a tout d'abord admis que la caractérisation d'une renonciation à se prévaloir d'une immunité étatique soit inférée de la stipulation d'une clause compromissoire (A). Elle a ensuite admis que la renonciation résulte d'un acte processuel (B)³⁷⁸. Ces solutions ne nous paraissent pas menacées par la récente affirmation de l'exigence d'une manifestation de volonté expresse. Elles sont, selon nous, appelées à perdurer.

A) Une abdication déduite de la stipulation d'une clause compromissoire

180. L'État qui, par l'entremise d'une clause compromissoire, s'est volontairement soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres ne peut se prévaloir de son immunité devant le tribunal arbitral. Mais à la vérité, cette solution ne devrait pas être fondée sur le concept de renonciation, car face à un tribunal arbitral, « la souveraineté de l'État n'est pas en cause, et font ainsi défaut les idées mêmes d'indépendance et d'égalité des États qui justifieraient l'invocation de l'immunité »³⁷⁹. L'immunité fait obstacle à ce qu'un État soit soumis au pouvoir juridictionnel de l'un de ses pairs, mais elle ne s'oppose aucunement à ce qu'un État soit soumis au pouvoir de l'arbitre. Et pour cause, comme cela a été souligné par Monsieur S. Bollée, l'arbitre « reste extérieur à tout ordre juridique en ce qu'il n'est

³⁷⁶ CA Paris, 5 juin 1959, *Laforest c/ Office commercial de l'ambassade d'Espagne*, JDI 1960. 482.

³⁷⁷ Req. 23 janvier 1933, *Hanukiev c/ gouvernement d'Afghanistan*, S. 1933. 1. 249, obs. C. Rousseau ; *Rev. Crit. DIP* 1934. 935, note J.-P. Niboyet.

³⁷⁸ Pour une analyse des différents types de renonciations expresses, v. I. Pingel-Lenuzza, thèse, *op. cit.*, Bruylant, 1998, p. 161 et s. Les clauses expresses de renonciation peuvent à la fois figurer dans des traités internationaux ou dans des contrats conclus avec des personnes privées.

³⁷⁹ P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1982, p. 119 et s. et not. p. 124 ; P. Mayer, note sous civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 786 et s. et not. p. 788-789 ; C. de Stefano, « Arbitration Agreements as Waivers to Sovereign Immunity », *Arbitration International* 2014, p. 59 et s. et not. p. 65-66.

pas un organe habilité par un tel ordre à juger et rendre des décisions en son nom»³⁸⁰. En conséquence, il est inutile de se demander si l'État a renoncé à un droit qu'il ne peut de toute façon pas invoquer devant le tribunal arbitral³⁸¹. Toutefois, l'idée d'une renonciation à se prévaloir de l'immunité devant l'arbitre a fréquemment été accueillie par des tribunaux arbitraux³⁸².

181. La jurisprudence française estime également que l'État qui a consenti à l'arbitrage a implicitement renoncé à se prévaloir de son immunité de juridiction devant le juge de l'exequatur³⁸³. Afin de bien cerner le sens de cette solution, deux stades procéduraux doivent être distingués : celui de l'exequatur et celui du prononcé de mesures d'exécution. Selon l'analyse préconisée par la jurisprudence française, au stade de l'exequatur, c'est bien la renonciation à l'immunité de juridiction qui est en jeu³⁸⁴. Du fait de la renonciation à l'immunité, la sentence arbitrale peut être pourvue de la force exécutoire³⁸⁵. Mais ensuite, lorsque le demandeur sollicitera des mesures d'exécution, c'est l'immunité

³⁸⁰ S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 90. Certes, il a naguère été soutenu que l'arbitre devait être assimilé à une juridiction de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage (F.-A. Mann, « *Lex Facit Arbitrum* », in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 157 et s.). Mais cette conception est aujourd'hui contestée. Dans l'arrêt *Hilmarton*, la Cour de cassation a affirmé que « la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international » (Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 104 ; *Rev. crit. DIP* 1995. 356, note B. Oppetit ; *JDI* 1994. 701, note E. Gaillard ; *RTD com.* 1994. 702, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994. 327, note Ch. Jarrosson). Puis, dans l'arrêt *Putrabali*, les juges de cassation ont, plus radicalement, affirmé que « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées (Civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, *Rev. crit. DIP* 2008. 109, note S. Bollée ; *Rev. arb.* 2007. 507, note E. Gaillard). Sur cette problématique, v. not. S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 89 et s. ; E. Gaillard, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *RCADI* 2007, t. 329, p. 49 et s. ; S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 17 et s. ; E. Silva Romero, « L'apport de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international à la doctrine », in *L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant, 2020, p. 61 et s. ; J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.* 2005, p. 305 et s. et not. p. 322.

³⁸¹ P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 117.

³⁸² S. Sagar, « Waiver of Sovereign Immunity Clauses in Contracts : An Examination of their Legal Standing and Practical Value in Enforcement of International Arbitral Awards », *Journal of International Arbitration* 2014, p. 609 et s. et not. p. 612 et s.

³⁸³ Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2009, *RGDIP* 2010. 227, note M. Cosnard ; *RDBF* 2010, comm. 20 ; *JCP G.* 2009. 379, note E. Cornut ; Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Sté Soabi c/ État du Sénégal*, *JDI* 1991. 1005, note E. Gaillard ; *Rev. Crit. DIP* 1992. 331, note P. Lagarde ; Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, *SEEE*, *Rev. crit. DIP* 1987. 786, note P. Mayer ; *JDI* 1987. 120, note B. Oppetit ; *Rev. Arb.* 149, note J.-L. Delvolve ; CA Paris, 26 juin 1981, *Benvenuti Bonfant c. République populaire du Congo*, *Rev. arb.* 1982. 207 ; *JDI* 1981. 843, note B. Oppetit.

³⁸⁴ Sur cette problématique, v. K. Mehtiyeva, « Les immunités et l'exequatur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 1001 et s.

³⁸⁵ Sur ce point, v. l'analyse critique de P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1982, p. 119 et s. et not. p. 141.

d'exécution qui intervient et, par principe, l'État conservera le droit de se prévaloir de cette immunité³⁸⁶.

La solution française repose sur l'idée selon laquelle l'exequatur constituerait le prolongement nécessaire et indépassable de l'instance arbitrale ; en l'absence d'exequatur, la sentence serait dépourvue de toute effectivité. Ainsi a-t-il été affirmé que « l'acceptation par l'État du recours à l'arbitrage en dépit de son immunité serait vidée de tout sens si l'État pouvait, par la seule invocation de cette immunité, faire obstacle à l'exequatur de la sentence »³⁸⁷. Cette dernière assertion se heurte toutefois à deux objections. Tout d'abord, Monsieur P. Mayer a relevé qu'indépendamment de toute procédure d'exequatur, une sentence est pourvue de l'autorité de chose jugée, de sorte que, même sans exequatur, la décision produit des effets qu'il est impossible de négliger³⁸⁸. L'éminent auteur ajoutait qu'il est toujours possible de solliciter l'exequatur auprès des tribunaux de l'État bénéficiant de l'immunité³⁸⁹. En définitive, du point de vue de la recherche de la volonté, déduire de la stipulation d'une clause compromissoire une acceptation de la compétence du juge de l'exequatur français est discutable³⁹⁰.

182. Quoi que les tribunaux se soient rarement prononcés sur cette question, les juges français ont également admis que l'État ayant consenti à l'arbitrage avait tacitement renoncé à se prévaloir de son immunité devant le juge d'appui³⁹¹. La convention des Nations Unies sur les immunités étatiques

³⁸⁶ V. *infra* n° 190 et s.

³⁸⁷ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 404.

³⁸⁸ P. Mayer, note sous civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, *op. cit.*, p. 789. L'article 1484 du Code civil, rendu applicable à l'arbitrage international, par effet d'un renvoi de l'article 1506, dispose aujourd'hui que « la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

³⁸⁹ P. Mayer, note sous civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, *op. cit.*, p. 789.

³⁹⁰ En ce sens, v également P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 141.

³⁹¹ TGI Paris, 10 janvier 1996, *Bull. ASA* 1996. 319 ; *Rev. arb.* 2002. 427, note Ph. Fouchard : « Attendu qu'en souscrivant une clause compromissoire, un État accepte par là-même de renoncer à son immunité de juridiction non seulement envers les arbitres, mais aussi à l'égard de la juridiction étatique compétente, lorsque son intervention se révèle nécessaire à la mise en œuvre de la procédure arbitrale ».

Sur cette problématique, v. E. Gaillard, « Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales », *Bull. ASA*, 2000, p. 471 et s. et not. p. 472 et s.

V. aussi : C. Kessedjian, V. Pironon, *Droit du commerce international*, 2^{ème} édition, PUF, 2020, p. 223 : « La signature d'une clause compromissoire équivaut à une renonciation à l'immunité de juridiction pour toutes les procédures qui sont directement nécessaires à l'organisation de l'arbitrage ».

consacre ces mêmes principes³⁹². Ces deux solutions sont également affirmées par la convention européenne sur l'immunité des États³⁹³. En Suisse, la convention européenne sur les immunités étatiques est en vigueur, mais elle régit uniquement les hypothèses dans lesquelles l'entité se prévalant de son immunité est également un État partie à cette convention³⁹⁴. Lorsque la convention internationale ne s'applique pas, les solutions sont directement forgées par les juridictions suisses, la loi étant en cette matière pratiquement muette³⁹⁵.

Au Royaume-Uni, la loi sur les immunités de 1978 prévoit également que l'État ayant signé une clause compromissoire est privé du droit de se prévaloir de son immunité, que ce soit lors de l'instance arbitrale, ou lors des diverses procédures juridictionnelles satellites qui gravitent autour de cette dernière instance³⁹⁶. La convention européenne, la convention des Nations Unies et la loi anglaise, toutefois, ne se réfèrent pas à ce concept fuyant de renonciation, mais posent au contraire une règle objective, qui a directement pour effet de priver le défendeur de son immunité³⁹⁷. Ces textes, en effet, prévoient que pour différentes procédures gravitant autour de l'arbitrage, l'État ne pourra pas invoquer son immunité.

La renonciation à l'immunité de juridiction peut également résulter d'un acte procédural.

³⁹² Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, article 17.

³⁹³ Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972, article 12. Sur cette convention, v. M.-O. Wiederkehr, « La convention européenne sur l'immunité des États », *Annuaire de droit international*, volume 20, 1974, p. 924 et s.

³⁹⁴ Or, la convention du 16 mai 1972 est en vigueur dans 8 États : Suisse, Allemagne, Autriche, Belgique, Chypre, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni.

³⁹⁵ V. D. Favre, « L'immunité de Juridiction des États et des organisations internationales : la pratique suisse », *op. cit.*, p. 46-47. Sur les sources du droit des immunités, en Suisse, v. aussi H. Etienne, « Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique Suisse », in F. Bohnet (dir.), *Quelques actions en exécution*, Helbing & Lichtenhahn, 2011, p. 263 et s. Disponible sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2013045>

³⁹⁶ State Immunity act 1978, Section 9 (1). Les tribunaux anglais ont très clairement affirmé que la signature d'une convention d'arbitrage emporte renonciation à se prévaloir de l'immunité lors de l'instance en exequatur. V. *Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania and al.*, 4 novembre 2005, [2006] 1 All ER 731, Y.B. Com. Arb. 2006, vol. 31. 906 ; confirmé en appel le 13 novembre 2006, [2007] 2 WLR 876 ; Y.B. Com. Arb. 2007, vol. 32. 62.

³⁹⁷ Cette formulation nous semble en l'occurrence nettement plus opportune. Comme le souligne Monsieur P. Lagarde, il est « plus judicieux de fonder l'absence d'immunité de juridiction de l'État étranger sur une règle objective, plutôt qu'une renonciation simplement présumée » (note sous civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 331 et s. et not. p. 333).

B) Une abdication déduite d'un acte procédural

183. La renonciation peut être fondée sur la saisine d'un tribunal étranger (1) ou sur d'autres formes d'intervention à la procédure (2).

1) Une renonciation fondée sur la saisine d'un tribunal étranger

184. Lorsque l'État a lui-même saisi un tribunal étatique, il ne saurait se prévaloir de son immunité de juridiction. Bien que les juridictions françaises se soient rarement prononcées sur cette question, cette règle avait été dégagée par la Cour d'appel de Paris en 2003³⁹⁸. En l'espèce, la Guinée Équatoriale avait assigné en justice une société. Le tribunal de grande instance de Paris avait débouté la demanderesse et avait accueilli les demandes reconventionnelles formées par la société. La Guinée Équatoriale avait alors interjeté appel et s'était prévalu de son immunité de juridiction. L'argument de l'État fut rejeté pour cause de renonciation.

185. Au Royaume-Uni, la loi de 1978 sur les immunités étatiques consacre expressément cette solution : l'État étranger ne peut se prévaloir de son immunité s'il a lui-même introduit une action en justice devant les tribunaux britanniques³⁹⁹. La loi anglaise précise que la renonciation vaut également pour les demandes reconventionnelles qui dérivent de la même relation juridique ou des mêmes faits⁴⁰⁰. En Suisse, la convention européenne sur l'immunité des États retient une solution identique⁴⁰¹. Quant à cette question, il existe un véritable consensus, car la convention des Nations Unies, dans son article 8 § 1, consacre la même solution. Afin d'évacuer toute ambiguïté, ce dernier texte précise que l'État qui a introduit l'action en justice ne peut invoquer l'immunité de juridiction pour s'opposer à la demande reconventionnelle fondée sur les mêmes faits⁴⁰². Même si la convention des

³⁹⁸ CA Paris, 2 avr. 2003, *État équato-guinéen c/ SA Gideppe*, JurisData n° 2003-212324.

³⁹⁹ State Immunity Act 1978, section 2 (3) (a). V. L. Collins of Mapesbury, J. Harris, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 16th edition, Sweet and Maxwell, 2022, p. 357 et s. ; S. El-Sawah, thèse, *op. cit.*, p. 187 ; R.C.A. White, « The State Immunity Act 1978 », *The Modern Law Review* 1979, p. 72 et s. et not. p. 77.

⁴⁰⁰ State Immunity Act 1978, section 2 (6).

⁴⁰¹ Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972, article 1.

⁴⁰² La convention ne se réfère pas expressément au concept de renonciation, mais ce dernier est, cependant, souvent mobilisé par des commentateurs pour expliquer la solution posée. V. par exemple : S. Borelli, S. Olleson, « Article 8 », in R. O'Keefe, C. Tams (dir.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. A Commentary*, Oxford, 2013, p. 129.

Nations Unies n'est pas encore entrée en vigueur, la Cour de cassation s'y est d'ores et déjà référée, car elle voit dans ce texte un reflet du droit coutumier⁴⁰³.

186. Or, cette convention se prononce également sur d'autres formes de participation à la procédure.

2) Une renonciation fondée sur d'autres formes de participation à la procédure

187. La renonciation à l'immunité peut être déduite d'agissements moins significatifs et plus diffus, survenus au cours des différentes phases de la procédure judiciaire. La convention des Nations Unies précitée prévoit que l'État ne peut pas invoquer l'immunité de juridiction « si, quant au fond, il est intervenu à ladite procédure ou y a participé de quelque façon que ce soit »⁴⁰⁴. Or, cette formule volontairement générale et évasive peut renvoyer à une multitude de comportements ; toute une constellation d'attitudes contentieuses peuvent potentiellement être assimilées à cette intervention à la procédure. Au Royaume-Uni, une règle identique est consacrée⁴⁰⁵.

188. Au sens de l'article 8 de la convention des Nations Unies, il est certain que l'État, qui comparait devant un tribunal et se défendrait au fond, sans se prévaloir de l'immunité de juridiction, serait privé du droit d'invoquer cette prérogative⁴⁰⁶. Les diverses hypothèses englobées par l'article 8 ne sont d'ailleurs que des déclinaisons et ramifications de cette hypothèse principale. Là encore, notons que le terme de renonciation n'est pas employé. Les tribunaux britanniques retiennent également cette solution : l'État qui comparet et se défend sur le fond renonce à se prévaloir de son immunité⁴⁰⁷. En Suisse, l'article 3 de la convention de Bâle prévoit qu'« un État contractant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État contractant s'il conclut au fond avant de l'invoquer »⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013 [3 arrêts], n° 10-25.938, 11-10.450 et 11-13.323 ; Soc. 27 novembre 2019, n° 18-13.790 ; D. 2019. 2359.

⁴⁰⁴ Article 8.

⁴⁰⁵ State Immunity Act 1978, Section 2 (3) (b) : « A State is deemed to have submitted [...] if it has intervened or taken any step in the proceedings ».

⁴⁰⁶ Le seul tempérament provient de l'hypothèse dans laquelle, au moment où il a participé à la procédure, l'État n'avait pas connaissance des faits sur lesquels l'immunité pouvait être fondée.

⁴⁰⁷ H. Fox, Ph. Webb, *op. cit.*, p. 187-188 ; El-Sawah, thèse, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁰⁸ Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972, article 3.

Cette dernière solution diffère-t-elle de celle préconisée par la jurisprudence française ? À notre connaissance, la question n'a jamais été expressément tranchée par la Cour de cassation. Cependant, différentes données juridiques sous-jacentes nous inclinent à penser que la renonciation à l'immunité ne peut pas être automatiquement déduite de la comparution du défendeur. Dans la mesure où elle affecte le pouvoir juridictionnel et non la compétence, l'immunité de juridiction constitue une fin de non-recevoir qui peut être invoquée à tout moment de la procédure. La jurisprudence paraît maintenant fermement engagée en ce sens⁴⁰⁹. Certains auteurs en déduisent alors fort logiquement que le moyen de défense pourrait être invoqué pour la première fois en cause d'appel et devant la Cour de cassation⁴¹⁰.

Dès lors, le simple fait que les plaideurs soient demeurés silencieux en première instance ne devrait pas nécessairement déboucher sur l'extinction de la prérogative. Plus radicalement, le fait de mécaniquement déduire une renonciation de la *seule* comparution des parties reviendrait à profondément méconnaître le régime des fins de non-recevoir⁴¹¹. En conséquence, la seule solution acceptable est celle d'une approche nuancée, se traduisant par des solutions casuistiques. Par principe, conformément à l'article 123 du Code de procédure civile, l'État conserverait le droit de se prévaloir de l'immunité étatique. Par exception, si l'attitude de l'État montre qu'il n'avait pas l'intention de se prévaloir de son immunité et que son changement d'attitude révèle une contradiction inadmissible : extinction du droit de se prévaloir de l'immunité, par l'effet d'une renonciation à cette dernière.

189. Une illustration intéressante est fournie, en matière pénale, par le comportement adopté par l'État durant l'instruction. La Cour de cassation a affirmé que le fait « d'avoir pris une part active à l'instruction n'est pas compatible avec une éventuelle intention de se prévaloir de cette immunité et caractérise donc sans équivoque la renonciation de cette société à s'en prévaloir »⁴¹². Dans cette affaire, la société bénéficiant de l'immunité avait participé à l'instruction ayant débouché sur son renvoi

⁴⁰⁹ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, *Cotigny et Fédération française de Parachutisme c. Suarez et États-Unis d'Amérique*, RTD civ. 2004. 769, obs. Ph. Théry ; *Rev. crit. DIP.* 75, note H. Muir Watt.

⁴¹⁰ En ce sens, C. Kessedjian, « Immunités », *op. cit.*, n° 22. Sur cette problématique, v. E. Farnoux, « Le moyen de défense tiré de l'immunité de juridiction : entre efficacité procédurale et protection de la souveraineté étrangère », in D. Simon (dir.), *Le droit international des immunités : constantes et ruptures*, Pedone, 2015, p. 13 et s.

⁴¹¹ Sur cette problématique, v. E. Farnoux, « Le moyen de défense tiré de l'immunité de juridiction : entre efficacité procédurale et protection de la souveraineté étrangère », *op. cit.*, p. 21-22.

⁴¹² Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198.

devant le tribunal correctionnel. Durant cette phase d'instruction, son représentant avait donné diverses explications. Son conseil avait également adressé au juge d'instruction plusieurs notes pour demander un non-lieu, mais ne s'était — dans un premier temps — jamais prévalu de l'immunité.

La perspective d'un revirement brutal et soudain avait paru inacceptable. Et pour cause, pendant plus de sept années, l'entité étatique mise en cause n'avait jamais manifesté son intention de se prévaloir de l'immunité de juridiction. Elle n'avait invoqué son immunité que très tardivement. Longueur de la phase d'instruction et silence prolongé des plaideurs : la conjonction de ces deux données appelait irrésistiblement la solution retenue par la haute juridiction⁴¹³. Des données de fait différentes — notamment marquées par une inertie et un silence moins prolongé — pourraient appeler une analyse différente.

Dans l'ensemble, en matière de renonciation à l'immunité de juridiction, la Cour de cassation fait preuve d'une certaine rigueur ; il en est également ainsi en matière de renonciation à l'immunité d'exécution.

II) La renonciation à l'immunité d'exécution

190. Par le truchement de cette immunité, l'État étranger, ses émanations et les diverses personnes publiques qui en dépendent sont protégés contre les mesures de contrainte susceptibles d'être prises à leur encontre. Plus spécifiquement, l'immunité d'exécution a pour effet de soustraire les biens d'un État aux mesures d'exécution susceptibles d'être mises en œuvre par les organes d'un autre État. Naguère considérée comme absolue, l'immunité a ensuite été écartée « lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice »⁴¹⁴. Œuvre évolutive et contingente, largement tributaire des évolutions et reconfigurations des modes d'action étatiques, la circonscription du domaine de l'immunité est liée à une recherche de

⁴¹³ Comp : Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743 ; *Rev. crit. DIP* 2011. 385, avis P. Chevalier, rapp. A.-F. Pascal ; *JDI* 2011. 953, note Ph. Delebecque, A. Sandra. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait relevé « qu'après avoir renoncé sous certaines conditions à cette immunité, à l'égard de certains demandeurs, dans des conclusions du 14 mai 2003, [l'État] était revenue sur cet engagement dans ses dernières conclusions de première instance et ne l'avait pas repris dans ses écritures d'appel ». Dès lors, l'État n'avait pas renoncé au bénéfice de son immunité. La solution de la Cour de cassation est d'autant plus frappante qu'aux dires de la Cour d'appel, l'État mis en cause « avait expressément renoncé à se prévaloir de son immunité de juridiction ».

⁴¹⁴ Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, n° 82-12.462, *Rev. crit. DIP* 1984. 644, note J.-M. Bischoff, *JDI* 1984. 598, note B. Oppetit, *JCP* 1984. II. 20 205, note H. Synvet, *Rev. Arb.* 1985. 69, note Couchez. L'entrée en vigueur de la loi Sapin II entraîne une nouvelle circonscription du domaine de l'immunité d'exécution. Sur ce domaine, v. par exemple : C. Kessedjian, « Immunités », *op. cit.*, n° 122 et s.

conciliation des impératifs antagonistes précédemment évoqués ; la protection de la souveraineté — qui commande d’octroyer au souverain une immunité — heurte frontalement le droit au juge. Et pour cause, le droit au juge comporte aussi le droit à l’exécution de la décision de justice⁴¹⁵ ; le droit à l’exécution d’une décision de justice constitue le « prolongement nécessaire » du « droit d’accès à un tribunal »⁴¹⁶.

191. À la suite d’un processus historique de relativisation de l’immunité d’exécution, un mouvement de reflux semble aujourd’hui enclenché ; ce dernier se matérialise, non pas par une extension du domaine de l’immunité, mais, plus subrepticement, par un durcissement des conditions de validité de la renonciation à l’immunité d’exécution. Or, ce mouvement a pour effet indirect d’aboutir à une neutralisation des manifestations tacites de volonté émanant du bénéficiaire de l’immunité. Auparavant admises (A), les renonciations tacites sont aujourd’hui exclues (B).

A) Des renonciations tacites auparavant admises

192. La renonciation à l’immunité d’exécution est un acte grave. L’atteinte à la souveraineté qui en dérive est plus grande qu’en matière de renonciation à l’immunité de juridiction⁴¹⁷. Elle ne résulte plus seulement du prononcé d’un jugement, œuvre essentiellement intellectuelle et abstraite, se traduisant par une modification de l’ordonnancement juridique. La renonciation est appelée à se concrétiser par des actes matériels d’exécution, elle porte ainsi en elle le germe d’une profonde perturbation de l’action publique entreprise à l’étranger. En raison de la gravité de ces enjeux, les juridictions du fond exigèrent pendant un temps que la renonciation à l’immunité d’exécution soit expresse et spéciale⁴¹⁸.

193. Pourtant, dans une décision remarquée, la Cour de cassation affirma que « l’engagement pris par l’État signataire de la clause d’arbitrage d’exécuter la sentence dans les termes de l’article 24 du

⁴¹⁵ En ce sens, v. H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 447.

⁴¹⁶ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, trois arrêts, *RGDIP* 2013. 194, avis P. Chevalier ; *JDI* 2013. 899, note G. Cuniberti ; *Rev. crit. DIP* 2013. 671, note H. Muir Watt ; *D.* 2013. 1728, note D. Martel ; *Rev. arb.* 2013. 989, note L. Franc-Menget ; *RDC* 2013, note M. Laazouzi.

⁴¹⁷ En ce sens, v. I. Faldallah, D. Hascher, *Les grandes décisions du droit de l’arbitrage commercial*, Dalloz, 2019, p. 346 ; F. Poirat, « Les immunités des sujets du droit international », *op. cit.*, p. 15 ; I. Pingel-Lenuzza, thèse, *op. cit.*, p. 175 ; S. Sagar, « Waiver of Sovereign Immunity Clauses in Contracts : An Examination of their Legal Standing and Practical Value in Enforcement of International Arbitral Awards », *op. cit.*, p. 612.

⁴¹⁸ TGI Paris, 12 septembre 1978, *JDI* 1979. 857, 1^{ère} esp., note B. Oppetit ; CA Paris, 27 mai 1996, *Juris-Data* n° 022424.

règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution »⁴¹⁹. Par principe, la seule signature d'une clause d'arbitrage n'impliquait pas que l'État ait renoncé à l'immunité dont il bénéficiait. Et pour cause, les effets de la convention d'arbitrage s'épuisent dans l'obligation de soumettre les futurs litiges à un juge privé qui, par le truchement de cette convention, sera investi du pouvoir juridictionnel. Dès lors, il était difficile de déduire une renonciation de cette simple adhésion à la convention d'arbitrage⁴²⁰. Toutefois, si le règlement d'arbitrage applicable comportait une disposition comme celle de l'article 24 du règlement CCI, il y avait bien renonciation. Au moment où l'arrêt fut rendu, en effet, l'article 24 disposait que les parties s'engageaient à exécuter la sentence⁴²¹. Le règlement d'arbitrage étant incorporé à la convention des parties, cette obligation d'exécution se trouvait érigée au rang d'engagement volontaire. Il devenait alors possible de considérer que l'État avait volontairement renoncé au bénéfice de l'immunité d'exécution.

194. Cette décision était d'une grande portée ; elle constituait le point d'orgue d'une évolution jurisprudentielle marquée par une constante relativisation de l'immunité d'exécution⁴²². Certes, la Cour de cassation avait admis que le consentement à l'arbitrage emportait renonciation à l'immunité de juridiction⁴²³. Mais il était bien plus délicat de déduire de la stipulation d'une clause d'arbitrage une renonciation à l'immunité d'exécution. En présence d'une jurisprudence divisée⁴²⁴ et en l'absence de

⁴¹⁹ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *Sté Creighton c. Ministre des finances de l'État du Qatar et autre*, *Bull. civ.* I. n° 207 ; *Rev. arb.* 2001. 114, note Ph. Leboulanger ; *RTD com.* 2001. 410, note E. Loquin ; *JCP E* 2001. 223 et *JCP G* 2001. II. 10 512, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} février 2001. 6, note S. Piédelièvre ; *JDI* 2000. 1054, note I. Pingel-Lenuzza. V. à cet égard : Ph. Théry, « Feu l'immunité d'exécution ? », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2001, n° 163, p. 18 et s. ; G. Zeyen, « Les immunités des États dans les contrats d'investissement : du nouveau avec l'arrêt Creighton ? », *RDAl* 2006, p. 333 et s. et not. p. 336 et s. ; N. Meyer-Fabre, « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone : Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Exécution Held French Court of Cassation in Creighton v. Qatar », *Mealey's International Arbitration Report*, Septembre 2000, p. 48 et s. ; G. Robin, « La portée des immunités d'exécution dans les transactions commerciales internationales », *RDAl* 2002, p. 3 et s. et not. p. 31 et s.

⁴²⁰ En ce sens, P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 137-138.

⁴²¹ Aujourd'hui devenu article 35.6.

⁴²² En ce sens, D. Cohen, « Immunités d'exécution des États et arbitrage international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 159 et s. et not. p. 161. Comp : G. Cuniberti, Ch. Kaplan, « Arbitrage et volonté implicite de l'État de renoncer à son immunité d'exécution », *JCP G* 2001. II. 10 512.

⁴²³ V. *supra* n° 180 et s.

⁴²⁴ Contre la renonciation : CA Paris, 21 avril 1982, *JDI* 1983. 145, note B. Oppetit. En faveur de la renonciation : CA Rouen, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1997. 263, note E. Gaillard.

tout consensus doctrinal⁴²⁵, la décision de la Cour de cassation ne pouvait qu'être d'une grande importance.

195. L'interprétation de la volonté des parties ainsi promue par la Cour de cassation pouvait prêter le flanc à la critique. Tout d'abord, on pouvait penser que l'article 24 était dépourvu de toute sanction et constituait une « clause de style sans réel effet juridique »⁴²⁶. Ensuite, certains auteurs firent valoir que cet engagement relatif à l'exécution d'une décision arbitrale ne pouvait, sans une part d'artifice, être assimilé à une autorisation de pratiquer des actes matériels de saisies⁴²⁷. L'article 24 du règlement était d'ailleurs indifféremment applicable aux personnes privées et aux personnes publiques. Dès lors, n'était-il pas artificiel d'en déduire une renonciation à l'immunité d'exécution⁴²⁸ ? Enfin, depuis l'arrêt *Eurodif*⁴²⁹, l'immunité d'exécution ne protégeait plus l'ensemble des biens éta-

⁴²⁵ Les meilleurs auteurs étaient en effet en désaccord. Contre la renonciation : E. Gaillard, Note sous Paris, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 263 et s. et not. p. 273-274. Pour la renonciation : B. Oppetit, Note sous Paris, 21 avril 1982, *JDI* 1983, p. 145 et s. ; P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers. A propos d'une jurisprudence récente », *op. cit.*

⁴²⁶ La critique est présentée par D. Cohen : « Immunités d'exécution des États et arbitrage international », *op. cit.*, p. 159. V. aussi N. Meyer-Fabre, « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone : Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Execution Held French Court of Cassation in *Creighton v. Qatar* », *op. cit.*, p. 50 : « The clause in article 24-2 (now Article 28-6) of the ICC Rules, emphasizing that the award is binding on the parties and that the parties undertake to carry it out without delay, is a rather stereotyped and, one may even say, superfluous provision, but for its psychological effect ».

⁴²⁷ F. Poirat, « Les immunités des sujets du droit international », *op. cit.* p. 42 ; N. Meyer-Fabre, « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone : Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Execution Held French Court of Cassation in *Creighton v. Qatar* », *op. cit.* p. 50 ; S. Bollée, « L'abandon de l'exigence de spécialité de la renonciation à l'immunité d'exécution », note sous Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *D.* 2015, p. 1936 et s. et not. p. 1939. Contra : B. Oppetit, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Cahiers du CEDIN, 1988, p. 49 et s. et not. p. 56 : « Qu'est-ce qu'un engagement d'exécution d'une sentence, sinon un engagement de ne pas faire obstacle à son exécution par son fait personnel ? » ; P. Bourel, « Arbitrage international et immunité des États étrangers », *op. cit.*, p. 140.

⁴²⁸ Ph. Leboulanger, « La renonciation à l'immunité d'exécution », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 455 et s. et not. p. 457.

⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, n° 82-12.462, *Rev. crit. DIP* 1984. 644, note J.-M. Bischoff, *JDI* 1984. 598, note B. Oppetit, *JCP* 1984. II. 20 205, note H. Synvet, *Rev. Arb.* 1985. 69, note Couchez.

tiques. Dès lors, l'article 24 du règlement CCI pouvait être interprété comme un engagement d'exécuter la sentence « dans la limite du gage constitué par les biens non protégés par l'immunité d'exécution »⁴³⁰.

D'aucuns crurent alors trouver une justification dans la directive d'interprétation figurant aujourd'hui à l'article 1191 du Code civil : lorsqu'une clause peut revêtir deux sens différents, il faut retenir l'interprétation en vertu de laquelle la clause peut produire quelque effet plutôt que le sens en vertu duquel elle n'en produirait aucun. Or, refuser de voir dans l'article 24 une volonté de renoncer à l'immunité équivalait à priver la clause de tout effet⁴³¹. Mais, précisément, n'était-il pas artificiel de vouloir faire à tout prix produire des effets juridiques à une clause qui n'était qu'une clause de style ?

En définitive, du point de vue de la reconstitution de la volonté de l'État, la solution était contestable. Il y aurait peut-être quelques excès à prétendre que la solution était fondée sur une fiction, mais à tout le moins doit-on noter que la solution inspirait certaines réserves. Finalement, on peut comprendre que cette dernière solution ait été abandonnée par les juridictions françaises. La jurisprudence *Creighton*, en effet, ne nous paraît plus constitutive du droit positif, et plus généralement, les renonciations tacites sont aujourd'hui exclues.

B) Des renonciations tacites aujourd'hui exclues

196. En matière d'immunité d'exécution, les principes relatifs aux renonciations ont connu des transformations. Ces évolutions normatives s'enracinent dans des mutations économiques et sociales récentes. Plongés dans les affres de la crise des dettes souveraines, de nombreux États en difficulté furent exposés à des stratégies contentieuses agressives, mises en œuvre par des « fonds vautours »⁴³².

⁴³⁰ E. Loquin, note sous civ. 1^{ère}, 6 juill. 2000, *op. cit.*, p. 409. V. aussi, E. Gaillard, « Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales », *op. cit.*, p. 479 : « D'un point de vue théorique, l'arrêt n'emporte pas entièrement la conviction, une sentence pouvant être exécutoire et l'exécution ne trouver à s'exercer que sur certaines catégories de biens, de la même façon qu'une promesse d'exécution peut s'entendre d'une promesse d'exécution sur les biens affectés à l'activité commerciale des États. Dès lors que l'exécution de la sentence n'est pas rendue impossible par l'immunité, l'incompatibilité entre celle-ci et la convention d'arbitrage n'est pas totale et, corrélativement, la renonciation implicite pas certaine ». V. également E. Gaillard, note sous Paris, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 273-274.

⁴³¹ J. Moury, « L'incidence de la stipulation d'une clause compromissaire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger », *op. cit.* p. 2139. Dans un sens assez similaire, v. B. Oppetit, note sous Paris, 21 avril 1982, *JDI* 1983, p. 152.

⁴³² À ce sujet, v. par exemple : C. Kleiner, « L'affaire du siècle : NML c/ République d'Argentine ou la "contribution" des fonds vautours au droit international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 391 et s. ; H. Muir Watt, « L'immunité souveraine et les fonds "vautour" », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 789 et s.

Rachetant la dette publique à des prix très bas, ces fonds cherchent ensuite à en obtenir l'exécution dans différents États⁴³³. Largement médiatisées, ces actions spectaculaires ont contribué à l'émergence de nouvelles craintes. Par réaction, les autorités politiques et judiciaires françaises ont édicté différentes normes destinées à renforcer la protection des biens affectés à des activités souveraines. Les dispositions de la loi « Sapin II » témoignent de cette volonté de renforcement de la protection de l'immunité (2). L'introduction de ces nouvelles dispositions législatives a eu pour effet indirect d'exclure la prise en considération des manifestations tacites de volonté. La loi Sapin II constitue toutefois le point d'orgue d'une évolution normative tourmentée (1).

1) *Les vicissitudes de la jurisprudence antérieure à la loi Sapin II*

197. Quant au caractère exprès de la renonciation, un consensus jurisprudentiel a rapidement émergé : la renonciation à l'immunité d'exécution devait effectivement présenter une telle qualité. Mais la renonciation devait-elle, en outre, être spéciale ? C'est à propos de cette question que le dissensus le plus criant a ressurgi. Or, il nous semble important de brièvement revenir sur cette question. En effet, il est impossible de tracer avec netteté la frontière qui sépare les manifestations de volonté expresses et tacites. Dès lors, la simple formulation de cette exigence de renonciation expresse ne conduit pas nécessairement à exclure le jeu de toute manifestation de volonté informelle. Au contraire, la formulation d'une double exigence d'une renonciation expresse et spéciale a inéluctablement pour corrélat de neutraliser l'incidence de toute volonté qui n'aurait que tacitement été manifestée.

Le 28 septembre 2011, la Cour de cassation avait affirmé que « les missions diplomatiques des États étrangers bénéficient, pour le fonctionnement de la représentation de l'État accréditaire et les besoins de sa mission de souveraineté, d'une immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale »⁴³⁴. Une protection spécifique était ainsi reconnue aux biens et fonds affectés aux missions diplomatiques ; ces derniers étaient protégés par une immunité

⁴³³ H. Muir Watt, « De la renonciation à l'immunité de juridiction des États », Note sous civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 671 et s. et not. p. 674.

⁴³⁴ Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, *RDBF* 2012. 39, note S. Piédelièvre ; *Rev. crit. DIP* 2012. 124, note H. Gaudemet-Tallon. Sur la saisie de biens diplomatiques, v. antérieurement : CA Paris, 10 août 2000, *Ambassade de Russie en France c/ Noga*, n°2000/14157 : *Juris-Data* n° 120182 ; *JCP G* 2001. II. 10 512, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; *D.* 2001. 2157, note E. Fongaro ; *JDI* 2001. 116, note I. Pingel-Lenuzza ; *DMF* 2001, doct. 3, par J.-P. Rémy ; *Rev. arb.* 2001. 114, 2^{ème} esp., note Ph. Leboulanger ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 163, G. de Geouffre de La Pradelle.

autonome, distincte de l'immunité étatique⁴³⁵. La renonciation à cette immunité était soumise à une double condition : elle devait être expresse et spéciale. Cependant, la solution donnait à penser que ce formalisme ne prévalait qu'en matière de renonciation à l'immunité diplomatique.

Et pourtant, le 28 mars 2013, la Cour de cassation a généralisé et étendu cette solution. La haute juridiction a en effet affirmé que « si les États peuvent renoncer, par contrat écrit, à leur immunité d'exécution sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques, il ne peut y être renoncé que de *manière expresse et spéciale* »⁴³⁶. La clause de renonciation devait ainsi mentionner une liste de biens publics à l'encontre desquels des mesures d'exécution pouvaient être ordonnées.

Le 13 mai 2015, se prononçant sur la saisie de comptes bancaires ouverts au nom d'une mission diplomatique, la Cour de cassation a brisé sa jurisprudence antérieure, en écartant l'exigence de spécialité : « le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité

⁴³⁵ Sur ce point, v. H. Gaudemet-Tallon, « De l'insaisissabilité des fonds affectés à une mission diplomatique », Note sous civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 124 et s. ; M. Audit, « La renonciation par un État à son immunité d'exécution », in A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, Ch. Tomuschat (Dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill, 2014, p. 70 et s. et not. p. 76-77.

⁴³⁶ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *JDI* 2013. 899, note G. Cuniberti ; *Rev. crit. DIP* 2013. 671, note H. Muir Watt ; *D.* 2013. 1728, note D. Martel ; *ibid.* 1574, obs. A. Leborgne ; *ibid.* 2293, obs. S. Bollée ; *RTD civ.* 2013. 437, obs. R. Perrot ; *ibid.* 2014. 319, obs. L. Usunier ; *Rev. arb.* 2013. 989, note L. Franc-Menget ; *RDC* 2013. 1485, note M. Laazouzi.

d'exécution»⁴³⁷. Cette décision a fait l'objet d'appréciations contrastées. Elle a parfois été vivement contestée, parfois fermement approuvée⁴³⁸.

198. Quoi qu'il en soit, le législateur s'est peu de temps après immiscé dans les débats.

⁴³⁷ Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *Commisimpex*, D. 2015. 1936, note S. Bollée, et 2031, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2015. 652, note H. Muir Watt ; *JCP* 2015. 759, note M. Laazouzi, et p. 1004, obs. C. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 2015. 11, obs. C. Brenner ; *LPA* 2015. 20, obs. F. Jault-Seseke ; *JDI* 2016, comm. 4, note S. El Sawah et Ph. Leboulanger.

⁴³⁸ Les auteurs hostiles à cette exigence de spécialité se sont tout d'abord prévalus de la lettre de la convention des Nations Unies de 2004 (M. Laazouzi, « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'État étranger en France », *RDC* 2013, p. 1485 et s. ; S. Bollée, obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *D.* 2013, p. 2294 et s. et not. p. 2295 ; Ph. Leboulanger, « La renonciation à l'immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 462 ; v. également, dans la presse généraliste : M. Audit, « La Cour de cassation française au secours de l'Argentine », *Les Echos*, 5 avr. 2013). En son article 19, en effet, la convention exige que la renonciation à l'immunité étatique soit expresse. Mais il n'est aucunement fait mention de l'exigence de spécialité. En second lieu, on fit valoir que cette référence à la coutume internationale relevait d'un pur artifice. La convention de 2004 précitée avait en effet recueilli un faible nombre de ratifications, si bien que l'on pouvait douter du fait qu'elle constitue un exact reflet du droit coutumier. Au surplus, en examinant les législations étrangères codifiant le régime des immunités, Monsieur G. Cuniberti observa que « la règle de la renonciation spéciale semble bien loin de correspondre à une pratique uniforme, tellement loin que l'on en vient à se demander s'il existe un seul exemple de pays appliquant cette règle prétendument globale ». (G. Cuniberti, « Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique », note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *JDI* 2013, *comm.* 10, n° 15). En troisième lieu, à l'aune du principe de sécurité juridique, la formulation de cette exigence de spécialité paraissait contestable ; elle avait pour effet de briser les attentes du créancier. La solution « revenait tout simplement à permettre à l'État de revenir sur la parole ainsi donnée, qui plus est sur la base d'une jurisprudence rétroactive » (S. Bollée, « L'abandon de l'exigence de spécialité de la renonciation à l'immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 1938). Différents arguments pouvaient toutefois être invoqués en faveur du caractère spécial. Tout d'abord, le rapport de la Commission du droit international de l'ONU de 1991, qui est effectivement un instrument d'interprétation utile, se prononce en faveur d'une exigence de spécialité. Mais d'aucuns ont alors objecté que l'interprétation promue par ce rapport était « dénaturante », et qu'elle ne devrait pas primer sur la lettre claire de la convention (G. Cuniberti, « Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique », *op. cit.*, n° 15 ; S. Bollée, obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *op. cit.*, p. 2295). Ensuite, toujours en faveur de cette exigence de spécialité, certains auteurs se sont prévalus du « contexte dans lequel l'immunité de juridiction est invoquée aujourd'hui » (H. Muir Watt, « Immunité d'exécution des États (renonciation) : portée du droit international coutumier », Obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *Rev. Crit. DIP* 2015, p. 652 et s. et not. p. 654.). La solution du 13 mai 2015 revenait en effet à « exposer l'État souverain, à l'avenir, à l'action des fonds spéculatifs » (*Ibid.*). Elle s'inscrivait « à rebours de tendance judiciaire en droit comparé », consistant à admettre le jeu de l'immunité, « lorsque l'asymétrie des armes favorise de façon disproportionnée des créanciers financiers, poursuivant à l'encontre d'un État bénéficiaire d'aide internationale l'exécution d'obligations qui n'ont pas servi à l'économie réelle » (*Ibid.*, p. 665). L'argument est séduisant, mais l'immunité de juridiction n'est pas seulement invoquée contre des fonds voutours et l'exigence de spécialité impacte tout type de créancier (Ph. Leboulanger, « La renonciation à l'immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 463 ; M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 790). Ce débat a d'ailleurs conduit certains auteurs à s'interroger sur l'existence de limites, enserrant les effets d'une clause de renonciation : peut-on admettre qu'une telle clause produise effets lorsque cette dernière « touche au cœur même de ce qu'il y a de plus essentiellement régalien pour un État et pourrait avoir pour effet de remettre en cause les conditions de la conduite de ses relations internationales (on songe par exemple aux biens des ambassades diplomatiques), et *a fortiori* celles de sa survie et donc de son existence » (D. Alland, Th. Fleury Graff, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1 et s. et not. p. 15).

2) Les clarifications apportées par la loi Sapin II

199. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin II », contenait une kyrielle de dispositions relatives à l'immunité d'exécution⁴³⁹. Ces dispositions législatives sont aujourd'hui constitutives du droit positif⁴⁴⁰. Selon cette loi, les exigences formelles s'imposant en matière de renonciation sont tributaires des biens concernés par la mesure de contrainte. L'article L. 111-1-2 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit que des mesures de contraintes visant un bien public appartenant à un État étranger peuvent notamment être autorisées par le juge si « l'État concerné a *expressément* consenti à l'application d'une telle mesure ». En d'autres termes, par principe, la renonciation est uniquement subordonnée à une manifestation de volonté expresse ; l'exigence de spécialité n'a pas été retenue. Toutefois, selon l'article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution, lorsque les biens susceptibles d'être saisis relèvent de l'exercice de fonctions diplomatiques, la renonciation doit être tout à la fois expresse et spéciale⁴⁴¹. Dans une perspective comparatiste, on peut aisément constater que cette exigence de spécialité est peu répandue⁴⁴². Au Royaume-Uni, la loi de 1978 prévoit expressément que la renonciation à l'immunité d'exécution peut être générale⁴⁴³. En Suisse, la convention européenne de 1972 sur l'immunité des États exige quant à elle uniquement un consentement exprès et écrit⁴⁴⁴ et le tribunal fédéral a également donné effet à une clause de renonciation générale⁴⁴⁵.

⁴³⁹ Sur ce sujet, parmi une littérature très abondante, v. not. L. d'Avout, *D.* 2017, p. 2056 ; R. Bismuth, « L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2 », *JDI* 2018, p. 445 et s. ; S. Bollée, « Les dispositions de la loi Sapin 2 relatives à l'immunité d'exécution » *D.* 2016, p. 2560 et s. ; H. Herman, G. Hannotin, « Le nouveau régime applicable aux mesures conservatoires et mesures d'exécution prises contre des États étrangers issu de la loi Sapin 2 », *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, p. 14 et s. ; J. Heymann, « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution », *JCP* 2017, p. 102 et s.

⁴⁴⁰ Au demeurant, la Cour de cassation s'est prononcée sur le champ d'application *ratione temporis* des dispositions de la loi Sapin II précitées. La juridiction a affirmé que les dispositions de la loi Sapin II « contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure ». En principe, les dispositions en question régissaient uniquement les mesures d'exécution mises en œuvre après l'entrée en vigueur de la présente loi et étaient par voie de conséquence inapplicables au présent litige. Pourtant, la Cour conclut que « compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle » (Civ. 1^{ère}, 10 janvier 2018, *Commisimpex*, *JCP* 2018. 294, avis N. Ancel ; *ibid.* 295, note M. Laazouzi ; *D.* 2018 ; *D.* 2019. 542, note B. Haftel ; *Rev. Crit. DIP* 2018. 315, note D. Alland ; *RTD civ.* 2018. 353, obs. Usunier et P. Deumier ; *Ibid.* 474, obs. Ph. Théry ; *JCP* 2018. 157, n° 9, obs. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 19 juin 2018, p. 37, obs. Brenner ; *Rev. arb.* 2018. 382, note C. Cohen ; *Cah. arb.* 2018. 65, note B. Siino et A. Kirillov).

⁴⁴¹ Plus précisément, cette disposition prévoit que « des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur les biens, y compris les comptes bancaires, utilisés ou destinés à être utilisés dans l'exercice des fonctions de la mission diplomatique des États étrangers ou de leurs postes consulaires, de leurs missions spéciales ou de leurs missions auprès des organisations internationales qu'en cas de renonciation expresse et spéciale des États concernés ».

⁴⁴² G. Cuniberti, « Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique », *op. cit.*, n° 15.

200. Pour les biens diplomatiques, l'article L. 111-1-3 a pour corrélat de neutraliser l'incidence de toute volonté tacite de l'État étranger. La volonté du bénéficiaire de l'immunité étatique se trouve ainsi enserrée dans un formalisme particulièrement contraignant ; elle est appelée à s'extérioriser par l'entremise de canaux précisément identifiés. Mais, pour les autres types de biens, en est-il de même ? Dans la mesure où l'exigence d'une manifestation expresse de volonté, figurant à l'article L. 111-1-2, demeure très imprécise, la simple formulation de cette dernière condition ne conduit pas nécessairement à exclure la prise en considération de manifestations de volonté informelles. Pour preuve, même postérieurement à l'adoption de la loi Sapin II, Madame C. Kessedjian a estimé que « la renonciation dans les conditions de l'arrêt *Creighton* est encore possible en vertu du droit français »⁴⁴⁶.

En l'occurrence, les arrêts les plus récents ne se sont pas prononcés en ce sens. Ces décisions ont conféré à l'exigence de renonciation expresse une portée incontestable. Dans l'affaire « Al Kharafi », l'État libyen avait été condamné par un tribunal arbitral à payer à une société de droit koweïtien la somme de 936 940 000 dollars. Cette société a ensuite cherché à obtenir l'exécution de la sentence en France. Pour ce faire, elle s'est prévaluée de la renonciation de l'État à son immunité d'exécution. Elle prétendait déduire cette renonciation de l'article 34.2 du règlement de procédure du Centre Régional d'Arbitrage du Commerce International du Caire. Ce dernier texte dispose que « les parties exécutent sans délai toutes les sentences ». La Cour d'appel de Paris n'en a pas moins affirmé, en des termes particulièrement clairs, que « l'engagement pris par un État d'exécuter immédiatement une sentence arbitrale ne peut s'analyser comme une renonciation expresse de cet État à son immunité générale d'exécution, dépourvue d'incertitude et d'équivoque »⁴⁴⁷. Bref, la Cour d'appel de Paris a manifesté sa volonté de renverser la jurisprudence *Creighton*.

Pour leur part, les tribunaux britanniques ont d'ailleurs refusé de consacrer la jurisprudence *Creighton*. Ce dernier arrêt avait été invoqué devant les juges anglais, afin d'appuyer le moyen soulevé par

⁴⁴³ State Immunity Act 1978, Section 13 (3).

⁴⁴⁴ Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972, article 23.

⁴⁴⁵ Tribunal fédéral, 10 janvier 2008, 5A 618/2007. Sur cet arrêt, v. l'analyse de M. Audit, « La renonciation par un État à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 83 et s.

⁴⁴⁶ C. Kessedjian, « Immunités », *op. cit.*, n° 150.

⁴⁴⁷ CA Paris, 5 septembre 2019, n° 18/17592 ; V. aussi, en ce sens, CA Versailles, 6 juin 2019, n° 18/02247.

une partie. Cette dernière soutenait que la souscription d'une clause par laquelle les parties soumettaient le litige à l'arbitrage CCI emportait une renonciation à l'immunité d'exécution⁴⁴⁸. Ce moyen fut toutefois rejeté par la juridiction britannique⁴⁴⁹.

201. En droit français, l'admission des renonciations à l'immunité d'exécution est pour l'heure subordonnée à des conditions formelles contraignantes. Ces exigences formelles contrastent avec le libéralisme affiché en matière de renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale.

Sous-section 3 : Les renonciations à l'invocation d'une irrégularité de la procédure arbitrale

202. À l'instar d'une procédure juridictionnelle étatique, la procédure arbitrale peut être affectée par un certain nombre de vices. Par exemple, la procédure peut être affectée par la nullité de la convention d'arbitrage ou encore par la violation du principe du contradictoire. Cependant, le constat d'un tel vice ne débouche pas nécessairement sur l'irrégularité de la sentence arbitrale. L'article 1466 du Code de procédure civile prévoit que « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir »⁴⁵⁰. Ainsi, selon cette disposition, la partie qui avait la possibilité de dénoncer une irrégularité procédurale et est restée mutique a tacitement renoncé à se prévaloir de ladite irrégularité. À la suite de l'instance arbitrale, si le plaideur exerce un recours contre la sentence, il ne pourra pas se prévaloir de ce vice procédural⁴⁵¹.

203. Les renonciations tacites ainsi reconnues ont pour effet de « purger la procédure arbitrale de tous les incidents qui ne sont pas soulevés en temps utile »⁴⁵². Le texte couvre en l'occurrence des

⁴⁴⁸ S. El-Sawah, thèse, *op. cit.*, p. 90 et s.

⁴⁴⁹ *Orascom Telecom Holding SAE v. Republic of Chad and others*, [2008] EWHC 1841 (Comm).

⁴⁵⁰ Sur l'article 1466 du Code de procédure civile, v. E. Loquin, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011, p. 255 et s. et not. p. 274 et s. ; Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5 et s. et not. p. 28-29 ; P. Mayer, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Dr. et patr.* mai 2011, p. 30 et s.

⁴⁵¹ Dans certaines hypothèses, le problème est plus délicat à résoudre, car la partie qui exerce un recours contre la sentence a soulevé certaines irrégularités face à l'arbitre, sans que ces dernières ne correspondent exactement à l'irrégularité qu'elle soulève ensuite au moment du contrôle de la sentence. Sur cette question, v. Civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-22.019, *JurisData* n° 2020-003281 ; *Dalloz actualité*, 3 juill. 2020, obs. L. Jandard ; *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, note J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020. 608 ; *Rev. arb.* 2020, note D. Bensaude ; *JDI* 2021, comm. 15., note C. Debourg.

⁴⁵² Th. Clay, « "Liberté, égalité, efficacité". La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443 et s. et p. 815 et s. et not. p. 494.

vices procéduraux très divers. Sans prétention d'exhaustivité, peuvent être cités l'absence de convention d'arbitrage⁴⁵³, la nullité de cette convention⁴⁵⁴, le non-respect des règles de nomination des arbitres⁴⁵⁵, l'expiration du délai légal dans lequel la sentence doit être rendue⁴⁵⁶, le dépassement des limites de sa fonction par l'arbitre⁴⁵⁷ ou encore la violation du principe du contradictoire⁴⁵⁸. Que l'irrégularité dérive de la violation d'une règle impérative ou non, qu'elle procède d'une violation du contrat ou de la loi régissant la procédure est à cet égard parfaitement indifférent ; la procédure demeure en toute hypothèse immunisée contre les vices qui l'affectent. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs précisé que l'article 1466 du Code de procédure civile « ne vise pas les seules irrégularités procédurales, mais tous les griefs qui constituent des cas d'ouverture du recours en annulation des sentences, à l'exception des moyens fondés sur l'article 1520, 5° du Code de procédure civile et tirés de ce que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence violerait de façon manifeste, effective et concrète l'ordre public international de fond »⁴⁵⁹.

204. Antérieurement à l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage, ce principe avait déjà été dégagé par la jurisprudence. Dans un premier temps, les tribunaux français avaient abondamment mobilisé le concept de renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure⁴⁶⁰. Néanmoins, dans des arrêts plus récents, la Cour de cassation s'était également référée

⁴⁵³ Civ. 2^{ème}, 26 janvier 1994, n° 92-12.307 : Les circonstances de cette affaire étaient en l'occurrence assez particulières, car la société avait elle-même saisi le tribunal arbitral. Par la suite, lors d'un recours en annulation porté devant un juge étatique, elle s'était prévalu de l'inexistence et de la nullité de la convention d'arbitrage. Cette dernière demande fut jugée irrecevable. V. aussi, à propos d'une renonciation à se prévaloir de l'incompétence de l'arbitre : CA Paris, 25 février 2020, *Rev. arb.* 2020. 207, note D. Bureau ; *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *JDI* 2020, comm. 21, note E. Gaillard.

⁴⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 21 novembre 2002, n° 01-10.047 ; CA Paris, 5 juillet 2001, *Gaz. Pal.* 2002, som. 760.

⁴⁵⁵ CA Paris, 10 février 1994, *Lechevalier*, *Rev. arb.* 1996. 57 ; CA Paris, 19 juin 1992, *Société Bordelaise de crédit industriel et commercial* ; CA Grenoble, 26 avril 1989, n° 043662. Sur ces arrêts, v. L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3 et s. et not. p. 10 et s.

⁴⁵⁶ Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-26.180 ; *JCP* 2013. 982, obs. B. Le Bars ; *ibid.* 1098, note D. Mouralis ; Civ. 2^{ème}, 10 octobre 1979 ; *Bull. civ.* II, n° 233 ; *Gaz. Pal.* 1980. 1. 123, note Viatte ; CA Paris, 24 juin 1997, *Rev. arb.* 1997. 588, obs. D. Bureau.

⁴⁵⁷ CA Paris, 3 juin 2004, *Rev. arb.* 2004. 683, note P. Callé.

⁴⁵⁸ Civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003, n° 02-10.101, *Rev. arb.* 2004. 283, note Bandrac.

⁴⁵⁹ CA Paris, 21 juin 2022, n° 21/00473, *sté Airbus*, *Dalloz actualité*, 13 juillet 2022, obs. J. Jourdan Marques ; CA Paris, 16 février 2021, n° 18/16695, *Greenwich*, *Dalloz actualité*, 30 avril 2021, obs. J. Jourdan-Marquès ; CA Paris, 2 avril 2019, n° 16/24358, *Dalloz actualité* 17 avril 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *CAPJLA* 2019. 751, note C. Crepet-Daigremont ; *Rev. arb.* 2021. 418, note P. Duprey et M. Leduc.

V. à cet égard : L. Weiller, « Retour sur la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadet*, LexisNexis, 2023, p. 1651 et s. et not. p. 1655.

⁴⁶⁰ V. à ce sujet, L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 4 et s.

au principe de l'estoppel⁴⁶¹ qui, dans certaines espèces, paraissait fournir un soubassement théorique plus satisfaisant⁴⁶². En Suisse, la jurisprudence a consacré une règle similaire : « la partie qui s'estime victime d'une violation de son droit d'être entendue ou d'un autre vice de procédure doit l'invoquer d'emblée dans la procédure arbitrale, sous peine de forclusion »⁴⁶³. Au Royaume-Uni, la loi sur l'arbitrage de 1996 consacre également ce même principe⁴⁶⁴. Cependant, ces normes étrangères se trouvent purgées de toute référence à la notion de renonciation et demeurent ainsi déconnectées d'une hypothétique volonté des parties.

205. À ce stade de nos investigations, il n'est pas nécessaire d'analyser plus avant les effets découlant de l'article 1466 du Code de procédure civile. Cette analyse interviendra ultérieurement, dans le cadre de notre seconde partie, relative aux fonctions de la volonté tacite. Pour l'heure, dans le cadre des présents développements, centrés sur la réalité et sur la consistance de la volonté imputée au renonçant, il importe uniquement de revenir sur les conditions d'application du texte. Plus précisément, nous souhaitons montrer qu'en application de ce texte, les renonciations tacites sont assez facilement consacrées. L'application de l'article 1466 est subordonnée à la réunion de trois conditions différentes⁴⁶⁵. En premier lieu, la partie à l'arbitrage doit s'être abstenue d'invoquer « en temps utile » une irrégularité de la procédure (I)⁴⁶⁶. En deuxième lieu, cette abstention doit être faite « sans motif légitime » (II). Enfin, le plaideur doit s'être abstenu « en connaissance de cause ». En d'autres termes,

⁴⁶¹ Civ. 1^{ère}, 6 juill. 2005, *Golsbani c/ Gouv. Rép. islamique d'Iran*, *Bull. civ. I*, n° 302 ; D. 2006. 1424, note E. Agostini, et 2005. 3050, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006. 18, note F.-X. Train ; *JCP E* 2005. 1988, obs. J. Ortscheidt ; *JDI* 2006. 608, note M. Béhar-Touchais ; *Rev. arb.* 2005. 993, note P. Pinsolle ; *Rev. crit. DIP* 2006. 602, note H. Muir Watt ; *RTD com.* 2006. 309, obs. E. Loquin. V. également : Civ. 1^{ère}, 3 février 2010, *Rev. arb.* 2010. 93, note L. Weiller ; Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n°10-17.708, *Bull. civ. I*, n° 175.

⁴⁶² V. sur ce point : P. Mayer, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *op. cit.*, p. 30 : « La jurisprudence avait préféré évoquer le mécanisme de common law qu'est l'estoppel, mais le mot n'a pas été jugé digne d'entrer dans un texte législatif français ; la solution, plus classiquement présentée dans le décret en termes de présomption irréfragable, est néanmoins la même ». Comp : E. Loquin, « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 274 : « Certains auteurs, en se référant au contenu donné au concept par la *common law* considèrent que l'estoppel et la renonciation n'ont pas le même domaine ».

⁴⁶³ Tribunal fédéral, 12 juillet 2012, 4A_150/2012 para. 4.1 ; Tribunal fédéral, 29 octobre 2010, 4A_234/2010, para. 4.1 ; Tribunal fédéral, 6 janvier 2010, 4A_348/2009 para. 4 ; Tribunal Fédéral, 5 mars 1987, 113 Ia 67 para. 2a ; Tribunal fédéral, 7 septembre 1993, 119 II 386 para. 1a. V. sur ce point M. Arroyo, *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2013, p. 245 et s.

⁴⁶⁴ Arbitration Act 1996, section 73. Pour un exemple jurisprudentiel, v. la décision *Minmetals Germany GmbH v. Ferro Steel Ltd* [1999] 1 All ER (Comm.) 315.

⁴⁶⁵ Sur les conditions d'application du texte, v. Y. Derains, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 91 et s. et not. p. 94-95.

⁴⁶⁶ Pour des précisions sur la notion « d'irrégularité », v. M. de Fontmichel, note sous civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n° 19-15.396, *JDI* n° 4, octobre 2021, comm. 30, p. 1394 et s. et not. p. 1400 et s.

selon cette dernière condition, il devait avoir connaissance de l'irrégularité qui affectait la procédure arbitrale (III)⁴⁶⁷. Autant de conditions qui sont en réalité peu contraignantes.

I) Le délai dans lequel l'irrégularité doit être invoquée

206. L'article 1466 du Code de procédure civile dispose que la renonciation survient uniquement si la partie à l'arbitrage « s'abstient d'invoquer *en temps utile* une irrégularité ». Le texte repose sur une expression volontairement imprécise, conférant au juge un important pouvoir discrétionnaire. Il lui revient de déterminer si l'invocation du vice en cause est survenue trop tardivement. Cette détermination se fait *in concreto*⁴⁶⁸, selon une prise en considération de l'ensemble des données de l'espèce.

L'imprécision du délai sur lequel repose l'article 1466 nous paraît en l'occurrence inévitable. Pour cause, les hypothèses couvertes par ce texte sont très hétérogènes et l'instant à partir duquel l'invocation du vice pourra légitimement être considérée comme trop tardive aura vocation à varier selon l'irrégularité en cause. En d'autres termes, face à la multiplicité et à la diversité des hypothèses couvertes par ce texte, il était difficile de fixer un délai unique⁴⁶⁹. On peut d'ailleurs relever que les textes précités de la CCI et de la CNUDCI n'ont pas non plus institué de délai précis et uniforme. De même, en Suisse, la jurisprudence ne paraît pas avoir dégagé de lignes jurisprudentielles très contraignantes⁴⁷⁰ et le règlement arbitral de la *swiss Chambers' Arbitration Institution* ne fixe pas un délai unique⁴⁷¹. Il en est enfin de même au Royaume-Uni⁴⁷².

207. Cependant, une ligne directrice se dégage de la jurisprudence française : si l'irrégularité est pour la première fois soulevée lors du recours porté devant un juge étatique, l'invocation du vice est

⁴⁶⁷ Sur cette condition, v. L. Weiller, « Retour sur la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 1655.

⁴⁶⁸ Th. Clay, « "Liberté, égalité, efficacité". La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *op. cit.*, p. 495.

⁴⁶⁹ De même, à propos de l'article 4 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, des observateurs ont fait valoir qu'il était difficile de fixer un délai unique. En ce sens, v. P. Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Wolters Kluwer, 4th édition, 2019, p. 75 : « it was proposed to set an exact time limit, within which one could object, but it was decided that there was no specific period of time that would be appropriate for all cases ».

⁴⁷⁰ V. les arrêts précités au n° 204.

⁴⁷¹ V. à cet égard l'article 32 : « Une partie qui apprend qu'une disposition ou exigence du présent Règlement ou de toute autre règle de procédure applicable n'a pas été respectée doit immédiatement formuler une objection, faute de quoi elle est réputée avoir renoncé à son droit d'objecter ».

⁴⁷² Arbitration Act 1996, section 73.

assurément trop tardive et sera en conséquence irrecevable⁴⁷³. Pourtant, les incertitudes n'en sont pas entièrement dissipées. Il arrive que l'irrégularité, bien que soulevée devant le juge arbitral, soit invoquée très tardivement. Dans cette configuration, peut-on considérer que le plaideur a renoncé à se prévaloir de cette irrégularité procédurale ?

Une décision de la Cour de cassation rendue le 11 juillet 2006 fournit un exemple intéressant⁴⁷⁴. Dans cette affaire, l'un des plaideurs ne s'était pas immédiatement prévalu de l'incompétence du tribunal arbitral. Ce dernier grief avait été soulevé par le plaideur devant l'arbitre, mais après sa défense au fond. Une violation du principe selon lequel les exceptions procédurales doivent être soulevées *in limine litis* était ainsi caractérisée. Le litigant avait ultérieurement formé un recours en annulation. Pouvait-il se voir opposer une renonciation au droit de se prévaloir de l'incompétence du tribunal arbitral ? La Cour de cassation a, en l'espèce, répondu par la négative : dans la mesure où le plaideur avait invoqué le grief devant le tribunal arbitral, la renonciation n'était pas caractérisée.

208. Pour cerner la portée de l'article 1466 du Code de procédure civile, il faut maintenant apporter quelques précisions sur la notion de motif légitime.

II) La notion de motif légitime

209. Les rédacteurs du décret du 13 janvier 2011 ont choisi d'instituer des conditions imprécises et souples. En particulier, la notion de motif légitime, sur laquelle la disposition examinée est assise, est fuyante et constitue une notion à contenu variable⁴⁷⁵. En dernière instance, la circonscription des hypothèses dans lesquelles sera caractérisé un motif légitime est abandonnée à l'intelligence des magistrats ; les raisons pouvant justifier l'inaction des plaideurs relèvent de leur appréciation souveraine.

En l'occurrence, l'examen de la jurisprudence démontre que ces motifs légitimes sont très rarement caractérisés. En particulier, la Cour de cassation a estimé que le fait d'avoir vainement demandé à une institution d'arbitrage la récusation d'un arbitre ne constituait pas un motif légitime de ne pas

⁴⁷³ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n° 03-19.054 : « tout grief invoqué à l'encontre d'une sentence au titre de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile doit, pour être recevable devant le juge de l'annulation, avoir été soulevé, chaque fois que cela était possible, devant le tribunal arbitral lui-même ». La Cour de cassation a également estimé qu'un plaideur ne pouvait pas se prévaloir d'un argument d'incompétence, qui avait été uniquement allégué lors de la discussion au fond, une fois la sentence partielle sur la compétence rendue (Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 17-20.423).

⁴⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n° 03-20.802, D. 2006. IR. 2052, obs. Delpech.

⁴⁷⁵ V. sur ce point, Ch. Perelman, R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

invoquer, devant le tribunal arbitral lui-même, l'irrégularité de sa constitution⁴⁷⁶. En l'espèce, à deux reprises, en alléguant un défaut d'impartialité, l'une des parties avait sollicité auprès de la Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale la récusation d'un arbitre. Cependant, elle n'avait pas formulé ce grief devant le tribunal arbitral lui-même et avait ultérieurement formé un recours en annulation devant les juridictions françaises. La Cour de cassation estima que, ce faisant, le requérant avait renoncé à se prévaloir de l'irrégularité. Les motifs légitimes sont donc très rarement établis.

L'effectivité de l'article 1466 du Code de procédure civile en sort renforcée : les renonciations tacites sont fréquemment opposées au requérant. On peut d'ailleurs relever que la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui consacre également un principe de « renonciation au droit de faire objection », ne se réfère pas à cette idée de motif légitime⁴⁷⁷. De même, l'article 40 du règlement CCI⁴⁷⁸, qui consacre lui aussi le principe susvisé, l'article 73 de la loi anglaise de 1996 sur l'arbitrage et la jurisprudence suisse ne mentionnent pas cette condition. Il n'est pas sûr que cette référence au motif légitime soit très utile en pratique et il n'est dès lors pas surprenant que la jurisprudence française ait décidé de ne pas attribuer une très grande portée à cette condition.

210. Il reste maintenant à examiner la condition de connaissance de l'irrégularité.

III) La connaissance de l'irrégularité

211. Pour qu'il y ait renonciation, il faut que le litigant ait agi « en connaissance de cause ». Il doit avoir eu connaissance de l'irrégularité. Deux interprétations différentes de cette condition peuvent être envisagées. Tout d'abord, il est possible de considérer que dès lors que le litigant a connaissance des *faits* constitutifs de l'irrégularité, il doit être réputé avoir agi en connaissance de cause. Ensuite, il est possible de considérer que pour que la renonciation soit caractérisée, il faut que le litigant ait connaissance de l'irrégularité elle-même. Quant à cette question, les juridictions françaises n'ont — à notre connaissance — jamais donné d'indications très claires.

⁴⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.968, *Gaz. pal.* 31 octobre 2023, obs. L. Larribère.

⁴⁷⁷ Article 4. Sur ce texte, parmi une littérature abondante, v. H. Holtzmann et J. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989, p. 196 et s. ; P. Sanders, *The work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, Second and Expanded Edition*, Kluwer Law International, 2004, p. 64-65.

⁴⁷⁸ Sur cet article, V. R.-A. Schutze, *Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart, 2013, p. 181.

Toujours est-il que dans la jurisprudence, la preuve de la connaissance de l'irrégularité n'est jamais véritablement établie. Les juridictions françaises cherchent à faciliter la reconnaissance des renonciations tacites. Cela est compréhensible : la connaissance de l'irrégularité constitue un élément subjectif qui est très difficile à prouver. Si la preuve de la connaissance de l'irrégularité elle-même était exigée, l'article 1466 du Code de procédure civile pourrait être vidé de toute substance. Cependant, et nous y reviendrons, sur le plan logique, il est incohérent d'imputer une renonciation tacite à un plaideur qui ignorait le vice infectant la procédure arbitrale : comment un plaideur pourrait-il renoncer à une prérogative dont il ignore l'existence ?

212. Quant à leurs effets, les renonciations étudiées paraissent très différentes. Elles impactent respectivement l'exercice de la compétence, le pouvoir de juger un État souverain, de diligenter des mesures d'exécution à son encontre et la reconnaissance des décisions arbitrales. Ces renonciations ne s'insèrent-elles pas au sein d'une catégorie conceptuelle présentant une hétérogénéité irréductible ? Il n'en est rien. Dans le cadre de cette première section, nous avons vu que dans bien des situations, la renonciation était déduite d'un comportement que le litigant avait adopté en cours de procédure. C'est maintenant ce type particulier de renonciation qui va nous intéresser : nous allons chercher à montrer que ces renonciations reposent sur des fictions de volonté.

Section 2 : Des renonciations fréquemment affectées par un vice de formation

213. Il faut immédiatement dissiper les ambiguïtés que notre intitulé — en raison de sa concision — pourrait alimenter. Quand nous affirmons que les renonciations sont fréquemment affectées d'un vice de formation, nous voulons uniquement signifier que les renonciations étant déduites d'un acte intervenu durant le procès sont affectées d'un tel vice. D'autres types de renonciations peuvent, au contraire, être fondés sur des indices de volonté probants. En conséquence, dans le cadre des présents développements, seules les renonciations formées durant le procès seront examinées et passées au crible d'une analyse critique.

Dans cette seconde section, nous prêterons la plus grande attention à un certain nombre d'études de droit civil, ainsi qu'à divers principes surplombants, qui forment l'ossature d'une théorie générale des renonciations. Certes, la catégorie des renonciations embrasse un ensemble d'actes hétérogènes et disparates. Par là même, les règles contenues en son sein peuvent sembler difficiles à systématiser. Il n'en reste pas moins que certains principes sont pourvus d'une portée générale et irriguent l'ensemble de la matière⁴⁷⁹. Or, en droit international privé, il existe fréquemment un divorce entre les principes consacrés et les solutions effectivement retenues. Il n'est pas rare que la Cour de cassation rende des solutions qui entrent directement en contradiction avec les principes qu'elle a elle-même proclamés. Ce sont ces contradictions, ces antinomies qui permettent de révéler l'existence des fictions juridiques. Nous chercherons à montrer que les renonciations tacites déduites d'actes de procédure reposent sur des fictions de volonté (sous-section 1) et sont ainsi fondées sur des fictions juridiques (sous-section 2).

Sous-section 1 : Des renonciations fondées sur des fictions de volonté

214. Toute renonciation doit procéder d'une manifestation de volonté abdicative, c'est-à-dire que toute renonciation doit être déduite d'« une déclaration de volonté faite dans le but de se séparer d'une prérogative sans intention de la transférer »⁴⁸⁰. Pour caractériser une volonté abdicative, il convient de mettre en lumière l'existence d'un comportement incompatible avec la volonté de conserver

⁴⁷⁹ De nombreux travaux doctrinaux en attestent : V. par ex. G. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, LGDJ, 1971 ; N. Sibiciano, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse, Paris, 1932.

⁴⁸⁰ F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 24.

l'avantage en cause⁴⁸¹. En d'autres termes, le fait du renonçant doit — par sa nature — être contraire à la prérogative invoquée, ce qui implique de mettre en exergue une contradiction logique entre le droit allégué et le comportement du renonçant⁴⁸². Pour donner un exemple d'une telle contradiction, la stipulation d'une clause d'élection de for implique nécessairement une renonciation au privilège de l'article 14 du Code civil⁴⁸³. Le bénéficiaire du privilège ne peut pas à la fois conférer une compétence exclusive à un tribunal étranger et souhaiter simultanément conserver ce privilège.

215. Or, dans plusieurs des hypothèses étudiées, le comportement adopté par le prétendu renonçant n'est pas inconciliable avec l'avantage invoqué. Les renonciations au bénéfice de l'immunité de juridiction et les renonciations au privilège de nationalité, qu'elles soient déduites de la comparution ou de la saisine d'un tribunal, ainsi que les actes abdicatifs déduits de la participation à la procédure arbitrale, sont fondés sur des fictions de volonté. Et pour cause, la renonciation est déduite d'une inertie (I) et d'un comportement « inconscient » (II). Envisagés isolément, ces deux arguments ne sont pas nécessairement suffisamment probants. Pour que la démonstration du caractère factice de ces renonciations soit parachevée, un troisième argument devra être mobilisé : l'acte de renonciation imputé au plaideur est objectivement contraire à son intérêt. Or, il est difficilement concevable qu'un plaideur étant d'ores et déjà engagé dans un contentieux ait la volonté de réaliser un acte juridique directement contraire à son intérêt (III). C'est — de notre point de vue — ce dernier argument qui est le plus probant et le plus décisif.

I) Un acte juridique déduit d'un comportement passif

216. Par principe, les renonciations ne devraient pas être déduites du silence des plaideurs (A). Or, en droit international privé, les renonciations sont fréquemment fondées sur une attitude silencieuse (B).

⁴⁸¹ J. Boré, Note sous Mixte, 26 avril 1974, *op. cit.*, p. 251.

⁴⁸² D. Houtcieff, thèse, *op. cit.*, p. 757 et s.

⁴⁸³ Civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, *Siaci*, *Rev. crit. DIP* 1987. 396, note H. Gaudemet-Tallon.

A) La nécessité d'un acte positif, un principe constamment affirmé

217. Par principe, le silence ne saurait être érigé au rang de manifestation de volonté⁴⁸⁴. Loin de constituer une simple absence de parole, le silence — comme nous l'avons dit précédemment — doit être assimilé à l'inaction ou à l'inertie⁴⁸⁵. Selon Demogue, en effet : « il y a silence au sens juridique lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (volonté expresse) ni par une action d'où on puisse déduire sa volonté (volonté tacite) »⁴⁸⁶. Le silence, parce qu'il est dépourvu de toute extériorité, est frappé d'équivocité. Il demeure affecté d'un vice congénital tenant à son ambiguïté consubstantielle. Ainsi :

« Le silence ne dit rien, précisément parce qu'il est le silence. Le silence n'a pas à être interprété ; en effet, l'interprétation consiste à dégager d'une déclaration inachevée, équivoque ou ambiguë la volonté vraie du déclarant ; or le silence est l'absence de toute déclaration, même rudimentaire [...] il rend impénétrable la volonté de celui qui le garde et permet même de douter que celui-ci ait eu, dans le for intérieur, la volonté de prendre une décision. On n'interprète pas le néant »⁴⁸⁷.

La jurisprudence et le législateur ont affirmé que le silence gardé par le destinataire d'une offre contractuelle ne constituait pas une acceptation⁴⁸⁸. Ce principe a également vocation à régir la forma-

⁴⁸⁴ Sur ce thème, la littérature juridique est évidemment très abondante : v. not. J. Barrault, thèse, *op. cit.* ; V. Poirier, thèse, *op. cit.* ; P. Diener, thèse, *op. cit.* ; J.-C. Madjaran, thèse, *op. cit.* ; J.-M. Littman, thèse, *op. cit.* ; P. Godé, thèse, *op. cit.*, J. Schmidt, thèse, *op. cit.*

⁴⁸⁵ V. *supra* n° 1-2.

⁴⁸⁶ R. Demogue, *Traité des obligations en général, tome 1*, *op. cit.*, p. 299 ; v. aussi P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 22-23 ; F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁸⁷ P. Voirin, Note sous Req. 29 mars 1938, *DP* 1939. I, p. 5 et s. et not. p. 5.

⁴⁸⁸ Du moins est-ce le principe. Pour la jurisprudence, v. l'arrêt de principe : Civ. 25 mai 1870, *DP* 1870. 1. 257, *S.* 1870. 1. 341, *GAJC*, t. 2, n° 146. Plus récemment, v. not. Civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, *D.* 1979. IR 488 ; Com. 16 décembre 1981, *JCP* 1982. IV. 88 ; Com. 3 décembre 1985, *JCP* 1986. IV. 65 ; Civ. 1^{ère}, 16 avril 1996, *RTD cin.* 1996. 894, obs. J. Mestre. Le principe est aujourd'hui codifié à l'article 1120 du Code civil : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

tion des renonciations. Les tribunaux français ont affirmé que la formation d'une renonciation supposait un *acte positif*⁴⁸⁹, ce qui revient à dire qu'une renonciation ne peut pas être déduite du silence du prétendu renonçant. Et pour cause, une attitude passive est toujours équivoque. Au surplus, comme l'écrivait Carbonnier, « faire découler une renonciation tacite de la seule inertie du titulaire d'un droit, ce serait rendre inutile l'institution légale de la prescription extinctive, puisque rien ne distinguerait plus cette renonciation tacite d'une sorte de prescription abrégée, laissée à l'arbitraire des tribunaux »⁴⁹⁰.

Cependant, en droit civil, comme en droit international privé, il existe fréquemment un divorce entre les principes proclamés et les solutions effectivement retenues. Les renonciations sont fréquemment déduites de comportements passifs.

B) La nécessité d'un acte positif, un principe fréquemment méconnu

218. La jurisprudence française parvient à sauver les apparences, car les renonciations ne sont jamais déduites d'une attitude purement passive. En effet, en matière de renonciation aux articles 14 et 15 du Code civil, le plaideur qui refuse de comparaître devant un tribunal étranger ne peut pas se voir imputer une renonciation⁴⁹¹. En matière d'immunité étatique, une renonciation ne peut pas non plus être déduite du seul défaut de comparution de l'État⁴⁹². Ces solutions paraissent ainsi conformes aux principes structurant la formation de l'acte juridique. La volonté abdicative ne peut être déduite d'une pure inertie, car cela reviendrait à conférer au silence du plaideur une valeur que le droit des

⁴⁸⁹ Civ. 3^{ème}, 22 janvier 2014, n° 12-29.856, *D.* 2014. 277 ; *RDC* 2014. 397, note J.-B. Seube ; Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, n° 97-20.858, *Bull. civ.* I, n° 75 ; *RTD civ.* 2001. 132, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 2^{ème}, 21 mars 1983, *Bull. civ.* n° 85 ; Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1977, *JCP* 1977. IV. 50 ; Civ. 3^{ème}, 7 octobre 1975, *Bull. civ.* n° 282 ; civ. 3^{ème}, 12 février 1974, *Bull. civ.* n° 70 ; Civ. 3^{ème}, 14 novembre 1972, *Bull. civ.* n° 600 ; Civ. 3^{ème}, 5 mars 1971, *Bull. civ.* n° 175 ; Civ. 3^{ème}, 30 avril 1970, *Bull. civ.* n° 300 ; Civ. 8 octobre 1940, *GP* 1940. 2. 132 ; *DC* 1942. 143 ; CA Paris, 7 décembre 1972, *D.S.* 1973, Somm. p. 60, obs. R. Savatier, *RTDC* 1975. 752. Sur cette jurisprudence, v. D. Houtcieff, « Renonciation », *op. cit.*, n° 65 ; D. Houtcieff, thèse, *op. cit.*, p. 759 et s. ; F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 162 et s.

Dans une perspective comparatiste, v. P. Rainville, « Volonté interne et for intérieur : le silence et l'inaction en guise d'outils interprétatifs du contrat », *Les Cahiers de droit* 2015, p. 615 et s. et not. p. 663.

⁴⁹⁰ J. Carbonnier, Note sous Civ. 10 juin 1941, *RTD civ.* 1940-1941, p. 602 et s. et not. p. 603 ; v. aussi : F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁹¹ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, *Bull. civ.* I, n° 113 ; *D.* 1982. IR 327 ; Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1977, *D.* 1977. IR 351, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1978. 146, note E. Mezger ; Civ. 1^{ère}, 5 mai 1976, *Rev. crit. DIP* 1977. 137, 1^{ère} esp., note A. Huet ; CA Paris, 12 novembre 1974, *JDI* 1975. 808, note Ruzié ; *Gaz. Pal.* 1975. 1. 50, note Viatte ; *Rev. crit. DIP* 1975. 484, note G. Droz.

⁴⁹² CA Paris, 17 mars 1978, *Dame Nzi c/ Vessab*, *Rev. crit. DIP* 1978. 714, note P. Bourel ; *JDI* 1978. 605, note Kahn, *D.* 1978. IR 370, obs. B. Audit.

obligations a toujours refusé de lui reconnaître. Dans la mesure où le défaut de comparution équivaut à l'inaction, le plaideur défaillant demeure silencieux et, en cela, il n'exprime aucune volonté.

De prime abord, les renonciations paraissent déduites d'un véritable acte positif. Cet acte réside en l'occurrence dans la saisine d'un tribunal ou dans la comparution devant ce tribunal. Le plaideur qui renonce aux articles 14 et 15 du Code civil a saisi un tribunal étranger ou a comparu devant ce dernier. De façon tout à fait identique, le bénéficiaire d'une immunité étatique a introduit une action en justice ou a comparu devant une autorité juridictionnelle. Enfin, le plaideur qui a renoncé à se prévaloir d'une irrégularité de la procédure arbitrale a activement participé à cette procédure.

219. Pourtant, cette présentation est en réalité discutable. Lorsque la renonciation est déduite de la comparution du défendeur, la volonté des parties est en réalité davantage inférée d'une abstention. C'est un fait négatif qui fonde la caractérisation de la volonté abdlicative et non un comportement actif. En effet, si une renonciation est imputée au bénéficiaire du privilège de nationalité, c'est moins parce qu'il a comparu que parce qu'il *s'est abstenu* de se prévaloir de l'incompétence du tribunal étranger. Lorsqu'une renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale est inférée de la participation à cette procédure, c'est que le plaideur n'a pas soulevé cette irrégularité devant l'arbitre. Enfin, lorsque le bénéficiaire d'une immunité étatique est attiré en justice, là encore, la renonciation est fondée sur une abstention : il s'est abstenu de se prévaloir de l'immunité. Dans chacune de ces hypothèses, la renonciation est en réalité déduite de l'inertie du plaideur, de son silence. Certes, la renonciation n'est pas déduite d'une attitude purement passive, mais, selon la formule de Godé, d'une « abstention dans l'action »⁴⁹³. Il n'en reste pas moins que même si elle se greffe sur un acte positif de comparution devant un tribunal, cette abstention, comme toute attitude silencieuse, demeure assez équivoque.

220. Le raisonnement tenu en jurisprudence paraît d'autant plus contestable que les hypothèses précédemment décrites se rapprochent dangereusement de situations de *tolérance*. Ne pourrait-on pas affirmer que le bénéficiaire de l'immunité étatique a simplement toléré d'être attiré devant un tribu-

⁴⁹³ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 153 : Cette abstention dans l'action révélerait « la volonté, à un moment donné, d'agir d'une certaine façon sans utiliser dans l'immédiat un moyen déterminé ». Sur cette problématique, v. aussi F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 182.

nal étatique ? Ne pourrait-on pas considérer que la partie à la procédure arbitrale a toléré le vice affectant cette dernière ? Dans certaines hypothèses, une réponse positive paraît bien s'imposer⁴⁹⁴. La tolérance désigne en effet une situation dans laquelle un particulier s'abstient consciemment de faire valoir un droit⁴⁹⁵. Or, c'est un principe solidement établi : les situations de tolérance ne doivent pas déboucher sur l'éclosion de droits subjectifs nouveaux⁴⁹⁶. En particulier, le bénéficiaire d'une situation de tolérance ne peut se prévaloir de l'acquisition d'un droit contractuel⁴⁹⁷.

Symétriquement, la renonciation, qui débouche sur l'extinction d'un droit, ne devrait pas être inférée d'un simple acte de tolérance⁴⁹⁸. Si cette règle est aujourd'hui dévorée par la prolifération d'exceptions diverses⁴⁹⁹, elle n'en conserve pas moins une valeur de principe, elle devrait en toute logique enserrer le pouvoir d'appréciation des juges du fond et orienter les solutions retenues. Comme cela est souligné par Monsieur Ph. Théry, « le comportement de celui qui pourrait agir juridiquement, mais s'en abstient consciemment relève d'un choix qui n'a rien de juridique. [...] Au mieux, la tolérance constituera un fait juridique »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ Dans certaines hypothèses seulement, car la tolérance suppose une abstention *consciente*. Or, nous soutiendrons ultérieurement que cette conscience fait parfois défaut.

⁴⁹⁵ Ph. Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 333 et s. et not. p. 366. Pour une définition très similaire, v. S. Pesenti, *La tolérance en droit civil*, thèse, Paris II, 2002, p. 21 et s. et not. p. 49-50.

⁴⁹⁶ En matière de droit réel, v. not l'article 2262 du Code civil « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». Le bénéficiaire d'une attitude de tolérance ne peut se prévaloir de l'acquisition d'un droit réel par prescription acquisitive.

⁴⁹⁷ En droit positif, les manifestations de ce principe sont nombreuses et diverses. V. par exemple Civ. 1^{ère}, 29 mars 1978, *Bull. civ. I*, n° 126 : aucun contrat de dépôt ne lie les parties lorsque c'est par un acte de tolérance qu'une société met son parking à la disposition d'une autre. Sur cette question, v. A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} édition, LGDJ, 2021, p. 521 : « Aussi n'y a-t-il pas dépôt en présence d'actes de simple tolérance, comme accepter qu'un fournisseur gare son véhicule dans une cour ».

⁴⁹⁸ D. Houtcieff, « Renonciation », *op. cit.*, n° 65 ; D. Houtcieff, thèse, *op. cit.*, p. 750. Comp : Dans un sens plus nuancé, v. F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 167 et s. ; S. Pesenti, thèse, *op. cit.*, p. 65 et s.

La jurisprudence est en cette matière très abondante. En matière de renonciation au droit à l'image, v. CA Paris, 27 février 1967, *D.* 1967. 450, note Foulon-Pignaniol : « l'on ne saurait induire d'une *tolérance* passée ou d'une attitude quelconque... envers la presse une renonciation aux droits qu'à une personne sur son image ». En matière de sous-location, v. Civ. 3^{ème}, 10 octobre 1968, *Bull. III*, n° 366, p. 281 : « Une tolérance, si prolongée soit-elle, ne permet pas de présumer une renonciation au droit que le bailleur tenait de la loi d'être appelé à concourir à l'acte ». V. aussi Civ. 3^{ème}, 18 novembre 1968, *JCP* 1969. IV. 10 ; Civ. 3^{ème}, 19 janvier 1968, *Bull. III*, n° 30, p. 68.

⁴⁹⁹ F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 167 et s.

⁵⁰⁰ Ph. Théry, « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », *op. cit.*, p. 364. Dans un sens similaire, v. dans une perspective comparatiste P. Rainville, « Volonté interne et for intérieur : le silence et l'inaction en guise d'outils interprétatifs du contrat », *op. cit.*, p. 660.

Inférer une renonciation de la comparution d'un plaideur ou de sa participation à la procédure arbitrale est ainsi contestable. Il reste que, comme nous l'avons vu, la renonciation n'est jamais déduite d'un comportement purement passif. En conséquence, envisagé isolément, le grief que nous avons formulé — fondé sur le caractère passif du comportement du prétendu renonçant — n'est peut-être pas suffisant. Il faut désormais mobiliser un second argument : si le raisonnement de la jurisprudence prête le flanc à la critique, cela tient également au fait que l'abstention du litigant n'est pas toujours « consciente ».

II) Un acte juridique déduit d'un comportement inconscient

221. Par principe, pour qu'une renonciation puisse valablement être caractérisée, il faut être en mesure de démontrer que le prétendu renonçant avait connaissance de l'avantage abdiqué (A). Pourtant, en droit international privé, la preuve de cette connaissance du droit subjectif n'est jamais apportée (B).

A) La connaissance du droit abdiqué, une exigence constamment affirmée

222. En toute logique, un sujet de droit ne peut abdiquer une prérogative dont il ignore l'existence : « comment admettre qu'en agissant un individu exprime la volonté d'abandonner un avantage dont il ne se saurait titulaire »⁵⁰¹ ? La formation de tout acte juridique présuppose une certaine conscience ; conscience des principaux effets juridiques susceptibles d'être engendrés par cet acte. La formation de la renonciation ne déroge pas à cette règle. Elle est en principe tributaire de la connaissance du droit subjectif abandonné.

Tirant toutes les conséquences de cette exigence logique élémentaire, la Cour de cassation a affirmé que la renonciation « ne se présume pas et doit résulter d'actes qui l'impliquent nécessairement

⁵⁰¹ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 108 et p. 149 ; v. aussi F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 159 et s.

et qui, accomplis volontairement et *en connaissance de cause*, manifestent de façon non équivoque l'intention de renoncer» de leur auteur⁵⁰². Ainsi, il appartient à celui qui invoque la renonciation de démontrer que le renonçant « avait connaissance de la prérogative abdiquée ou qu'il ne pouvait en ignorer l'existence »⁵⁰³.

223. Et pourtant, en droit civil, comme en droit international privé, il n'est pas rare que les solutions contreviennent à cette exigence.

B) La connaissance du droit subjectif abdiqué, une exigence logique systématiquement méconnue

224. En droit international privé, un examen attentif de la jurisprudence aboutit à formuler un constat tranché : la preuve de la connaissance du droit abdiqué n'est tout simplement jamais rapportée. Cela n'est pas très surprenant, car sur le plan pratique, la preuve de la connaissance du droit abandonné serait — sauf circonstances particulières — difficile à apporter. Il n'en demeure pas moins que dans la mesure où la preuve de cette connaissance n'est jamais établie, la démonstration de l'existence d'une renonciation se trouve gravement compromise. Elle est entachée d'un vice évident.

Supposons qu'une renonciation à l'article 14 soit déduite de la simple saisine d'un tribunal étranger. Dans cette configuration, il est tout à fait possible que l'action en justice soit engagée par le plaideur, non pas simplement parce qu'il souhaitait obtenir une décision émanant d'un ordre juridictionnel étranger, mais parce qu'il pensait que le tribunal étranger était le seul objectivement compétent. Comment peut-on affirmer qu'il y a renonciation ?

225. La seule façon de défendre ces solutions est alors de recourir à l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi. Certains auteurs ont affirmé que le renonçant était — par application de cet adage — réputé avoir connaissance du droit qui lui est conféré par la loi. Il suffirait que ce dernier « ait

⁵⁰² Civ. 3^{ème}, 11 octobre 1968, *Bull.*, n° 374. V. aussi : Civ. 3^{ème}, 20 octobre 2016, n° 15-20.285, *D.* 2016. Actu. 2214 ; *Dalloz actualité*, 8 novembre 2015, obs. Cayol ; *AJDI* 2017. 209, obs. Blatter ; *AJDI* 2017. 286, obs. Monéger ; *RTD com.* 2017. 37, obs. Kendérian ; *JCP E* 2017. 1006, n° 2, obs. Seube ; *RJDA* 2017, n° 9 ; Civ. 2^{ème}, 11 juillet 2002, n° 00-21.823, *Bull. civ.* II, n° 161 ; Civ. 3^{ème}, 16 octobre 1991, 2^{ème} esp., n° 89-17.166, *Bull. civ.* III, n° 240 ; *D.* 1992. 341, note Giverdon et Lecharny ; *Com.* 18 nov. 1965, n° 63-11.712 ; Civ. 25 octobre 1937, *DH* 1937. 565.

⁵⁰³ D. Houtcieff, « Renonciation », *op. cit.*, n° 20. L'auteur ajoute cependant que « la connaissance de la prérogative abdiquée est cependant présumée lorsque les circonstances rendent extrêmement improbables l'ignorance du renonçant : la preuve de l'ignorance étant alors quasiment impossible ».

connu les éléments de faits qui ont créé à son profit un avantage juridique »⁵⁰⁴. Cette analyse ne nous paraît pas convaincante. Tout d’abord, sur le plan des faits, il faut bien avoir à l’esprit que de très nombreux sujets de droit ignorent la teneur de nombre de dispositions législatives⁵⁰⁵. Le processus d’inflation normative qui sévit aujourd’hui rend le postulat de connaissance de la loi plus illusoire que jamais⁵⁰⁶. Que l’on répute existant — pour des raisons pratiques — un état de fait manifestement contraire à la réalité n’est pas nécessairement contestable⁵⁰⁷.

Mais encore faut-il s’assurer que l’adage en question a bien vocation à s’appliquer en matière de renonciation. Or, de notre point de vue, la maxime selon laquelle nul n’est censé ignorer la loi ne devrait pas être appliquée en cette matière. La « méta-norme »⁵⁰⁸ issue de cet adage a pour fonction de favoriser la répression des manquements à la loi⁵⁰⁹. Pour s’abstraire de tout risque de répression étatique, le sujet ne saurait simplement se prévaloir de son ignorance de la règle⁵¹⁰. Mais faire application de cet adage en matière de formation de l’acte juridique est contestable. Cela est d’autant plus vrai que l’article 1132 du Code civil prévoit que l’erreur de *droit* peut être une cause de nullité du contrat. C’est dire qu’en matière contractuelle — et par extension en matière d’acte juridique —, l’ignorance de la loi doit légitimement être prise en considération⁵¹¹. De notre point de vue, quant à

⁵⁰⁴ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 149.

⁵⁰⁵ Selon l’expression de M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 477.

⁵⁰⁶ Sur cette problématique, v. J. Carbonnier, « La maxime “Nul n’est censé ignorer la loi” en droit français », *Ecrits*, PUF, 2008, p. 1216 et s.

⁵⁰⁷ On pourrait discuter longuement de la nature de cet adage. Est-on en présence d’une fiction juridique ou d’une présomption irréfragable ? Durkheim écrivait : « Aussi les règles qui prohibent ces actes [les crimes] et que sanctionne le droit pénal sont-elles les seules auxquelles le fameux axiome juridique nul n’est censé ignorer la loi s’applique sans fiction » (*De la division du travail social*, PUF, *op. cit.*, p. 40). Sur ce débat, v. R. Libchaber, « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *op. cit.*, p. 162-163 ; M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 477 et s. ; P. Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LPA* mars 2000, p. 6 et s. ; J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *op. cit.*, p. 370-371 ; P. Foriers, « Présomptions et fictions », *op. cit.*, p. 14-15 ; A. Bayard, « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique », *op. cit.*, p. 32-33 ; Ch. Perelman, « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 342 ; J. Dabin, *La technique de l’élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 277 et s.

⁵⁰⁸ Selon l’expression de M. Xifaras, « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 477.

⁵⁰⁹ D’ailleurs, même en matière pénale, la portée de l’adage est limitée. V. à cet égard l’article 122-3 du Code pénal : « N’est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu’elle n’était pas en mesure d’éviter, pouvoir légitimement accomplir l’acte ».

⁵¹⁰ Sur cet adage, v. par aussi : J. Carbonnier, « La maxime “Nul n’est censé ignorer la loi” en droit français », *Ecrits*, PUF, 2008, p. 1216 et s.

⁵¹¹ Sur ce type d’erreur, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p. 327 et s.

la formation de l'acte juridique, l'adage selon lequel nul n'est censé ignorer la loi ne devrait pas être mobilisé.

Pourtant, il faut bien constater que la Cour de cassation ne raisonne pas toujours ainsi. Dans un arrêt du 16 mai 2012, pour retenir l'existence d'une renonciation, la Cour de cassation s'est expressément fondée sur cet adage, qui a été intégré au visa de la décision. Elle a estimé qu'en « saisissant une juridiction différente de celles désignées par les dispositions impératives de l'article 9.1 du règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 », les demandeurs « avaient implicitement, mais nécessairement renoncé à se prévaloir de l'option de compétence instituée par ce texte »⁵¹². Dans cette affaire, assez curieusement, les demandeurs n'avaient ni saisi les juridictions luxembourgeoises de l'État du domicile de l'assureur défendeur, ni le tribunal du lieu de leur propre domicile (le tribunal de Créteil). Ils avaient saisi le tribunal de grande instance de Paris. D'une simple erreur est déduite une renonciation au bénéfice de l'option de l'article 9.1. La solution ne convainc pas⁵¹³.

En définitive, en matière de renonciation, l'utilisation de la maxime selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi paraît abusive et aboutit en pratique à imputer au bénéficiaire d'un droit la volonté de conclure un acte directement contraire à ses intérêts.

III) Un acte juridique contraire à l'intérêt de son auteur

226. On peine à comprendre pourquoi un plaideur engagé dans un procès aurait la volonté d'accomplir un acte juridique contraire à ses intérêts. Or, la renonciation constitue un tel acte (A). Comme les tribunaux français imputent fréquemment aux plaideurs des actes de renonciation directement contraire à leurs intérêts, certains litigants prennent le soin de formuler des réserves. Or, ces réserves ne sont pas toujours prises en considération (B).

⁵¹² Civ. 2^{ème}, 16 mai 2012, n° 11-16.942 ; *Bull. civ.* II, n° 91 ; *JDI* 2014, comm. 3. 155, note N. Mrejen ; *RLDC* 2012, n° 95. 57, obs. P. Alexandre.

L'article 9.1 du règlement « Bruxelles 1 » prévoit que « [l']assureur domicilié sur le territoire d'un État membre peut être attiré : a) devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou b) dans un autre État membre, en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou un bénéficiaire, devant le tribunal du lieu où le demandeur a son domicile [...] ».

⁵¹³ En ce sens, v. H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 263 : « Un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2012 est particulièrement critiquable, qui a interprété une erreur commise par le demandeur comme une renonciation à l'option de compétence offerte par l'art. 9, § 1 du règlement Bruxelles I ».

A) Volonté abdicative et contentieux, des données antinomiques

227. Présentons l'analyse retenue (1) avant de l'illustrer par différents exemples (2).

1) Présentation de l'analyse retenue

228. La renonciation est un acte anormal⁵¹⁴. Il est rare que le titulaire d'un droit subjectif ait la volonté de l'abandonner ; sa volonté est bien plus fréquemment orientée vers la conservation de ce droit. Bien sûr, au moment de la conclusion d'un contrat, il est tout à fait concevable qu'un sujet ait la volonté de renoncer à l'un de ses droits subjectifs. Dans un certain nombre d'hypothèses, la renonciation conditionne la conclusion du contrat : si le bénéficiaire n'abandonne pas sa prérogative, son contractant refusera de s'engager. Dans d'autres hypothèses, le bénéficiaire abdique son droit, car il espère qu'en retour, son partenaire contractuel sera également prêt à lui consentir un certain nombre d'avantages. Les négociations contractuelles sont en effet souvent marquées par des concessions réciproques. Dans ce contexte, la renonciation à un avantage déterminé trouve facilement sa place. Lors du processus de négociations, l'abdication d'un privilège juridictionnel est d'autant plus facile que la perspective du contentieux semble très lointaine et fort hypothétique. En droit des contrats, plus que dans toute autre branche, le contentieux est une « pathologie », une manifestation de l'enraiment de la relation contractuelle⁵¹⁵. Fort heureusement, cette pathologie ne survient que rarement.

229. Mais au moment où le contentieux survient, il est beaucoup plus difficile de concevoir qu'un litigant ait la volonté d'abandonner l'un de ses droits. Le contexte n'est plus celui de négociations contractuelles, faites de concessions réciproques et souvent marquées par un esprit de coopération. Le contexte est celui d'un affrontement entre deux parties aux intérêts antagonistes, chaque partie au procès défendant âprement ses propres intérêts. Cette configuration contentieuse nous amène nécessairement à présupposer que le plaideur n'a pas la volonté de conclure un acte juridique directement contraire à ses intérêts. Or, par son essence unilatérale et abdicative, la renonciation constitue un tel

⁵¹⁴ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 23 : « Des renonciations de cette sorte, sans doute, ne se présument pas, parce qu'il y a là une abdication d'avantages qui ne paraît pas normale » ; V. aussi, F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 40 : « Être titulaire d'un droit sur un bien dont on n'a pas encore épuisé le profit, d'une créance pour laquelle on pourrait encore obtenir satisfaction et prendre la peine de les abandonner sans espoir de retour, sans qu'aucun avantage d'ordre patrimonial vienne directement en compensation, parfois même sans volonté de gratifier qui que ce soit, voilà qui paraît peu ordinaire ».

⁵¹⁵ Selon la fameuse formule de Carbonnier : « La sociologie juridique pose quasi en axiome que le contentieux — cette pathologie — est infiniment plus petit que le droit » (J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. Phil. Droit* 1963 ; repris in *Flexible droit*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2001, p. 25 et s. et not. p. 26).

acte⁵¹⁶. En conséquence, les renonciations déduites de comportements adoptés au cours du procès — que ces comportements résident dans la saisine d'un tribunal étranger ou dans une comparution — reposent presque systématiquement sur une fiction de volonté.

Certes, dans différentes hypothèses, le bénéficiaire du droit subjectif a manifesté une volonté de ne pas *exercer* ce droit. Néanmoins, même si l'on adopte une analyse objective de la volonté, rien ne permet d'affirmer qu'il a exprimé une volonté de *renoncer* à sa prérogative juridique. Certes, le comportement adopté par le prétendu renonçant a pu induire son adversaire en erreur, lui donnant l'illusion qu'il n'allait pas se prévaloir de son droit⁵¹⁷. L'attitude procédurale du bénéficiaire du droit peut engendrer chez son adversaire certaines croyances, que le droit entend protéger⁵¹⁸. Mais cela ne signifie pas que le prétendu renonçant aurait objectivement exprimé une volonté de conclure un acte juridique directement contraire à ses intérêts.

2) Illustration de l'analyse retenue

230. Lorsqu'il décide de saisir un tribunal étranger, le bénéficiaire de l'article 14 du Code civil dispose de deux options. Il peut porter son action devant le tribunal étranger compétent ou, au contraire, il peut décider de saisir le tribunal français et il sera alors amené à se prévaloir de l'article 14. En saisissant le tribunal étranger, le plaideur a simplement manifesté sa volonté de ne pas immédiatement exercer le droit conféré par l'article 14 du Code civil français. Or, en toute logique, la volonté de *ne pas exercer* un droit à un moment précis du contentieux ne peut pas être assimilée à une volonté d'*abandonner* ce droit. En d'autres termes, même si le plaideur a exprimé une volonté de ne pas se

⁵¹⁶ En ce sens, v. P. Godé, thèse, *op. cit.*, 1977, p. 131 : l'évocation de la renonciation « paraît tout particulièrement étrange en ce domaine [le contentieux], car elle consiste en un abandon, sans contrepartie, de certaines prérogatives, *au profit d'un adversaire* » ; v. également, *ibid*, p. 153 : « Conçoit-on aisément qu'un plaideur renonce en cours de litige, à des avantages tels que la prescription ou la déchéance des droits invoqués par son adversaire ; ou qu'il abandonne sans raison apparente la position de force que lui conféraient une règle de preuve, une nullité ou une disposition conventionnelle ? La recherche délibérée de tels effets ne peut être qu'exceptionnelle ».

⁵¹⁷ Cette question de la protection des attentes légitimes sera développée par notre seconde partie. V. *infra* n° 803 et s.

⁵¹⁸ Sur cette problématique, v. F. Ranieri, « Verwirkung et renonciation tacite, quelques remarques de droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, 1974, Litec, p. 427 et s. et not. p. 441 : Analysant des hypothèses de renonciation à se prévaloir d'une clause interdisant la sous-location, l'auteur écrit : « De prime abord, les décisions semblent s'appuyer encore sur le dogme de la volonté, mais au fond, elles montrent une autre ratio decidendi : ce qui importe, ce n'est pas la volonté de celui qui renonce, mais une évaluation objective des intérêts respectifs. Plus exactement, l'apparente renonciation tacite est une concession faite au principe de protection de la confiance et à l'idée de la responsabilité de l'individu de son comportement. La conception fondamentale est la suivante : Il n'est pas admissible que d'une part le titulaire d'un droit renonce longtemps à l'exercice de ce droit, créant ainsi une situation de confiance, et d'autre part prétendre par la suite qu'il n'a jamais voulu renoncer à son droit » ; v. aussi, du même auteur, « Bonne foi et exercice du droit en civil law », *RIDC* 1998, p. 1055 et s. et not. p. 1081 et s.

prévaloir de son privilège de juridiction, cela ne veut pas dire que le plaideur a exprimé une volonté de renoncer à ce privilège. Il nous paraît inconcevable que le plaideur français ait une volonté d'accomplir un acte juridique si directement contraire à ses intérêts.

231. Pour prendre un deuxième exemple, supposons qu'un litigant participe activement à la procédure arbitrale tout en ayant connaissance d'une irrégularité procédurale. Par cette attitude, il manifeste sa volonté de ne pas se prévaloir immédiatement de cette irrégularité. Mais, du constat de la volonté de ne pas se prévaloir immédiatement de l'irrégularité à l'affirmation de l'abandon de ce droit, il y a un véritable saut conceptuel et ce saut ne peut pas être expliqué par le recours à la volonté. Que le plaideur décide de ne pas se prévaloir instantanément de l'irrégularité est une chose, qu'il manifeste sa volonté de renoncer à ce droit en est une autre. Là encore, on ne voit pas pourquoi un plaideur aurait la volonté de conclure un acte juridique unilatéral aussi directement contraire à ses intérêts.

232. L'hypothèse d'une renonciation à l'immunité dérivant de la saisine d'un tribunal étatique est de prime abord plus défendable. Lorsque le bénéficiaire d'une immunité étatique décide d'engager le contentieux, en saisissant une juridiction étatique, il manifeste sa volonté de se soumettre au pouvoir juridictionnel du souverain étranger⁵¹⁹. Dans cette configuration, le bénéficiaire n'a pas simplement manifesté sa volonté de ne pas utiliser immédiatement son droit, il a réalisé un acte procédural qui, à bien des égards, est directement contraire au droit dont il se prévaut ultérieurement. Le bénéficiaire de l'immunité accepte que les tribunaux étatiques se prononcent sur sa demande initiale.

233. Cependant, l'État qui saisit un tribunal étatique peut-il se prévaloir de son immunité pour s'opposer à la demande reconventionnelle formée par son adversaire⁵²⁰? Lorsque le bénéficiaire de l'immunité étatique décide d'attirer son adversaire devant un tribunal, a-t-il manifesté une volonté de définitivement renoncer à son immunité, y compris à l'égard de l'ensemble des demandes reconventionnelles susceptibles d'être formées par le défendeur? Au moment où le contentieux est enclenché, le demandeur n'est pas nécessairement conscient qu'il risque de s'exposer aux demandes reconventionnelles de son adversaire. Dès lors, il y a un certain artifice à prétendre que sa volonté est

⁵¹⁹ S. Borelli, S. Olleson, « Article 8 », *op. cit.*, p. 130 ; M. Cosnard, thèse, *op. cit.*, p. 301.

⁵²⁰ Sur cette problématique, v. I. Pingel-Lenuzza, thèse, *op. cit.*, p. 172-173.

dirigée vers une abdication définitive de son immunité⁵²¹. Il serait très hasardeux d'affirmer que l'État a consenti à ce que ces tribunaux se prononcent sur les demandes reconventionnelles susceptibles d'être formées par son adversaire. Cela revient à attribuer à l'acte d'introduction de l'instance une portée contestable et directement contraire au principe d'interprétation stricte des renonciations. À tout le moins, il nous semble difficile d'affirmer que l'État a manifesté une volonté de se soumettre au pouvoir juridictionnel des tribunaux étrangers jusqu'au complet tarissement du contentieux. L'interprète ne saurait présumer que l'entité étatique a une volonté aussi ouvertement contraire à ses intérêts.

234. Les bénéficiaires de ces droits processuels sont d'ailleurs bien conscients des risques encourus. Pour se prémunir de cette interprétation des tribunaux hypertrophiant leur volonté et afin de protéger leurs intérêts, ils formulent alors des réserves.

B) Volonté abdlicative et réserves des plaideurs, des données antinomiques

235. L'énonciation de réserves permet à une partie de protéger ses intérêts, elle constitue un moyen de se prémunir « contre l'extrapolation abusive qui “ferait dire” à une action plus qu'elle ne “veut dire” » réellement⁵²². Les racines de ce phénomène ont été dépeintes par Carbonnier :

« La forêt juridique est-elle si ensorcelante qu'il convienne de ne s'y aventurer que muni d'un talisman ? Les sortilèges y abondent, en effet — sortilèges de logique par lesquels un homme se retrouve ligoté pour s'être livré un instant au droit : de quelques mots égarés dans un acte, les juristes sont si habiles à tirer des conséquences inouïes. Cela se sait et se raconte et ainsi le droit fait peur au moment même qu'on est prêt à lui faire confiance. C'est alors que, pour conjurer des périls diffus, on va protester, prendre la société à témoin que l'on entend rester sur le bord, que l'on n'accepte point de suivre le droit partout où il aurait le droit de vous entraîner »⁵²³.

⁵²¹ Comp : E.-D. Dickinson, « Waiver of State Immunity », *American Journal of International Law* 1925, p. 555 et s. et not. p. 556 : State « should be regarded as having submitted, much as individuals are required to submit, to such orders, defenses, or cross-claims as may be essential to the complete adjudication of the controversy. The result may be inconsistent with the usual immunities, but the state should be regarded as having impliedly waived immunity in seeking the court's assistance ».

⁵²² F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 182. Pour une définition plus complète de ce concept de réserve, v. B. Célice, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968, p. 25 et s. ; D. Houtcieff, thèse, *op. cit.*, p. 763.

⁵²³ J. Carbonnier, « Préface », in B. Célice, thèse, *op. cit.*, p. V. En ce sens, v. aussi B. Célice, thèse, *op. cit.*, p. 54.

236. Ce phénomène de formulation de réserves peut être observé dans la jurisprudence relative au privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil. Un plaideur craint que le juge lui attribue arbitrairement une volonté de renoncer, ce qui le conduit à prendre des précautions. Concomitamment à l'initiation du contentieux, il précise expressément qu'il se réserve le droit de se prévaloir de son privilège de nationalité. Or, dans une décision très ancienne, la Cour de cassation avait affirmé que les réserves formulées par les parties étaient indifférentes. En dépit de réserves, la renonciation au privilège de nationalité avait bien été caractérisée⁵²⁴. En d'autres termes, la Cour de cassation a considéré que le plaideur, qui avait explicitement déclaré qu'il souhaitait conserver le privilège de l'article 14, avait renoncé à ce même privilège. La décision peut être interprétée comme une application de l'adage « *Protestatio non valet contra factum* ». En vertu de ce dernier, les réserves ne peuvent pas prévaloir sur le comportement adopté par un individu⁵²⁵.

237. Les décisions jurisprudentielles relatives à cette question sont très anciennes et peu nombreuses. Mais cette politique jurisprudentielle a été défendue par une fraction de la doctrine. Ainsi, après avoir affirmé qu'un plaideur pouvait formuler des réserves, Bartin ajoutait : « encore faut-il que cette réserve de saisir ultérieurement la juridiction française réponde à un intérêt légitime, dont le juge français sera le seul juge »⁵²⁶.

238. À suivre une telle directive, là encore, on risque évidemment d'imputer un acte de renonciation à un plaideur qui n'avait en réalité aucune volonté d'abdiquer son privilège juridictionnel. Lorsque le plaideur a énoncé des réserves, la volonté est exprimée en des termes clairs et dépourvus d'ambiguïté. Le litigant déclare explicitement qu'il ne souhaite pas abandonner son droit subjectif. La formulation de ces réserves devrait donc naturellement chasser toute recherche d'une intention tacite du plaideur⁵²⁷. Le refus de prise en considération de manifestations de volonté expresses, dont on trouve certaines traces en jurisprudence, est incompatible avec une authentique recherche de la volonté des parties. Il démontre que ces solutions ne sont pas guidées par l'impératif du respect de la volonté.

⁵²⁴ Req. 1 juillet 1896, *DP* 1897. 1. 12, *S.* 1900. 1. 315, *J.* 1896. 840.

⁵²⁵ B. Célice, thèse, *op. cit.*, p. 159 et s. Précisions que le principe connaît des dérogations.

⁵²⁶ E. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, vol. 1, *op. cit.*, p. 360-361.

⁵²⁷ Sur ce point, v. F.-C. Savigny, *Traité de droit romain*, t. III, *op. cit.*, p. 257 : « Toute déclaration tacite tombe devant une déclaration expresse contraire que l'on appelle protestation ou réserve ».

239. Ces solutions reposent sur des fictions juridiques.

Sous-section 2 : Des renonciations fondées sur des fictions juridiques

240. Les solutions précédemment décrites reposent sur un « mensonge » : la jurisprudence fait « comme si » l'auteur de l'acte avait subjectivement voulu abdiquer son droit (A) alors qu'en réalité, elle forge une règle objective qui a pour effet de priver le plaideur de sa prérogative (B).

I) Le voile constitué par la terminologie subjectiviste

241. La jurisprudence française affirme constamment que la renonciation ne se présume pas⁵²⁸ et qu'elle doit résulter d'une manifestation de volonté non équivoque⁵²⁹. La renonciation est ainsi présentée comme un véritable acte juridique, comme un authentique produit du libre jeu des volontés individuelles. En droit international privé, les juridictions françaises ne manquent pas de rappeler ces principes : pour qu'il y ait renonciation au privilège de nationalité, l'exercice de l'action entreprise à l'étranger doit révéler une volonté certaine⁵³⁰. En matière d'immunité de juridiction, les principes proclamés sont tout à fait identiques. Nos tribunaux ont toujours affirmé que la renonciation devait être précise et non équivoque⁵³¹ ou encore certaine et régulière⁵³².

⁵²⁸ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2018, n° 17-26.850 ; Civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, n° 03-13.375, *Bull.* I, n° 350 ; Com. 26 mai 1998, n° 96.12.207, *Bull. civ.*, n° 165 ; Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, n° 91-19.612 ; Civ. 1^{ère}, 19 février 1991, n° 89-14.418, *Bull. civ.* I, n° 66 ; Soc. 12 juillet 1989, n° 86-41.668, *Bull.* V, n° 519 ; Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1985, *Bull. civ.* I, n° 311 ; Com. 20 avril 1982, *Bull. civ.* IV, n° 134 ; Com. 18 février 1980, *Bull. civ.* IV, n° 85 ; Civ. 2^{ème}, 3 avril 1979, n° 77-11.361, *Bull.* II, n° 117 ; Soc. 8 janvier 1969, *Bull.* V, n° 2 ; Com. 13 décembre 1960, *Bull.* IV, n° 410.

⁵²⁹ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 21-12.331 ; Civ. 3^{ème}, 16 mars 2022, n° 21-10.032 ; Civ. 3^{ème}, 18 janvier 2012, n° 11-10.389, *Dalloz actualité*, 27 janvier 2012, obs. Rouquet ; *D.* 2013. 863, obs. Damas ; Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, n° 10-10.996, *Dalloz actualité*, 6 janvier 2012, obs. Marrocchella ; *JCPE* 2012, n° 1056 ; *LPA*, 24 février 2012, note Legrand ; Com. 6 avril 2011, n° 10-12.097, *AJDI* 2011. 526, obs. Rouquet ; Civ. 2^{ème}, 20 juin 2002, n° 99-15.135, *Bull. civ.* II, n° 138, *LPA* 31 décembre 2002, note Massip ; *RTD civ.* 2002. 789, obs. Hauser ; Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2000, n° 98-22.132, *Bull. civ.* I, n° 231.

⁵³⁰ Civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, n° 77-13.993, *D.* 1979. IR 337, obs. B. Audit.

⁵³¹ CA Paris, 5 juin 1959, *JDI* 1960. 482.

⁵³² Req. 23 janv. 1933, *Hanukiev c/ gouvernement d'Afghanistan*, *S.* 1933. 1. 249, obs. C. Rousseau ; *JDI* 1934. 96, note J.-P. ; *Rev. crit. DIP* 1934. 935, note J.-P. Niboyet.

Dans une perspective comparatiste, v. M. Cosnard, thèse, *op. cit.*, Pedone, 1996, p. 318. V. aussi D. Alland, Th. Fleury Graff, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *op. cit.*, p. 6-7.

Récemment, la Cour de cassation a réaffirmé cette exigence : la renonciation devait être « certaine, expresse et non équivoque »⁵³³. Les solutions sont ainsi revêtues d'un voile consensualiste, elles sont présentées sous les atours d'une terminologie subjectiviste, qui dissimule la véritable nature de ces prétendues renonciations. De ce point de vue, l'article 1466, il est vrai, se distingue assez nettement, car il fixe une présomption irréfragable : la volonté abdicative est présentée comme une volonté présumée. Il n'en demeure pas moins que par l'emploi du concept de renonciation, la disposition alimente l'illusion d'une possible volonté des parties.

242. La norme qui émerge de cet ensemble de décisions et transcende les diverses solutions d'espèce peut être ainsi formulée : si le bénéficiaire d'un droit subjectif manifeste clairement et de façon non équivoque sa volonté d'abdiquer son droit (présupposé), ce droit est frappé d'extinction (effet juridique). Or, dans les hypothèses étudiées, le bénéficiaire n'a aucunement manifesté de volonté d'abandonner son droit subjectif. Pourtant, une renonciation n'en est pas moins caractérisée. « Par la grâce du procédé fictionnel »⁵³⁴, la jurisprudence prend le contrepied d'une règle qu'elle avait elle-même édifiée. Selon la formule de Monsieur R. Libchaber, « la règle de droit revient sur ses pas en démentant ce qu'une autre avait posé, ce qui confine au mensonge juridique »⁵³⁵. La distorsion infligée au concept de renonciation procède du fait qu'en l'absence de toute manifestation de volonté abdicative, l'acte de renonciation est bien caractérisé. Par l'entremise de cette fiction juridique, l'hypothèse litigieuse se trouve artificiellement intégrée dans le présupposé de la règle.

243. Avant de retenir définitivement ce qualificatif de fiction juridique, un dernier obstacle doit être pris en considération. Après avoir constaté que certaines renonciations reposaient sur des fictions de volonté, Madame F. Dreifuss-Netter écrivait que « le terme de fiction désigne ici un abus d'interprétation, dont les juges croyant se livrer à une recherche de volonté, n'ont même pas conscience. La fiction en droit correspond en général à un autre phénomène, volontaire celui-ci par lequel le juge choisit d'appliquer une règle “comme si” les conditions étaient réunies »⁵³⁶. Cette assertion nous paraît doublement contestable.

⁵³³ Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743 ; *Rev. crit. DIP* 2011. 385, avis P. Chevalier, rapp. A.-F. Pascal ; *JDI* 2011. 953, note Ph. Delebecque, A. Sandra.

⁵³⁴ Selon la formule de M. Xifaras, v. « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *op. cit.*, p. 463.

⁵³⁵ R. Libchaber, « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *op. cit.*, p. 157.

⁵³⁶ F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 199 ; v. aussi P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 155.

Tout d'abord, selon cet auteur, les juges ne seraient pas « conscients » du glissement opéré ; tout en recherchant une authentique volonté des parties, nos magistrats prendraient le contrepied du réel. De toute évidence, cette affirmation repose sur une pétition de principe. Le for intérieur des juges demeure impénétrable et nul ne peut prétendre reconstituer leur état d'esprit. Ensuite, réserver le qualificatif de fiction juridique aux seuls processus de déformation *volontaires* nous paraît malheureux. Cette qualification de fiction juridique ne devrait pas dépendre d'une donnée aussi subjective et insaisissable que l'état d'esprit de l'auteur de la norme. Finalement, que l'écart au réel soit ou non voulu paraît parfaitement indifférent ; la qualification de fiction juridique doit bien être retenue⁵³⁷.

244. Et pour cause, l'extinction du droit ne procède pas d'une décision volontaire, elle est imposée par le juge. L'extinction résulte d'une déchéance.

II) Un voile masquant un mécanisme de déchéance

245. Dans sa thèse, Godé avait démontré que nombre des renonciations consacrées par les tribunaux français reposaient sur des fictions de volonté⁵³⁸. L'auteur observait que « la volonté juridique, expresse ou tacite, est propre à former tout acte de renonciation. Mais il existe à côté d'elle une "volonté" dégradée, dont la faiblesse confine à l'incertitude, et qui parfois n'en produit pas moins certains effets juridiques »⁵³⁹. Dans cette configuration, la renonciation ne constitue plus un acte juridique : « c'est donc un effet de droit produit par un *fait juridique*. À l'abstention dans l'action, le droit attache un effet qui n'a pas été voulu : la privation d'une prérogative »⁵⁴⁰. La source de cet effet réside alors dans « le droit objectif et non la volonté individuelle »⁵⁴¹. L'auteur ajoutait que lorsqu'elle provient de la loi, la prétendue renonciation constitue en réalité une déchéance⁵⁴².

⁵³⁷ Contra : J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, *op. cit.*, p. 275 et s. et not. p. 300 : la fiction « se rencontre chaque fois que le droit (légal, jurisprudentiel ou doctrinal), énonce ou édicte une proposition qu'il sait être en opposition avec la vérité naturelle ».

⁵³⁸ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 170.

⁵³⁹ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 147.

⁵⁴⁰ *Ibid*, p. 153.

⁵⁴¹ *Ibid*, p. 154.

⁵⁴² *Ibid*, p. 154.

246. Dans le sillage de l'analyse prônée par Godé, Madame F. Dreifuss-Netter devait à son tour affirmer que « sous le vocable de “manifestation de volonté abdicative” coexistent en réalité deux concepts antinomiques. Au-delà de l'interprétation et par le jeu d'une fiction, des prérogatives se trouvent éteintes sans intervention volontaire de leur titulaire et sans que la loi le prévoie expressément »⁵⁴³. Afin d'expliquer ces solutions, cet auteur recourait également au concept de déchéance. Les analyses de ces deux auteurs divergeaient quant à l'étendue des droits couverts par ce mécanisme de déchéance. Alors que pour Godé, le mécanisme frappait uniquement les droits qualifiés de « réactionnels »⁵⁴⁴, Madame Dreifuss-Netter considérait que la déchéance couvrait les « droits potestatifs »⁵⁴⁵. Mais, pour notre étude, plus circonscrite et focalisée sur le droit international privé, cette divergence est dépourvue d'importance.

247. Ces propositions emportent notre conviction. Que ce soit en droit civil, ou en droit international privé, il est possible de voir dans ces renonciations factices un mécanisme de déchéance qui ne dirait pas son nom⁵⁴⁶. Certes, la notion de déchéance est assez obscure, elle paraît rebelle à toute définition⁵⁴⁷. En raison de la prolifération des dispositions se référant au terme de déchéance, le concept a eu tendance à se désagréger. Du reste, la disparité des opinions émises et l'intensité des controverses doctrinales qui gravitent autour de la délimitation du concept de déchéance amènent naturellement à douter que l'on puisse enfermer cette notion dans une définition unitaire trop rigide⁵⁴⁸. Cependant, pour notre étude, l'élément décisif est que la déchéance se distingue radicalement du concept de renonciation. Et pour cause, la déchéance est imposée au déchu. Elle ne dérive pas de sa volonté, elle est « subie par celui contre qui elle joue »⁵⁴⁹. Dans chacune des hypothèses de renonciation mentionnées dans cette seconde section, le plaideur, parce qu'il n'agit pas avec suffisamment de

⁵⁴³ F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴⁴ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 164 et s.

⁵⁴⁵ F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 209-210.

⁵⁴⁶ Outre les références précitées, v. également B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2017, p. 372 : « il existe de nombreux cas en droit positif, où de véritables déchéances, venant sanctionner le manquement à une incombance, se trouvent dissimulées derrière des pseudo-volontés tacites ». Contra : D. Houtcieff, thèse préc., p. 787 et s. Cet auteur préfère employer le concept de fin de non-recevoir.

⁵⁴⁷ Dans un article portant sur le droit des assurances, André Besson affirmait : « Comme il arrive souvent, ce sont les notions les plus usuelles qui sont les plus imprécises : on les emploie couramment, parfois à tort, sans en connaître exactement le contenu et les caractères. Il nous semble que c'est le cas de la déchéance » (A. Besson, « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT* 1936, p. 225 et s. et not. p. 225).

⁵⁴⁸ En ce sens, B. Freleteau, thèse, *op. cit.*, p. 366. Sur le concept de déchéance, v. not : B. Freleteau, thèse préc., p. 374 et s. ; F. Luxembourg, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Édition Panthéon-Assas, 2007.

⁵⁴⁹ B. Freleteau, thèse préc., LGDJ, 2017, p. 370.

diligence ou avec suffisamment de probité, est privé de son droit : nous sommes bien en présence d'une déchéance.

Conclusion du chapitre 1

248. En droit international privé, différentes solutions sont fondées sur le concept de renonciation tacite. Trois types de renonciation ont retenu notre attention : les renonciations au privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil, les renonciations aux immunités étatiques et les renonciations à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale.

249. Afin de dresser un tableau précis du droit positif, nous sommes revenus sur ces différents types de renonciation. Tout d'abord, d'après la jurisprudence française, le litigant ayant initié une action en justice devant les tribunaux étrangers ou ayant comparu devant ces derniers sans en contester la compétence est, par principe, réputé avoir renoncé au bénéfice du privilège de juridiction. Cependant, dans différentes hypothèses, en dépit de l'acte procédural accompli devant la juridiction étrangère, la renonciation au privilège de juridiction n'est pas établie. Il en sera ainsi lorsque le demandeur s'est désisté de l'action qu'il a initiée à l'étranger, lorsqu'il s'est heurté à une décision d'incompétence, ou lorsque l'acte procédural accompli à l'étranger — saisine d'un tribunal ou comparution — s'expliquait par l'urgence.

Ensuite, les tribunaux français estiment que l'État ayant signé une clause compromissoire renonce à son immunité de juridiction, y compris devant le juge de l'exequatur. De même, si un État étranger saisit le juge français, il est réputé avoir renoncé à son immunité de juridiction. Si un État étranger comparait, et qu'il n'invoque pas immédiatement son immunité, il pourra parfois y avoir renonciation, mais les solutions sont plus nuancées. Quant à l'immunité d'exécution, la Cour de cassation a pendant un temps estimé que l'État étranger qui avait accepté un arbitrage CCI avait tacitement renoncé à son immunité. Cependant, cette solution n'est plus constitutive du droit positif. Enfin, en matière d'arbitrage, l'article 1466 du Code de procédure civile prévoit que lorsqu'une partie participe à la procédure arbitrale et n'invoque pas dans les plus brefs délais une irrégularité de la procédure, elle doit être réputée avoir renoncé à cette dernière.

250. Cet examen a fait ressortir que les renonciations étaient fréquemment déduites d'actes procéduraux. Nous nous sommes donc plus spécifiquement intéressés à ce type particulier de renonciation. Il nous est alors apparu que ces renonciations — par lesquelles une partie étant d'ores et déjà engagée dans un procès abdiquerait l'un de ses droits — reposaient sur des fictions de volonté. Trois

arguments peuvent être avancés en ce sens. En premier lieu, ces renonciations sont fréquemment déduites d'une abstention. Par exemple, la renonciation au privilège de juridiction peut être déduite du fait que le plaideur a comparu devant un tribunal étranger, sans en contester la compétence. Dans cette hypothèse, la renonciation est fondée sur le fait que le bénéficiaire du privilège de juridiction s'est abstenu de se prévaloir du bénéfice de ce dernier.

Pour se convaincre du caractère factice des renonciations, cet argument n'est cependant pas suffisant, car les renonciations ne sont jamais déduites d'une pure et simple abstention. Dès lors, d'aucuns pourront toujours objecter que lorsqu'elle se greffe sur un comportement actif, l'abstention est révélatrice d'une volonté. En deuxième lieu, pour que la renonciation soit réellement établie, il faudrait qu'il soit démontré que le bénéficiaire du droit en cause avait bien connaissance de ce dernier. Or, la preuve de cette connaissance du droit — prétendument abdiqué — n'est jamais rapportée. En troisième lieu, et c'est l'argument qui nous paraît le plus fort, il est inconcevable qu'un plaideur étant d'ores et déjà engagé dans un contentieux ait la volonté de réaliser un acte juridique si ouvertement contraire à ses intérêts. Au moment où un procès s'élève, chaque partie a évidemment la volonté de conserver ses droits. Ces renonciations reposent sur des fictions juridiques. C'est en réalité un mécanisme de déchéance qui frappe les parties.

251. Pour que notre étude de l'acte unilatéral tacite soit parachevée, un autre type d'acte doit maintenant être examiné : l'acceptation tacite. Ce dernier appelle une analyse très différente.

Chapitre 2 : L'acceptation tacite

252. L'acceptation peut être définie comme l'acte unilatéral par lequel le destinataire d'une offre manifeste sa volonté de conclure le contrat aux conditions indiquées dans l'offre en question⁵⁵⁰. Dans la suite de ces développements, seront envisagées une série d'hypothèses dans lesquelles l'offrant a expressément manifesté sa volonté de contracter, mais où l'acceptant est, au contraire, demeuré silencieux. Dans de telles circonstances, en effet, la question de l'existence d'une acceptation tacite est naturellement amenée à se poser. Plus précisément, nos investigations porteront prioritairement sur la problématique de l'acceptation de clauses que l'on peut qualifier d'accessoires : clause compromissoire, clause d'élection de for et clause d'élection de droit.

Supposons, par exemple, que depuis plusieurs années, un commerçant établi en Allemagne fasse régulièrement acquisition de marchandises auprès d'un vendeur résidant en France. Le vendeur communique régulièrement à l'acquéreur des factures, au dos desquelles figurent ses conditions générales. Et imaginons qu'au sein de ces conditions générales, se trouve une clause stipulant que la vente est régie par le droit français. Ou encore, supposons qu'au sein de ces conditions générales se trouve une clause conférant compétence aux tribunaux français. En demeurant silencieux, consécutivement à la réception des différentes factures, l'acquéreur a-t-il tacitement accepté la clause en question⁵⁵¹ ? C'est la problématique que nous souhaiterions maintenant examiner. Les enjeux qui gravitent autour d'une telle question sont loin d'être négligeables, car, comme l'écrivait Oppetit, « il est très courant qu'un contrat, conclu par télex, ou tout autre procédé rapide de transmission d'un accord de principe, comporte, pour les stipulations non formellement contenues dans l'accord principal, et notamment pour la clause d'arbitrage, un renvoi à des documents annexes »⁵⁵².

253. Dans une situation interne, la question de l'acceptation tacite engendre déjà son lot de difficultés : la jurisprudence est impressionniste et difficile à systématiser ; les lignes directrices qui se

⁵⁵⁰ En ce sens, B. Fages, *Droit des obligations*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2020, p. 90 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 279 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, *Tome 1, op. cit.*, p. 340. L'article 1118 du Code civil définit aujourd'hui l'acceptation comme « la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ».

⁵⁵¹ Sur l'acceptation de clauses figurant sur des factures, v. en droit interne : J. Barrault, « De l'acceptation des factures par le silence », *Annales Dr. Com.* 1913, p. 347 et s. ; J. Valéry, « De l'acceptation des factures par le silence », *Annales Dr. Com.* 1914, p. 118 et s.

⁵⁵² B. Oppetit, « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 et s. et not. p. 551. Même si de nouveaux moyens de communication ont rapidement remplacé le « télex », le constat de l'éminent auteur n'est pas moins vrai aujourd'hui.

dégagent de cette construction prétorienne sont fuyantes et imprécises. Mais du moins est-il généralement admis que les effets juridiques produits par le silence « se justifient assez facilement, soit par les habitudes d'un milieu sociologique donné, le milieu des affaires par exemple, soit par référence à l'ordre juridique interne dont la cohérence est à ce prix »⁵⁵³. Au contraire, pour les relations juridiques qui transcendent les frontières nationales, les difficultés provenant de la problématique de l'acceptation tacite sont potentiellement exacerbées par un « conflit d'usages » : un opérateur économique est susceptible de spontanément se référer à des usages qui ne prévalent pas au sein de l'État de son cocontractant⁵⁵⁴.

254. Au demeurant, si la question est si épineuse, c'est aussi qu'au sein des débats engendrés par la problématique de l'incorporation des conditions générales, font parfois irruption des arguments à coloration politique, s'enracinant dans une certaine conception de la justice contractuelle⁵⁵⁵. Substrat de la volonté unilatérale de l'une des parties, les conditions générales sont fréquemment « imposées » par celui qui est le détenteur d'une position de force⁵⁵⁶. Dès lors, admettre l'acceptation tacite d'une clause insérée dans des conditions générales, n'est-ce pas, selon la belle formule de Monsieur B. Ancel, « une occasion supplémentaire d'encourager et de consacrer, en le revêtant des atours de la légitimité contractuelle, l'écrasement du faible par le fort »⁵⁵⁷ ? Dans l'immédiat, nous essaierons — autant que faire se peut — de rester dans une analyse purement technique, centrée sur l'évaluation de la consistance de la volonté imputée aux parties. Ce n'est qu'ultérieurement que nous serons amenés à nous interroger sur l'objectif de protection de la partie faible⁵⁵⁸.

255. Mais avant d'entrer dans le cœur de cette analyse, une question préliminaire devra être examinée : celle de la détermination du droit applicable à l'acceptation tacite (section 1). Si l'on veut

⁵⁵³ P. Lagarde, « Les modes non formels d'expression de la volonté juridique en droit international privé français », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, TAHC, T. XX, Dalloz, 1972, p. 190.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 190-191.

⁵⁵⁵ Sur le concept de justice contractuelle, v. J.-P. Chazal, « Justice contractuelle », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 743 et s.

⁵⁵⁶ Ou, comme l'affirma, plus radicalement, Friedrich Kessler : contract of adhesion « enables enterprisers to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian manner without using the appearance of authoritarian forms » (F. Kessler, « Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract », *op. cit.*, p. 640).

⁵⁵⁷ B. Ancel, « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. Priv. Proc.* 1991, p. 263 et s. et not. p. 265. On précisera ici que si l'on reprend cette belle formule de l'éminent auteur, on s'écarte de ce qui, sur le fond, est soutenu par ce dernier.

⁵⁵⁸ V. *infra* n° 821 et s.

correctement reconstituer le raisonnement judiciaire, en cerner toutes les étapes, on ne peut pas faire abstraction de l'identification de l'ordre juridique au sein duquel seront puisées les règles substantielles finalement appliquées. À la suite de cet examen, nous étudierons le contenu des règles substantielles, gouvernant l'acceptation tacite. On sera alors en mesure de déterminer si les solutions consacrées par la jurisprudence reposent ou non sur des fictions de volonté (section 2).

Section 1 : La détermination du droit applicable à l'acceptation tacite

256. L'examen de cette première question montrera que l'opération de détermination du droit applicable est loin d'être neutre ; elle dépend de considérations substantielles. Selon que l'on cherche à protéger le consentement, ou au contraire, à en relativiser l'importance, les solutions conflictuelles peuvent différer. En particulier, pour la formation du contrat d'*electio juris*, le législateur européen a consacré une règle de conflit à coloration matérielle, qui est inspirée par un impératif de protection du consentement.

Au contraire, en matière d'arbitrage, la consécration d'un ensemble de règles matérielles, fondées sur un objectif de faveur à l'arbitrage, et l'éviction du raisonnement conflictuel, qui en constitue le corrélat, ont entraîné une relativisation du consentement. Bien sûr, en elle-même, l'exclusion de la méthode conflictuelle n'impliquait pas nécessairement la prolifération des hypothèses d'acceptation tacite aujourd'hui observée en jurisprudence, car tout dépendait du *contenu* des règles matérielles ainsi consacrées. Pour que la relativisation du consentement ait lieu, l'exclusion du raisonnement conflictuel constituait une condition nécessaire, mais non suffisante⁵⁵⁹. Reste que l'on entrevoit le lien intime qui unit la problématique de la détermination du droit applicable à celle du choix des solutions substantielles⁵⁶⁰.

257. Pour déterminer si une clause a été tacitement acceptée, deux méthodes sont *a priori* envisageables : la méthode conflictuelle et le recours à des règles matérielles. Au sein du droit positif, ces méthodes concurrentes coexistent. Afin de savoir si une clause d'élection de droit a été tacitement acceptée, un raisonnement conflictuel est imposé (sous-section 1). Au contraire, quant à la caractérisation de l'acceptation tacite d'une clause de choix de for, la jurisprudence et le législateur européen préconisent — pour l'essentiel — l'application de règles matérielles internationales (sous-section 2).

⁵⁵⁹ Une condition nécessaire, car la plupart des ordres juridiques nationaux consacrent, en matière de formation de la convention d'arbitrage, des solutions moins libérales que celles résultant de la mise en œuvre de la méthode des règles matérielles.

⁵⁶⁰ V. à ce sujet E. Gaillard, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697 et s. et not. p. 706 : « La mise en œuvre de la philosophie de faveur à l'arbitrage qui inspire toute la jurisprudence de la Cour de cassation passe par l'application systématique de la méthode des règles matérielles du commerce international ». En ce sens, v. également, J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 313.

Sous-section 1 : L'empire du raisonnement conflictuel : étude des clauses d'élection de droit

258. La clause de choix de loi peut, de prime abord, être pensée comme une stipulation comme les autres, venant simplement se fondre au sein du contrat principal. Mais l'accord sur le droit applicable peut également être conçu comme un contrat d'*electio juris*, distinct du contrat principal et éventuellement assujéti à une loi propre⁵⁶¹. En l'occurrence, le règlement Rome 1 prévoit que le droit applicable au contrat principal gouverne également la clause d'élection de droit : le contrat principal et la clause d'élection de droit sont ainsi placés sous l'empire d'une loi unique. Pour appréhender la problématique de l'acceptation tacite, cette distinction conceptuelle n'est pas décisive.

259. Autrement plus importante est la distinction de la licéité et de la validité de la clause d'élection de droit. Quant à la *licéité* du contrat d'*electio juris*, en effet, les règles de droit international privé du for ont vocation à s'appliquer. Ce sont en effet ces règles qui déterminent si le contrat d'*electio juris* est, dans son principe, admissible. Ce sont les normes du for qui déterminent si la volonté exprimée par les contractants peut, quant à la détermination du droit applicable, produire quelque effet⁵⁶². En l'occurrence, pour un juge français, c'est l'article 3 du règlement Rome 1 qui précise qu'il est, par principe, possible de choisir la loi étatique régissant le contrat. Toutefois, pour ce qui est de la *validité* de l'accord, le raisonnement conflictuel retrouve tout son empire⁵⁶³. Or, la problématique de l'acceptation tacite se rattache, sans conteste, à la question de la validité de la clause d'élection de droit. Ainsi, pour déterminer si cette stipulation a été tacitement acceptée, il faut préalablement identifier la loi régissant cette question.

260. Par principe, pour déterminer si la clause d'élection de droit a été tacitement acceptée, le juge fera application de la loi désignée par les contractants (I). Par exception, toutefois, si une partie

⁵⁶¹ J. Foyer, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169 et s. Dans la littérature juridique de langue anglaise, v. M. Hook, *The Choice of Law Contract*, Hart, 2016 ; M. Ahmed "The nature and enforcement of choice of law agreements", *Journal of Private International Law* 2018, p. 500 et s. ; P. Mankowski, « Article 3 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome I regulation*, Sellier European law publishers, 2017, p. 87 et s. et not. p. 245.

⁵⁶² Fr. Ragno, « Article 3 », in F. Ferrari (dir.), *Rome I Regulation*, Sellier, 2015, p. 73 et s. et not. p. 83 ; A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 379. Sur les contours exacts de la catégorie de la licéité, v. P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, 2^{ème} édition, Sirey, 2019, p. 191.

⁵⁶³ Sur la loi applicable au contrat d'*electio juris*, v. Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not p. 310 et s.

cherche à démontrer qu'elle n'a pas accepté le contrat d'*electio juris*, elle peut solliciter l'application de la loi de l'État de sa résidence habituelle (II)⁵⁶⁴.

I) Le rattachement de principe

261. Après avoir présenté la règle (A), nous nous prononcerons sur son opportunité (B).

A) La présentation de la règle de principe

262. Quant à la formation du contrat d'*electio juris*, le règlement Rome 1 consacre, en son article 3 § 5, l'application de la loi choisie par les contractants⁵⁶⁵. Pour déterminer s'il y a acceptation tacite d'une clause d'élection de droit, c'est la loi qui a été désignée par les contractants pour régir le contrat principal qui doit être appliquée. Par exemple, si les contractants ont prévu que le contrat principal était régi par le droit français, cette législation gouvernera également la problématique de la formation du contrat d'*electio juris*. Corrélativement, cette loi déterminera si le contrat d'*electio juris* a été tacitement accepté⁵⁶⁶.

En matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, ce sont les règles de conflits figurant dans la convention de La Haye du 15 juin 1955 qui trouvent application⁵⁶⁷. Cette convention

⁵⁶⁴ Quant à la question de l'acceptation tacite du contrat principal, v. aussi B. Haftel, *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse, Paris 2, 2008, p. 333 et s. et plus spécifiquement p. 352 et s.

⁵⁶⁵ Pour déterminer si un contrat d'*electio juris* est valablement formé, l'interprète doit se reporter à l'article 3 § 5, du règlement « Rome 1 ». Du fait d'un renvoi à l'article 10, les questions de validité et d'existence du contrat d'*electio juris* sont soumises à la « loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si le contrat ou la disposition étaient valables ». Sur ce point, v. Fr. Ragno, « Article 3 », *op. cit.*, p. 81.

⁵⁶⁶ Certains auteurs considèrent que pour que l'article 3 § 5 du règlement Rome 1 entre en jeu, il faut qu'un contrat d'*electio juris* apparent existe. Ce n'est que s'il existe une preuve *prima facie* qu'un choix de loi a été effectué que la loi désignée au terme de la clause d'*electio juris* devrait être consultée (Fr. Ragno, « Article 3 », *op. cit.*, p. 81). En d'autres termes, pour que l'article 3 § 5 s'applique, il ne suffirait pas qu'une partie démontre qu'elle a fait une offre, quant au choix du droit applicable, mais il faudrait encore que cette partie prouve que l'offre a, en apparence, été acceptée par son destinataire (G.-P. Calies, « Article 3 Rome I », in G.-P. Calies (dir.), *Rome regulations. Commentary on the European rules of the conflict of laws*, Wolters Kluwer, 2010, p. 57 et s. et not. p. 69). À notre connaissance, cette proposition n'a jamais été consacrée par la jurisprudence.

⁵⁶⁷ P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 483.

internationale prévoit un rattachement similaire : la législation désignée par les contractants pour régir le contrat principal gouverne également la problématique de la formation du contrat d'*electio juris*⁵⁶⁸.

263. En matière familiale, on retrouve la même règle de conflit : le contrat d'*electio juris* est régi par la loi désignée par les parties. Le règlement « Rome 3 »⁵⁶⁹, le règlement sur les successions internationales⁵⁷⁰ et le règlement sur les régimes matrimoniaux⁵⁷¹ consacrent cette solution. En l'occurrence, en matière familiale, la question d'une acceptation tacite du contrat d'*electio juris* ne devrait pas se poser. Pour cause, les différents règlements en vigueur prévoient que le contrat d'*electio juris* doit être l'objet d'un écrit, signé par chacune des parties contractantes⁵⁷². Or, l'exigence d'une signature se ramène, en dernière analyse, à une exigence de manifestation expresse de volonté, et chasse ainsi toute recherche d'une acceptation tacite. Relevons néanmoins qu'au sein des différents instruments européens et internationaux règne un certain consensus : pour apprécier l'existence et la validité du contrat d'*electio juris*, la loi d'autonomie s'impose.

264. En Suisse, la loi fédérale sur le droit international privé consacre une solution identique. Elle prévoit, en son article 116, alinéa 2, que l'élection de droit « est régie par le droit choisi ». Au contraire, au Royaume-Uni, antérieurement à l'introduction de la convention de Rome, une autre solution conflictuelle prévalait. Sous l'empire de la *common law*, en effet, une distinction fut naguère tracée : il fallait distinguer la question de la validité du choix et la question de son existence⁵⁷³. Pour déterminer si l'accord des parties existait, la loi anglaise, en tant que loi du for, trouvait application. C'est, en effet, la solution qui semble s'être imposée dans la décision *Mackender v Feldia AG*⁵⁷⁴. La loi anglaise, en tant

⁵⁶⁸ Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, article 2. Les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux prévoient également, en leur article 6, que « la loi réputée faire l'objet de l'accord détermine s'il y a un accord des parties sur le choix de la loi applicable ». Or, si ces principes n'ont pas de valeur contraignante, ils constituent un modèle pour les législateurs et pour les acteurs internationaux (C. Brière, « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », *D.* 2018, p. 1656 et s.)

⁵⁶⁹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, article 6. Sur ce texte, v. Cr. Gonzalez Beilfuss, « Article 6 », in S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, p. 557 et s.

⁵⁷⁰ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, article 22. Sur ce texte, v. not. A. Bonomi, « Article 22 », in A. Bonomi, P. Wautelet (dir.), *Le droit européen des successions*, Bruylant, 2016, p. 350 et s.

⁵⁷¹ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016, article 24.

⁵⁷² En matière de régimes matrimoniaux, v. Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016, article 23. En matière de divorce, v. Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, article 7.

⁵⁷³ L. Collins of Mapesbury, J. Harris, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 1838.

⁵⁷⁴ [1967] 2 Q.B. 590, 598, 603, 606 (CA).

que *lex fori*, avait ainsi vocation à gouverner la problématique de l'acceptation tacite d'une clause d'élection de droit.

265. La solution conflictuelle retenue par le règlement « Rome 1 » paraît opportune.

B) L'opportunité de la règle de principe

266. La règle de principe, reposant sur l'application de la loi choisie par les parties pour la réglementation du contrat principal, induit un cercle vicieux. Et pour cause, afin de déterminer si la loi a été choisie, il faudrait préalablement démontrer que le contrat d'*electio juris* est valablement formé. Si le contrat d'*electio juris* est frappé de nullité, en effet, il n'y a pas de choix de loi. En conséquence, logiquement, tant que la validité du contrat d'*electio juris* n'est pas établie, on ne peut pas consulter le droit choisi par les contractants⁵⁷⁵.

En définitive, le contrat d'*electio juris* est, par le truchement d'une fiction juridique, présumé valable *ab initio*. Cette fiction de validité résulte en l'occurrence des articles 3 § 5 et 10 § 1 du règlement Rome 1 qui, lus en combinaison, nous précisent que l'existence et la validité du contrat d'*electio juris* sont soumises à la loi qui serait applicable si le contrat d'*electio juris* était valable. En d'autres termes, aux fins de la détermination du droit applicable au contrat d'*electio juris*, on fait « comme si » ce contrat était valablement formé alors que, précisément, à ce stade, la validité du contrat d'*electio juris* n'est pas établie.

267. Cependant, en droit, les fictions sont, quoi qu'il en soit, omniprésentes⁵⁷⁶. Il serait regrettable d'écarter une solution si opportune, du seul fait de son caractère fictionnel. La grande vertu de cette

⁵⁷⁵ Sur cette question, v. not. B. Haftel, « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 409 et s. et not. p. 410. V. également : D. Sindres, thèse, *op. cit.*, p. 241 et s. ; V. Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 126. L'argument du cercle vicieux était très présent chez la doctrine classique du début du XX^e siècle. À cette époque, on distinguait moins bien le contrat d'*electio juris* et le contrat principal. Mais l'objection adressée était en l'occurrence très similaire. Ainsi, Niboyet écrivait que « les vices du consentement ont été sanctionnés par la loi à laquelle les parties se sont soumises. On peut s'en étonner puisque tout contrat suppose un consentement. Or, si les parties n'ont pas consenti valablement, comment soumettre la validité de leur consentement à une loi qu'elles ne pouvaient adopter qu'en émettant un consentement valable. Il semble qu'il y ait là un véritable cercle vicieux » (J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 29).

⁵⁷⁶ V. *infra* n° 104 et s.

solution conflictuelle réside dans la prévisibilité des solutions sur lesquelles elle débouche⁵⁷⁷. En l'absence de tout contentieux, les parties peuvent aisément savoir si leur contrat d'*electio juris* est valablement formé ou non. Au demeurant, les solutions conflictuelles alternatives, que le législateur pourrait songer à adopter, se révèlent, après réflexion, très inopportunes⁵⁷⁸.

268. Toutefois, une difficulté pratique ne doit pas être occultée. L'application de la loi choisie peut aboutir à ce qu'une personne soit liée par son silence, en vertu d'une *lex causae* qu'elle ignore, et alors même que la loi de l'État dans lequel elle réside n'attache aucun effet à ce silence. Ce deuxième problème explique que le législateur européen consacre un rattachement d'exception.

II) Le rattachement d'exception

269. Le rattachement d'exception est édicté par l'article 10 § 2 du règlement « Rome 1 ». Cette dernière disposition, régissant à la fois le contrat d'*electio juris* et le contrat principal, prévoit que « pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe 1 ». Après avoir présenté les objectifs qui inspirent cette disposition (A), nous montrerons que cette règle d'exception est d'une utilité qui est, somme toute, assez relative (B).

⁵⁷⁷ En ce sens, en matière familiale, N. Joubert, « Article 6. Consent and material validity », in S. Corneloup (dir.), *The Rome III regulation*, Elgar, 2020, p. 79 et s. et not. p. 81.

⁵⁷⁸ L'application de la *lex fori* est parfois suggérée, faute de mieux, comme un simple pis-aller (v. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 46). En l'occurrence, l'application de la *lex fori* constituerait une solution particulièrement inopportune. Tout d'abord, l'application de cette loi aurait trop souvent pour corrélat de briser les attentes légitimes des contractants. Et pour cause, les parties s'attendent le plus souvent à ce que la loi qu'elles ont désignée gouverne tout leur contrat et qu'elle régie ainsi la clause d'élection de droit y figurant (P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 245 ; A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 381 et p. 385). Ensuite, l'application de la *lex fori* porterait atteinte à l'objectif d'harmonie internationale des solutions (P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 243). En choisissant le juge, le demandeur disposerait corrélativement d'une faculté de désignation unilatérale du droit applicable. L'application de la *lex fori* provoquerait ainsi un éclatement des lois simultanément applicables au contrat d'*electio juris*. Face à ces difficultés, une troisième solution peut être suggérée. L'interprète pourrait envisager d'appliquer la loi qui, à défaut de choix des parties, aurait régi le contrat principal. Cependant, cette solution présente deux défauts majeurs. Tout d'abord, le contrat d'*electio juris* et le contrat principal se trouveraient potentiellement régis par deux lois différentes. Or, le morcellement du droit applicable aurait pour effet de complexifier la résolution du litige (en ce sens, v. A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 385). Ensuite, ce morcellement du droit applicable provoquerait une inflation des coûts d'information pesant sur les contractants (Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 243). Lors d'un même litige, les parties seraient potentiellement tenues de s'informer sur le contenu substantiel des deux lois en présence : la loi applicable à défaut de choix et la loi qu'elles ont désignée au terme de la clause d'élection de droit.

A) La fonction de la règle dérogatoire

270. Lorsque le juge apprécie la validité d'une clause d'élection de droit, l'application de la loi désignée par les contractants pour la réglementation du contrat principal est susceptible de provoquer des difficultés pratiques⁵⁷⁹. L'une des parties peut être tentée de désigner une loi qui se montrerait trop laxiste quant à la formation du contrat. Si le juge saisi s'en tenait à l'application de la loi choisie au terme de la clause d'élection de droit, une telle partie disposerait d'une faculté unilatérale de désignation du droit applicable au contrat international⁵⁸⁰. Pour s'en convaincre, il faut imaginer l'exemple suivant qui, pour être largement fictif et irréaliste, aura néanmoins le mérite de mettre en lumière la problématique rencontrée⁵⁸¹.

La loi d'un pays A prévoit que dès lors qu'une offre de contrat n'est pas expressément refusée, cette offre est, du fait du silence de son destinataire, réputée acceptée. Une personne, résidant en France, reçoit une offre de contrat. Cette sollicitation comprend une clause prévoyant que le contrat est régi par le droit du pays A. Ignorant la teneur de la loi de l'État A, le résident français demeure silencieux, il ne manifeste expressément aucun refus. Si la loi de l'État A s'applique au contrat d'*electio juris*, ce dernier est considéré comme valablement formé. Corrélativement, si le choix de la loi de l'État A est effectif, il faut en conclure que le contrat principal est également valablement formé et qu'il lie les parties contractantes⁵⁸². En d'autres termes, dans cet exemple, si l'article 10 § 1 s'applique, le choix de la loi de l'État A sera considéré comme valable et le résident français sera lié par un contrat qu'il n'a pas voulu conclure.

271. Afin de neutraliser ce risque, le règlement « Rome 1 » prévoit, en son article 10 § 2, que pour démontrer son absence de consentement, une partie peut, sous certaines conditions, se prévaloir de l'application de la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle. Les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux contiennent également une règle très similaire⁵⁸³. Afin de montrer qu'il n'a pas accepté la clause d'élection de droit figurant dans

⁵⁷⁹ S. Franck, « Loi applicable aux obligations contractuelles : matières civile et commerciale », *Rep. dr. int.* Dalloz, 2023, n° 159 ; P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 janvier 1980 », *op. cit.*, not. p. 326-327.

⁵⁸⁰ Rapprochement : D. Cavers, "The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects", *Southern California Law Review* 1975, p. 603 et s. et not. p. 609-610.

⁵⁸¹ On s'inspire de l'exemple donné par A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 381.

⁵⁸² A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 381.

⁵⁸³ Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, article 6 § 2.

l'offre lui ayant été transmise, le destinataire de cette dernière dispose, sous certaines conditions, de la faculté de se prévaloir de la loi de l'État de sa résidence habituelle⁵⁸⁴. Précisons que si le contrat d'*electio juris* est déclaré par la loi choisie comme nul ou inexistant, l'article 10 § 2 ne pourra pas trouver application. L'article 10 § 2 ne pourra donc jamais avoir pour corrélat de déclarer comme valablement formé un contrat qui, en contemplation de la loi choisie, était considéré comme inexistant⁵⁸⁵. Cette disposition normative constitue une règle de conflit à coloration matérielle⁵⁸⁶, qui est plus précisément orientée vers un objectif substantiel de protection du consentement. Elle tend ainsi à ce que les fictions de volonté, qui pourraient être consacrées par le droit de certains ordres juridiques nationaux, soient neutralisées.

Le tempérament ainsi consacré à l'article 10 § 2 paraît, de prime abord, constituer une soupape de sécurité opportune. L'objectif de protection du consentement qui l'inspire est, à l'évidence, tout à fait louable. Cependant, et après réflexion, les effets produits par cette disposition se révèlent assez limités.

B) L'utilité limitée de la règle dérogatoire

272. Nous ne croyons pas que l'article 10 § 2 devrait être abrogé, ou qu'il soit dépourvu de toute utilité. Néanmoins, dans le cadre des présents développements, nous voudrions insister sur le fait que cette disposition n'a qu'une portée assez limitée. Tout d'abord, il n'est pas sûr que cette règle d'exception trouve fréquemment application⁵⁸⁷. À tout le moins, à notre connaissance, la jurisprudence française n'en fournit que de rares exemples⁵⁸⁸. En outre, les exigences qui conditionnent l'application de cette disposition dérogatoire sont assez contraignantes. Pour que cette disposition trouve application, deux conditions cumulatives doivent en effet être réunies.

⁵⁸⁴ En effet, cette disposition « tend, entre autres, à résoudre la question de la portée du silence d'une partie quant à la formation du contrat » (M. Giuliano, P. Lagarde, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, p. 28).

⁵⁸⁵ F. Ferrari, J.-A. Bischoff, « Article 10 », in F. Ferrari (dir.), *Rome 1 regulation*, Sellier European law publishers, 2015, p. 354 et s. p. 370-371.

⁵⁸⁶ Selon la définition de Monsieur P. Lagarde, la règle à coloration matérielle est une règle de conflit « dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit » (« Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 56).

⁵⁸⁷ F. Ferrari, J.-A. Bischoff, « Article 10 », *op. cit.*, p. 375.

⁵⁸⁸ V. toutefois, CA Paris, 15 mars 2005, n° 14/13855. La Cour d'appel de Paris s'était en l'occurrence prononcée sur la formation du contrat principal et non sur la formation du contrat d'*electio juris*. V. aussi CA Rouen, 10 septembre 2009, n° 08/03137 : dans cette affaire, la Cour d'appel de Rouen avait en l'occurrence refusé d'appliquer l'article 8 § 2.

En premier lieu, pour que l'article 10 § 2 soit appliqué par le juge, le plaideur doit expressément s'en prévaloir lors du procès. Cette dernière disposition ne fera jamais l'objet d'une application d'office. En second lieu, pour que l'article 10 § 2 entre en jeu, il sera nécessaire de montrer que la loi choisie par les parties conduit, au regard de l'ensemble des circonstances du litige, à un résultat déraisonnable. Le simple fait que la loi de l'État de la résidence habituelle déclare, à la différence de la loi choisie, le contrat comme inexistant ne suffit pas à déclencher l'application de l'article 10 § 2. Certains auteurs estiment que la partie se prévalant de la loi de l'État de sa résidence habituelle sera tenue de prouver qu'elle ne pouvait raisonnablement connaître les effets qui, en vertu de la *lex contractus*, ont été attachés à son propre silence⁵⁸⁹. Ils en déduisent que lorsqu'un contractant a connaissance de l'internationalité du contrat, il ne peut se prévaloir de l'article 10 § 2⁵⁹⁰.

273. Ensuite, même si les conditions d'application de l'article 10 § 2 sont réunies, un résultat similaire à celui découlant de l'application de cette dernière disposition pourrait le plus souvent être atteint au moyen de l'exception d'ordre public international⁵⁹¹. Par le truchement de l'exception d'ordre public international, la *lex contractus* qui, de façon choquante, déclarerait le contrat d'*electio juris* comme valablement formé, pourrait être écartée. L'utilisation de l'exception d'ordre public international permettrait de rectifier la plupart des résultats les plus choquants ; elle permettrait de neutraliser les fictions de volonté consacrées par les droits des ordres juridiques nationaux les moins exigeants. Pourtant, si l'utilité de l'article 10 § 2 est résiduelle, elle n'est peut-être pas totalement nulle. Dans l'hypothèse où c'est la technique de l'ordre public international qui est mobilisée, en effet, seule la *lex fori* est susceptible de se substituer à la loi choisie. Au contraire, avec l'article 10 § 2, c'est la loi de l'État de la résidence habituelle qui remplace la loi choisie. En conséquence, si le juge saisi est celui de l'État dont le droit a été choisi, la loi érigeant le silence au rang d'acceptation ne pourra pas être écartée sur le fondement de l'ordre public international. Dans une telle hypothèse, l'article 10 § 2 pourrait être utile.

⁵⁸⁹ F. Ferrari, J.-A. Bischoff, « Article 10 », *op. cit.*, p. 372-373.

⁵⁹⁰ Ainsi, selon ces auteurs, cette dernière disposition régirait uniquement les hypothèses dans lesquelles le contractant ignorait légitimement l'internationalité du contrat. Par exemple, si des négociations ont eu lieu par téléphone et que l'un des contractants ignorait la localisation de son partenaire contractuel, il pourrait se prévaloir de l'article 10 § 2. Mais, dès lors que l'internationalité du contrat est apparente, l'application de l'article 10 § 2 serait irrémédiablement exclue. V. sur ce point, F. Ferrari, J.-A. Bischoff, « Article 10 », *op. cit.*, p. 373-374.

⁵⁹¹ V. ainsi P. Lagarde, « Les modes non formels d'expression de la volonté juridique en droit international privé français », *op. cit.* Dans cet article, Monsieur P. Lagarde envisage la problématique de l'acceptation tacite du contrat principal. L'éminent auteur préconise l'application de la loi du contrat. Il ajoute que « s'il apparaissait [...] qu'un individu soit déclaré lié par son silence, d'une façon choquante, en vertu de la loi applicable à une offre venue d'un pays étranger et à laquelle il n'aurait pas répondu, rien n'interdirait ici au juge français d'avoir recours à l'ordre public international pour écarter cette loi étrangère ».

274. En matière de régime matrimonial⁵⁹² et en matière de divorce⁵⁹³, le législateur européen a consacré ce même mécanisme de protection : la partie qui cherche à démontrer qu'elle n'a pas consenti au contrat d'*electio juris* peut, sous certaines conditions, invoquer l'application de la loi de l'État de sa résidence habituelle. Reste que, comme le contrat d'*electio juris* se matérialise nécessairement par un écrit, signé par chacune des deux parties contractantes, on peine à identifier les hypothèses concrètes dans lesquelles ces dispositions pourraient trouver application⁵⁹⁴.

275. Ces développements ont montré que pour déterminer si une clause d'élection de droit a été tacitement acceptée, il faut, par application de la méthode conflictuelle, identifier la loi régissant le contrat d'*electio juris*. Pour les clauses de choix de for, au contraire, le raisonnement conflictualiste est écarté, au profit de l'édification d'un corpus de règles matérielles « sur mesure ».

Sous-section 2 : L'éviction du raisonnement conflictuel : étude des clauses de choix de for

276. À travers l'expression de « clause de choix de for »⁵⁹⁵, deux types de stipulations contractuelles seront envisagés : les clauses d'élection de for et les clauses compromissaires. Si le rapprochement est possible, cela tient à ce que ces deux types de stipulations présentent des caractéristiques communes. Tout d'abord, les clauses de choix de for sont accessoires. Elles se greffent sur un rapport contractuel autonome : « le choix d'un juge ou d'un arbitre ne s'effectue pas dans le vide, mais se superpose à une relation juridique »⁵⁹⁶. Ensuite, ces clauses ont, à l'évidence, une nature contractuelle. Elles reposent sur un accord de volontés des contractants⁵⁹⁷. Enfin, les clauses d'arbitrage et les

⁵⁹² Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, article 24.

⁵⁹³ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, article 6.

⁵⁹⁴ À ce sujet, v. en matière de régime matrimonial, P. Franzina, « Article 24 », in S. Corneloup, V. Egéa, E. Gallant, F. Jault-Seséke (Dir.), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples*, Société de législation comparée, 2018, p. 241 et s. En matière de divorce, v. N. Joubert, « Article 6. Consent and material validity », *op. cit.*, p. 84 ; S. Corneloup, N. Joubert, « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », in A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Larcier, 2017, p. 179 et s. et not. p. 189-190.

⁵⁹⁵ Nous reprenons ici l'expression de D. Bureau et H. Muir Watt, v. *Droit international privé*, Tome II, *op. cit.*, p. 342 et s.

⁵⁹⁶ N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999, p. 10 ; F.-X. Train, *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003, p. 19.

⁵⁹⁷ N. Coipel-Cordonnier, thèse, *op. cit.*, p. 8.

clauses d'élection de for ont une dimension juridictionnelle : elles attribuent à une instance judiciaire déterminée — qu'elle soit arbitrale ou non — le règlement d'un litige.

277. Mais surtout, les solutions jurisprudentielles relatives à la détermination du droit applicable à ces deux types de clauses peuvent être rapprochées. En premier lieu, on peut relever que ces clauses de choix de for sont exclues du champ d'application du règlement Rome I⁵⁹⁸. En second lieu, et plus fondamentalement, on peut observer que pour apprécier l'existence du consentement à la clause de choix de for, le raisonnement conflictuel est presque intégralement évincé⁵⁹⁹. Cela implique, plus spécifiquement, que pour déterminer si la clause de choix de for a été tacitement acceptée, l'usage de la règle de conflit de lois est exclu. La méthode des règles matérielles prévaut et se traduit par l'édification d'un corpus de règles substantielles spécifiques, destinées à régir des situations internationales⁶⁰⁰. Pour des raisons didactiques, on distinguera la détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage (I) et la détermination du droit applicable à la convention d'élection de for (II).

I) La détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage

278. Nous étudierons successivement les solutions prévalant en droit français (A) et les solutions consacrées par les normes étrangères et internationales (B).

A) Les solutions consacrées par la jurisprudence française

279. Le mouvement tendant à soumettre les clauses de choix de for à l'empire de règles matérielles a trouvé sa manifestation la plus éclatante dans la jurisprudence française relative à la validité de la clause compromissoire⁶⁰¹. Quel que soit le titre d'intervention du juge français — juge saisi d'un

⁵⁹⁸ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 1. 2. e).

⁵⁹⁹ En ce sens, C.-A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, 2011, p. 36 et s.

⁶⁰⁰ Pour une définition plus précise des règles matérielles, v. E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *RCADI* 2007, t. 322, p. 13 et s. et not. p. 27.

⁶⁰¹ Sur cette ligne jurisprudentielle v. par exemple : L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Etude critique et comparative en droit français et américain*, LGDJ, 2023, not. p. 225 et s. et p. 435 et s. ; L. Bernheim Van De Castelee, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012, p. 112 et s. et plus spécifiquement p. 122 et s. ; M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 341 et s. ; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 542 ; M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2019, p. 673 et s. ; O. Cachard, *Droit du commerce international*, 3^{ème} édition, 2018, p. 483 et s. ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 104 et s. ; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, 1^{ère} édition, Joly, 2015, p. 127 et s. ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 234 et s. Sur ce sujet, v. aussi : J. Jourdan-Marques, « Faut-il consolider Dalico ? Réflexion sur les règles matérielles relatives à la compétence arbitrale », *Rev. arb.* 2021, p. 1049 et s. ; Ch. Seraglini, « Le droit français de l'arbitrage international : entre vocation universelle

recours en annulation ou d'une demande d'exequatur, juge d'appui, ou juge du fond saisi en violation de la clause d'arbitrage —, la méthode conflictuelle est sans conteste écartée⁶⁰². Les prémices de cette ligne jurisprudentielle peuvent être trouvées dans la solution dégagée dans l'arrêt *Hecht*⁶⁰³. Dans cette dernière décision, en effet, la Cour de cassation avait édicté une règle matérielle validant la clause compromissoire dans les contrats internationaux⁶⁰⁴. Le droit interne français, qui comportait alors une interdiction de principe de la clause compromissoire, avait été évincé au profit d'une règle matérielle spécifique, destinée à régir l'arbitrage international.

280. Avec l'arrêt *Dalico*, les incertitudes qui pouvaient encore subsister à la lecture de l'arrêt *Hecht* furent neutralisées⁶⁰⁵. La Cour de cassation devait en effet affirmer :

« en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique »⁶⁰⁶.

et tendance *lex foriste* », in *L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant, 2020, p. 9 et s. et not. p. 18 et s. ; B. Audit, « L'accord d'arbitrage international : conflits de lois et règles matérielles », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 133 et s. ; J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 311 et s. ; L. d'Avout, « Le consentement à l'arbitrage international sans l'appui de la règle de droit (retour critique sur la jurisprudence *Dalico/Zanzi/Soerni*) », note sous civ 1^{ère}, 16 mars 2016, *Rev. arb.* 2016, p. 818 et s.

⁶⁰² F.-X. Train, « Droit applicable à la convention d'arbitrage international — *Sulamérica et Arsanovia v. Droit français* », in *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Kluwer Law International, 2015, p. 145 et s. et not. p. 145 ; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 127 et s.

⁶⁰³ Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, *JDI* 1972. 843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1974. 82, note P. Level ; *RTD com.* 1973. 499, obs. Y. Loussouarn ; *Rev. arb.* 1974. 89. L'arrêt a été ensuite confirmé par des décisions ultérieures : CA Paris, 13 décembre 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 507, note B. Oppetit ; *JDI* 1977. 107, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977. 147, note Ph. Fouchard.

⁶⁰⁴ En ce sens, B. Oppetit, Note sous Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, *JDI* 1972, p. 845 ; Ph. Francescakis, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt *Hecht* de la Cour de cassation », *Rev. arb.* 1974, p. 67 et s. et not. p. 82.

⁶⁰⁵ Antérieurement à l'arrêt *Dalico*, la Cour d'appel de Paris avait déjà rendu différentes décisions prônant l'application de règles matérielles : CA Paris, 8 mars 1990, *SA Entreprise Ducler*, *Rev. arb.* 1990. 675, 2^{ème} esp., note P. Mayer ; CA Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil*, *Rev. arb.* 1993. 281, note H. Synvet. Dans cette décision, la Cour d'appel s'était en l'occurrence prononcée sur une question d'arbitrabilité. Mais, à cette occasion, elle avait dégagé un principe général, transcendant les circonstances particulières du litige.

⁶⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *JDI* 1994. 432, note E. Gaillard ; *JDI* 1994. 690, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994. 663, note P. Mayer. Dans le même sens, v. ultérieurement : civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997. 537, note E. Gaillard ; civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Rev. arb.* 2006. 945, note E. Gaillard, *JDI* 2006, comm. 21. 1384, note A. Mourre, *JCP G* 2006. 187, obs. Ch. Seraglini.

Pour apprécier l'existence du consentement à la convention d'arbitrage, le recours à la méthode conflictuelle était exclu. Un corpus de règles matérielles devait se substituer aux règles étatiques classiques, traditionnellement appliquées après mise en œuvre de la règle de conflit⁶⁰⁷.

281. Aujourd'hui, cet ensemble de règles matérielles, conduisant au refoulement de la méthode conflictuelle, couvre toutes les questions gravitant autour de la formation de la convention d'arbitrage. En particulier, c'est bien par l'entremise d'une règle matérielle que la Cour de cassation a tranché la problématique de la clause d'arbitrage par référence. Dans les arrêts *Bomar Oil II*⁶⁰⁸ et *Prodexport*⁶⁰⁹, qui ont déterminé les conditions de validité d'une telle clause, la Cour de cassation a expressément écarté le raisonnement conflictualiste. Plus généralement, pour toutes les difficultés dérivant de la problématique de la caractérisation de l'acceptation tacite, la méthode conflictuelle est exclue.

En droit français, l'empire des règles matérielles est aujourd'hui borné et circonscrit par une seule limite : les parties disposent de la faculté de choisir le droit applicable à la convention d'arbitrage⁶¹⁰. Si les contractants ont *expressément* désigné la loi gouvernant la convention d'arbitrage, cette dernière est bien régie par une règle étatique « traditionnelle » et non par une règle matérielle⁶¹¹. Cependant, une telle hypothèse se présente assez rarement, car comme le relève Monsieur F.-X. Train, « seule la volonté expresse et spéciale, c'est-à-dire exprimée spécifiquement à propos de la clause d'arbitrage et

⁶⁰⁷ Pour dissiper tout malentendu, précisons qu'en affirmant que l'existence de la convention d'arbitrage s'appréciait d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, il n'était « pas question de contrat sans loi mais de contrat sans conflit de lois » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 251). Lorsque le juge français était saisi, la convention d'arbitrage demeurait assujettie à certains principes fondamentaux, principes fondamentaux rangés sous l'expression de « règles impératives du droit français et de l'ordre public international ». Dans ces circonstances, l'expression d'ordre public international ne renvoyait donc pas à un ordre public « d'éviction » (Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 251).

⁶⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, *Rev. arb.* 1994. 108, note C. Kessedjian ; *JDI* 1994. 690, note E. Loquin.

⁶⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport*, *Rev. arb.* 1998. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999. 92, note P. Mayer.

⁶¹⁰ Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 443, obs. E. Loquin ; *JCP* 2004. II. 10 132, note G. Chabot ; *Rev. arb.* 2005. 959, note Ch. Seraglini.

⁶¹¹ V. sur ce point l'attendu de l'arrêt *Kout Food*, qui est particulièrement clair : « En vertu d'une règle matérielle du droit de l'arbitrage international, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique, à moins que les parties aient *expressément* soumis la validité et les effets de la convention d'arbitrage elle-même à une telle loi » (Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 20-20.260, *D.* 2023. 157, note D. Mainguy ; *Ibid.* 1825, obs. S. Bollée ; *D.* 2022. 1757, et 2330, obs. T. Clay ; *D. actu.* 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 8 nov. 2022, p. 6, obs. L. Larribère, et p. 22, note J. Clavel-Thoraval ; *JCP* 2023. Doctr. 143, obs. C. Nourissat, et Doctr. 221, obs. C. Seraglini ; *JCP E* 2023. 1105, note P. Casson ; *Procédures* 2022. Comm. 277, note L. Weiller).

non relativement au contrat dans son ensemble, peut faire échec à la mise en œuvre des règles matérielles françaises »⁶¹². Si les parties contractantes ont, par l'entremise d'une clause d'élection de droit, soumis leur contrat à l'empire d'un ordre juridique déterminé, ce choix ne vaut que pour le contrat principal et ne s'étend pas à la convention d'arbitrage⁶¹³.

282. En droit comparé, cette exclusion du raisonnement conflictuel est peu répandue⁶¹⁴, preuve qu'au-delà de nos frontières, le raisonnement conflictualiste n'a pas perdu tout pouvoir de séduction.

B) Les solutions consacrées par les normes internationales ou étrangères

283. Bien que les droits suisse et anglais soient également sensibles à des considérations matérielles, résidant plus spécifiquement dans l'idée de faveur à la validité de la convention d'arbitrage, les juges de ces États continuent de faire application de règles de conflit. En effet, le droit suisse prévoit que, sur le fond, la convention d'arbitrage est « valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse »⁶¹⁵. Or, cette règle de conflit régit la question de l'existence du consentement et gouverne ainsi la problématique de l'acceptation tacite⁶¹⁶.

Certes, la règle de conflit précitée constitue une règle de conflit à coloration matérielle. L'objectif de faveur à la validité de la convention d'arbitrage, qui inspire cette disposition et se manifeste par l'édiction de rattachements alternatifs, transparaît immédiatement⁶¹⁷. Or, Monsieur B. Audit souligne « qu'une caractéristique des règles alternatives *in favorem validitatis* est que leur caractère de règle de conflit se dissout à mesure du nombre de rattachements offerts, pour être absorbé par un caractère

⁶¹² F.-X. Train, « Droit applicable à la convention d'arbitrage international — Sulamérica et Arsanovia v. Droit français », *op. cit.*, p. 147.

⁶¹³ Ch. Seraglini, « Le droit français de l'arbitrage international : entre vocation universelle et tendance *lex foriste* », *op. cit.*, p. 18.

⁶¹⁴ G.-B. Born, « The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective », *Singapore Academy of Law Journal* 2014, p. 814 et s.

⁶¹⁵ Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), article 178.

⁶¹⁶ D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, 4th Extended Edition, Schulthess, 2021, p. 102.

⁶¹⁷ B. Audit, « L'accord d'arbitrage international : conflits de lois et règles matérielles », *op. cit.*, p. 139. À ce sujet, v. également G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International arbitration : law and practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, § 3. 76 ; B. Berger, F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Stämpfli Publishers, 3th édition, 2015, p. 130 et s. ; D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, *op. cit.*, p. 100 et s.

substantiel ; le raisonnement conflictuel acquiert du même coup un caractère assez formaliste ». Pourtant, même si un objectif de faveur à la validité de la convention inspire cette norme, le raisonnement conflictuel conserve une emprise qui, pour être résiduelle, n'en est pas moins réelle. Monsieur G. Born a considéré que la justification de cette approche *in favorem* résidait dans le fait que c'est la loi donnant effet à la convention d'arbitrage qui traduirait le véritable choix des parties et non la loi qui invalide cette convention⁶¹⁸. L'intention réelle des parties — bien qu'exprimée tacitement — serait que leur convention d'arbitrage soit régie par une loi la considérant comme valablement formée. Nous aurons l'occasion de revenir sur la valeur de ce type de raisonnement⁶¹⁹.

284. En droit anglais, le raisonnement conflictuel prévaut également. Et pour cause, la convention d'arbitrage est, en principe, régie par la loi choisie par les parties⁶²⁰. En l'absence de désignation expresse, la convention d'arbitrage est régie par la loi qui aura été tacitement choisie par les parties et à défaut de choix tacite, par la loi du système juridique avec lequel l'accord d'arbitrage est le plus étroitement lié⁶²¹. Les juges britanniques considèrent que le choix du droit applicable au contrat principal constitue un indice sérieux de leur volonté de soumettre la convention d'arbitrage à ce même droit⁶²². Toutefois, cet indice n'est pas toujours décisif et certaines décisions retiennent un choix tacite

⁶¹⁸ G.-B. Born, "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *op. cit.*, p. 838. Comp : M. Hook, "Arbitration Agreements and Anational Law: A Question of Intent ?", *Journal of International Arbitration* 2011, Volume 28, Issue 3, p. 175 et s. et not. p. 182-183.

⁶¹⁹ V. *infra* n° 701 et s.

⁶²⁰ Sur cette question, v. R. Aikens, "Looking across la Manche. Should english law take a lesson from France on how to determine the applicable law of an arbitration agreement in a contract ?", in *Mélanges en l'honneur de Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 4 et s. ; M.-E. Ancel, « La loi applicable à la convention d'arbitrage au Royaume-Uni : les enseignements de l'arrêt Enka », *RDLA* 2021, p. 169 et s. ; H. Muir Watt, « La loi applicable à la convention d'arbitrage : leçon de droit anglais », note sous Cour suprême du Royaume-Uni, 20 oct. 2020, [2020] UKSC 38, *Rev. crit. DIP* 2021, p. 415 et s. ; E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire Kout Food) », *Rev. arb.* 2020, p. 701 et s. ; F.-X. Train, « Droit applicable à la convention d'arbitrage international — Sulamérica et Arsanovia v. Droit français », *op. cit.* ; D. Chan, T.-J. Yang, "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None", *Journal of International Arbitration* 2020, p. 635 et s. ; J.-D.-M. Lew, « Sulamérica and Arsanovia: English Law Governing Arbitration Agreements », *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Kluwer Law International, 2015, p. 136 et s. ; G.-B. Born, "The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective", *op. cit.* ; S. Pearson, "Sulamerica v Enesa: The Hidden Pro-Validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", *Arbitration International* 2013, p. 115 et s.

⁶²¹ V. à ce sujet les récentes décisions : *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] EWCA Civ 574 ; *Kabab-Ji S.A.L. (Koweit) v. Kout Food Group (Lebanon)* [2020] EWCA Civ 6. Sur l'affaire Kout Food, qui a fait couler beaucoup d'encre, v. par exemple : P. Rosher, « Regards caustiques d'un anglais (ou français ?) sur l'affaire Kout food », in *Mélanges en l'honneur de Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 453 et s. ; E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire Kout Food) », *op. cit.*

⁶²² M.-E. Ancel, « La loi applicable à la convention d'arbitrage au Royaume-Uni : les enseignements de l'arrêt Enka », *op. cit.*, p. 171 ; F.-X. Train, « Droit applicable à la convention d'arbitrage international — Sulamérica et Arsanovia v. Droit français », *op. cit.*, p. 145 et s. et not. p. 148.

du droit de l'État du siège de l'arbitrage ou considèrent que la convention d'arbitrage est plus étroitement liée à cet État. De fait, on observe qu'un schisme sépare les décisions anglaises ; ces dernières, en effet, se partagent en deux catégories. Certaines décisions retiennent l'application de la loi de l'État du siège de l'arbitrage ; d'autres considèrent que la convention d'arbitrage est régie par la loi gouvernant le contrat principal⁶²³. Quoi qu'il en soit, on mesure le fossé qui sépare la jurisprudence française et la jurisprudence anglaise. Pour les juges français, le choix du droit applicable au contrat principal ne vaut que pour ce dernier et ne saurait être étendu à la convention d'arbitrage. Pour les juges anglais, au contraire, lorsque les parties ont soumis leur contrat principal à un droit donné, il est présumé qu'elles ont également voulu soumettre la convention d'arbitrage à ce droit⁶²⁴. Au demeurant, comme cela a été relevé par Monsieur M. Laazouzi, « rien dans l'arrêt *Enka* n'exclut qu'un choix implicite de la loi régissant le contrat s'applique également à la clause d'arbitrage, une sorte de choix implicite au carré »⁶²⁵.

285. Dans l'affaire *Sulamérica*, les juges britanniques ont relevé que le choix, par les parties, de la loi brésilienne pour régir le contrat principal constituait un indice de choix implicite. Cet indice donnait à penser que les parties avaient, pour la réglementation de la convention d'arbitrage, tacitement choisi la loi brésilienne⁶²⁶. Mais les juges ont finalement estimé que différents indices infirmaient cette première analyse. Tout d'abord, le siège de l'arbitrage était localisé au Royaume-Uni et non au Brésil. Ensuite, l'application de la loi brésilienne aurait eu pour effet d'invalidier cet accord⁶²⁷. À la lumière de ce dernier argument, on comprend que l'objectif de faveur à la validité de la convention d'arbitrage a insidieusement pénétré le raisonnement conflictuel⁶²⁸. En conséquence, même si un raisonnement

⁶²³ E. Gaillard, « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire Kout Food) », *op. cit.*, p. 706 ; G.-B. Born, « The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective », *op. cit.*, p. 833.

⁶²⁴ M. Laazouzi, « Approche comparée du droit applicable à la convention d'arbitrage international : de Enka à la proposition de réforme de l'arbitration act », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 601 et s. et not. p. 605-606.

⁶²⁵ M. Laazouzi, « Approche comparée du droit applicable à la convention d'arbitrage international : de Enka à la proposition de réforme de l'arbitration act », *op. cit.*, p. 606. En ce sens, v. aussi R. Aikens, « Looking across la Manche. Should english law take a lesson from France on how to determine the applicable law of an arbitration agreement in a contract ? », *op. cit.*, p. 17.

⁶²⁶ *Sulamerica Cia Nacional v Enesa Engelbaria* [2012] EWCA Civ 638.

⁶²⁷ Plus exactement, si la loi brésilienne avait été appliquée, la convention d'arbitrage n'aurait été effective qu'avec le consentement de l'assuré, qui était l'une des parties au contrat litigieux soumis aux arbitres.

⁶²⁸ En ce sens, G.-B. Born, « The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective », *op. cit.*, p. 839-840 ; S. Pearson, « *Sulamerica v Enesa*: The Hidden Pro-Validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement », *op. cit.*

conflictuel prévaut, des considérations substantielles, tenant au contenu des lois en présence, peuvent également être intégrées à ce raisonnement. La Cour a finalement fait application de la loi anglaise, qui constituait ici la loi du siège de l'arbitrage.

En définitive, l'examen de la jurisprudence démontre que les juridictions britanniques sont, pour l'heure, très souvent amenées à rechercher la volonté tacite. Cependant, une proposition de réforme de l'*Arbitration Act* pourrait prochainement remettre en cause cette orientation. La réforme prévoit que la loi applicable à la convention d'arbitrage est la loi que les parties ont *expressément* désignée ou, à défaut d'une telle désignation, la loi du siège de l'arbitrage. Le texte précise explicitement qu'en l'absence de choix exprès, il ne doit pas y avoir de recherche de la volonté tacite⁶²⁹.

286. La convention de New York du 10 juin 1958, qui constitue le principal instrument conventionnel relatif à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales, prescrit également l'application d'une règle de conflit. La convention prévoit que la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale seront refusées si la convention d'arbitrage « n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue »⁶³⁰. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international comporte une règle de conflit identique : la convention d'arbitrage est en effet régie par la loi choisie par les parties ou à défaut de choix, par la loi de l'État dans lequel la sentence a été rendue⁶³¹.

287. À la lumière de ces textes étrangers et internationaux, on perçoit mieux la singularité du droit français ; ce dernier préconise une solution originale : l'exclusion du raisonnement conflictuel et l'application de règles matérielles internationales, qui en constitue le corrélat nécessaire. En matière de convention d'élection de for, les solutions prévalant en droit français ne sont d'ailleurs pas si différentes. Bien que les manifestations de l'éviction du raisonnement conflictuel soient moins éclatantes, elles nous paraissent peu contestables.

⁶²⁹ Sur la jurisprudence anglaise et la réforme de l'*arbitration act*, v. not. M. Laazouzi, « Approche comparée du droit applicable à la convention d'arbitrage international : de Enka à la proposition de réforme de l'*arbitration act* », *op. cit.*

⁶³⁰ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, article 5 1. a.

⁶³¹ Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, article 34 (relatif à l'annulation de la sentence) et 36 (relatif au refus de reconnaissance et d'exécution d'une sentence).

II) La détermination du droit applicable à la convention d'élection de for

288. Pour les clauses d'élection de for, l'exclusion de la méthode conflictuelle n'a jamais été expressément proclamée. Cependant, un principe d'éviction du raisonnement conflictuel semble subrepticement émerger de la jurisprudence. Pour déterminer si la clause d'élection de for a été tacitement acceptée, la jurisprudence fait application de règles matérielles. Afin de le démontrer, il faut distinguer deux types de clauses : les clauses d'élection de for régies par le droit international privé commun (A) et celles gouvernées par le règlement Bruxelles 1 bis (B). Par souci de synthèse, nous n'évoquerons pas la Convention de La Haye du 30 juin 2005 qui, pour l'heure, s'applique assez rarement et qui, du point de vue de l'acceptation tacite, ne présente pas d'intérêt décisif⁶³². Dans la suite de ces développements, les termes de clause d'élection de for et de clause attributive de juridiction doivent être tenus pour de parfaits synonymes.

A) Les clauses soumises au droit international privé commun

289. Pour les conventions d'élection de for qui demeurent régies par le droit international privé commun, le mouvement jurisprudentiel tendant à soumettre la question de la validité d'une clause d'élection de for à l'empire de règles matérielles, ainsi élaborées par voie directe, paraît aujourd'hui bien assis⁶³³. Pour apprécier l'existence du consentement, le raisonnement conflictualiste est sans conteste évincé⁶³⁴. L'analyse des décisions jurisprudentielles les plus récentes démontre que pour déterminer si le consentement existe, les juges ne procèdent pas à une recherche de la loi applicable ; ils déterminent directement la solution, en se bornant à déclarer qu'une clause d'élection de for est « op-

⁶³² L. Usunier, « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 37 et s.

⁶³³ L'analyse doit cependant être nuancée, car à la lecture des décisions, on peut se demander si les juges appliquent véritablement des règles matérielles ou s'ils se bornent à appliquer la *lex fori*.

⁶³⁴ En ce sens, v. M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, S. Fulli-Lemaire, *Droit international privé*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2023, p. 335-336 ; D. Bureau, H. Wuir Watt, *Droit international privé, tome 2 — partie spéciale*, PUF, 5^{ème} édition, 2021, p. 348 ; J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque, L. Usunier, *Droit du commerce international*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2021, p. 924.

A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-41, 2020, n° 39 ; H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 173 ; D. Sindres, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 787 et s. et not. p. 793-794 ; D. Bureau, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans des conditions générales contractuelles », note sous com., 21 février 2012, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 630 et s. et not. p. 633-634.

posable » à la partie qui en a eu connaissance et qui l'a acceptée au moment de la formation du contrat⁶³⁵. Sur le plan technique, l'usage de ce terme d'opposabilité est contestable, car ce concept est traditionnellement utilisé pour désigner le rayonnement d'un acte juridique à l'égard des tiers⁶³⁶. En toute rigueur, au stade de la formation d'une convention d'élection de for, le terme d'opposabilité ne devrait pas être utilisé.

290. En droit suisse, un même constat s'impose. Pour apprécier l'existence du consentement, le raisonnement conflictuel est mis à l'écart. Les conventions d'élection de for sont en effet gouvernées par l'article 5 de la loi fédérale sur le droit international privé. Cette disposition, qui édicte une règle matérielle relative à la forme de la convention, prévoit que la clause d'élection de for « peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte ». Or, selon Messieurs A. Bucher et A. Bonomi, « *l'acte valable quant à la forme* établit l'échange effectif des déclarations de volonté de l'offrant et de l'acceptant ; il atteste ainsi la validité quant au fond de la convention, sous réserve d'éventuels vices du consentement »⁶³⁷. De ce fait, pour déterminer si une clause a fait l'objet d'une acceptation tacite, le raisonnement conflictuel est évincé, au profit d'une application directe de la règle matérielle figurant à l'article 5. Ce n'est que si le juge est amené à se prononcer sur l'existence de vices du consentement que l'opération intellectuelle d'identification de la loi compétente ressurgit.

Dans le cadre de la *Common Law*, au contraire, la convention d'élection de for est, en principe, régie par la loi gouvernant le contrat principal⁶³⁸. La loi du contrat principal a, en principe, vocation à gouverner la question de la *validité* de la convention d'élection de for⁶³⁹. À rebours du droit français, les juges anglais demeurent fidèles à la méthode conflictuelle.

⁶³⁵ Au sein d'une jurisprudence abondante, v. par exemple : Com. 10 janvier 1989, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *JCP G* 1989. IV. 95 ; Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21.491, *D.* 1994. 169, note Ph. Guez ; Com. 15 octobre 1996 : *JurisData* n° 1996-004027 ; *DMF* 1997. 705, note P.-Y. Nicolas ; Com. 27 mai 1997, *D.* 1997. IR. 143 ; Civ. 1^{ère}, 16 février 1999, *JCP* 1999. II. 10 162, note B. Fillion-Dufouleur ; Com. 21 février 2012, n° 11-16.156, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2012. 630, note D. Bureau.

⁶³⁶ V. « Opposabilité », Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant, *op. cit.*

⁶³⁷ A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, Helbing Lichtenhahn, 3^{ème} édition, 2013, p. 33 (ce sont les auteurs qui soulignent).

⁶³⁸ L. Collins of Mapesbury, J. Harris, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, *op. cit.*, p. 634-635.

⁶³⁹ *Ibid.* Sur cette question, v. aussi C.-S. Adesina Okoli, A. Yekini, "Implied jurisdiction agreements in international commercial contracts: a global comparative perspective", *Journal of Private International Law* 2023, p. 321 et s. et not. p. 342-343.

Par ce trait, le système juridique anglais se distingue également du droit européen de la compétence internationale.

B) Les clauses soumises au règlement Bruxelles 1 bis

291. Lorsque l'on examine les dispositions du règlement « Bruxelles 1 bis », l'exclusion du raisonnement conflictuel paraît, de prime abord, beaucoup moins évidente. En effet, le règlement prévoit, en son article 25, que lorsque les parties ont attribué compétence aux juridictions d'un État déterminé, « ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre »⁶⁴⁰. Afin de se prononcer sur la validité d'une clause d'élection de for, la juridiction saisie doit consulter le « droit du juge élu ». En son considérant 20, le règlement Bruxelles 1 bis nous apprend que le « droit du juge élu » comprend deux sortes de règles : les règles substantielles, mais aussi les règles de conflits en vigueur dans l'ordre juridique du juge élu. Si la validité de la clause est contestée, le juge doit ainsi se référer aux règles de conflit en vigueur dans l'État de la juridiction désignée au terme de la clause⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, article 25.

⁶⁴¹ A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 107-108 ; T. Hartley, *Choice-of-Court Agreements Under the European and International Instruments*, Oxford University Press, 2013, p. 166 ; A. Sinay-Cytermann, « L'efficacité renforcée des clauses attributives de juridiction en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur d'Isabelle Urbain-Parléani*, Dalloz, 2023, p. 663 et s. et not. p. 672 ; E. Fohrer-Dedeurwaerder, « Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies », *RTD Com.* 2018 p. 1083 et s. et not. p. 1093 ; D. Sindres, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *op. cit.*, p. 787 ; L. Usunier, « Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l'article 25 § 1 du Règlement Bruxelles I bis », in *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Kluwer Law International, 2015, p. 158 et s. et not. p. 161 ; S. Francq, « Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, p. 107 et s. et not. p. 130-131 ; H. Gaudemet-Tallon, C. Kessedjian, « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTD. eur.* 2013, p. 435 et s. et not. p. 445 ; A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1 et s. et not p. 54-55 ; V. Lazic, S.-A. Kruisinga, « Prorogation of Jurisdictions: Validity Requirements and Methods of Interpretation », in *Festschrift für Herbert Kronke*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, p. 275 et s. et not. p. 282 et p. 285 ; P. Franzina, « The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation », in P. Mankowski (dir.), *Research handbook on the Brussels Ibis Regulation*, Edward Elgar, 2020, p. 95 et s. et not. p. 102-103. Comp, plus incertain : P. Deumier, M. Laazouzi, E. Treppoz, « Le règlement Bruxelles I bis et la géométrie dans l'espace », *RDC* 2013, p. 1037 et s. et not. p. 1052-1053 ; L. d'Avout, « La Refonte du règlement Bruxelles I », *D.* 2013, p. 1014 et s. et not. p. 1022 ; Contra : C. Nourissat, « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement "Bruxelles 1 bis" », in *Mélanges en l'honneur du professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 567 et s. et not. p. 574-575 ; J.-P. Beraudo, « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire », *JDI* 2013, p. 741 et s. et not. p. 749.

Par exemple, pour apprécier la validité d'une clause conférant compétence aux tribunaux français, un juge étranger devrait faire application des règles de conflits en vigueur en France⁶⁴². Par l'introduction de cette règle de conflit, le législateur a tranché le débat relatif à « l'autosuffisance » des conditions formelles édictées par le règlement « Bruxelles 1 »⁶⁴³. Désormais, le simple fait que la clause attributive de juridiction soit conforme aux exigences de forme prescrites par le règlement « Bruxelles 1 bis » ne signifie pas que la validité de cette dernière soit nécessairement incontestable. Bien qu'elle soit valable en la forme, la clause d'élection de for peut, sur le fond, être contestée.

292. Ainsi, les conventions d'élection de for sont assujetties à deux corps de règles distincts : les règles de validité formelle, édictées par l'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis », et les règles nationales, propres à chaque État membre et relatives à la validité matérielle de la clause d'élection de for⁶⁴⁴. Avec l'introduction du règlement « Bruxelles 1 bis », on assiste ainsi à la résurgence d'un raisonnement conflictuel, trop longtemps refoulé par les textes européens sur la compétence judiciaire internationale⁶⁴⁵. Il reste que pour apprécier toute la portée de cette innovation normative, il faut délimiter et circonscrire plus finement le domaine de la règle de conflit visée à l'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis ». Pour toutes les questions gravitant autour de *l'intégrité* du consentement, la règle de conflit devrait trouver à s'appliquer. Mais, pour apprécier *l'existence* du consentement, pour déterminer si la clause d'élection de for a été tacitement acceptée, faut-il inéluctablement mettre en œuvre cette règle de conflit ? Rien n'est moins sûr. Il y a lieu de penser que la question de l'existence du consentement ne relève pas du domaine de la règle de conflit consacrée à l'article 25.

⁶⁴² En l'occurrence, en France, il n'est pas sûr que de telles règles de conflit aient véritablement été consacrées. Du moins doit-on admettre que la question est affectée par les plus vives incertitudes. Les arrêts s'étant prononcés sur la question de la détermination du droit applicable aux clauses d'élection de for sont en effet assez anciens ; les solutions qui se dégagent de ces arrêts sont difficiles à interpréter (V. à ce sujet, H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 102). Dès lors, on peut s'interroger sur l'opportunité de la règle de conflit figurant à l'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis ». Ce renvoi aux règles nationales sur lequel la règle de conflit est assise constitue une solution pour le moins complexe ; les difficultés pratiques susceptibles de découler de son application pourraient bien s'avérer inextricables.

⁶⁴³ Sur ce sujet, v. not. P. Franzina, "The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation", *op. cit.*, p. 97-98 ; L. Merrett, "Article 23 of the Brussels I regulation: A comprehensive code for jurisdiction agreements?", *International and Comparative Law Quarterly* 2009, p. 545 et s.

⁶⁴⁴ A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁴⁵ Le règlement Bruxelles 1 et la convention de Bruxelles ne contenaient pas une telle règle de conflit.

Et pour cause, jusqu'alors, la Cour de justice a toujours considéré que les règles de validité formelles, édictées par la convention de Bruxelles⁶⁴⁶ et le règlement « Bruxelles 1 »⁶⁴⁷, avaient pour fonction de garantir l'existence du consentement⁶⁴⁸. Sous l'empire des textes antérieurs au règlement « Bruxelles 1 bis », la caractérisation du consentement et la vérification du respect des conditions formelles s'entremêlaient et formaient deux opérations intellectuelles pratiquement indissociables⁶⁴⁹. Pour déterminer si la clause avait été acceptée, les juridictions françaises ne recherchaient pas la loi applicable ; elles se fondaient uniquement sur les conditions de formes édictées par les textes européens. Corrélativement, la réflexion sur la caractérisation de l'acceptation tacite se dissolvait dans un ensemble d'interrogations relatives aux conditions formelles édictées par les textes européens⁶⁵⁰.

293. Certes, rien n'exclut que la règle de conflit aujourd'hui insérée à l'article 25 du règlement Bruxelles 1 bis conduise à un reflux de la jurisprudence de la Cour de justice ; la perspective d'un

⁶⁴⁶ Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, article 17.

⁶⁴⁷ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, article 23.

⁶⁴⁸ Parmi une jurisprudence abondante, v. par ex : CJCE, 14 décembre 1976, *Estasis Salotti*, aff. 24/76, *Rev. crit. DIP* 1977. 576, note E. Mezger ; *JDI* 1977. 734, obs. J.-M. Bischoff ; *D.* 1977. IR 349, obs. B. Audit ; CJCE, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, aff. C-387/ 98 ; *Rev. crit. DIP* 2001. 359, note F. Bernard-Fertier ; *JDI* 2001. 701, obs. J.-M. Bischoff ; *DMF* 2001. 187, note Ph. Delebecque ; CJUE, 7 juillet 2016, *Hörszig*, aff. C-222/ 15, *Europe* 2016. Comm. 376, obs. L. Idot ; CJUE, 20 avril 2016, *Profit Investment SIM SpA*, aff. C-366/ 13, *JDI* 2017. 585, note C. Kleiner.

⁶⁴⁹ Comp : Ch. Kohler, « Rigueur et souplesse en droit international privé : les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction “dans le commerce international” par l'art. 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction », in *Droit international et droit communautaire. Actes du colloque, Paris, 5 et 6 avril 1990*, 1991, p. 159 et s. et not. p. 164 ; S.-P. Camilleri, « Article 23 : Formal Validity, Material Validity or Both? », *Journal of Private International Law* 2011, p. 297 et s.

⁶⁵⁰ Rapprochement : S. Francq, « Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis », *op. cit.*, p. 127 ; P. Beaumont, B. Yuskel, « The validity of choice of court agreements under the Bruxelles I regulation and the Hague choice of court agreement convention », in *Liber Amirocum K. Siehr*, Schultess 2010, p. 563 et s. et not. p. 572-573 ; L. Merrett, « Article 23 of the Brussels I regulation: A comprehensive code for jurisdiction agreements? », *op. cit.*, p. 550-551 ; V. Lazic, S.-A. Kruisinga, « Prorogation of Jurisdictions: Validity Requirements and Methods of Interpretation », *op. cit.*, p. 282 et p. 285.

revirement de jurisprudence, conduisant à une résurgence du raisonnement conflictuel, demeure envisageable⁶⁵¹. Cependant, l'examen de la jurisprudence la plus récente démontre que la Cour de cassation continue de voir dans la problématique de l'acceptation tacite une pure question de forme⁶⁵². En conséquence, quant à l'acceptation tacite, le raisonnement conflictuel est toujours exclu.

294. Au terme de cette première section, nous avons montré que lorsqu'il se prononce sur l'acceptation tacite d'une clause d'élection de droit, le juge saisi est tenu d'identifier la loi applicable. À cette fin, il applique, par principe, la loi choisie par les parties pour la réglementation du contrat principal. Par exception, pour démontrer qu'il n'a pas accepté la clause d'élection de droit, le contractant peut se prévaloir de la loi de sa résidence habituelle. Au contraire, afin de déterminer si une clause de choix de for a été tacitement acceptée, la jurisprudence française exclut le raisonnement conflictuel. La détermination du droit applicable étant manifestement perçue comme un facteur de complication inutile et superflu, la jurisprudence énonce directement la norme applicable.

295. Afin de circonscrire les hypothèses dans lesquelles une acceptation tacite peut valablement être reconstituée, il reste maintenant à étudier la teneur des règles matérielles applicables.

⁶⁵¹ En ce sens, C. Kleiner, *J.-Cl. Int.*, fasc. 584-165, n° 45 : « en décidant de renvoyer l'appréciation de la validité au fond de la clause aux droits nationaux des États membres, la Cour devra *ipso facto* abandonner cette approche englobante, subsumant le consentement des parties (donc la validité au fond de la clause) dans le respect des conditions de forme ».

⁶⁵² Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 20-10.702 ; Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2019, n° 18-21.854, *D.* 2020. 1970, obs. E. Farnoux ; *Rev. crit. DIP* 2020. 317, note B. Remy.

Quant à cette question de la confusion de la forme et du consentement, v. aussi L. Larribère, « Le minimalisme des exigences formelles en matière de convention attributive de juridiction », Note sous CJUE, 24 novembre 2022, n° C-358/21, *Tilman SA c/ Unilever Supply Chain Company AG*, *Rev. crit. DIP* 2023, p. 443 et s. et not. p. 454-455 : la « jurisprudence européenne [...] annexe la question du consentement au respect de seules exigences formelles ». Elle « confond l'existence d'un consentement et la condition formelle de l'article 23. Cette confusion a un double sens : ces deux questions ne sont pas distinguées alors qu'elles pourraient l'être ; le respect de la condition formelle oblige à tenir pour existant un consentement objectivé à la convention attributive ».

Section 2 : La caractérisation de l'acceptation tacite

296. Pour mieux cerner le concept de consentement tacite, il est utile de délimiter les hypothèses dans lesquelles il existe, au contraire, une acceptation expresse. Cette délimitation nous permettra de saisir, par le jeu des contrastes, la spécificité des hypothèses dans lesquelles une acceptation tacite est valablement établie. En premier lieu, la clause litigieuse — clause de choix de for ou clause d'élection de droit — peut figurer dans le corps d'un contrat écrit, signé par chacune des parties contractantes. Dans une telle hypothèse, en apposant sa signature, chacun des contractants exprime expressément son consentement⁶⁵³.

En deuxième lieu, il est possible que la clause litigieuse figure dans un document extérieur, séparé et distinct du contrat principal, mais auquel ce dernier se réfère expressément. Par exemple, un contrat de vente se réfère expressément aux conditions générales du vendeur⁶⁵⁴. Au sein du contrat de vente, signé par chacune des parties, figure la clause suivante : « Le signataire du présent contrat reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales du contrat. Il accepte les conditions générales du contrat en vigueur à la date de conclusion du contrat comme partie intégrante du contrat »⁶⁵⁵. En signant le contrat principal, chacune des parties accepte expressément les clauses accessoires figurant dans les conditions générales⁶⁵⁶.

297. Ces précisions liminaires étant faites, on peut maintenant essayer de circonscrire les hypothèses dans lesquelles un consentement tacite peut valablement être caractérisé. La problématique de

⁶⁵³ Sur cette hypothèse, v. par exemple, Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2006, n° 05-21.388, *D.* 2007, AJ 221, obs. E. Chevrier ; *JCP* 2007. IV. 1157 : La signature « globale » d'un contrat, constituant un écrit au sens de l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, suffit à exprimer le consentement d'une partie à une clause d'élection de for introduite au sein d'un contrat international.

⁶⁵⁴ Sur l'exigence de principe d'un renvoi exprès au document contenant la clause attributive de juridiction, v. CJCE, 14 décembre 1976, aff. 24/76, *Estasis Salotti di Colzanic c. Riva*, *Rev. crit. DIP* 1977. 576, note E. Mezger ; *JDI* 1977. 734, obs. J.-M. Bischoff ; *D.* 1977. IR 349, obs. B. Audit. Et plus récemment, v. CJUE, 8 mars 2018, aff. C-64/17, *Saey Home & Garden*, *D.* 2018. 565, 1934, obs. S. Bollée ; *Ibid* 2019. 783, obs. N. Ferrier ; *AJ contrat* 2018. 240, obs. I. Luc.

⁶⁵⁵ S. Bernheim-Desvaux, « La clause d'acceptation des conditions générales du contrat », *CCC* n° 11, novembre 2012, form. 10.

⁶⁵⁶ Cette hypothèse peut elle-même se subdiviser en deux sous-hypothèses. Tout d'abord, il arrive que le contrat principal contienne uniquement un renvoi général. Dans cette dernière configuration, le contrat principal se réfère aux conditions générales, envisagées comme un ensemble, mais il ne mentionne pas l'existence d'une clause de choix de for. Ensuite, il arrive que le contrat principal contienne un renvoi spécial. Dans cette dernière hypothèse, le contrat principal se réfère spécifiquement à l'existence d'une clause de choix de for, elle-même incluse dans des conditions générales. Par exemple, le contrat principal contient la clause suivante : « Le présent contrat est régi par les conditions générales de vente, y compris la clause d'arbitrage qu'elles contiennent ».

l'acceptation tacite se présente essentiellement dans l'hypothèse suivante. Une clause accessoire — que ce soit une clause de choix de for ou une clause d'élection de droit — est incluse dans un document extérieur, distinct du contrat principal : offre, bon de confirmation d'une commande, conditions générales ou encore facture⁶⁵⁷. Ce document est ensuite transmis à l'autre partie, qui demeure silencieuse⁶⁵⁸. Doit-on considérer que par son silence, cette partie contractante a tacitement accepté la clause accessoire figurant dans le document transmis ?

298. En matière d'arbitrage, la Cour de cassation retient fréquemment une réponse positive⁶⁵⁹. Pour les clauses attributives de juridiction et pour les clauses d'élection de droit, les solutions sont plus nuancées : le silence, sous certaines conditions, peut être érigé au rang de manifestation tacite de volonté. La jurisprudence est casuistique et les solutions dépendent des faits propres à chaque espèce. Certains indices tendent à montrer que le consentement tacite existe (sous-section 1) ; d'autres circonstances de fait, au contraire, tendent à montrer que le consentement est inexistant (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les indices susceptibles de révéler l'existence du consentement tacite

299. En droit interne, depuis un arrêt de principe du 25 mai 1870, il est admis que le silence d'un contractant ne vaut pas, à lui seul, acceptation. Dans une formule demeurée célèbre, Carbonnier avait

⁶⁵⁷ Sur l'acceptation tacite des clauses accessoires, en droit interne, v. P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 213 et s.

⁶⁵⁸ A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 501 et s. et not. p. 501.

⁶⁵⁹ Dans l'arrêt *Zanzi*, la Cour de cassation a d'ailleurs consacré un énigmatique principe de validité de la convention d'arbitrage (Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 1999. 260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1999. 546, note D. Bureau ; *JDI* 1999. 784, note S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999. 380, obs. E. Loquin). Mais, comme le souligne Monsieur E. Gaillard, ce principe « ne signifie à l'évidence pas que la convention d'arbitrage est "indestructible" » (E. Gaillard, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 709). Et pour cause, « la validité d'un acte juridique ne peut pas être posée *a priori* », sans que cet acte juridique soit confronté aux normes juridiques le régissant (M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 343). Ce principe de validité signifie simplement qu'en matière internationale, la convention d'arbitrage est, par principe, licite. Le principe de « validité » s'oppose ainsi au principe d'illicéité de la convention d'arbitrage, qui prévalait en droit interne, au moment où l'arrêt *Zanzi* fut rendu (M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 343). Contra : J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 112.

d'ailleurs affirmé que « la volonté tacite se matérialise dans une attitude, tandis que le silence n'a aucune extériorité »⁶⁶⁰. Cependant, par exception, lorsque le mutisme des contractants est entouré de certaines circonstances, il peut valoir acceptation⁶⁶¹.

300. En droit international privé, les principes encadrant le pouvoir d'appréciation des juges sont assez similaires. S'il existe des relations d'affaires habituelles unissant les contractants (II) ou si des usages commerciaux prévalent au sein de la branche commerciale dans laquelle les parties opèrent (III), une acceptation tacite pourra être reconstituée. En matière d'arbitrage international, même si ces circonstances ne sont pas présentes, dès lors qu'au moment de la conclusion du contrat, le contractant a eu connaissance de la clause d'arbitrage, son silence emporte l'acceptation de cette dernière (I). Toutefois, cela ne signifie pas qu'en cette dernière matière les usages et les relations d'affaires habituelles n'aient aucun rôle. Pour la convention d'arbitrage, en effet, nous verrons que la présence de relations d'affaires habituelles ou d'usages du commerce international est parfois également prise en considération.

I) La connaissance de la clause d'arbitrage

301. Dès lors qu'au moment de la conclusion du contrat principal, le contractant a eu connaissance de la convention d'arbitrage et est resté silencieux, l'acceptation de cette dernière est établie (A). La solution consacrée par l'ordre juridique français est peu protectrice du consentement. Elle a pour effet de faciliter le processus de formation de la convention d'arbitrage. Les solutions consacrées par les sources internationales et étrangères sont, au contraire, plus contraignantes : le consentement est plus difficilement établi (B).

⁶⁶⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, tome 2, Les Biens, Les obligations, op. cit.*, p. 1975.

⁶⁶¹ Pour une synthèse sur ce sujet, v. N. Martial-Braz, « L'ambivalence du silence en droit des contrats », in *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS Éditions, 2014, p. 9 et s.

A) Les solutions consacrées par la jurisprudence française

302. Avant de présenter les solutions prétoriennes relatives à l'acceptation tacite d'une clause d'arbitrage, il faut préciser qu'un mouvement jurisprudentiel tendant vers l'éviction de tout formalisme a progressivement émergé⁶⁶². Ce processus de neutralisation des exigences formelles n'était en lui-même pas contestable, mais il s'est doublé d'un assouplissement des exigences probatoires. Or, la conjonction de ces deux orientations jurisprudentielles a débouché sur une prolifération des hypothèses dans lesquelles une acceptation tacite de la clause compromissoire peut être valablement caractérisée⁶⁶³.

303. Dans un arrêt *Bomar oil*, la Cour de cassation avait tout d'abord emprunté la voie du formalisme, affirmant que si l'article II de la convention de New York « n'exclut pas l'adoption d'une clause compromissoire par référence à un document qui la contient, encore faut-il [...] que l'existence de cette clause soit mentionnée dans la convention principale, sauf s'il existe entre les parties des relations habituelles d'affaires qui leur assurent une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux »⁶⁶⁴. Ce formalisme fut toutefois rapidement abandonné.

304. La Cour de cassation affirma dans l'arrêt *Bomar Oil II* « qu'en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient [...] est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a,

⁶⁶² Sur la problématique, dite de la clause d'arbitrage par référence, v. not L. Larribère, thèse, *op. cit.*, p. 309 et s. ; L. Graffi, « International Arbitration Agreements “by reference” : a European Perspective », *Gaz. Pal.* 22 octobre 2005, p. 22 et s. ; V. Van Houtte, « Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts : The Continental Experience », *Arb. Int.* 2000, p. 1 et s. ; A. Samuel, « Arbitrations clauses incorporated by general reference and formal validity under article II (2) of the New York Convention », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.F. Poudret*, Payot, 1999, p. 505 et s. X. Boucobza, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495 et s. ; B. Oppetit, « La clause arbitrale par référence », *op. cit.* ; J.-F. Poudret, « La Clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », *Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet*, Payot, 1985, p. 523 et s. V. aussi J. Billemont, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013, p. 304 et s. ; O. Diallo, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, PUF, 2010, p. 101 et s. ; L. Bernheim van de Castele, thèse, *op. cit.*, p. 235 et s.

⁶⁶³ Rapprochement : Th. Clay, « L'efficacité de l'arbitrage », *LPA* 2 octobre 2003, p. 4 et s. et not. p. 6. Selon Monsieur Th. Clay, la clause d'arbitrage « est à peu près valable dans toutes les circonstances puisque est simplement exigé que, selon la formule, “celui à qui on l'oppose en ait eu connaissance au moment de la conclusion du contrat”. Et cette connaissance est appréciée là encore de façon très souple ».

⁶⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 11 octobre 1989, *Bomar Oil I*, *JDI* 1990. 663, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1990. 134, note C. Kessedjian.

fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat»⁶⁶⁵. Cette ligne jurisprudentielle, orientée vers la neutralisation de tout formalisme, trouva son point d'achèvement avec l'arrêt *Prodexport*. Au terme de cette dernière décision, l'exigence d'une « référence écrite » fut finalement abandonnée⁶⁶⁶. Il n'était donc plus nécessaire que la convention d'arbitrage soit, par l'entremise d'une clause de renvoi écrite, expressément incorporée dans le corps du contrat principal.

305. Aujourd'hui, l'article 1507 du Code de procédure civile entérine et prolonge cette évolution jurisprudentielle⁶⁶⁷. Ce texte prévoit qu'en matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage « n'est soumise à aucune condition de forme ». Avec l'introduction de cette nouvelle disposition normative, la convention d'arbitrage fut érigée en un acte juridique consensuel, formé par le seul accord de volontés des parties contractantes. Les canaux par lesquels les volontés des parties étaient amenées à s'exprimer n'étaient pas prédéterminés et imposés par le droit objectif, mais laissés à l'appréciation des seules parties contractantes. Le raisonnement conflictuel ayant été exclu, l'article 1507 du Code civil s'applique systématiquement, indépendamment de toute recherche de la loi applicable à la convention d'arbitrage⁶⁶⁸.

306. Le formalisme ayant été neutralisé⁶⁶⁹, le processus de recherche de la volonté tacite peut se déployer pleinement. Pour que la convention d'arbitrage soit valablement formée, il suffit que la preuve du consentement soit rapportée. Or, dans l'arrêt *Prodexport*, qui est aujourd'hui constitutif du droit positif, la Cour de cassation a affirmé que « la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence »⁶⁷⁰. En d'autres

⁶⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, *Bomar Oil II*, *JDI* 1994, p. 690, note E. Loquin, *Rev. arb.* 1994. 108, note C. Kessedjian. Antérieurement à cet arrêt, v. aussi civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, *Rev. Arb.* 1991. 291.

⁶⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport I*, *Rev. arb.* 1998. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999. 92.

⁶⁶⁷ V. à cet égard, M. de Boissésou, « La nouvelle convention d'arbitrage », in Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 81 et s. et not. p. 82 et s.

⁶⁶⁸ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 195 ; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 637.

⁶⁶⁹ Quant à cette question, v. également : L. Larribère, thèse, *op. cit.*, p. 309 et s.

⁶⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport I*, *Rev. arb.* 1998. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999. 92. La jurisprudence a ensuite constamment réaffirmé cette solution : Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n° 98-21.548 ; Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2019, n° 18-23.176, *JCP G* 2020. 1318, note Ph. Cosson. Sur la jurisprudence des juridictions du fond : CA Paris, 27 juin 2002, *Rev. arb.* 2003. 427, note C. Legros ; CA Paris, 25 janvier 2007 ; *Rev. arb.* 2007. 137 ; CA Paris, 13 septembre 2007, *Rev. arb.* 2007, somm. 649 ; *Rev. arb.* 2008. 313, note F.-X. Train ; CA Paris, 9 juin 2011, *Rev. arb.* 2011, somm. 832 ; CA Paris, 11 février 2014, *LPA* 27 octobre 2014. 7, obs. L. Zelinkson ; CA Paris, 10 mai 2016, *Rev. arb.* 2016. 956 ; CA Paris, 20 février 2024, n° 23/01702, *DCU Potatoes*, *D. actu.* 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques.

termes, à la suite de la réception du document contenant la clause d'arbitrage, si le contractant n'a émis aucune objection, son acceptation est présumée⁶⁷¹.

Pour que l'acceptation de la clause d'arbitrage soit établie, deux conditions cumulatives doivent ainsi être réunies. Tout d'abord, il faut que le document contenant cette clause ait été transmis au cocontractant au moment de la conclusion de la convention principale ou que le cocontractant ait, du fait de l'ensemble des circonstances du litige, nécessairement eu connaissance de cette clause. Ensuite, pour que l'acceptation tacite soit établie, il faut que le contractant ayant reçu le document contenant la clause compromissoire soit resté silencieux. Cela implique, plus précisément, que si le réceptionnaire du document dans lequel la clause est insérée a formulé une objection, l'acceptation n'est pas caractérisée.

Supposons qu'un commerçant français passe une commande auprès d'une société étrangère. Il transmet à cette fin un courrier auquel sont annexées ses conditions générales d'achat. Or, ces conditions générales d'achat comprennent une clause d'arbitrage. La société étrangère exécute l'offre de contrat. Dans une telle configuration, la jurisprudence française considère que la société étrangère a tacitement accepté la clause d'arbitrage.

307. Le recours à un corpus de règles matérielles « permissives », dérivant d'un objectif de faveur à la validité de la convention d'arbitrage, se traduit par l'éviction du principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation⁶⁷². Monsieur E. Loquin considère que « lorsqu'une partie accepte de conclure un contrat, et garde le silence quant au document annexe qui lui a été présenté à l'acceptation avec le contrat principal, le silence gardé sur ce document annexe est suffisamment circonstancié pour être compris comme une acceptation de l'extension du contrat conclu à ce qui était stipulé dans l'annexe »⁶⁷³. Si l'on se rallie à l'analyse de cet auteur, on sera donc amené à considérer que la solution commentée ne déroge pas au droit commun des contrats, mais recouvre simplement une hypothèse supplémentaire dans laquelle le silence est suffisamment circonstancié. On peut toutefois s'interroger sur la réalité de la volonté imputée aux parties. Pour ce faire, il nous semble intéressant de distinguer deux hypothèses.

⁶⁷¹ L. Bernheim-Van de Castele, « Maintien de la présomption d'acceptation de la clause compromissoire par référence dans l'arbitrage international », note sous Civ. 1^{ère}, 11 mai 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 563 et s. et not. p. 567.

⁶⁷² Contra : X. Boucobza, « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 509.

⁶⁷³ E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 146. v. aussi J. Billemont, thèse, *op. cit.*, p. 309 et s.

308. Lorsque l'offre de contrat transmise procède expressément à l'incorporation du document contenant la clause d'arbitrage, une analyse objective peut éventuellement conduire à considérer que l'acceptation porte sur l'ensemble de l'opération contractuelle, envisagée comme un « bloc » indissociable, qu'elle porte tout à la fois sur le contrat principal et sur le document contenant la clause. Par exemple, l'offre de contrat communiquée comporte une clause stipulant que « le client reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales auxquelles renvoie le présent contrat et les accepte comme faisant partie intégrante de ce contrat ». Dans une telle situation, on peut éventuellement admettre qu'en acceptant le contrat principal, fût-ce tacitement, par voie d'exécution de ce dernier, le contractant ait également implicitement accepté les conditions générales contenant la clause d'arbitrage. En d'autres termes, si l'on cherche à reconstituer la volonté apparente, on peut admettre qu'en acceptant le contrat principal, fût-ce tacitement, le contractant a corrélativement accepté les conditions générales qui étaient expressément incorporées au sein de l'*instrumentum*.

309. Lorsque l'offre transmise ne comporte pas de renvoi exprès au document contenant la clause, l'analyse est peut-être moins évidente. Dans une telle hypothèse, même si le contractant en question a accepté le contrat principal, son consentement devrait-il s'étendre à une clause accessoire, figurant dans un document distinct, non signé et auquel le contrat principal ne se réfère pas expressément ? La jurisprudence l'admet, mais une telle solution repose, à notre sens, si ce n'est sur une fiction de volonté, du moins sur un raisonnement assez contestable⁶⁷⁴. Dans une telle situation, deux raisons conduisent à douter de l'existence du consentement.

Tout d'abord, dans une telle hypothèse, l'offrant n'a pas expressément indiqué son intention d'incorporer les conditions générales au sein du champ contractuel. Dès lors, il n'est pas certain que l'acceptant ait bien cerné la volonté de l'offrant, qu'il ait bien compris que l'offrant voulait intégrer les conditions générales au sein du contrat. Ensuite, la volonté d'accepter ce document annexe est d'autant moins certaine que ce dernier prend généralement la forme de conditions générales et que par là même, il contient très fréquemment une multiplicité de clauses directement contraires à l'intérêt de l'adhérent. Dans la mesure où l'acceptation de conditions générales est souvent constitutive d'un

⁶⁷⁴ Comp : J.-B. Racine, *J.-Cl. Int.*, fasc. 750, n° 24 : « Parfois, la jurisprudence française se livre à une sorte d'interprétation dynamique et recherche l'efficacité de la convention d'arbitrage lorsqu'il en existe formellement une (ce qui recouvre en particulier le cas de la clause d'arbitrage par référence). En effet, les juges français ont tendance, dans certains cas, à interpréter de manière libérale les circonstances de l'espèce aux fins de découvrir un accord pour soumettre les litiges à l'arbitrage ».

acte juridique directement contraire à l'intérêt de son auteur, peut-elle être aussi facilement présumée ? La réponse ne s'impose pas avec évidence, mais il nous semble que le silence conservé par le réceptonnaire des conditions générales, même s'il est apprécié objectivement, charrie avec lui une succession d'incertitudes⁶⁷⁵.

310. D'ailleurs, les solutions consacrées par les normes étrangères et internationales sont généralement plus exigeantes : le consentement est moins aisément établi.

B) Les solutions consacrées par les normes étrangères et internationales

311. Le formalisme prescrit par la législation suisse, sans être inexistant, paraît de prime abord assez peu contraignant. En effet, l'article 178 de la loi sur le droit international privé prévoit que « la convention d'arbitrage est valable si elle est passée en la forme écrite ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte ». Mais si cette règle matérielle internationale⁶⁷⁶ prescrit l'utilisation d'un écrit, la signature des parties contractantes n'est pas requise⁶⁷⁷. Toutefois, une épineuse question divise la doctrine : est-il nécessaire, pour toutes les parties contractantes, de respecter les conditions de forme prescrites par l'article 178 ? Certains auteurs considèrent que dès lors que *l'une des parties* établit par écrit la convention d'arbitrage, les exigences de l'article 178 sont respectées. D'autres, toutefois, estiment que la condition de forme doit être remplie par *toutes les parties contractantes*. Selon ce dernier point de vue, en effet, la partie qui reçoit une proposition écrite d'arbitrage doit également exprimer son consentement exprès, par l'établissement d'un écrit. Or, cette dernière proposition implique qu'il ne pourra pas y avoir d'acceptation tacite de la convention d'arbitrage.

312. En outre, si l'on quitte la question de la forme pour aborder celle du consentement *stricto sensu*, on constate que les conditions de validité posées par le droit suisse sont, en substance, beaucoup plus contraignantes que celles prévalant sous l'empire de notre droit. Lorsque le contrat principal, par l'intermédiaire d'une clause de renvoi spécial, fait expressément référence à une clause d'arbitrage,

⁶⁷⁵ Rapprochement : H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255 et s. et not. p. 262 : « On connaît le phénomène des "clauses par référence" dont la Cour de cassation a admis la volonté de façon très souple et sans que soit garanti que la partie à qui on oppose la clause ait eu une réelle volonté de l'accepter alors que, pourtant, l'arbitrage repose sur la volonté des parties ».

⁶⁷⁶ Sur le champ d'application de la règle, v. G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International arbitration : law and practice in Switzerland*, *op. cit.*, § 3.60 et s.

⁶⁷⁷ M. Arroyo (dir.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2nd Edition, Wolters Kluwer, 2018, p. 1441 ; G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International arbitration: law and practice in Switzerland*, *op. cit.*, § 3.67 ; D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, *op. cit.*, p. 96.

contenue dans un document distinct et autonome, les tribunaux suisses considèrent que le consentement à l'arbitrage est établi⁶⁷⁸. Au contraire, lorsque le contrat principal renvoie à un document distinct, sans se référer spécialement à la clause compromissoire contenue en son sein, l'acceptation de cette dernière est beaucoup plus douteuse et dépend des circonstances d'espèce. La jurisprudence considère que les usages du commerce concerné, ainsi que l'expérience des parties, jouent un rôle décisif dans l'évaluation de la validité d'une convention d'arbitrage incorporée par le biais d'une référence globale⁶⁷⁹. En outre, le tribunal fédéral a développé une règle dite « de l'insolite ». En vertu de cette dernière, la jurisprudence suisse considère qu'on ne peut pas s'attendre à ce qu'une partie ait accepté une clause contenue dans un document auquel le contrat principal se réfère si le contenu de cette clause est inhabituel, c'est-à-dire si son contenu s'écarte de ce qu'une partie raisonnable pouvait attendre.

313. Au Royaume-Uni, les conditions de validité formelles édictées par la loi nationale sont très libérales. En effet, la loi de 1996 sur l'arbitrage prévoit, en sa section 5, que : « There is an agreement in writing: (a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties); (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing; or (c) if the agreement is evidenced in writing ». Le texte ajoute que « [w]here parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing ». Cette disposition consacre une définition de l'écrit qui est ainsi particulièrement extensive. Il est clair qu'un accord oral portant sur l'incorporation d'une convention d'arbitrage, figurant dans un document écrit, est valable en la forme⁶⁸⁰. En pratique, par son esprit, le texte se rapproche des dispositions françaises. L'assouplissement des exigences formelles est si marqué qu'il s'apparente à une neutralisation du formalisme.

Cependant, la section 6 (2) de la loi sur l'arbitrage de 1996 ajoute : « The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the reference is such as to make that clause part of the agreement ». Sur ce fondement, la jurisprudence britannique cherche à déterminer si les parties ont eu la volonté d'incorporer le document de référence au sein du contrat principal. À cette fin, les juges anglais se fondent sur les principes habituels d'interprétations ; ils cherchent, par l'intermédiaire d'une analyse objective,

⁶⁷⁸ G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International arbitration: law and practice in Switzerland*, *op. cit.*, § 3.84.

⁶⁷⁹ G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International arbitration: law and practice in Switzerland*, *op. cit.*, § 3.84.

⁶⁸⁰ G.-B. Born, *International commercial Arbitration*, volume I, Wolters Kluwer, 2020, p. 725-726.

à identifier l'intention des parties⁶⁸¹. Or, dans l'ensemble, la jurisprudence britannique se montre beaucoup plus exigeante que ne l'est la jurisprudence française. Bien que la jurisprudence soit casuistique, les juges anglais considèrent généralement que pour que la convention d'arbitrage soit incorporée au sein du contrat principal, il faut qu'il existe un renvoi *spécial* à la clause d'arbitrage⁶⁸². Toutefois, si le document que l'une des parties cherche à incorporer correspond à des conditions générales, les tribunaux sont susceptibles d'accepter un renvoi général⁶⁸³.

314. La convention de New York impose, pour sa part, un formalisme très contraignant. En son article II, la convention prévoit que chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties décident de recourir à l'arbitrage. Cette même disposition ajoute que la convention écrite désigne « une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes ». Les rédacteurs de la convention ont délibérément exclu l'acceptation tacite d'une convention d'arbitrage écrite proposée par l'autre partie⁶⁸⁴. De nombreuses juridictions nationales ont considéré que dans l'hypothèse d'une acceptation tacite, les conditions de validité formelles édictées par la convention de New York n'étaient pas satisfaites⁶⁸⁵. D'autres tribunaux nationaux retiennent toutefois l'interprétation opposée⁶⁸⁶.

315. À l'aune de ces normes étrangères et internationales, on perçoit le libéralisme avec lequel la jurisprudence française admet l'acceptation tacite d'une convention d'arbitrage. Cependant, que ce soit pour les clauses d'arbitrage, les clauses d'élection de for ou les clauses d'élection de droit, la simple connaissance de la stipulation litigieuse n'entraîne pas nécessairement l'acceptation de cette dernière. Dès lors, pour caractériser l'acceptation tacite, la jurisprudence se fonde parfois sur un indice complémentaire : l'existence de relations d'affaires habituelles.

⁶⁸¹ D. Sutton, J. Gill, M. Gearing, *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 24th ed., 2015, § 2-044.

⁶⁸² *Ibid.* § 2-047.

⁶⁸³ *Ibid.* § 2-048.

⁶⁸⁴ J.-F. Poudret, « La Clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », *op. cit.*, p. 530.

⁶⁸⁵ G.-B. Born, *International commercial Arbitration, volume I, op. cit.*, p. 725-726.

⁶⁸⁶ G.-B. Born, *International commercial Arbitration, volume I, op. cit.*, p. 726-727.

II) L'existence de relations d'affaires habituelles

316. Lorsque les parties sont liées par des relations d'affaires habituelles, lorsque la transaction litigieuse s'insère dans le flot d'un courant d'affaires continu et alimenté par une succession d'opérations économiques préexistantes, les juges font plus fréquemment état d'une acceptation tacite. Dès lors que les parties ont noué des relations d'affaires habituelles, l'acceptation peut être inférée d'une attitude purement passive : le silence du contractant vaut acceptation de la clause contestée. Afin de le démontrer, on reprendra l'examen des trois types de stipulations précédemment étudiées : clause d'élection de droit, clause d'élection de for et clause compromissoire. Pour les clauses d'élection de for, les règles applicables se dédoublent : certaines clauses sont régies par le droit international privé commun ; d'autres sont régies par le règlement Bruxelles 1 bis. Quant aux clauses d'élection de droit, leur validité dépendra de la loi nationale désignée par la règle de conflit⁶⁸⁷.

317. En dépit de cet enchevêtrement normatif, en dépit de cette profusion des sources, les solutions jurisprudentielles dégagées sur le fondement de l'habitude sont, en substance, assez similaires. À tout le moins, ces différents corpus de règles voient dans les relations d'affaires habituelles un indice susceptible de révéler l'acceptation tacite (A). Or, si l'on se place dans une perspective critique, il nous semble que les relations d'affaires habituelles constituent effectivement un indice assez intéressant et susceptible, dans certaines hypothèses, de révéler une « véritable » acceptation tacite (B).

A) Le rôle conféré à l'habitude

318. La référence à l'habitude imprègne toute la jurisprudence relative à l'acceptation de stipulations accessoires, que ce soit pour les clauses d'élection de for (1) ou les clauses d'élection de droit (2). Elle joue également un certain rôle en matière d'arbitrage (3)⁶⁸⁸.

1) *Les clauses attributives de juridiction*

319. On distinguera les clauses régies par le règlement Bruxelles 1 bis (a) et les clauses régies par les droits nationaux (b). À notre connaissance, sur le fondement de la convention de La Haye, aucune solution spécifique n'a jusqu'alors été dégagée.

⁶⁸⁷ V. *supra* n° 258 et s.

⁶⁸⁸ Sur la façon dont le droit appréhende l'habitude, v. P. Deumier, thèse, *op. cit.*, p. 45 et s. ; G. Endreo, « L'habitude », *D.* 1981, p. 313 et s.

a) Les clauses régies par le règlement « Bruxelles 1 bis »

320. L'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis » prévoit que la clause attributive de juridiction est valable si elle est conclue « sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles »⁶⁸⁹. Lorsque des contractants en relations d'affaires continues concluent une nouvelle convention d'élection de for, selon des formes identiques à celles ayant prévalu sous l'empire des précédentes transactions, la disposition susmentionnée entre en jeu⁶⁹⁰. L'article 25, point 1. b. n'impose donc pas directement aux cocontractants un mode d'extériorisation de leur volonté ; il repose sur « un subtil alliage de formalisme et de consensualisme : la validité de la clause d'élection de for demeure soumise à une forme, mais ce sont les parties qui façonnent cette forme par les habitudes qu'elles ont établies entre elles »⁶⁹¹.

321. Corrélativement, le constat de relations d'affaires va influencer sur la caractérisation du consentement. Dès lors que la transaction litigieuse s'insère dans le flux d'un courant d'affaires ancien et continu, la transmission de conditions générales ou de tout autre document contenant la clause d'élection de for « vient rappeler des conditions déjà connues du partenaire et le silence de celui-ci peut s'analyser en une non-dénonciation de l'usage particulier, du régime des relations contractuelles fondé par le contrat primitif et consolidé par l'habitude »⁶⁹².

⁶⁸⁹ Cette règle, aujourd'hui codifiée à l'article 25, avait à l'origine été consacrée par la Cour de justice. Antérieurement à l'introduction de cette disposition écrite, la Cour de Luxembourg avait en effet admis qu'en présence de rapports commerciaux courants, un formalisme moins contraignant pouvait légitimement s'imposer : CJCE, 14 décembre 1976, *Segoura*, aff. 25/76, *Rec.*, 1851, *JDI* 1977. 734, obs. J.-M. Bischoff ; *D.* 1977. IR. 349, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1977. 576, 2^e esp., note E. Mezger.

⁶⁹⁰ V. sur ce point A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 512-513.

⁶⁹¹ Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris 10, 2000, p. 295.

⁶⁹² B. Ancel, « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles », *op. cit.*, p. 276.

En l'absence de renvoi exprès, pour que la clause puisse être tacitement acceptée, deux conditions doivent être réunies⁶⁹³. Tout d'abord, il faut que le contractant ait eu connaissance de la clause d'élection de for litigieuse⁶⁹⁴. En présence de relations d'affaires habituelles, dès lors que la clause attributive de juridiction figure au sein de documents ayant été régulièrement communiqués au cocontractant, la connaissance de la clause est présumée. Ensuite, il faudra que l'acceptation soit établie. En présence de relations d'affaires habituelles, toutefois, la jurisprudence estime que le mutisme gardé par le destinataire des documents comportant la clause est constitutif d'une acceptation. Deux exemples permettront d'illustrer les effets produits par cette disposition.

Supposons qu'une clause attributive de juridiction soit incluse dans des conditions générales de vente, elles-mêmes imprimées au verso de confirmations de commandes et factures, régulièrement adressées à l'acquéreur. Le fournisseur a adressé à l'acquéreur plusieurs centaines de documents contractuels, reproduisant chaque fois la même clause, dans les mêmes conditions, sans que l'acquéreur ne formule une quelconque objection. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation a considéré que l'acquéreur avait tacitement accepté la clause attributive de juridiction⁶⁹⁵.

Une solution semblable pourra être retenue lorsqu'une clause est insérée au verso d'un connaissance, qui a uniquement été signé par le transporteur. Dès lors que les contractants sont liés par des

⁶⁹³ Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 250 et s. ; N. Joubert, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 525 et s. et not. p. 536. Comp : B. Remy, « À quelles conditions le paiement d'une facture renvoyant à une clause d'élection de for contenue dans des conditions générales vaut-il acceptation de celle-ci ? », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 317 et s.

V. également l'article 31 alinéa 1 du projet de Code de droit international privé : « La clause attributive de juridiction n'est opposable qu'aux personnes qui en ont eu connaissance et qui l'ont acceptée au moment de la formation du contrat ».

⁶⁹⁴ A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 513.

⁶⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, n° 93-16.484, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 173, obs. Huet. Dans le même sens, v. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, n° 97-17.578 ; Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n° 99-13.054 ; Civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, n° 00-11.376 ; Com. 12 février 2002, n° 99-16.124 ; Civ. 1^{ère}, 17 février 2010, n° 08-12.749, *Procédures* 2010. Comm. 117, obs. C. Nourissat ; *JCP* 2010. 440, note C. Bruneau ; *Rev. crit. DIP* 2010. 525, note N. Joubert ; Com. 20 mars 2012, n° 11-11.570 ; Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 11-27.967, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2013. 725, note D. Bureau ; *RTD com.* 2013. 324, obs. B. Bouloc ; Civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-17.537 ; Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n° 15-25.678 ; Civ. 1^{ère}, 13 février 2019, n° 18-11.609, *CCC* n° 5, Mai 2019, comm. 84, note M. Malaurie-Vignal ; Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2019, n° 18-21.854, *Rev. crit. DIP* 2020. 31, note B. Remy ; Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 20-10.702 ; Civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.927 et 22-12.916, *Rev. crit. DIP* 2023. 827, note M. Barba. V. aussi CA Colmar, 19 février 2014, n° 13/04637 ; CA Angers, 19 février 2013, n° 12/00813 ; CA Rouen, 22 octobre 2009, n° 09/02556 ; CA Paris, 19 décembre 2007, n° 07/14 823 ; CA Lyon, 28 septembre 2001, n° 2001/02975. V. Cependant : com. 18 janvier 2011, n° 10-11.885.

relations d'affaires habituelles, la clause d'élection de for pourra, sous certaines conditions, être tacitement acceptée par le chargeur⁶⁹⁶. En effet, si un chargeur a des relations d'affaires habituelles avec un transporteur et que la clause d'élection de for lui est familière, pour avoir été systématiquement inscrite sur les connaissements antérieurs, il est censé avoir tacitement accepté la clause en question⁶⁹⁷.

b) Les clauses régies par le droit commun

322. En droit international privé commun, lorsque des rapports commerciaux habituels se sont consolidés, la convention d'élection de for peut également faire l'objet d'une acceptation tacite⁶⁹⁸. Les solutions retenues sur le fondement du droit commun sont très semblables à celles prévalant sous l'empire du règlement « Bruxelles 1 bis »⁶⁹⁹. Pour que la clause d'élection de for puisse déployer tous ses effets, il faudra que le contractant ait eu connaissance de cette dernière et qu'il l'ait ensuite acceptée⁷⁰⁰. Lorsque les parties ont noué des relations d'affaires habituelles, la connaissance de la clause tend à être présumée et l'acceptation peut résulter du simple silence des parties contractantes⁷⁰¹.

323. En droit suisse, la solution retenue est radicalement opposée. La clause d'élection de for ne peut pas faire l'objet d'une acceptation tacite. En effet, comme nous l'avons vu antérieurement, l'article 5 de la loi fédérale sur le droit international privé prévoit que la convention « peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte »⁷⁰². Or, lorsque l'offre renvoie à un document séparé, contenant une

⁶⁹⁶ Il faut montrer que les rapports unissant le chargeur et le transporteur « sont dans leur ensemble régis par des conditions générales comportant cette clause et que les connaissements sont tous établis sur des formulaires préimprimés comportant systématiquement » la clause attributive litigieuse. Sur ce point, v. CJCE, 19 juin 1984, *Tilly Russ*, JDI 1985. 159, obs. J.-M. Bischoff ; *Rev. crit DIP* 1985. 385, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 1985. 83, note P. Bonassies, pt 18.

⁶⁹⁷ A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 505.

⁶⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 13 avril 2016, n° 14-26.515 ; Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n° 90-21.491, *D.* 1994. 169, note P. Guez ; Com. 5 mars 1991, *Bull. civ. IV*, n° 9. Sur cette jurisprudence, v. A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 507.

⁶⁹⁹ Des commentateurs ont d'ailleurs souligné que la Cour de cassation tendait à aligner le régime du droit international privé commun sur celui du droit européen. En ce sens, v. N. Joubert, « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien », *op. cit.*, p. 536. Comp : P. Deumier, « Clause attributive de juridiction : les spécificités du droit commun et du droit de l'Union européenne réunies par la spécificité d'une adhésion peu conventionnelle », note sous Civ. 1^{ère}, 17 février 2010, *RDC* 2010, p. 965 et s.

⁷⁰⁰ Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 250 ; A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-41, *op. cit.*, n° 40 et s.

⁷⁰¹ A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-41, 2020, n° 52.

⁷⁰² V. *supra* n° 290.

clause attributive de juridiction, une acceptation écrite est nécessaire⁷⁰³. Le silence conservé par une partie, à la suite de la réception d'une telle offre, n'est pas constitutif d'une acceptation tacite⁷⁰⁴. La solution est générale et s'impose même si les parties ont, du fait de relations d'affaires habituelles, parfaitement connaissance du document contenant la clause. Au Royaume-Uni, au contraire, sous l'empire de la *common law*, aucune exigence formelle particulière n'est édictée⁷⁰⁵. Ce constat vaut tout autant pour les clauses d'élection de for en faveur des tribunaux anglais, que pour celles en faveur des tribunaux étrangers⁷⁰⁶. La question de la validité d'une convention d'élection de for est traitée comme une question ordinaire de droit des contrats⁷⁰⁷.

324. Pour les clauses d'élection de droit, l'existence de relations d'affaires constitue également un indice pris en considération.

2) *Les clauses d'élection de droit*

325. Les solutions relatives à l'acceptation tacite d'une clause d'élection de droit dépendent du point de vue de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit. Pour les besoins des présents développements, nous raisonnerons principalement sur l'hypothèse d'une clause d'élection de droit gouvernée par la loi française, avant d'envisager les points de vue des ordres juridiques suisse et britannique. Pour déterminer si cette clause a fait l'objet d'une acceptation tacite, il faut se reporter aux articles 1119 et 1120 du Code civil. Pour cause, en l'absence de texte propre au contrat d'*electio juris*, le droit commun, parce qu'il est constitutif d'une matrice normative⁷⁰⁸, doit combler les lacunes du droit spécial ; il neutralise les incertitudes qui, dans les interstices des textes spéciaux, ne peuvent que proliférer. Or, l'article 1120 du Code civil prévoit qu'en présence de relations d'affaires habituelles, le

⁷⁰³ A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰⁴ *Ibid*, p. 31.

⁷⁰⁵ A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 217-218.

⁷⁰⁶ *Ibid*, p. 218.

⁷⁰⁷ *Ibid*, p. 219.

⁷⁰⁸ À cet égard, v. F. Rouvière, « Qu'est-ce que le droit civil aujourd'hui ? », *RTD civ.* 2020, p. 538 et s. et not. p. 540.

silence peut être assimilé à une manifestation tacite de volonté. Ce faisant, cette disposition ne fait d'ailleurs que codifier une solution jurisprudentielle qui était déjà parfaitement acquise⁷⁰⁹.

Toutefois, l'importance qui est conférée au critère de « l'habitude » ne doit pas être surévaluée. Tout d'abord, pour caractériser l'acceptation tacite de clauses insérées dans des conditions générales, l'existence de relations d'affaires habituelles ne constitue pas toujours un élément décisif et suffisant à lui seul. Même si les parties ont développé des relations d'affaires habituelles, le mutisme n'emporte pas nécessairement l'acceptation du document contenant la clause litigieuse ; il faut que le contrat litigieux se soit « directement ou indirectement référé » à ce dernier⁷¹⁰. Ensuite, si la clause d'élection de droit figure au sein de conditions générales, l'article 1119 du Code civil trouve application. Ce texte prévoit, en son premier alinéa, que « les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées »⁷¹¹.

326. Au Royaume-Uni, si par principe le silence ne vaut pas acceptation, le droit des contrats admet, par exception, qu'en présence de relations d'affaires habituelles, le mutisme puisse valoir acceptation de l'offre de contrat⁷¹². Plus précisément, en vertu du droit anglais, les conditions générales d'une partie peuvent être incorporées dans un contrat dans deux hypothèses distinctes. Tout d'abord, il en sera ainsi si elles figurent dans un document fourni à l'autre partie avant ou au moment de la conclusion du contrat. Ensuite, potentiellement, il en sera de même si elles ont été mentionnées dans un document post-contractuel, tel que des factures. Dans ce dernier cas, cependant, elles ne seront considérées comme ayant été incorporées que s'il existe une *pratique antérieure entre les parties* utilisant

⁷⁰⁹ Com. 10 mai 2011, n° 10-16.052 ; Com. 15 mars 2011, n° 10-16422, RDC 2011. 795, note Th. Genicon. V. aussi Com. 5 mars 1991, n° 89-17.360, *Bull. civ.* IV, n° 96 : La Cour de cassation estime qu'une cour d'appel a pu retenir la validité d'une clause d'attribution de compétence territoriale. La Cour d'appel, en effet, avait souverainement relevé que la convention litigieuse se rattachait directement aux conditions générales de vente applicables depuis le début des relations habituelles existant entre les parties et tacitement acceptées par elles pour les litiges pouvant les opposer. En ce sens, v. également : Com. 14 décembre 1993, n° 92-11.313.

Sur cette problématique en droit interne, v. par exemple : P. Diener, thèse, *op. cit.*, p. 75 et s. ; N. Coviaux, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, thèse, Paris 2, 1973, p. 11 et s.

⁷¹⁰ Civ. 1^{ère}, 18 octobre 2005, n° 03-18.467. V. à cet égard : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 200 et s. et not. p. 202 : « Le fait que les deux parties entretiennent des relations d'affaires suivies et que les conditions générales ont déjà été, dans le passé, portées à la connaissance du cocontractant ne suffit pas à les lui rendre opposables, s'il n'y a pas été de nouveau fait référence ».

⁷¹¹ Pour une étude des problèmes posés par les conditions générales en droit interne, v. not F. Limbach, thèse, *op. cit.* ; F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994.

⁷¹² E. Peel, Treitel, *The Law of contract*, *op. cit.*, n° 2-044.

ces documents, de telle sorte qu'il soit possible d'en déduire que les parties ont eu l'intention de contracter selon ces termes⁷¹³.

Les règles anglaises gouvernant la question de l'incorporation des conditions générales sont extrêmement complexes et il n'est pas souhaitable d'en donner ici un aperçu exhaustif. Tout au plus se bornera-t-on, ici, à relever que comme en droit français, les relations d'affaires unissant les parties sont parfois prises en considération⁷¹⁴. Par exemple, dans l'affaire *Henry Kendall & Sons v William Lillico & Sons Ltd*, les parties avaient conclu un contrat oral et l'un des contractants avait ensuite transmis une note de vente (« sold note ») qui contenait des clauses particulières⁷¹⁵. Or, dans le cadre des relations d'affaires nouées entre les parties, le contractant avait déjà reçu plus de 100 notes similaires. Il n'avait jamais soulevé d'objection. Les juges de la *House of Lords* avaient en conséquence estimé que les clauses inscrites sur la note de vente avaient été incorporées au sein du contrat.

327. En Suisse, le Code des obligations prévoit également que « lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable »⁷¹⁶. Or, sur ce fondement, la jurisprudence estime que si les parties sont en relations d'affaires, leur silence vaut acceptation⁷¹⁷.

328. En matière d'arbitrage international, les relations d'affaires habituelles sont également prises en considération.

⁷¹³ *Allen Fabrications Ltd v ASD Ltd* [2012] EWHC 2213. Sur cette décision, v. Ch. Pease, E. Norman, "Better the devil you know: the incorporation of standard terms", *In-House Lawyer* 2012, P. 33 et s.

⁷¹⁴ V. cependant : E. Peel, *Treitel, The Law of contract, op. cit.*, n° 7-011: "House of Lords has held that if there has been along consistent course of dealing on terms incorporating an exemption clause, then those terms may apply to a particular transaction even though in relation to it the usual steps to incorporate the clause have not been taken. Of course the terms will not apply [...] if the steps necessary to incorporate the clause had never been taken at any stage of the dealings between the parties".

⁷¹⁵ *Henry Kendall & Sons v William Lillico & Sons Ltd*, [1968] 2 All E.R. 444. V. à ce sujet : R. Lawson, *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 7th edition, Thomson, Sweet and Maxwell, 2003, p. 22.

⁷¹⁶ B. Winiger, « Art. 6. CO », in L. Thévenoz, Fr. Werro (dir.), *Code des obligations I*, Helbing et Lichtenhahn, 2003, p. 41.

⁷¹⁷ *Ibid*, p. 41. Ces principes sont uniquement relatifs à l'acceptation du contrat principal. Ils ne concernent pas la question de l'acceptation de clauses accessoires. En conséquence, il est difficile de dire si ces principes ont vocation à jouer pour les clauses d'élection de droit.

3) Les clauses compromissoires

329. En matière d'arbitrage, la jurisprudence française estime que, lorsque le contractant a eu connaissance de la clause d'arbitrage *au moment de la conclusion du contrat principal*, cette dernière est réputée avoir été tacitement acceptée⁷¹⁸. Néanmoins, dans certains cas, le document comportant la clause d'arbitrage n'est transmis au contractant qu'*après la conclusion du contrat principal*. Dans cette hypothèse, la règle dégagée dans l'arrêt *Prodexport* ne trouve pas application. Dans ce contexte, pour que le consentement tacite soit établi, les relations d'affaires habituelles peuvent être prises en compte. Par exemple, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 18 avril 1991, la société *Afric Viande* estimait n'avoir pas accepté la clause compromissoire incluse dans une confirmation de vente adressée par la société *Brittania*. Pourtant, la Cour d'appel affirma que la clause d'arbitrage avait été tacitement acceptée, car les documents contractuels étaient « conformes aux usages régulièrement suivis en la matière, et que l'existence entre les parties de relations habituelles d'affaires était de nature à leur assurer une parfaite connaissance des stipulations écrites régissant couramment leurs rapports commerciaux »⁷¹⁹.

330. Il reste maintenant à s'interroger sur le bien-fondé de cette jurisprudence.

B) La pertinence de cette référence à l'habitude

331. Pour mettre en lumière une acceptation tacite, l'existence de relations d'affaires habituelles constitue un fait qui, en certaines circonstances, se révèle à notre sens assez pertinent (1). Toutefois, la notion de relations d'affaires habituelles est particulièrement difficile à définir et, corrélativement, les hypothèses dans lesquelles de véritables relations d'affaires — présentant des caractères d'ancienneté et de continuité — unissent les parties sont difficiles à circonscrire. La plasticité du concept

⁷¹⁸ V. *supra* n° 301 et s.

⁷¹⁹ CA Paris, 18 avril 1991, *Rev. arb.* 1994. 95. En ce sens, v. aussi : CA Paris, 11 juin 2024, n° 23/05505, *Agrotrade*, *D. actu.* 10 oct. 2024, obs. J. Jourdan-Marques ; CA Paris, 9 juin 2011, *Rev. arb.* 2011, somm. 832 ; CA Paris, 30 mai 1991, *Rev. arb.* 1994. 95 ; CA Paris, 18 mars 1983, *Rev. arb.* 1983. 491, J. Robert ; CA Paris, 2 mars 1983, *Rev. arb.* 1984. 363, note J. Robert. Sur le rôle joué par les relations d'affaires habituelles, v. aussi, en matière d'arbitrage interne : Civ. 1^{ère}, 13 avril 2023, n° 22-14.708, *Sté Leplatre & Cie*, *JCP* 2023. 1254, § 1, obs. P. Giraud ; *D. actu* 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2023, p. 4, obs. L. Larribère ; CA Paris, 26 mars 2024, n° 23/08940, *Lentilles vertes du Val-de-Loire*, *D. actu.* 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques.

induit ainsi certaines dérives, la jurisprudence étant occasionnellement tentée de caractériser des relations d'affaires habituelles dans des circonstances dans lesquelles ces dernières semblent, en réalité, parfaitement inexistantes (2).

1) *Un indice pertinent*

332. En doctrine, les solutions fondées sur la notion de relations d'affaires habituelles sont généralement approuvées⁷²⁰. Droz écrivait que « lorsqu'un exportateur et un importateur concluent chaque mois des milliers de contrats portant sur des marchandises identiques en ne précisant par télex, téléphone ou télécopieur que quantités, qualités et prix, on ne peut pas ignorer les conditions générales de vente qui se situent régulièrement à l'arrière-plan de leur relation commerciale et qui peuvent contenir une clause attributive de juridiction »⁷²¹.

Nous souscrivons — sous certaines réserves qui seront ultérieurement formulées — à ces observations. À ce stade de notre démonstration, la seule question qui nous mobilisera est la suivante : lorsque la jurisprudence affirme qu'en présence de relations d'affaires habituelles, le destinataire a accepté par son mutisme la clause litigieuse, se fonde-t-elle sur une « véritable » manifestation de volonté ou sur une fiction de consentement ? De notre point de vue, lorsque les parties ont noué des relations d'affaires continues et anciennes, le silence du destinataire peut assez légitimement être érigé au rang de manifestation tacite de volonté.

333. Du point de vue de la théorie de la volonté réelle, ces solutions sont difficilement justifiables ou, du moins, doit-on admettre qu'elles prêtent aisément le flanc à la critique. Même si des relations d'affaires se sont lentement cristallisées, la volonté réelle de l'acceptant est incertaine⁷²². Et pour cause, ce raisonnement judiciaire — qui prétend reconstituer une acceptation tacite — est assis sur une double présomption⁷²³. Tout d'abord, du fait des relations d'affaires habituelles, les juges présument que le contractant auquel est opposée la clause litigieuse avait connaissance de cette dernière. Or,

⁷²⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Des conditions de validité d'une clause attributive de juridiction », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 731 et s. et not. p. 734. V. aussi J. Huet, obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *JDI* 1997, p. 175.

⁷²¹ G.-A.-L. Droz, « La convention de Lugano parallèle à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution civil », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 1 et s. et not p. 23 ; cité par H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2024, p. 223-224.

⁷²² Rapprochement : Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 297.

⁷²³ En ce sens, v. J. Billemont, thèse, *op. cit.*, p. 307 : l'auteur parle d'une « présomption de consentement à deux degrés ».

cette présomption n'emporte pas la conviction. Lorsque la clause est insérée au sein d'un document de plusieurs pages — telles que des conditions générales —, au demeurant rédigé dans un langage technique et aride, il est douteux que le contractant ait véritablement pris connaissance de chacune des stipulations composant l'*instrumentum*⁷²⁴. Ensuite, les juges français présument que le contractant auquel est opposée la clause litigieuse a, par son silence, accepté cette dernière. Or, là encore, on peut se demander si la simple existence de relations d'affaires tend nécessairement à neutraliser toutes les ambiguïtés dont le silence est porteur.

Ainsi, le raisonnement, en ce qu'il repose sur une double présomption, induirait nécessairement la consécration d'une volonté réelle qui, sans être nécessairement fictive, est toujours hypothétique et sujette à contestation⁷²⁵. Certains civilistes avaient naguère soutenu que le destinataire d'une offre avait pu, par sa conduite antérieure, exprimer la volonté que son silence soit considéré comme valant acceptation. Les relations d'affaires antérieures donneraient naissance à une convention tacite, en vertu de laquelle, dans les relations entre les parties, leur silence exprimerait une acceptation⁷²⁶. Mais ce recours au concept de convention tacite préalable, puisant sa source dans les relations d'affaires unissant les parties, dérive d'une fiction juridique, impropre à fournir la moindre explication logique ; il constitue une pure vue de l'esprit⁷²⁷.

334. Cependant, comme on l'a relevé précédemment, rien n'impose d'adopter ce prisme d'analyse. Afin d'apprécier l'existence du consentement, le juge peut légitimement adopter une analyse objective. L'applicabilité du règlement « Bruxelles 1 bis » n'infirme en rien ce constat. Quant à cette

⁷²⁴ T.-D. Rakoff, "Contracts of adhesion: an essay in reconstruction", *Harvard Law Review* 1983, p. 1173 et s. et not. p. 1179. Monsieur T.-D. Rakoff souligne ainsi que "the adhering party is in practice unlikely to have read the standard terms before signing the document and is unlikely to have understood them if he has read them. Virtually every scholar who has written about contracts of adhesion has accepted the truth of this assertion".

L'auteur, on le voit, envisage l'hypothèse d'un contrat signé par les parties. Mais si le constat vaut pour l'acceptation expresse de conditions générales, il s'impose *a fortiori* pour l'acceptation tacite de ces dernières. Il faut toutefois nuancer l'assertion de cet auteur qui se prononce, dans cet article, essentiellement sur les contrats d'adhésion conclus par des consommateurs (pour la définition retenue, v. les sept critères énoncés par cet auteur, p. 1177). Lorsque l'adhérent est un professionnel, il sera potentiellement plus vigilant.

⁷²⁵ Th. Genicon, « Acceptation tacite dans une relation d'affaires habituelle : un silence circonstancié qui ne dit pas son nom », *RDC* 2011, p. 795 et s. et not. p. 798 : « Dans l'hypothèse du silence circonstancié, c'est une donnée étrangère à la volonté du contractant (en l'occurrence l'habitude) qui vient, de l'extérieur, conférer exceptionnellement valeur d'acceptation à ce qui demeure en soi une abstention toujours ambiguë par elle-même (la volonté véritable du destinataire peut bien être de ne pas vouloir du contrat mais il a omis par négligence de s'opposer à temps et se trouve piégé par le contexte qui donne à croire à l'offrant qu'il a accepté) ».

⁷²⁶ J. Barrault, « De l'acceptation des factures par le silence », *op. cit.*, p. 354-355.

⁷²⁷ En ce sens, P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 232 et s. ; G. Wicker, thèse, *op. cit.*, p. 88.

question de la méthode d'appréciation du consentement, le règlement Bruxelles 1 bis et la jurisprudence de la Cour de justice sont parfaitement muets, ils n'imposent aucunement une analyse subjective. En conséquence, lorsqu'il est confronté à la question de la formation d'une convention d'élection de for, tombant dans le giron du règlement « Bruxelles 1 bis », un juge français peut également privilégier une analyse objective.

335. Or, pour expliquer les solutions jurisprudentielles ayant trait au problème du silence créateur d'obligations, les civilistes ont souvent privilégié des théories objectives du consentement. Ainsi, lorsqu'il se prononce sur la problématique de l'acceptation du contrat principal, Monsieur Th. Genicon affirme :

C'est « la théorie des “attentes légitimes”, théorie de la “reliance” dans les systèmes anglo-saxons que l'on pourrait solliciter pour expliquer que le silence ait parfois valeur d'acceptation. Si dans les relations d'affaires habituelles, l'offrant doit savoir que le défaut de réponse de son destinataire pourra tout de même l'engager, c'est surtout parce qu'au vu du contexte particulier (l'habitude créée qui doit le conduire à considérer qu'il est quasi certain que l'offre soit acceptée), ce destinataire a légitimement cru que son silence valait acceptation pour l'autre : on veille à ce que son attente légitime ne soit pas déçue après coup »⁷²⁸.

D'autres auteurs, toutefois, nient que l'on puisse voir dans le silence une quelconque manifestation de volonté et préfèrent expliquer les solutions jurisprudentielles relatives à l'acceptation par l'idée de faute : celui qui, face à l'offre qui lui est adressée, demeure silencieux commettrait une faute. Le meilleur moyen de réparer le dommage causé par cette faute serait alors de déclarer le contrat comme valablement formé⁷²⁹.

⁷²⁸ Th. Genicon, « Acceptation tacite dans une relation d'affaires habituelle : un silence circonstancié qui ne dit pas son nom », *op. cit.*, p. 802-803. L'auteur ajoute : « ce faisant, on voit très bien que la formation du contrat n'est plus vraiment établie à partir d'une analyse subjective de la psychologie exacte du promettant (a-t-il vraiment voulu ou non une fois l'offre reçue ?) — ce qui est l'approche volontariste classique — mais à partir d'une analyse objective et faite extérieurement (en l'occurrence par le juge) des intérêts en présence ». En ce sens, v. aussi J.-M. Littman, thèse, *op. cit.*, not. p. 204 et s. ; A. Rieg, thèse, *op. cit.*, p. 43 et s. Comp : Dans une perspective très subjectiviste, v. N. Coviaux, thèse, *op. cit.*, p. 24 et s.

⁷²⁹ En ce sens, R. Popesco-Ramniceano, « Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit », *RTD civ.* 1930, p. 999 et s. et not. p. 1003. L'auteur considère que le silence ne peut jamais constituer une manifestation de volonté. Selon cet auteur, les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence admet que le silence puisse valoir acceptation s'expliquent par la théorie de l'abus de droit : « Si, en effet, j'ai le droit de ne pas répondre à une offre que l'on me fait, je n'ai pas le droit d'abuser de mon silence lorsque en me taisant je nuis sciemment à autrui. Je suis donc tenu parce que, en me taisant, j'ai pu aggraver la situation d'un tiers, alors qu'une simple parole de ma part aurait pu l'éclairer sur mes intentions et lui éviter des dommages inutiles » (p. 1006). L'auteur ajoute que cette hypothèse se présente surtout « lorsqu'il y a des rapports suivis d'affaires entre deux personnes » (p. 1006). Pour la présentation et la critique de ces théories, v. not. P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 237 et s. ; J.-M. Littman, thèse, *op. cit.*, p. 162 et s.

336. Pour en revenir au droit international privé et à la problématique de l'acceptation de clauses accessoires, il nous semble que, lorsqu'il existe entre les parties un courant d'affaires continu et ancien, le contractant ayant régulièrement transmis un document comportant une clause accessoire — clause de choix de for ou clause d'élection de droit — peut assez légitimement et assez raisonnablement penser que le destinataire de ce document a, par son silence prolongé et par son absence de protestation, accepté cette clause accessoire⁷³⁰. En d'autres termes, lorsqu'il existe des relations d'affaires habituelles, le silence prolongé et ininterrompu du destinataire a été la source d'attentes légitimes pour l'offrant⁷³¹. Cela est d'autant plus vrai que le destinataire a régulièrement reçu le document contenant la clause litigieuse et qu'il a — malgré tout — continué à contracter avec l'auteur de ce document. S'il ne voulait pas être lié par la clause litigieuse, il pouvait tout simplement contracter avec une autre personne. En continuant à contracter régulièrement avec le même opérateur, n'a-t-il pas exprimé une volonté d'accepter les stipulations du document qui lui était régulièrement transmis ? On admettra que cette dernière analyse est sujette à discussion. Dans cette hypothèse, quant à la consistance et à la solidité du consentement tacite, l'analyse qui doit être retenue ne s'impose pas avec la force de l'évidence. À tout le moins, il nous semble qu'il serait excessif d'affirmer qu'une telle solution repose sur une fiction juridique.

337. On peut reprendre l'exemple donné par l'arrêt de la Cour de cassation en date du 9 janvier 1996⁷³². Un fournisseur avait adressé à l'acquéreur plusieurs centaines de documents contractuels, comportant à chaque fois la même clause de juridiction, sans que l'acquéreur n'émette jamais une quelconque objection. Un consentement tacite avait été retenu. La solution nous paraît assez convaincante. Dans une telle configuration, selon nous, le fournisseur a raisonnablement pu penser que l'acquéreur avait accepté la clause attributive de juridiction. Le silence de l'acquéreur a pu être perçu, par un tiers raisonnable, comme étant constitutif d'une manifestation de volonté.

338. Il nous semble toutefois que cette solution ne doit pas — contrairement à ce qui est affirmé par la jurisprudence française — être fondée sur la connaissance de la clause litigieuse. Peu importe que le contractant ait eu ou non connaissance de la clause litigieuse ; ce qui est décisif est qu'il ait

⁷³⁰ Comp : A. Rieg, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », *op. cit.*, not. p. 58-59.

⁷³¹ V. cependant l'analyse critique de Monsieur M. Barba : « Des clauses attributives stipulées au sein de conditions générales », note sous civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, *Rev. crit. DIP* 2023, p. 827 et s. et not. p. 838 et s.

⁷³² Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 175, obs. J. Huet.

accepté, *en bloc*, l'ensemble des clauses figurant au sein des conditions générales ou que du moins son comportement ait pu laisser penser qu'il les avait acceptées⁷³³. Sans doute objectera-t-on qu'un tel consentement, donné « à l'aveugle », constitue un « chèque en blanc »⁷³⁴, qu'il relève d'une volonté dégradée et imparfaite et qu'il doit ainsi être rejeté dans les limbes de la fiction juridique. Mais il faut admettre qu'en donnant effet à des conditions générales, le système juridique s'accommode parfaitement d'un tel consentement.

339. C'est du moins l'analyse qui, en principe, s'impose. Cependant, toute la difficulté est de déterminer le moment et l'opération contractuelle à partir de laquelle les habitudes des parties se sont suffisamment consolidées.

2) *Un indice imprécis*

340. Le concept de relations d'affaires habituelles est constitutif d'une notion malléable et plastique, dont les contours sont fuyants et indéterminés. Dans quelles hypothèses doit-on considérer que les parties contractantes sont liées par des relations d'affaires habituelles ? La notion implique évidemment que les parties se connaissent depuis un certain temps et qu'elles ont conjointement réalisé une multiplicité d'opérations commerciales ; l'idée de réitération d'une même transaction économique est consubstantielle à la notion de « relations d'affaires habituelles ». Cependant, une difficulté évidente réside dans la détermination du « seuil » à partir duquel des relations d'affaires habituelles se matérialisent.

La notion de relations d'affaires habituelles implique nécessairement qu'une succession d'opérations économiques intervienne. Néanmoins, le nombre de transactions à partir duquel il est possible de parler de relations d'affaires habituelles demeure largement indéterminé. La Cour de cassation a, par le passé, considéré que l'existence de relations d'affaires habituelles pouvait être inférée de la

⁷³³ Rapprochement : K. Llewellyn, *The common law tradition: deciding appeals*, 1960, p. 370, cité par T.-D. Rakoff, "Contracts of adhesion: an essay in reconstruction", *Harvard Law Review* 1983, p. 1173 et s. et not. p. 1199 : "Instead of thinking about 'assent' to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms". On voit, toutefois, que Llewellyn est soucieux de poser une soupape de sécurité, il considère que le consentement est donné à l'égard de toute stipulation « non déraisonnable ou indécente ».

⁷³⁴ On reprend sur ce point l'expression de T.-D. Rakoff : "Contracts of adhesion: an essay in reconstruction", *op. cit.* L'expression revient à plusieurs reprises sous la plume de cet auteur.

conclusion de deux contrats identiques⁷³⁵. Or, cette décision est contestable. Dans une telle configuration, rien ne permet de penser que le destinataire du document contenant la clause litigieuse avait accepté cette dernière. Lorsqu'en l'absence de tout courant d'affaires réel, la Cour de cassation se fonde sur une acceptation par le silence, la solution glisse imperceptiblement vers la fiction.

341. Ces développements auront ainsi mis en lumière les effets pouvant légitimement être attachés à l'habitude. Nous aborderons maintenant la question des usages qui, pour être voisine, ne se confond pas avec celle des relations d'affaires habituelles. Et pour cause, comme le relève Monsieur E. Loquin, « les habitudes des parties sont les usages propres aux parties, ceux qui sont nés dans le microcosme de leurs relations particulières, de leurs rapports habituels d'affaires »⁷³⁶. Elles se distinguent ainsi des usages du commerce international, qui renvoient à des pratiques habituelles et régulièrement suivies, transcendant la situation individuelle des contractants et s'étant diffusées, bien au-delà de la sphère des parties, au sein de toute une branche du commerce international⁷³⁷.

III) L'existence d'usages commerciaux internationaux

342. Pour montrer que la clause litigieuse a été tacitement acceptée, la jurisprudence française prend en considération les usages commerciaux internationaux prévalant au sein du secteur économique dans lequel les parties sont immergées. Or, ce concept d'usage du commerce international n'est pas facile à appréhender⁷³⁸. En première approximation, nous pouvons toutefois retenir la définition de l'article 1 205 de l'Uniform Commercial Code américain. Selon ce dernier texte, l'usage désignerait une « pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question ». Pour appréhender la problématique de l'acceptation tacite, nous présenterons dans un premier temps les solutions jurisprudentielles fondées sur les usages du commerce international (A). Cette présentation appellera ensuite irrésistiblement un examen critique : nous nous interrogerons

⁷³⁵ Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n° 99-13.054.

⁷³⁶ E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 112.

⁷³⁷ Rapprochement : P. Deumier, thèse, *op. cit.*, p. 216.

⁷³⁸ Le concept recèle une part de mystère. Le mystère tient, plus spécifiquement, à ce que l'usage est « une porte de passage entre ces deux mondes que l'on nous promet si étanches, le fait et le droit, l'être et le devoir être » (P. Deumier, thèse, *op. cit.*, p. 1.) Sur les usages du commerce international, au sein d'une littérature très abondante, v. not. : D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris 2, 1992.

sur la réalité du consentement tacite qui, en raison de la présence d'usages du commerce international, est imputé aux contractants (B).

A) Le rôle conféré aux usages

343. Sous l'influence des usages commerciaux internationaux, le silence des contractants peut être érigé au rang de manifestation tacite de volonté. Pour les différentes formes de clauses étudiées, la jurisprudence se réfère aux usages commerciaux (1). Il n'en demeure pas moins que, selon le type de clause, la référence aux usages n'a pas exactement le même sens (2).

1) L'apparente unité de la jurisprudence

344. De prime abord, pour les différents types de clauses, la jurisprudence se réfère aux usages du commerce international. On examinera successivement les règles régissant les clauses attributives de juridiction (a), les clauses d'élection de droit (b) et les clauses d'arbitrage (c).

a) Les clauses attributives de juridiction

345. L'article 25 du règlement Bruxelles 1 bis prévoit que la clause attributive de juridiction peut être valablement conclue « dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance ». En présence d'usages commerciaux internationaux, l'exigence de forme écrite est neutralisée au profit d'un formalisme atténué. Plus exactement, le formalisme prévalant au sein de la branche commerciale dans laquelle les parties opèrent peut se substituer à l'établissement d'un écrit.

346. Mais ce n'est pas le seul effet induit par cette disposition : si l'atténuation du formalisme est la conséquence première, l'effet le plus important — du moins pour notre étude — tient à ce que le consentement des parties « est présumé établi lorsqu'il existe à cet égard des usages commerciaux dans la branche considérée du commerce international »⁷³⁹. Au fil de différentes espèces, les tribunaux

⁷³⁹ CJCE, 20 février 1997, *MSG*, aff. C-106/ 95, *Rev. crit. DIP* 1997. 563, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 625, obs. A. Huet, pt 19. v. aussi CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, aff. C-159/ 97, *Rev. crit. DIP* 1999. 559, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 2000. 11, obs. Ph. Delebecque, pt 20 ; CJUE, 20 avril 2016, *Profit Investment SIM SpA*, aff. C-366/ 13 ; *JDI* 2017, comm. 8, p. 585, note C. Kleiner ; *Procédures* 2016, comm. 200, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2016, comm. 221, obs. L. Idot, pt. 40.

ont précisé les effets pouvant résulter de cette disposition. Afin d'illustrer la portée de cette règle, nous donnerons deux exemples.

En premier lieu, la Cour de justice s'est prononcée sur une hypothèse dans laquelle l'un des contractants avait reçu une lettre de confirmation dans laquelle se trouvait une clause attribuant compétence aux tribunaux allemands⁷⁴⁰. À la suite de cet envoi, le destinataire de la lettre était resté silencieux, il n'avait formulé aucune protestation. En outre, ce destinataire s'était régulièrement acquitté du paiement des factures émises par son cocontractant ; factures qui contenaient également une clause attributive de juridiction. La Cour de justice avait considéré que ces pratiques — le fait de conserver le silence et de payer les factures sans protester — impliquaient le consentement à la clause attributive de juridiction si elles correspondaient « à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel opèrent les parties en question »⁷⁴¹. En présence d'usages commerciaux, le juge pourrait estimer que le destinataire de la lettre de confirmation avait tacitement accepté la clause d'élection de for insérée au sein de cette dernière.

En second lieu, la Cour de justice s'est prononcée sur l'opposabilité d'une clause contenue dans un prospectus d'émission de titres financiers, unilatéralement rédigé par l'émetteur⁷⁴². En l'espèce, un investisseur avait acquis des titres sur le marché secondaire. Il avait ensuite initié une action en justice contre l'émetteur des titres financiers. Ce dernier s'était alors prévalu de la clause d'élection de for insérée dans le prospectus. Devait-on considérer qu'en souscrivant les titres financiers, l'investisseur avait tacitement accepté la clause attributive de juridiction figurant dans le prospectus⁷⁴³ ? La Cour de Luxembourg a considéré que si l'insertion d'une clause d'élection de for au sein d'un prospectus pouvait être appréhendée comme une forme admise par un usage du commerce international, la réponse pourrait être positive. Le juge pourrait présumer que l'investisseur avait tacitement accepté la clause attributive de juridiction figurant dans le prospectus.

⁷⁴⁰ Sur cet arrêt, v. également C.-S. Adesina Okoli, A. Yekini, "Implied jurisdiction agreements in international commercial contracts: a global comparative perspective", *op. cit.*, p. 336 et s.

⁷⁴¹ CJCE, 20 février 1997, *MSG*, aff. C-106/ 95, précité.

⁷⁴² CJUE, 20 avril 2016, *Profit Investment SIM SpA*, aff. C-366/ 13, *JDI* 2017, comm. 8, p. 585, note C. Kleiner ; *Procédures* 2016, comm. 200, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2016, comm. 221, obs. L. Idot.

⁷⁴³ Avant de se prononcer sur le rôle des usages, la Cour de justice a, en outre, affirmé que la convention d'élection de for est opposable à l'investisseur si « cette clause est valide dans le rapport entre Commerzbank et Redi, premier souscripteur de ces titres, ensuite, que Profit a, en souscrivant sur le marché secondaire lesdits titres auprès de Redi, succédé à cette dernière dans les droits et les obligations attachés à ces mêmes titres en vertu du droit national applicable et, enfin, que Profit a eu la possibilité de prendre connaissance du prospectus contenant ladite clause, ce qui suppose que celui-ci soit aisément accessible ».

347. En droit international privé commun, les usages commerciaux sont également pris en considération : en leur présence, le formalisme dérivant de l'article 48 du Code de procédure civile est fortement atténué⁷⁴⁴. La Cour d'appel de Paris a récemment affirmé que, pour apprécier la forme de la clause attributive de juridiction, « il n'y a pas lieu d'appliquer les critères habituels du droit français, mais d'en vérifier la conformité aux usages largement connus et régulièrement observés en matière de commerce international »⁷⁴⁵. En l'état du droit positif, toutefois, ce rôle des usages — quant au consentement — est moins nettement affirmé que sur le fondement du règlement Bruxelles 1 bis.

348. Pour une clause d'élection de droit régie par le droit français, les usages commerciaux pourraient également être pris en compte.

b) Les clauses d'élection de droit

349. En droit commun des contrats, lorsque les usages l'admettent, on assiste à une transfiguration du silence, qui est alors qualifié de manifestation tacite de volonté⁷⁴⁶. La Cour de cassation a par exemple considéré qu'il existe, pour le commerce du vin, un usage en Bordelais selon lequel la vente est parfaite à défaut de protestation dans les 48 heures de la réception de l'offre⁷⁴⁷. Elle a également admis qu'au cours d'une négociation entre commerçants, une contre-proposition puisse être « d'après les usages du commerce », réputée acceptée en l'absence d'avis contraire⁷⁴⁸. La jurisprudence a encore admis l'usage en vigueur à la Bourse de Paris « selon lequel le fait pour un professionnel de recevoir

⁷⁴⁴ Des auteurs ont ainsi précisé que l'application de l'exigence de forme figurant à l'article 48, en vertu de laquelle la clause doit être stipulée de façon très apparente, « nécessite une adaptation dans le sens de la souplesse, pour tenir compte des usages du commerce international » (P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 217).

La jurisprudence se prononce en ce sens : Civ. 1^{ère} 25 novembre 1986, *Bull. civ.* I, n° 277 ; *JCP G* 1, 987. IV. 41 ; *Rev. crit. DIP* 1987. 396, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 1987, p. 706, note P.-Y. Nicolas ; *DMF* 1988, p. 156, obs. P. Bonassies. V. aussi CA Paris, 10 octobre 1990 : *JurisData* n° 1990-600463 ; *Rev. crit. DIP* 1991. 605, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1990, IR 274, qui, sans viser l'article 48, énonce qu'une clause de juridiction présente, « compte tenu des usages du commerce international, un caractère apparent suffisant » lorsque, rédigée en caractères d'imprimerie de dimension normale, elle prend place à la fin des conditions générales de vente ne comportant que huit lignes.

⁷⁴⁵ CA Paris, 8 décembre 2020, n° 19/18298.

⁷⁴⁶ Pour un aperçu plus précis de la jurisprudence la plus ancienne, v. P. Diener, thèse, *op. cit.*, not. p. 45 et s.

⁷⁴⁷ Com. 13 mai 2003, n° 00-21.555, *Bull. civ.* IV, n° 82 ; *D.* 2004. 414, note J.-M. Bahans et M. Menjucq ; *RTD civ.* 2003. 727, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2003. 802, obs. B. Bouloc ; *CCC* 2003, n° 124, obs. L. Leveneur.

⁷⁴⁸ Com. 21 mai 1951, *Bull. civ.* III, n° 168.

un avis confirmatif d'une commande et de ne pas y répondre télégraphiquement dans les 24 heures équivaut à une ratification tacite de la commande »⁷⁴⁹.

350. Ce principe jurisprudentiel est désormais codifié à l'article 1120 du Code civil. Comme nous l'avons vu précédemment⁷⁵⁰, ce dernier texte prévoit que « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ». Si le texte est général et assez imprécis, il montre bien que le silence, interprété à travers le prisme des usages, peut être revêtu d'une signification intentionnelle ; il vaut acceptation. De même, au Royaume-Uni, il est acquis que les usages commerciaux peuvent conférer au silence la valeur d'une acceptation⁷⁵¹. En Suisse, la même solution prévaut : lorsque les usages l'admettent, le silence vaut acceptation de l'offre⁷⁵².

Sur le fondement des usages commerciaux, la Cour de cassation a estimé qu'un commerçant ayant réceptionné une lettre de confirmation, sans formuler de réserves, avait tacitement accepté cette dernière⁷⁵³. Dès lors, les clauses accessoires figurant au sein de ces lettres de confirmation peuvent être tacitement acceptées⁷⁵⁴. Si le contrat est régi par la loi française, rien ne s'oppose à ce qu'en présence d'un usage commercial international dûment établi, le silence vaille acceptation de clauses accessoires contenues dans un document extérieur.

351. En matière d'arbitrage, le rôle qui est conféré aux usages n'est pas exactement le même.

c) Les conventions d'arbitrage

352. Les usages du commerce international sont pris en considération par les juridictions françaises. Dès lors qu'il existe, au sein du milieu commercial dans lequel les contractants sont plongés, un usage consistant à stipuler une clause d'arbitrage, une présomption de connaissance de celle-ci

⁷⁴⁹ Com. 9 janvier 1956, *Bull. civ.* III, n° 17.

⁷⁵⁰ V. *supra* n° 325.

⁷⁵¹ E. Peel, Treitel, *The Law of contract*, *op. cit.*, n° 2-044.

⁷⁵² G. Geissbühler, *Le droit des obligations*, La pratique du droit, 2020, n° 247.

⁷⁵³ Com. 8 février 1994, *RJDA* 1994. 612 ; Civ. 2^{ème}, 6 juillet 1966, *Bull. civ.* n° 2, n° 737 ; Com. 21 octobre 1958, *Bull. civ.* III, n° 355 ; Com. 9 janvier 1956, *Bull. civ.* III, n° 17 ; Civ. 6 mai 1954, *Bull. civ.* II, n° 165 ; Com. 7 novembre 1950, *Bull. civ.* III, n° 321. Les arrêts ne font pas tous expressément référence aux usages, mais l'idée est très présente, en doctrine comme en jurisprudence. V. à cet égard, J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, p. 696 et s.

⁷⁵⁴ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *op. cit.*, p. 695 et s.

pèse sur le contractant. En effet, dans une affaire dans laquelle les parties s'étaient référées au contrat type d'une organisation professionnelle — document qui contenait une clause compromissoire —, la Cour d'appel de Paris a affirmé que la partie contractante avait « nécessairement connaissance de l'existence d'une clause compromissoire qui a acquis l'autorité d'un usage dans le type de contrat dont il s'agit et qu'elle a acceptée faute d'avoir manifesté la volonté d'en exclure expressément l'application dans le cas considéré »⁷⁵⁵.

353. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 23 mai 2002, fournit un second exemple. L'affaire mettait en cause un contrat de vente. L'acquéreur avait reçu une lettre de confirmation, se référant aux conditions contractuelles et aux règles d'arbitrage GAFTA. L'acquéreur avait affirmé qu'il ne connaissait pas les conditions GAFTA et ignorait que ces règles prévoyaient un arbitrage. La Cour d'appel a répondu que l'acquéreur, qui était un professionnel du négoce international agroalimentaire, ne pouvait pas remettre en cause les conditions générales et la clause compromissoire incluse au sein de ces dernières alors qu'il les avait admises sans protestation. Elle avait ajouté que le renvoi aux règles d'arbitrage GAFTA était *usuel* dans cette branche du commerce international⁷⁵⁶.

354. Cet examen aura montré que ces différents ensembles normatifs se réfèrent à la notion d'usage. La jurisprudence voit dans l'existence d'usages commerciaux internationaux un indice permettant de révéler l'acceptation tacite. Il reste maintenant à déterminer si cette référence aux usages a toujours le même sens.

⁷⁵⁵ CA Paris, 17 mai 1995, *JDI* 1996. 110, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997. 90, obs. Y. Derains.

⁷⁵⁶ CA Paris, 23 mai 2002, *SARL Euro Agri Foods*, *Rev. arb.* 2002. 786 ; *Rev. arb.* 2003. 1341, 2^{ème} esp., note C. Legros. Sur la prise en considération des usages en matière d'arbitrage international, v. aussi, dans une perspective différente : CA Paris, 23 mars 2000, *S.A.R.L. Pierre Alexandre c/ S.A. Socab Distribution*, inédit, n°1998/22336 : pour établir l'acceptation de la clause compromissoire, la Cour d'appel de Paris relève que, à la suite de la réception de la confirmation de commande, les parties n'avaient formulé aucune protestation. Or, selon les usages prévalant pour le négoce, cette protestation devait être formulée dans les 24 heures de la réception de la confirmation de commande.

D'autres décisions témoignent de cette importance des usages, quoique le rôle de ces derniers soit moins nettement explicité. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « la référence faite dans la confirmation de vente au code RUFRA — qui prescrit le règlement de tout litige par la voie d'un arbitrage dont il précise les modalités — traduit la volonté commune des parties de se soumettre à cette procédure, dès lors qu'il est établi que ce document est conforme aux usages commerciaux régulièrement suivis entre les contractants, tous deux professionnels avertis des règles et usages auxquels se référerait la convention (CA Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.* 1993, p. 680, obs. D. Cohen).

2) *Les divergences jurisprudentielles avérées*

355. Nous avons vu que pour les différentes formes de clauses étudiées, la jurisprudence se fonde sur la constatation d'usages commerciaux. Pour correctement appréhender le problème, il faut toutefois se demander si cette commune référence aux usages ne dissimule pas des divergences qui, bien que latentes et largement dissimulées, n'en sont pas moins avérées. Lorsque la Cour de justice se fonde sur les usages du commerce international, s'agit-il du même type d'usage que ceux pris en considération par la Cour de cassation en matière interne ? Une lecture attentive de la jurisprudence démontre que les usages précités diffèrent par leur *objet*. Plus exactement, il faut distinguer trois formes d'usages différentes.

356. En matière interne, lorsque la Cour de cassation se fonde sur des usages commerciaux, ces derniers portent sur *le mode d'expression de la volonté*⁷⁵⁷. Par exemple, la Cour de cassation a affirmé que « l'envoi, par le courtier au vendeur et à l'acheteur de la "lettre de confirmation" sans qu'il y ait de leur part un accord formel équivalait suivant l'usage ancien et constant en Bordelais, à une vente parfaite, sauf protestation dans un très bref délai »⁷⁵⁸. En d'autres termes, la Cour de cassation précise ici qu'il existe un usage, en vertu duquel le silence, faisant suite à la réception d'une lettre de confirmation, vaut acceptation de la vente. Pour raisonner sur un second exemple, la jurisprudence a également affirmé l'existence d'un usage « selon lequel le fait pour un professionnel de recevoir un avis confirmatif d'une commande et de ne pas y répondre télégraphiquement dans les 24 heures équivaut à une ratification tacite de la commande »⁷⁵⁹. Là encore, l'idée est qu'au sein du secteur économique concerné, il existe un usage en vertu duquel le silence est assimilé à une acceptation tacite.

357. En matière de clause d'élection de for, les usages considérés n'ont pas le même objet. Ils ne portent pas sur le mode d'expression de la volonté de l'acceptant, mais sur *la forme admise* en matière de clause attributive de juridiction. C'est, en effet, ce qui résulte de la lettre de l'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis », qui évoque expressément une « forme qui soit conforme à un usage ». C'est également ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁷⁵⁷ Sur ce point, v. P. Diener, thèse, *op. cit.*, p. 45 et s.

⁷⁵⁸ Com. 13 mai 2003, n° 00-21.555, précité.

⁷⁵⁹ Com. 9 janvier 1956, *Bull. civ.* III, n° 17.

Ainsi, dans l'arrêt *Trasporti Castelletti*, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur la validité d'une clause attributive de juridiction figurant au verso d'un connaissance. À cette occasion, la Cour de Luxembourg a affirmé que les contestations portées devant des tribunaux ne font pas perdre « sa qualité d'usage à l'insertion de cette clause dans ces documents [le connaissance], dès lors et aussi longtemps qu'il serait établi qu'elle correspond à une pratique généralement et régulièrement suivie »⁷⁶⁰. Au détour de cette phrase, on comprend que ce qu'il faut établir, c'est *si l'insertion d'une clause au sein d'un connaissance correspond ou non à une pratique habituelle et répandue*, s'étant ainsi muée en usage⁷⁶¹. Dès lors que l'existence de cette pratique est établie, il est estimé que la forme de la clause est conforme aux usages du commerce international et son acceptation est présumée.

358. Il n'est donc pas nécessaire de montrer qu'il existerait un usage en vertu duquel les chargeurs exprimeraient, par leur silence, leur acceptation de la clause d'élection de for figurant au verso d'un connaissance. Une lecture attentive de l'arrêt confirme cette analyse. La Cour de justice affirme qu'il appartient au juge national de vérifier si « la présentation matérielle de la clause attributive de juridiction, en ce compris la langue dans laquelle elle est rédigée, et son insertion dans un formulaire préétabli non signé par la partie étrangère à son établissement sont conformes aux formes admises par ces usages »⁷⁶². Les juridictions se focalisent sur la forme et se désintéressent de la question des modes d'expressions de la volonté. Elles regardent uniquement si le formalisme utilisé pour la clause est celui généralement employé dans le commerce international.

359. L'arrêt *Profit Investment Sim* accrédite également cette analyse. Dans cette décision, la Cour de justice affirme que « l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un prospectus d'émission de titres obligataires peut être regardée comme une forme admise par un usage du commerce

⁷⁶⁰ CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, aff. C-159/ 97, *Rev. crit. DIP* 1999. 559, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 2000. 11, obs. Ph. Delebecque, pt 29.

⁷⁶¹ V. aussi : Civ. 1^{ère}, 12 mars 2013, n° 10-24465 ; *D.* 2013. 1603, note C. Paulin, *D.* 2013. 2293, obs. L. d'Avout, *D.* 2014. 1059, obs. F. Jault-Seseke, *D.* 2014. 2750, obs. H. Kenfack ; *RTD com* 2014. 456, obs. Ph. Delebecque : « qu'après avoir constaté la production aux débats de cent quarante six connaissances, l'arrêt relève que la société CMA-CGM démontre qu'il est d'usage que les transporteurs maritimes incluent dans les connaissances une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux dans le ressort desquels se trouve leur siège social ». v. aussi Com. 10 novembre 2013, n° 12-24668 ; Com. 23 septembre 2014, n° 13-19108 et 13-21934.

⁷⁶² pt. 36.

international [...] pour autant qu'il est notamment établi » que cela correspond à une pratique régulièrement suivie⁷⁶³. Dès lors, ce qu'il faut montrer, c'est que le fait d'insérer une clause attributive de juridiction au sein d'un prospectus est constitutif d'un usage, c'est-à-dire d'une pratique habituelle, suivie par une large majorité d'émetteurs de titres financiers. Si l'existence de cette pratique est démontrée, le consentement des parties contractantes est présumé. Mais démontrer que des clauses attributives de juridiction sont régulièrement insérées au sein de prospectus est une chose ; montrer qu'il existe un usage en vertu duquel les investisseurs demeurant silencieux accepteraient tacitement la clause d'élection de for figurant dans ce document en est une autre⁷⁶⁴.

360. En outre, un examen de la jurisprudence démontre qu'une troisième forme d'usage est parfois prise en considération. Nous l'avons vu, pour édifier une présomption irréfragable de connaissance de la clause d'arbitrage, la Cour d'appel de Paris a relevé que le contractant avait « nécessairement connaissance de l'existence d'une clause compromissaire qui a acquis l'autorité d'un usage dans le type de contrat dont il s'agit »⁷⁶⁵. Ici, l'usage ne porte pas sur le mode d'expression de la volonté, ou sur un formalisme particulier, s'étant généralement imposé, mais sur le principe même du recours à l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage étant constitutif d'une pratique habituelle, suivie par une vaste majorité d'opérateurs, elle est constitutive d'un usage.

361. À la lumière de ce constat, l'unité de façade de la jurisprudence se fissure, elle se disloque. Or, pour analyser la pertinence de cette référence aux usages, nous sommes forcés de prendre en compte l'objet de ces usages.

⁷⁶³ CJUE, 20 avril 2016, aff. C-366/ 13, *Profit Investment SIM SpA* ; *JDI* 2017, comm. 8, p. 585, note C. Kleiner ; *Procédures* 2016, comm. 200, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2016, comm. 221, obs. L. Idot, pt 50. V. aussi le pt 49. La Cour de justice ajoute que pour déterminer si l'insertion d'une clause d'élection de for au sein de prospectus constitue un usage, le juge devra vérifier « si l'émission de titres obligataires sur le marché est, dans ce secteur d'activité, généralement et régulièrement accompagnée d'un prospectus comportant une clause attributive de juridiction ».

⁷⁶⁴ Cependant, dans l'arrêt *MSG*, précité, la Cour de justice semble au contraire exiger que soit établi un usage relatif au mode d'expression de la volonté et non à la forme en tant que telle. Elle affirme, en effet, qu'il convient « de considérer que l'absence de réaction et le silence d'une des parties contractantes à une lettre commerciale de confirmation, présentée par l'autre partie, dans laquelle se trouve insérée la mention préimprimée du lieu du for, ainsi que la circonstance qu'une des parties a réglé de manière répétée et sans aucune contestation des factures émises par l'autre partie et contenant une mention analogue, peuvent valoir consentement sur la clause attributive de juridiction litigieuse, si un tel comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel opèrent les parties en question et si ces dernières connaissent cet usage ou sont censées le connaître » (pt. 20).

⁷⁶⁵ CA Paris, 17 mai 1995, *JDI* 1996. 110, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997. 90, obs. Y. Derains.

B) La pertinence de cette référence aux usages

362. Les solutions jurisprudentielles fondées sur le constat d'usages commerciaux reposent-elles sur des fictions de volonté ? Pour répondre à cette interrogation, il faut établir une distinction. Lorsque l'usage pris en considération porte sur le mode d'expression de la volonté, il constitue un indice intéressant (1). Lorsque, au contraire, l'usage a uniquement trait à l'admission d'un formalisme particulier, sa valeur est moindre (2).

1) *L'usage portant sur un mode d'expression de la volonté*

363. Examinons immédiatement l'hypothèse dans laquelle l'usage porte directement sur un mode d'expression de la volonté. En droit civil, Godé avait soutenu que l'usage pouvait conférer au silence les mêmes caractéristiques qu'au langage. Sous l'influence des usages prévalant au sein du secteur dans lequel les parties contractantes interviennent, le silence serait revêtu d'une signification objective et deviendrait un vecteur de communication d'une volonté juridique⁷⁶⁶.

Il nous semble que cette analyse, sous réserve qu'elle soit couplée à une approche objective du consentement, est convaincante et dotée d'un pouvoir explicatif. Lorsqu'en pratique, au sein d'un secteur déterminé, il est généralement admis que le silence vaut acceptation, l'offrant — ou tout tiers indépendant — a raisonnablement pu penser que le destinataire de l'offre avait, par son silence, accepté la sollicitation qui lui était adressée. Cette analyse qui a été dégagée en droit privé interne à propos de l'hypothèse de l'acceptation du contrat principal vaut également pour la question de l'acceptation de clauses accessoires.

364. Néanmoins, dans la mesure où le destinataire de l'offre n'avait pas nécessairement connaissance de l'usage en vertu duquel le silence est assimilé à une acceptation, il a pu penser que son silence serait interprété comme un refus. Corrélativement, une nouvelle fois, on doit se résoudre à admettre que la volonté réelle du destinataire n'est pas totalement certaine. Mais si la volonté psychologique ne peut pas être reconstituée avec certitude, le silence du destinataire, interprété à travers le prisme des usages, est constitutif d'un indice objectif de volonté. Expression d'une volonté apparente, le mutisme a été pour les tiers la source d'attentes légitimes. C'est ce qui explique que le silence soit érigé au rang de manifestation tacite de volonté.

⁷⁶⁶ P. Godé, thèse, *op. cit.*, p. 242 et s.

365. Cette analyse peut toutefois difficilement être transposée à l'hypothèse dans laquelle l'usage porte uniquement sur l'admission d'un certain formalisme.

2) *L'usage portant sur l'adoption d'un formalisme spécifique*

366. L'hypothèse maintenant examinée est celle dans laquelle l'usage porte sur l'adoption d'un formalisme et recouvre, en pratique, la question de l'acceptation tacite des clauses d'élection de for. À en croire la Cour de justice, l'assouplissement du formalisme imposé aux conventions d'élection de for « ne signifie [...] pas qu'un accord de volontés entre les parties sur une clause de prorogation de compétence ne devrait pas nécessairement exister, la réalité du consentement des intéressés étant toujours l'un des objectifs de cette disposition »⁷⁶⁷. Néanmoins, la doctrine internationaliste s'est, dans l'ensemble, montrée beaucoup plus sceptique. Ainsi, Monsieur B. Ancel relevait qu'« en pratique, rares sont sans doute les formes ayant cours dans les divers secteurs du commerce international qui ont la vertu de garantir la liberté et la sincérité, voire seulement la réalité d'un consentement exprès et spécial à la prorogation de for »⁷⁶⁸.

367. Le raisonnement fondé sur les usages est contestable, car du seul fait qu'une clause est conclue en une *forme* conforme aux usages du commerce international, le *consentement* à la clause est présumé. Pour le montrer, nous pouvons raisonner sur l'exemple de la clause insérée dans un prospectus. Pour la Cour de justice, dès lors que de telles clauses sont régulièrement et généralement insérées au sein de prospectus rédigés par des émetteurs de titres financiers, cela signifie qu'une telle clause est valable en la forme. Cependant, la Cour de justice estime également que si de tels usages sont établis, il doit être présumé que les investisseurs ayant acquis les titres financiers « visés » par le prospectus

⁷⁶⁷ CJCE, 20 février 1997, *MSG*, aff. C-106/ 95, précité.

⁷⁶⁸ B. Ancel, « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles », *op. cit.*, p. 279, note 24. Monsieur Ph. Guez ajoutait que « l'assouplissement du formalisme traduit un recul de l'exigence du consentement à la clause ». Cet auteur relève ainsi que le consentement à la clause est présumé et cette présomption de consentement peut elle-même reposer sur une présomption de connaissance de l'usage (Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 309).

V. aussi T. Hartley, *Choice-of-Court Agreements Under the European and International Instruments*, *op. cit.*, p. 156 : “Despite what the CJEU says, the ruling in this case involves a diminution of the level of consensus required for the validity of a choice-of-court clause” ; Ch. Kohler, « Rigueur et souplesse en droit international privé : les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction “dans le commerce international” par l'art. 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction », *op. cit.*, p. 172.

en cause ont tacitement accepté la clause d'élection de for insérée au sein de ce dernier⁷⁶⁹. Or, un tel raisonnement n'empporte pas la conviction.

Pour démontrer que les investisseurs avaient une telle volonté, il faudrait montrer que le fait d'accepter une telle clause, par le silence, est constitutif d'une pratique habituelle, ayant acquis l'autorité d'un usage. Il faudrait donc établir l'existence d'un usage portant, non pas uniquement sur la forme de la convention, mais sur le mode d'expression de la volonté. Or, précisément, en jurisprudence, la preuve d'un tel usage n'est pas toujours rapportée. Cela n'est pas très surprenant, car une telle preuve serait sans doute très difficile à apporter. Mais toujours est-il que le fait que des clauses d'élection de for soient fréquemment insérées au sein de prospectus ne nous paraît pas être un indice suffisant pour présumer que l'investisseur a tacitement accepté d'être lié par une telle clause.

368. Le vice qui infecte le raisonnement de la Cour de justice tient à ce que l'acceptation de la clause est directement déduite du respect des conditions formelles. Dans l'hypothèse d'une clause jugée conforme aux usages du commerce international, ce mode de raisonnement ne peut conduire qu'à une certaine indifférence à l'égard de la volonté ayant été véritablement exprimée par les contractants. Il serait peut-être excessif d'affirmer que les solutions fondées sur les usages reposent sur des fictions de volonté, mais à tout le moins, nous concluons que le raisonnement qui sous-tend le processus de reconstitution de l'acceptation tacite des clauses d'élection de for n'empporte pas la conviction.

369. Au terme de cette sous-section, nous avons montré que pour caractériser l'acceptation tacite de clauses accessoires, la jurisprudence se fonde sur différents indices : la connaissance de la clause en matière d'arbitrage, l'existence de relations d'affaires habituelles ou d'usages du commerce international. Toutefois, même si ces indices sont présents, la présomption d'acceptation peut être renversée : certains indices, en effet, tendent au contraire à montrer que le consentement tacite est inexistant.

⁷⁶⁹ V. CJUE, 20 avril 2016, aff. C-366/ 13, *Profit Investment SIM SpA*, précité, pt. 51 : « l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un prospectus d'émission de titres obligataires peut être regardée comme une forme admise par un usage du commerce international [...] permettant de présumer le consentement de celui auquel on l'oppose, pour autant qu'il est notamment établi [...] qu'un tel comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans la branche considérée lors de la conclusion de contrats de ce type [...] ».

Sous-section 2 : Les indices susceptibles de révéler l'inexistence du consentement tacite

370. L'hypothèse devant maintenant être envisagée est la suivante : les conditions de l'acceptation tacite paraissent *a priori* réunies : les parties entretiennent des relations d'affaires courantes et habituelles, ou au sein du secteur dans lequel les contractants interviennent, prolifèrent des usages favorables à l'acceptation tacite. Cependant, même si l'une de ces conditions alternatives est établie, le silence n'entraîne pas nécessairement l'acceptation de la clause litigieuse. Le processus de formation de la convention peut être affecté par un certain nombre de vices. Sous l'influence de ces derniers, le comportement des parties s'obscurcit et l'équivocité du silence ressurgit. Par ce terme de vice, on ne se réfère aucunement aux « vices du consentement » des articles 1130 et suivants du Code civil, mais à de simples éléments de fait, qui tendent à infirmer l'hypothèse de l'acceptation tacite de la clause litigieuse.

371. L'analyse de la jurisprudence relative à ces « vices » montrera que la reconstitution de l'acceptation tacite dépend toujours d'un ensemble de circonstances de fait. Une approche casuistique tend à s'imposer et provoque ainsi un embrasement du contentieux. Cet examen permettra de nourrir l'analyse critique que nous développerons ultérieurement⁷⁷⁰. Quoi qu'il en soit, certains vices affectent la clause elle-même (I) ; d'autres sont extérieurs à cette dernière (II).

I) Les vices affectant la clause litigieuse

372. Ces vices portent sur le libellé ou sur le graphisme de la stipulation litigieuse. Dès lors que la clause est illisible (A) ou rédigée dans une langue inconnue de l'un des contractants (B), en effet, peut-on considérer que cette stipulation a été tacitement acceptée ? Nous montrerons que chacun de ces deux facteurs est susceptible de peser sur l'appréciation du consentement.

A) Une clause illisible

373. Afin d'aborder cette question, on envisagera successivement les solutions concevables (1) et les solutions consacrées par la jurisprudence (2).

⁷⁷⁰ V. *infra* n° 926 et s.

1) *Les solutions envisageables*

374. Pour que l'on puisse véritablement considérer que le destinataire de l'offre a accepté la clause litigieuse, il faut que cette dernière soit inscrite au sein d'un document suffisamment lisible⁷⁷¹. En effet, comment un contractant pourrait-il consentir à une clause qu'il ne parvient pas à lire et que, par suite, il ne peut pas comprendre ? Si le document contenant la clause litigieuse est véritablement illisible, le silence, faisant suite à la réception du document précité, n'a pas pu être objectivement perçu comme une acceptation. En particulier, lorsque la clause est imprimée en des caractères réellement minuscules, elle peut être qualifiée d'illisible et le consentement de l'adhérent devient alors très douteux.

Si cette hypothèse de la clause proprement illisible n'induit ainsi aucune hésitation, toute la difficulté est évidemment de différencier les situations dans lesquelles la clause est difficilement lisible, mais compréhensible de celles dans lesquelles la stipulation est véritablement indéchiffrable. La réalité est celle d'un *continuum* et appelle ainsi inéluctablement des appréciations nuancées. Plus les caractères de la clause sont difficiles à lire et plus le consentement imputé à l'adhérent devient douteux. Réciproquement, plus les caractères d'impression sont apparents et faciles à déchiffrer et plus le consentement imputé à l'adhérent repose sur des bases solides.

375. L'étude de la jurisprudence démontre que, dans l'ensemble, les tribunaux français semblent assez sensibles à la problématique du graphisme de la clause. Soucieux de protéger le consentement de l'adhérent, ils s'assurent que la clause litigieuse est bien lisible.

2) *Les solutions consacrées*

376. La jurisprudence a affirmé qu'une clause d'élection de for, dont les caractères sont proprement illisibles, est contraire au formalisme imposé par les textes européens⁷⁷². Cependant, d'autres décisions ont pour effet d'obscurcir le tableau. La Cour de cassation a déjà estimé qu'une clause attributive de juridiction, rédigée en allemand et en des caractères minuscules, avait, en raison des

⁷⁷¹ Sur cette question, v. Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 269.

⁷⁷² Com. 27 février 1996, n° 94-14.122 ; *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; CA Lyon, 8 juin 2010, n° 09/07368. V. aussi, quoique sans doute moins explicite : Com. 24 novembre 2015, n° 14-14.924 *D. actualité*, 11 décembre 2015, obs. X. Delpech ; *D.* 2015. 2509 ; *ibid.* 2016. 574, obs. M. Mekki ; *ibid.* 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2017. 269, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2016. 98, obs. H. Barbier ; *RDC* 2016. 269, note C. Grimaldi ; *JCP E* 2015. 931 ; *JCP N* 2016. 241, obs. C. Nourissat ; *CCC* 2016, no 40, note N. Mathey.

relations d'affaires habituelles, été tacitement acceptée⁷⁷³. Monsieur A. Huet devait en conclure que « l'existence de telles relations a pour effet de valider non seulement une clause qui ne répond pas à l'une des autres conditions de forme prévues par l'article 17, mais aussi une clause dont la présentation graphique ou linguistique pourrait, à l'occasion d'un contrat isolé, faire douter qu'elle ait été connue et acceptée par la partie à qui elle est opposée »⁷⁷⁴.

377. En droit international privé commun, les solutions consacrées par la jurisprudence sont similaires. La Cour de cassation considère que le formalisme prescrit par l'article 48 du Code civil est applicable en matière internationale : la clause d'élection de for doit, en conséquence, être « spécifiée de façon très apparente »⁷⁷⁵. Sur ce fondement, la Cour d'appel de Pau a, par exemple, considéré que la clause attributive de juridiction incluse dans les conditions générales de Facebook était « inopposable » à l'utilisateur⁷⁷⁶. Pour cause, la stipulation litigieuse était écrite en petits caractères et ne se distinguait pas des autres stipulations. En outre, elle était « noyée » au sein de conditions générales de 12 pages⁷⁷⁷. De même, en matière de connaissance maritime, « la jurisprudence a élaboré un appareil d'exigences minutieuses destinées à attirer l'attention du stipulant : la clause doit figurer en gros caractères ou dans un graphisme distinct du reste du texte »⁷⁷⁸.

378. En droit commun des obligations, la Cour de cassation prend également en considération le graphisme des clauses. Lorsque ces dernières sont, du fait de la taille des caractères, jugées illisibles,

⁷⁷³ Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, n° 93-16.484, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 173, obs. J. Huet.

⁷⁷⁴ J. Huet, obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *op. cit.*

⁷⁷⁵ Sur la jurisprudence des juges du fond, v. not. A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-41, 2020, n° 41 et s.

⁷⁷⁶ CA Pau, 23 mars 2012, *D.* 2012. 1061, obs. C. Manara ; *D.* 2012. Pan. 2350, obs. P. Tréfigny ; *D.* 2013. Pan. 1511, obs. F. Jault-Seseke ; *RDC* 2012. 1340, obs. E. Treppoz ; *JCP* 2012. 690, obs. E. Jeuland. En ce sens, v. aussi en droit interne : Civ. 2^{ème}, 7 juin 2012, n° 11-13.105.

⁷⁷⁷ En un sens similaire, en matière de connaissance maritime, v. CA Rouen, 28 octobre 1993, *JurisData* n° 1993-047379 ; CA Versailles, 15 octobre 1992, *DMF* 1994. 174, obs. P. Bonassies ; *DMF* 1994. 392 ; CA Rennes, 26 septembre 1990, *DMF* 1993. 309 ; CA Aix-en-Provence, 20 mars 1986, *DMF* 1988. 466 ; CA Aix-en-Provence, 14 mai 1981, *DMF* 1982. 341, note R. Achard ; T. com. Paris, 15 mai 1979, *DMF* 1980. 477 ; T. com. Paris, 7 mai 1979, *DMF* 1980. 416 ; CA Aix-en-Provence, 20 mars 1979, *DMF* 1979. 725 ; T. com. Marseille, 15 octobre 1976, *DMF* 1977. 295. Pour des décisions considérant que la clause est suffisamment lisible, v. en droit commun : Com. 30 janvier 1990, n° 88-10.466 ; Civ. 2^{ème}, 5 février 1986, n° 84-13.840.

⁷⁷⁸ M. Rémond-Gouilloud, « Des clauses de connaissances maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère : essai de démystification », *DMF* 1995, p. 339 et s. Et pour une analyse plus approfondie de la jurisprudence, v. A. Kpoahoun Amoussou, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, PUAM, 2002, p. 212 et s.

elles sont « inopposables » aux parties⁷⁷⁹. Or, de notre point de vue, ces solutions provenant du droit commun des contrats valent également pour l'acceptation d'une clause d'élection de droit régie par le droit français.

379. En matière de convention d'arbitrage, toutefois, le graphisme de la clause compromissoire ne semble pas entrer dans l'équation. L'arrêt de la Cour de cassation en date du 11 mai 2012 en témoigne⁷⁸⁰. Le litige portait sur l'acceptation tacite d'une clause compromissoire. La Cour d'appel d'Amiens considéra que l'acquéreur n'avait pas nécessairement connaissance de la clause compromissoire, car la référence à cette clause était insérée dans des conditions générales séparées, rédigées en langue anglaise et « en caractères à peine visibles ». L'arrêt fut pourtant cassé par la Cour de cassation, qui affirma laconiquement que « la confirmation de commande [...] comporte une référence aux conditions générales de vente qui stipulent une clause compromissoire portée à la connaissance de [l'acquéreur] qui a, fût-ce par son silence, accepté cette référence ». Cela confirme notre première impression : en matière d'arbitrage, pour ce qui a trait à l'appréciation du consentement, la Cour de cassation fait preuve d'un certain laxisme. Le consentement à l'arbitrage est aisément établi.

380. On notera que dans l'arrêt précité, pour écarter l'acceptation, les juges du fond se sont également fondés sur la langue de rédaction de la clause. Pour apprécier l'existence du consentement, cet indice peut-il effectivement être pris en considération ? Il convient maintenant d'étudier cette question.

B) Une clause rédigée dans une langue inconnue

381. L'emploi d'une langue étrangère n'est pas, en lui-même, une cause de nullité d'une convention régie par la loi française. La Cour de cassation a affirmé que « dans les contrats internationaux de droit privé, les parties choisissent librement la langue dans laquelle elles rédigent leurs accords »⁷⁸¹. Et dans l'arrêt *Elefanten Schuh*, la Cour de justice de l'Union européenne avait déclaré qu'une clause attributive de juridiction ne pouvait être jugée invalide au seul motif que la langue utilisée n'était pas

⁷⁷⁹ Com. 27 novembre 2007, n° 06-16.523 ; CCC 2008, comm. 62, note L. Leveneur ; Com. 19 décembre 2000, n° 98-11.577 ; Com. 17 février 1998, n° 95-21.668. Pour une analyse de la jurisprudence la plus ancienne, v. P. Diener, thèse, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 11 mai 2012, n° 10-25.620 ; JCP G 2012, doctr. 1354, n° 4, obs. Ch. Seraglini ; *Rev. arb.* 2012. 561, note L. Bernhrein-Van De Castele.

⁷⁸¹ Com. 11 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997. 537, note H. Gaudemet-Tallon ; *Deffrénois* 1997, n° 147, p. 1348, obs. Ph. Delebecq ; *JDI* 1998. 139, obs. A. Huet.

celle prescrite par la législation applicable⁷⁸². Cependant, si « l'emploi de la langue étrangère ne peut en lui-même être érigé en condition supplémentaire de validité », la langue employée peut interférer avec le processus d'appréciation de l'existence du consentement⁷⁸³. Si l'un des contractants ne maîtrise pas la langue dans laquelle la clause litigieuse est rédigée, doit-on considérer que le consentement fait nécessairement défaut⁷⁸⁴ ? Avant de présenter les solutions consacrées (2), seront envisagées les analyses concevables (1).

1) *Les solutions envisageables*

382. Selon une approche *subjective*, la langue de rédaction de la convention constitue un critère important. Si le consentement est véritablement une « volition précédée d'une réflexion »⁷⁸⁵, s'il « requiert l'aptitude à comprendre »⁷⁸⁶, ce dernier est, dans notre hypothèse, *a priori* inexistant. De nombreux auteurs affirment ainsi que « l'existence d'un consentement éclairé suppose la compréhension de ce qui est exprimé, en particulier dans l'écrit »⁷⁸⁷. Dès lors que le contractant ignorait la teneur de l'engagement, il ne pouvait pas *réellement* l'accepter ; encore que l'on puisse imaginer que, dans certaines circonstances, cette partie ait obtenu une traduction du document contenant la clause litigieuse et qu'elle ait ainsi réellement exprimé son consentement. Mais quoi qu'il en soit, nous l'avons maintes fois répété, cette approche subjective dérivant de la théorie de la volonté réelle débouche sur des résultats inopportuns et ne s'impose aucunement. Il faut donc, afin de dégager la solution la plus souhaitable, adopter un point de vue objectif.

383. Or, selon une approche objective, la réponse est peut-être plus discutable. Aujourd'hui, la traduction peut être réalisée par un professionnel et il faut aussi « signaler les avancées de la traduction automatisée »⁷⁸⁸. Désormais, par l'intermédiaire de sites internet gratuits et de plus en plus performants, il est très facile d'obtenir une traduction fiable. Dans ces circonstances, le destinataire de la

⁷⁸² CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, aff. 150/80.

⁷⁸³ P. Deumier, note sous civ. 1^{ère}, 23 janvier 2008, *RDC* 2008, p. 900 et s. et not. p. 905.

⁷⁸⁴ Sur cette question, v. Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 273 et s.

⁷⁸⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ H. Claret, « L'illettré et l'acte juridique, l'impossible adéquation ? », *RRJ* 2002, p. 1777 et s. et not. p. 1785.

⁷⁸⁸ M. Barba, *La langue en droit international privé*, thèse, Lyon III, 2019, p. 505.

déclaration — ici l’offrant — ne pouvait-il pas raisonnablement interpréter le silence de son partenaire comme étant constitutif d’une acceptation tacite ? Plus exactement, le destinataire de la déclaration ne pouvait-il pas raisonnablement penser que le déclarant maîtrisait la langue de rédaction ou qu’il était, quoi qu’il en soit, en mesure d’obtenir une traduction⁷⁸⁹ ?

384. La question est délicate et face à l’hétérogénéité des cas d’espèce virtuellement envisageables, il est difficile d’avancer une réponse catégorique et générale ; l’appréciation du consentement doit rester dans la dépendance des circonstances d’espèce. Mais du moins, pour apprécier l’existence du consentement, il nous semble que, par principe, la langue de rédaction de la clause ne devrait pas être prise en considération. Cependant, comme le relève Madame H. Gaudemet-Tallon, « on peut imaginer l’hypothèse d’une clause au graphisme parfait... mais en caractères japonais ou chinois. Faudrait-il décider alors que la clause est “lisible” et que l’emploi d’une langue étrangère n’est pas un motif pour priver la clause d’effet »⁷⁹⁰ ? L’exemple est parlant et à la lumière de ce dernier, on perçoit qu’il est difficile de totalement évacuer la problématique de la langue de rédaction de la clause litigieuse. Dès lors, par exception, si le contractant parvient à démontrer qu’il ne maîtrisait pas cette langue et qu’il lui était impossible d’obtenir une traduction, il est plus raisonnable d’écarter l’acceptation tacite. Cette solution est-elle consacrée ?

2) Les solutions consacrées par la jurisprudence

385. Les décisions relatives à la langue de la clause compromissoire sont, à notre connaissance, assez rares. On peut toutefois mentionner l’arrêt de la Cour d’appel de Douai, en date du 28 janvier 2016⁷⁹¹. Dans cette affaire, une société a signé un contrat rédigé en langue anglaise. Ce dernier contenait une clause compromissoire. La Cour d’appel a relevé que l’anglais est la langue habituelle des affaires, que la société signataire était un professionnel rompu aux échanges commerciaux et que cette dernière avait accepté sans réserve de signer le contrat rédigé en anglais. Elle en déduisit que la clause d’arbitrage était opposable aux parties.

⁷⁸⁹ Comp : U. Magnus, « Article 23 », in *Brussels I Regulation*, 2nd Revised Edition, 2012, p. 478.

⁷⁹⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Des conditions de validité d’une clause attributive de juridiction », *op. cit.*, p. 735. V. aussi B. Audit, L. d’Avout, *op. cit.*, p. 428 : Selon ces auteurs, la langue de rédaction de la clause peut être prise en compte lorsqu’elle est légitimement inconnue des parties.

⁷⁹¹ CA Douai, 28 janvier 2016, *Belven*, n° 15/01.453.

386. Afin de ménager la clarté de notre exposé, nous envisagerons maintenant successivement la question de la langue de la clause d'élection de for (a) et la question de la langue de la clause d'élection de droit (b).

a) La langue de la clause d'élection de for

387. En se fondant sur une étude très approfondie de la jurisprudence, Monsieur M. Barba a démontré que « la langue ne peut pas être utilisée pour remettre en cause la validité des clauses attributives de juridiction, sauf rares exceptions »⁷⁹². Sur le fondement du règlement « Bruxelles 1 », la Cour de cassation a affirmé que « nonobstant sa rédaction en langue étrangère, cette clause [d'élection de for] sur laquelle l'attention de l'acheteur avait été spécialement attirée, et qui n'avait pas été contestée, avait fait l'objet d'une acceptation tacite et lui était opposable »⁷⁹³. Dans une autre espèce, les juges de cassation ont également affirmé qu'un motif « relatif à l'emploi de la langue italienne », qui avait été retenu pour écarter la validité d'une clause attributive de juridiction, était « erroné »⁷⁹⁴. Différentes décisions des juridictions du fond alimentent également ce courant prétorien⁷⁹⁵. La norme jurisprudentielle qui se dégage de ce magma de décisions et transcende les diverses solutions d'espèce implique que l'emploi d'une langue étrangère n'est pas, par lui-même, de nature à altérer le consentement⁷⁹⁶.

388. Toutefois, la jurisprudence émanant des juridictions du fond n'est pas monolithique, elle n'est pas constitutive d'un ensemble normatif tout à fait cohérent. Certaines décisions prennent en considération la langue de rédaction de la clause d'élection de for⁷⁹⁷. On peut plus précisément recenser trois courants jurisprudentiels différents. En premier lieu, avant d'affirmer la validité de la clause d'élection de for litigieuse, certains juges prennent le soin d'affirmer que les parties contractantes

⁷⁹² M. Barba, thèse, *op. cit.*, p. 511. Rapprochement : P. Dalmazir, C. Reydellet, « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union — Clauses attributives de juridiction et mise en œuvre du droit international privé européen », *RTD eur.* 2014, p. 446 et s. et not. p. 446-447.

⁷⁹³ Civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-12.044. Rapprochement : Civ. 1^{ère}, 27 février 2013, n° 11-23.520.

⁷⁹⁴ Com. 27 février 1996, n° 94-14.122, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon.

⁷⁹⁵ V. not. CA Bastia, 3 octobre 2018, n° 18/00.008 ; CA Rouen, 27 mai 2015, n° 14/04.116 ; CA Rouen, 17 décembre 2014, n° 14/01.333 ; CA Chambéry, 20 novembre 2012, n° 12/00.787 ; CA Toulouse, 16 septembre 2008, n° 08/01.424 ; CA Toulouse, 24 novembre 2005, n° 05/04.009 ; CA Paris, 26 octobre 2005, n° 04/04.597 ; CA Reims, 5 janvier 2000, n° 99/01.733.

⁷⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon.

⁷⁹⁷ M. Barba, thèse, *op. cit.*, p. 601 et s.

maîtrisaient cette langue. Dès lors, ces décisions donnent à penser qu'*a contrario*, si les parties ne connaissaient pas la langue de rédaction de la clause, cette dernière pourrait être neutralisée⁷⁹⁸.

En deuxième lieu, certaines décisions jurisprudentielles prennent directement en considération la langue de rédaction de la clause pour annuler cette dernière⁷⁹⁹. Dans ces décisions, pour prononcer l'annulation, toutefois, les juges ne se fondent pas sur la simple utilisation d'une langue inconnue de l'un des contractants, mais sur un faisceau d'indices convergents. Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble avait par exemple affirmé qu'une clause, rédigée en allemand, était frappée de nullité, pour cause d'absence du consentement⁸⁰⁰. Toutefois, pour justifier cette décision, les juges du fond s'appuyèrent sur la réunion de trois circonstances différentes : la langue de la rédaction de la clause, mais aussi son illisibilité et le fait que la commande et les autres correspondances échangées entre les parties étaient en français. À l'aune d'une telle décision, on peut se demander si la langue de rédaction est — lorsqu'elle est envisagée isolément — une cause de nullité de la convention.

En troisième lieu, dans certaines décisions jurisprudentielles, l'annulation de la clause d'élection de for est exclusivement fondée sur la langue de rédaction de cette dernière. L'emploi d'une langue inconnue de l'un des contractants emporte, à lui seul, l'annulation de la convention d'élection de for⁸⁰¹. En particulier, dans certaines décisions, pour prononcer l'annulation, les juges se fondent sur le fait que la langue de la clause attributive de juridiction litigieuse n'était pas celle couramment utilisée par les contractants dans le cadre de leurs relations d'affaires habituelles⁸⁰².

389. En droit international privé commun, la Cour de cassation avait autrefois affirmé la validité d'une clause attributive de juridiction, rédigée en langue étrangère et figurant au sein de documents commerciaux. Et pour cause, la société impliquée était une entreprise industrielle et il était ainsi « évi-

⁷⁹⁸ V. not. CA Douai, 11 juin 2009, n° 08/09.245 ; CA Lyon, 1^{er} juin 2010, n° 10/01.457 ; CA Paris, 18 juin 2008, n° 08/02.659. Pour une analyse plus approfondie de la jurisprudence, v. M. Barba, thèse, *op. cit.*

⁷⁹⁹ CA Paris, 21 janvier 2009, n° 08/16.518 ; CA Versailles, 28 septembre 2006, n° 05/09.565 ; CA Angers, 8 avril 2014, n° 13/00.837 ; CA Douai, 19 septembre 2013, n° 13/00.889.

⁸⁰⁰ CA Grenoble, 23 octobre 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 762, note A. Sinay-Cytermann.

⁸⁰¹ CA Amiens, 11 février 2010, n° 04/04434.

⁸⁰² M. Barba, thèse, *op. cit.*, p. 601 et s.

dent, parce que c'était d'une prudence élémentaire, qu'elle en avait demandé la traduction à une personne qualifiée »⁸⁰³. Mais, là encore, la jurisprudence la plus récente offre désormais un tableau normatif beaucoup plus contrasté. Par exemple, dans l'affaire *Sébastien Robert c/ Facebook*, pour justifier l'annulation de la convention d'élection de for, la Cour d'appel de Pau a notamment affirmé qu'« au moment de l'inscription de M. Sébastien Robert, ces conditions générales n'existaient que dans une version en anglais et la société Facebook ne démontre pas contrairement à ce qu'elle prétend, que celui-ci maîtrisait cette langue »⁸⁰⁴. Les circonstances d'espèces étaient, il est vrai, assez spécifiques : le litige opposait un consommateur à une entreprise détenant un pouvoir économique considérable. On peut conjecturer que lors de l'adoption de la décision judiciaire, ces considérations d'opportunité, liées à un objectif de protection de la partie faible, n'ont pas été complètement indifférentes. Il faut se garder de conférer à la solution une portée trop importante.

b) La langue de la clause d'élection de droit

390. En l'absence de texte spécial propre au contrat d'*electio juris*, il faut se reporter au droit commun des obligations⁸⁰⁵. Or, par principe, le droit commun des contrats n'admet pas qu'une partie puisse se prévaloir de la langue de rédaction du contrat pour échapper, après coup, à l'engagement qu'elle a librement souscrit⁸⁰⁶. Les décisions rendues en cette matière se sont majoritairement prononcées sur la problématique de l'intégrité du consentement : les plaideurs ne se sont pas fondés sur leur absence de consentement, mais se sont prévalus d'un vice affectant ce dernier. Les juridictions françaises ont presque systématiquement refusé de tenir compte de l'erreur, que ce soit pour des

⁸⁰³ Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1974, *Bull. civ.* I, n° 321. En ce sens, v. aussi CA Paris, 12 octobre 1994, n° 94/7683 ; CA Paris, 27 janvier 1988 : *D.* 1988. 342, obs. B. Audit ; CA Paris, 9 mai 1974, *Rev. crit. DIP* 1975. 97, obs. H. Gaudemet-Tallon.

⁸⁰⁴ CA Pau, 23 mars 2012, précité. Là encore, dans cette affaire, la langue de rédaction de la clause ne fut pas le seul indice pris en considération pour exclure l'acceptation. Néanmoins, cet élément vint appuyer le raisonnement du juge.

⁸⁰⁵ Sur cette problématique, v. not. J. Julien, « La langue française et le contrat », in *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 465 et s.

⁸⁰⁶ M. Barba, thèse, *op. cit.*, p. 505.

raisons probatoires⁸⁰⁷, ou pour des raisons substantielles⁸⁰⁸, tenant notamment au caractère inexcusable de l'erreur⁸⁰⁹. Le dol, parfois invoqué, est lui aussi très rarement caractérisé⁸¹⁰.

391. Lorsqu'elles ont été confrontées à la question de la validité d'un contrat d'*electio juris*, les juridictions françaises ont fait application de ces principes. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en témoigne⁸¹¹. En l'espèce, deux sociétés avaient, sur le fondement d'un contrat de distribution, noué des relations d'affaires habituelles. Les conditions générales du fournisseur étaient mentionnées dans une confirmation de commande, qui avait été reçue par le distributeur, sans que ce dernier ne formule aucune réserve ni protestation. Le distributeur, cependant, s'était prévalu de la langue de rédaction des conditions générales. Ces dernières étant rédigées en anglais, le distributeur n'avait pas pu les comprendre et par suite, il ne les avait pas acceptées. Cet argumentaire fut rejeté par la Cour d'appel, qui déclara que les conditions générales de vente avaient été tacitement acceptées par le distributeur⁸¹².

Mais là encore, les décisions ayant trait à cette problématique ne sont pas parfaitement cohérentes. Dans un litige relatif à un prêt bancaire, la Cour d'appel de Nancy a au contraire considéré que la

⁸⁰⁷ Pour que l'erreur soit caractérisée, le contractant doit montrer qu'il ne maîtrisait pas la langue du contrat. Pour que l'argument prospère, la preuve d'un fait négatif doit ainsi être rapportée ; fait négatif qui, en tant que tel, est difficile à prouver. V. par exemple : CA Caen, 27 mai 2014, n° 12/00.636 ; CA Metz, 20 mars 2013, n° 10/03.586 ; CA Rennes, 23 octobre 2012, n° 11/07.397 ; CA Agen, 25 février 2009, n° 07/00.216 ; CA Pau, 13 février 2002, n° 99/00.872.

⁸⁰⁸ CA Pau, 10 décembre 2012, n° 11/01.638 ; CA Nancy, 11 octobre 2012, n° 11/02.427 ; CA Aix-en-Provence, 20 janvier 2011, n° 09/13.468 ; CA Dijon, 16 septembre 1999, n° 02.258/9 ; CA Metz, 4 janvier 1994, n° 4262/92.

⁸⁰⁹ Si le cocontractant pouvait facilement obtenir une traduction, en obtenant l'assistance d'un interprète, ou d'un proche maîtrisant la langue en question, l'erreur est, à notre sens, inexcusable. Quoique le caractère inexcusable de l'erreur ne se soit pas toujours expressément mentionné, différentes décisions soulignent le manque de diligence du contractant : v. CA Nancy, 23 septembre 2015, n° 14/02.713 ; CA Lyon, 10 septembre 2015, n° 13/06.739 ; CA Montpellier, 24 juillet 2013, n° 12/04.785 ; CA Pau, 10 décembre 2012, n° 11/01.638 ; CA Orléans, 2 avril 2012, n° 11/00.733 ; CA Besançon, 11 octobre 2005, n° 04/00.888 ; CA Orléans, 14 mai 1998, n° 96/00.2385.

⁸¹⁰ Et pour cause, le contractant se prévalant du dol doit tout d'abord démontrer qu'il ne maîtrise pas la langue utilisée. Ensuite, pour que l'argument du dol prospère, il faut démontrer que l'une des parties a intentionnellement utilisé une langue inconnue de son cocontractant pour parvenir à la conclusion d'un contrat qu'il n'aurait, sans l'utilisation de ces manœuvres dolosives, pas pu conclure. V. à ce sujet CA Lyon, 7 avril 2016, n° 15/01.137 ; CA Orléans, 10 décembre 2015, n° 15/00.261 ; CA Versailles, 21 mai 2015, n° 13/06.220 ; CA Paris, 25 novembre 2014, n° 13/13.348 ; CA Pau, 25 juillet 2014, n° 12/02.356 ; CA Nancy, 14 mars 2012, n° 09/02.392 ; CA Aix-en-Provence, 30 juin 2010, n° 08/06.855 ; CA Paris, 7 janvier 2009, n° 08/04.089 ; CA Versailles, 3 février 2006, n° 04/06.907. Dans certaines décisions, les juges du fond ont toutefois pris en considération la langue caractériser le dol. Sans être décisive à elle seule, l'utilisation d'une langue étrangère a parfois été prise en considération : Civ 3^{ème}, 20 mai 2008, n° 06-20.316 ; CA Rouen, 15 juin 2004, n° 02/00.916 ; CA Dijon, 31 octobre 1989, n° 2060/1988. 2155.

⁸¹¹ CA Aix-en-Provence, 2 juillet 2015, n° 13/22142.

⁸¹² La Cour affirme ainsi que « la rédaction en langue anglaise des conditions générales de vente est sans emport dans le présent litige, cette langue du commerce international étant employée par les deux parties dans leurs échanges et donc connue d'elles ».

clause d'élection de droit, contenue dans des conditions générales, était « inopposable » aux emprunteurs. Et pour cause, si le contrat de prêt renvoyait aux conditions générales de la banque, consultables sur place, le seul affichage de ces dernières était insuffisant et ce d'autant plus que ce document était rédigé en allemand, langue non maîtrisée par les emprunteurs français. La langue de rédaction des conditions générales, sans être décisive à elle seule, fut ainsi prise en considération pour caractériser l'absence d'acceptation de la clause d'élection de droit⁸¹³.

On voit que dans certaines décisions, l'emploi d'une langue étrangère est de nature à faire obstacle à la caractérisation de l'acceptation tacite. D'autres vices, que l'on peut qualifier d'extrinsèques, ont également pour effet de perturber la formation de la convention litigieuse.

II) Les vices extérieurs à la clause

392. Le processus de formation de la convention litigieuse est parfois affecté par l'existence de vices qui sont extérieurs à ladite convention. Dans certaines hypothèses, le document contenant la clause litigieuse n'a pas été transmis au contractant (A). Dans d'autres situations, la stipulation dont l'acceptation est alléguée est contredite par une clause incompatible, qui conduit à douter de l'existence d'un accord des parties (B).

A) L'absence de communication du document contenant la clause

393. De notre point de vue, pour que l'on puisse légitimement voir dans le silence une manifestation tacite de volonté, il faut que le document contenant la clause litigieuse ait fait l'objet d'une communication effective. Ou, à tout le moins, il faut que l'auteur des conditions générales ait averti son partenaire contractuel de l'existence du document contenant la clause litigieuse et que ce dernier soit accessible. En l'absence de tout acte de communication, le silence du destinataire est frappé d'équivocité. Du fait de l'ambiguïté de l'attitude qui le sous-tend, le silence ne saurait — dans de telles circonstances — être analysé comme un indice de volonté. C'est ce que prévoit l'article 1119 du Code civil, lorsqu'il précise que « les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci ».

⁸¹³ CA Nancy, 27 novembre 2003, n° 00/00.224.

394. En matière d'arbitrage, la Cour de cassation considère que la communication du document contenant la clause compromissoire n'est pas nécessairement requise⁸¹⁴. Il suffit que la partie ait eu connaissance de cette clause⁸¹⁵. Dès lors que la stipulation d'une clause compromissoire a, au sein du secteur dans lequel opèrent les parties, acquis l'autorité d'un usage ou dès lors qu'au cours de transactions antérieures, les contractants se sont préalablement référés au document contenant cette clause compromissoire, la connaissance de cette dernière est présumée. Le document au sein duquel la clause d'arbitrage est insérée n'a donc pas à être transmis au cocontractant.

395. Pour les conventions d'élection de for tombant dans le giron du règlement Bruxelles 1 bis, une solution assez similaire semble aujourd'hui prévaloir. La Cour de cassation estime que le renvoi exprès à des conditions générales équivaut à une transmission de ces dernières si lesdites conditions sont accessibles sur internet⁸¹⁶. De même, dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la première chambre civile du 20 novembre 2019, une société avait transmis à son partenaire contractuel une série de factures mentionnant l'existence de conditions générales⁸¹⁷. Cependant, le contenu des conditions générales n'était pas reproduit sur lesdites factures. La Cour de cassation a pourtant considéré qu'« en s'acquittant de factures contenant une référence claire à des conditions générales de vente mises expressément à sa disposition », le destinataire de ces factures avait nécessairement accepté la clause attributive de juridiction figurant dans les conditions générales. Pourtant, dans cette affaire, les conditions générales n'avaient jamais été communiquées au cocontractant et, d'après les dires du

⁸¹⁴ Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2016, n° 15-25.554 ; CA Paris, 17 mai 1995, *JDI* 1996, note E. Loquin.

⁸¹⁵ E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 145.

⁸¹⁶ V. ainsi : Civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.927 et 22-12.916, *Rev. crit. DIP* 2023. 827, note M. Barba. Comme cela est souligné par Monsieur M. Barba, « [i]nitiallement, il était exigé, outre un renvoi explicite, que les conditions soient communiquées à l'autre partie. Aujourd'hui, il suffit qu'elles soient accessibles » (« Des clauses attributives stipulées au sein de conditions générales », *op. cit.*, p. 834).

V. aussi : L. Larribère, « Le minimalisme des exigences formelles en matière de convention attributive de juridiction », Note sous CJUE, 24 novembre 2022, n° C-358/21, *op. cit.*, p. 451 : « la communication [du document contenant la clause] pouvait être entendue comme une exigence de transmission : le stipulant qui veut que ses conditions générales soient opposables à celui qui y adhère doit les lui transmettre, afin que ce dernier puisse en prendre connaissance. Or, c'est précisément cette analyse qui est désormais battue en brèche tant par la jurisprudence nationale qu'euro-péenne passant donc de la communication à la simple accessibilité, et d'une obligation de communication à un devoir de renseignement ».

⁸¹⁷ Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2019, n° 18-21.854, *D.* 2020. 1970, obs. E. Farnoux ; *Rev. crit. DIP* 2020. 31, note B. Remy. V. aussi Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n° 15-25.678.

pourvoi, elles étaient uniquement accessibles sur demande⁸¹⁸. Du point de vue de la réalité du consentement des parties, le raisonnement est contestable.

396. Une autre question est celle du moment auquel il faut transmettre — ou du moins rendre accessible — le document contenant la clause litigieuse. En matière d'arbitrage, la Cour de cassation a affirmé que « la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance *au moment de la conclusion du contrat* »⁸¹⁹. La mise à disposition du document contenant la clause doit ainsi être intervenue concomitamment à l'échange des consentements ; il faut qu'elle ait été effectuée antérieurement à la naissance du contrat principal. De même, pour les clauses d'élection de for, que ce soit sur le fondement du droit international privé commun ou sur le fondement des textes européens, la Cour de cassation a affirmé qu'une clause attributive de juridiction n'est valable que si elle a été connue et acceptée au moment de la formation du contrat⁸²⁰. En droit interne, une même solution prévaut⁸²¹.

Toutefois, cette règle est interprétée souplement. En particulier, dans le contexte de relations d'affaires antérieures, la Cour de cassation admet l'acceptation tacite de clauses insérées dans des factures ou des lettres de confirmation⁸²². Or, par hypothèse, la communication du document contenant la clause litigieuse est postérieure à la formation du contrat principal. Il semble donc que dans la mesure où le contractant a eu, lors des précédentes transactions, la possibilité de prendre connaissance du document contenant la clause, cela est suffisant pour que l'acceptation tacite soit caractérisée⁸²³.

⁸¹⁸ V. cependant CA Paris, 9 janvier 2019, n° 18/09.522 : « Les conditions générales de vente ne sont pas reproduites au verso des factures, mais font l'objet d'une simple mention au recto selon laquelle la délivrance des produits a été faite et facturée "en accord avec nos conditions générales de livraison et de vente". Il ne saurait s'inférer du paiement réitéré de factures portant cette simple mention l'acceptation de ces conditions générales de vente par la société IMDS ».

⁸¹⁹ V. not. Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport I*, *Rev. arb.* 1998. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999. 92.

⁸²⁰ Com. 15 octobre 1996, n° 94-17.249 ; Com. 26 mai 1992, n° 90-17.352, *Rev. crit. DIP* 1992. 703, note H. Gaudemet-Tallon ; Com. 10 janvier 1989, n° 86-15.847 ; Com. 28 février 1983 ; *JCP G* 1983. IV. 155 ; *DMF* 1983. 720, note R. Achard ; CA Paris, 6 janvier 2021, n° 20/08857 ; *CCC* n° 3, Mars 2021, comm. 39, note M. Malaurie-Vignal.

⁸²¹ La Cour de cassation a affirmé que « seules sont opposables à l'adhérent les conditions générales entrées dans le champ contractuel et dont l'intéressé a eu connaissance au moment de son adhésion » (Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n° 12-14.929 et 12-15.323). Sur cette question, v. D. Mainguy, « Conditions générales », *J.-Cl. Contrats — Distribution*, fasc. 60, n° 16 et s.

⁸²² Pour les clauses d'élection de for, v. par exemple : Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, n° 93-16.484, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 173, obs. Huet. Dans le même sens, v. Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, n° 97-17.578.

⁸²³ A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 515.

Pour déterminer si une clause accessoire a été tacitement acceptée, la question du conflit résultant de l'insertion de clauses contradictoires est, au contraire, déterminante.

B) La contradiction apportée par une stipulation incompatible

397. Lors de la conclusion d'un contrat, il n'est pas rare que des conflits de clauses surgissent : deux stipulations, ayant *a priori* vocation à intégrer le champ contractuel, se révèlent contradictoires et s'excluent mutuellement. Cette pathologie contractuelle résulte essentiellement de la conjonction de trois facteurs complémentaires : la longueur des relations tissées par les contractants, leur complexité et la multiplicité des documents contractuels échangés par les parties⁸²⁴. Dans ces hypothèses de conflits, la recherche d'une volonté tacite est parfois évacuée. Plus exactement, le phénomène du conflit de clauses se décline en une multiplicité d'hypothèses distinctes. Ces dernières ne font pas nécessairement intervenir la question de la volonté tacite. En outre, les hypothèses de conflit de clauses proviennent fréquemment de situations faisant intervenir un ensemble contractuel. Ces dernières hypothèses seront évoquées ultérieurement⁸²⁵. Aux fins de notre démonstration, nous distinguerons deux hypothèses. Parfois, l'acceptation tacite d'une clause est écartée en raison d'une autre clause expressément signée et incompatible avec cette dernière (1). Parfois, la contradiction résulte d'une stipulation non signée (2).

1) La contradiction apportée par une stipulation expressément signée

398. En premier lieu, il arrive qu'une clause figurant dans le corps d'un contrat écrit et signé par les deux parties soit contredite par une stipulation insérée dans des conditions générales. En d'autres termes, cette première hypothèse correspond à la situation dans laquelle il existe un conflit entre une clause expressément signée par les parties et une clause non signée. Par exemple, deux sociétés concluent un contrat de vente. Le contrat, signé par chacun des contractants, comprend une clause attributive de juridiction. Mais, concomitamment à la signature de ce contrat, le vendeur transmet à son cocontractant ses conditions générales, au sein desquelles figure une clause compromissoire. À la suite de la réception des conditions générales, l'acquéreur demeure silencieux.

⁸²⁴ L. Perreau-Saussine, « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 611 et s. et not. p. 611.

⁸²⁵ V. *supra* n° 464.

Dans une telle hypothèse, peut-on considérer que l'acquéreur a tacitement accepté la clause compromissoire ? Trois solutions semblent concevables : primauté de la clause attributive de juridiction, primauté de la clause compromissoire ou encore, du fait de la neutralisation de ces clauses incompatibles, application du droit commun de la compétence internationale. Dans de telles circonstances, la solution qui nous paraît la plus raisonnable est d'admettre la primauté de la clause attributive de juridiction. Chacune des parties ayant expressément accepté la clause attributive de juridiction, cet accord devrait logiquement chasser toute recherche d'une hypothétique acceptation tacite⁸²⁶. La fermeté de l'accord initial — s'étant manifesté par un échange de déclarations expresses — est telle qu'elle exclut toute recherche ultérieure d'une hypothétique acceptation de la clause compromissoire qui, du fait de son caractère tacite, repose nécessairement sur des indices de volonté moins probants. C'est la solution qui fut retenue, dans une espèce assez similaire, par la Cour d'appel de Grenoble le 28 novembre 1989⁸²⁷.

Dans l'arrêt du 25 juin 2014, les faits sont opposés⁸²⁸. Deux sociétés concluent un contrat-cadre, par lequel l'une d'elles confie à l'autre la distribution de ses produits. Ce contrat comporte une clause compromissoire : les parties contractantes ont donc expressément convenu du recours à l'arbitrage. Mais, par la suite, durant trois années, le distributeur s'était régulièrement acquitté de factures émises par le fournisseur. Or, ces factures contenaient une clause attribuant compétence aux tribunaux de Paris. S'estimant victime d'une rupture brutale des relations commerciales, le distributeur a initié une action en justice. Le litige ne portait donc pas sur l'un des contrats de vente, mais sur les relations nouées par les contractants, envisagées dans leur globalité. Or, ces relations étaient notamment structurées par le contrat de distribution.

Les juges du fond ont considéré que les parties avaient manifesté leur volonté de soumettre leurs relations à cette clause attributive de juridiction, ce qui rendait manifestement inapplicable la clause compromissoire stipulée dans le contrat de distribution. En d'autres termes, les juges du fond ont

⁸²⁶ Comp : L. Perreau-Saussine, « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », *op. cit.*, p. 621 : on peut se demander si « dans un conflit entre une clause attributive de juridiction expressément signée par les parties et une clause compromissoire non signée par les parties [...] il ne conviendrait pas — toute chose égale par ailleurs — d'écarter la priorité systématique conférée par la jurisprudence à l'application de la clause compromissoire et d'admettre, à tout le moins, que la clause d'arbitrage de juridiction puisse prévaloir dans certains cas, en fonction des circonstances de la cause, sur la clause compromissoire ».

⁸²⁷ CA Grenoble, 28 novembre 1989, *JDI* 1990. 626, note Ph. Kahn.

⁸²⁸ Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-23.669, *Rev. crit. DIP* 2015. 413, note S. Clavel.

estimé que les parties avaient tacitement manifesté leur volonté de substituer à la clause compromissoire insérée dans le contrat de distribution la clause attributive de juridiction figurant au dos des factures⁸²⁹. Sans surprise, la Cour de cassation devait casser cette décision des juges du fond, estimant, sur le fondement de l'effet négatif du principe compétence-compétence, aujourd'hui consacré à l'article 1448 du Code de procédure civile, que ces motifs étaient impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage.

Il faut maintenant envisager la seconde hypothèse, qui est celle de la « bataille des conditions générales ».

2) *La contradiction apportée par une stipulation non signée*

399. En second lieu, il arrive que deux clauses, figurant dans des documents non signés, entrent en contradiction. Par exemple, les conditions générales du vendeur comprennent une clause d'élection de for au profit d'une juridiction française, tandis que les conditions générales de l'acquéreur contiennent une clause attribuant compétence à un tribunal britannique. Ou, autre exemple, le vendeur transmet à l'acquéreur ses conditions générales, qui comprennent une clause compromissoire. L'acquéreur communique également au vendeur ses conditions générales, au sein desquelles figure une clause attributive de juridiction.

400. Il nous semble que dans la mesure où les conditions générales des parties contiennent des clauses incompatibles, le droit commun de la compétence internationale doit trouver application. Lorsque deux contractants ont échangé leurs conditions générales et que ces dernières contiennent des clauses de choix de for contradictoires, il nous semble plus raisonnable de s'en tenir à l'idée qu'elles ne sont pas parvenues à trouver un accord sur les modalités de règlement de leurs différends. Procédant de l'émission de volontés contradictoires, le conflit de clauses est l'expression d'un dissensus ; il devrait logiquement nous conduire à douter de l'accord dont l'existence est alléguée par l'une des parties⁸³⁰. Ainsi, la jurisprudence considère que lorsque chacune des parties a inséré dans ses conditions générales une clause attributive de juridiction et que les deux clauses s'avèrent incompatibles,

⁸²⁹ S. Clavel, « Substitution d'une clause attributive de juridiction à une clause compromissoire : conditions de mise en œuvre », note sous Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-23.669, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 413 et s. et not. p. 418.

⁸³⁰ En ce sens, P. Diener, thèse, *op. cit.*, p. 69.

tibles, c'est, faute d'accord sur la juridiction compétente, le droit commun de la compétence internationale qui s'applique⁸³¹. Les tribunaux anglais ont retenu la même solution⁸³². En droit commun des obligations, une même solution prévaut. L'article 1119, alinéa 2 du Code civil prévoit qu'« en cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet ».

⁸³¹ Com. 20 novembre 1984, *JCP G* 1987. II. 20 832, note A. Blaisse ; Com. 14 juin 1976, *D.* 1976, IR 258. V. également quoique rendu à propos de faits légèrement différents : Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995 ; *Bull. civ.* I, n° 140 ; *D.* 1995, IR 119.

⁸³² *Iran Continental Shelf Oil Company v IRI International Corporation* [2002] CLC 372 ; [2002] EWCA.

Conclusion du chapitre 2

401. Pour les relations qui transcendent les frontières nationales, le juge étant amené à se prononcer sur l'acceptation tacite d'une clause accessoire doit préalablement identifier la loi régissant cette question. Pour déterminer si une clause d'élection de droit a été tacitement acceptée, le raisonnement conflictuel prévaut. Par principe, le juge fera application de la loi que les parties auront désignée pour régir le contrat principal. Par exception, lorsque certaines conditions sont réunies, le contractant qui cherche à démontrer qu'il n'a pas accepté la clause d'élection de droit peut se prévaloir de la loi de l'État de sa résidence habituelle. L'application d'une loi étrangère, débouchant sur la consécration d'une fiction de volonté, peut ainsi être écartée. Pour déterminer si une clause de choix de for a été tacitement acceptée, au contraire, le raisonnement conflictuel est évincé. Sur le fondement de la méthode des règles matérielles, la jurisprudence énonce directement la solution applicable.

402. En matière d'arbitrage, la jurisprudence considère que dès lors qu'au moment de la conclusion du contrat principal, le contractant a connaissance de la clause d'arbitrage, son silence entraîne l'acceptation de cette dernière. Or, dans une telle hypothèse, il nous semble que le silence est chargé d'ambiguïtés et que la volonté qui est imputée au contractant est assez incertaine. Sans que l'on puisse parler de fiction juridique, une telle solution est contestable. Pour les clauses d'élection de for et pour les clauses d'élection de droit régies par la loi française, la jurisprudence est plus exigeante. Pour que l'acceptation tacite soit établie, il faut qu'il existe des relations d'affaires habituelles ou des usages commerciaux. Or, à notre sens, si l'existence de relations d'affaires habituelles constitue un indice assez pertinent, de nature à révéler une « véritable » volonté juridique, la valeur des usages est beaucoup plus douteuse. En particulier, lorsque ces derniers portent uniquement sur l'admission d'un certain formalisme et non sur le mode d'expression de la volonté, ils ne constituent pas un indice de volonté suffisant.

Même si des usages ou des relations d'affaires habituelles sont caractérisés, la jurisprudence estime que l'acceptation tacite ne sera pas nécessairement établie. La langue de rédaction de la clause litigieuse, l'absence de communication du document contenant cette dernière, l'illisibilité de la clause ou l'existence d'une stipulation contradictoire peuvent conduire à un renversement de la présomption d'acceptation pesant sur le contractant silencieux. Les tribunaux français prennent en considération ces

différents éléments de fait, notamment lorsqu'ils se prononcent sur l'acceptation d'une clause attributive de juridiction. Cette prise en considération démontre qu'un véritable souci de protection du consentement anime la jurisprudence française et oriente les solutions dégagées par nos tribunaux.

403. Pour conclure ces développements, quelques observations relatives à l'instance indirecte peuvent être formulées. On peut, en effet, se demander comment cette question de l'acceptation tacite serait appréciée au stade de l'instance indirecte. L'hypothèse qui pourrait se présenter est la suivante : une des parties a transmis à son partenaire contractuel ses conditions générales. Ces dernières comprennent une clause de choix de for : une clause attributive de juridiction ou une clause d'arbitrage. En réceptionnant les conditions générales en question, le contractant est resté silencieux. Il a ensuite saisi un juge — différent de celui désigné dans la clause de choix de for — qui s'est estimé compétent et a rendu un jugement contre l'auteur des conditions générales. Le contractant ayant gagné le procès demande ensuite, en France, la reconnaissance du jugement rendu en sa faveur. La reconnaissance du jugement doit-elle être refusée, pour cause de violation de la clause de choix de for ? Dans le cadre du règlement « Bruxelles 1 bis », il est clair que la violation d'une clause attributive de juridiction ne permet pas de fonder un refus de reconnaissance⁸³³. L'article 45, point 3, de ce règlement prévoit qu'« il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction d'origine »⁸³⁴.

404. Cependant, en dehors du champ d'application du règlement « Bruxelles 1 bis », la question d'un refus de reconnaissance a été amenée à se poser. Dans un arrêt *Sopam*, fort intéressant, rendu le 15 mai 2018⁸³⁵, la Cour de cassation a pris position. En l'espèce, une société burkinabé et une société française avaient conclu un contrat portant sur le transport d'un moteur. L'objet transporté ayant été endommagé, un litige a émergé. Les juridictions du Burkina Faso ont condamné la société française à payer des dommages-intérêts à son cocontractant. La société burkinabé a ultérieurement sollicité auprès du juge français l'exequatur de cette décision étrangère. Dans cet arrêt, les difficultés provenaient du fait que la société française avait transmis, par courriel, à son partenaire des conditions

⁸³³ S. Bollée, « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 241 et s. et not. p. 242 ; D. Sindres, « Le juge de l'exequatur et la clause d'élection de for », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 194 et s. et not. p. 197.

⁸³⁴ Cette règle connaît un certain nombre d'exceptions, mais la violation de la compétence du juge élu ne figure pas au sein de ces dernières.

⁸³⁵ Civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-17.546, *RDC* 2018. 382, note M. Laazouzi ; *D.* 2019. 1015, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2018. 919, note F. Mailhé ; *JDI* 2019. 10, note M.-E. Ancel ; *Rev. crit. DIP* 2019. 194, note D. Sindres.

générales comprenant une clause d'élection de for au profit des tribunaux français⁸³⁶. Les tribunaux burkinabés ont estimé que la société burkinabé n'avait pas accepté la clause d'élection de for et se sont donc estimés compétents. Le jugement burkinabé pouvait-il être revêtu de l'exequatur ? Les juridictions françaises ont refusé la reconnaissance du jugement burkinabé, pour cause de violation d'une clause attribuant compétence aux tribunaux français. La Cour de cassation a affirmé que dans la mesure où « les conditions générales de vente de la société Bolloré logistics [la société française] stipulaient une clause attributive de juridiction à un tribunal français, le président du tribunal en a exactement déduit que le juge burkinabé, saisi au mépris d'une telle clause, était dépourvu de compétence indirecte »⁸³⁷.

405. Que penser de cette solution ? Plus généralement, quel sort doit être réservé au jugement rendu par le juge non élu ? Plusieurs situations doivent être distinguées. Première situation : le juge étranger et le juge français estiment que la clause litigieuse n'a pas été acceptée. Autrement dit, quant à la question de l'acceptation tacite, l'ordre juridique français et l'ordre juridique étranger ont le même point de vue. Dans cette hypothèse, le jugement devrait être reconnu⁸³⁸.

Deuxième situation : Le juge étranger estime que la clause n'a pas été acceptée. Le juge français, saisi au stade de l'instance indirecte, estime — au contraire — que la clause a fait l'objet d'une acceptation tacite. Autrement dit, pour formuler la problématique en des termes plus abstraits : le juge étranger a refusé d'appliquer une clause que l'ordre juridique français tenait pour ayant été tacitement acceptée. Dans une telle situation, la réponse qui paraît de prime abord s'imposer est celle d'un refus de la reconnaissance du jugement étranger, car ce dernier a été rendu en violation de l'accord d'élection de for. Pourtant, comme cela a été souligné par Monsieur S. Bollée, une telle analyse n'est pas parfaitement satisfaisante, car elle fait abstraction de la problématique du conflit de systèmes :

« Quand on parle du juge élu ou non élu, il est nécessaire de préciser les choses. Un juge n'est pas élu ou non élu dans l'absolu : il l'est du point de vue d'un ordre juridique, qui considère ou non qu'il existe une clause attributive de juridiction valable et applicable au litige. Or, à cet égard, les points de vue en présence peuvent diverger. Ils peuvent même légitimement diverger : tous les ordres juridiques n'ont pas les mêmes règles, sans

⁸³⁶ Plus exactement, la clause figurait dans les conditions générales de vente du Groupe Bolloré. Ces conditions générales étaient jointes à un courriel, au côté d'un autre fichier joint intitulé « conditions générales amendées », qui y renvoyait.

⁸³⁷ En matière d'arbitrage, la solution opposée a été consacrée : Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *Rev. arb.* 2013. 411, note C. Debourg.

⁸³⁸ S. Bollée, « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu », *op. cit.*, p. 247.

que cet état de fait soit scandaleux, et il n'y a pas non plus une manière unique d'apprécier les faits, par exemple quand il y a une discussion sur le point de savoir si la clause a véritablement été acceptée»⁸³⁹.

La question peut donc être saisie sous ce « prisme relativiste ». Le point de vue de l'ordre juridique français doit-il nécessairement primer sur celui de l'ordre juridique étranger qui, pour sa part, a considéré que la clause n'avait pas fait l'objet d'une acceptation tacite ? À cette question, il n'y a guère de réponse évidente. Nous ne nous appesantirons pas davantage sur cette problématique, car au stade de l'instance indirecte, l'acceptation tacite de la clause ne pose pas de problème spécifique. Que le juge étranger se soit déclaré compétent pour cause d'une absence d'acceptation ou pour toute autre raison ne devrait pas avoir de véritable incidence sur le raisonnement retenu⁸⁴⁰.

⁸³⁹ S. Bollée, « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu », *op. cit.*, p. 245-246.

⁸⁴⁰ Pour une analyse plus approfondie de cette problématique, v. S. Bollée, « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu », *op. cit.*

Conclusion du titre 1

406. Dans le cadre de ce premier titre, nous nous sommes intéressés à deux types d'actes unilatéraux : les renonciations tacites, qui ont pour effet de provoquer l'extinction d'un droit déterminé, et l'acceptation tacite qui, au contraire, débouche sur la création de droits nouveaux. Les renonciations tacites paraissent, de prime abord, très hétérogènes : renonciations au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil, renonciations aux immunités étatiques ou encore renonciations à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale. Cependant, un examen démontre que ces dernières présentent un trait commun : elles sont fréquemment déduites d'actes procéduraux. Or, ces renonciations formées durant le procès reposent sur une fiction juridique. Un argument permet de s'en convaincre. La renonciation est un acte juridique qui est directement contraire à l'intérêt de son auteur. Par définition, le renonçant se dépouille irrévocablement d'un droit, et ce, sans contrepartie. Or, il est difficile de concevoir qu'un plaideur étant d'ores et déjà engagé dans un contentieux ait la volonté de réaliser un tel acte. Au moment où le procès a débuté, au moment où un conflit oppose les parties, pourquoi le litigant abandonnerait-il l'un de ses droits ?

407. Les solutions fondées sur le concept d'acceptation tacite sont plus difficiles à analyser. En effet, nous avons principalement distingué trois types de solutions. Tout d'abord, la Cour de cassation estime que la clause d'arbitrage insérée dans des conditions générales est valable lorsque la partie à laquelle on l'« oppose » en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, par son silence, accepté cette clause. Dans une telle situation, la volonté sur laquelle repose cette acceptation nous paraît assez incertaine. Pour autant, il serait peut-être excessif de parler de fiction juridique. Ensuite, la Cour de cassation s'est prononcée sur des hypothèses dans lesquelles les contractants étaient liés par des relations d'affaires. Dans ce contexte, elle a estimé que le contractant qui avait fréquemment reçu des documents — tels que des factures ou des bons de confirmation de commande — se référant à des clauses de choix de for ou de choix du droit applicable avait, par son silence, accepté ces dernières. La solution nous paraît assez convaincante. Enfin, en présence d'usages du commerce international, la Cour de cassation et la Cour de justice estiment qu'une acceptation tacite des clauses de choix de loi ou de for peut parfois être caractérisée. Plus précisément, deux types d'usages sont pris en considération : des usages relatifs aux modes d'expression de la volonté et des usages relatifs à la forme admise dans le cadre du commerce international. Le premier type d'usage peut légitimement être pris en compte. La prise en considération des seconds suscite en revanche

certaines réserves. La Cour de justice de l'Union européenne estime en effet que dès lors que le formalisme adopté pour la clause d'élection de for est conforme à celui prévalant le plus souvent au sein du commerce international, le consentement à la clause doit être présumé. En d'autres termes, le consentement à la clause d'élection de for est déduit du respect des conditions formelles. Un tel raisonnement ne convainc pas. Même s'il serait peut-être excessif d'affirmer que de telles solutions reposent sur des fictions juridiques, ces solutions fondées sur les usages du commerce international sont contestables.

408. L'étude de l'acte unilatéral tacite étant achevée, il faut désormais nous atteler à présenter les solutions fondées sur le concept d'accord tacite. Pour ne pas donner une vue tronquée du droit positif, pour que notre travail de systématisation des solutions soit complet, il convient maintenant d'envisager la problématique de l'accord tacite.

Titre 2 : L'accord tacite

409. L'accord est classiquement défini comme la rencontre de deux ou plusieurs volontés exprimées en vue de la production d'effets juridiques⁸⁴¹. Par l'expression d'accord tacite, nous visons tout type d'accord qui serait le produit de deux ou plusieurs manifestations tacites de volontés. En d'autres termes, une série d'institutions dans lesquelles *chacun* des contractants a tacitement exprimé sa volonté sera maintenant examinée. Par exemple, dans l'hypothèse de l'accord procédural tacite, chacune des parties au procès a tacitement manifesté sa volonté : l'accord est bien le résultat de deux manifestations de volonté implicites. C'est ce qui distingue les présents développements de ceux consacrés dans le précédent chapitre relatif à l'acceptation. Dans ce dernier chapitre, nous avons en effet examiné des situations dans lesquelles l'acceptation est tacite, mais où l'offre est expresse.

410. Si nous avons retenu le terme d'accord et corrélativement exclu celui de contrat, cela s'explique par le fait que certaines des questions étudiées se rapportent à l'interprétation des conventions⁸⁴². Or, dans cette dernière configuration, l'accord tacite ayant été reconstitué par le juge ne donne pas naissance à un contrat autonome ; il vient simplement éclairer le sens d'un contrat préexistant⁸⁴³. Par exemple, une convention d'élection de for stipule expressément que les litiges relatifs à l'exécution du contrat relèvent de la compétence des juridictions françaises. Pour les litiges afférents à l'*exécution* du contrat, les parties ont ainsi expressément convenu que les tribunaux français seraient compétents. Mais pour les différends ayant trait à la *formation* du contrat, doit-on considérer que les parties ont tacitement conféré compétence à ces mêmes tribunaux ? Nous verrons que dans une telle hypothèse, la jurisprudence française répond parfois par l'affirmative. Elle considère que pour tous les litiges relatifs à la formation du contrat, les parties ont tacitement conféré compétence aux juridictions françaises.

⁸⁴¹ G. Cornu, *Dictionnaire juridique*, PUF, 14^{ème} édition, 2022.

⁸⁴² Sur la distinction de l'accord et du contrat, v. dans une perspective très différente : Y. Guenzoui, thèse, *op. cit.*

⁸⁴³ Si nous avons écarté ce terme de contrat, cela tient également au fait que certains auteurs estiment que les clauses de choix de loi ou de for ne peuvent pas être analysées comme des contrats, car elles ne créeraient pas de véritables obligations. Or, l'examen de cette question nous aurait détournés de nos investigations. Sur cette problématique, v. par exemple, à propos de la clause attributive de juridiction : D. Sindres, « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *op. cit.*, p. 801 et s. ; D. Sindres, « Nouvelles réflexions sur les clauses attributives de compétence optionnelles », *Rev. crit. DIP* 2023, p. 335 et s. et not. p. 336-339. Dans ce dernier article, Monsieur D. Sindres analyse les effets produits par les différents types de clauses optionnelles. À propos de la clause compromissoire : S. Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.* 2005, p. 917 et s. et not. 920-921. V. également P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*, n° 20. Cet auteur se prononce sur les différents types de clause.

Or, dans une telle hypothèse, on voit bien que le recours à la volonté tacite est utilisé pour éclairer le sens d'une convention préexistante et, plus précisément, pour délimiter le champ d'application matériel de la convention litigieuse. Le juge ne constate pas l'existence d'une convention tacite autonome et distincte de la convention d'élection de for, il reconnaît simplement l'existence d'un accord tacite, venant combler les lacunes de l'*instrumentum*. Par suite, si nous avons privilégié le terme d'accord, c'est que ce dernier nous paraît plus générique et plus extensif que celui de contrat ou de convention. Ainsi entendu, le terme d'accord tacite subsume et accueille, en son sein, des hypothèses dans lesquelles il existe un contrat tacite, mais également des hypothèses dans lesquelles la rencontre des volontés tacites vient simplement éclairer le sens d'un contrat préexistant.

411. Les accords tacites susceptibles d'avoir un impact sur la détermination du droit applicable, sur l'identification du juge compétent et sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont nombreux et diversifiés. L'accord tacite ne constitue pas une catégorie parfaitement homogène, mais recouvre un ensemble d'hypothèses hétéroclites et bigarrées. Afin de se frayer un chemin au sein de ces manifestations tacites, *a priori* si diverses, une distinction a paru structurante. Dans certaines hypothèses, il existe d'ores et déjà une clause expresse, par laquelle les parties ont tranché les questions du droit applicable ou du juge compétent. L'accord tacite porte uniquement sur l'extension de cette clause et se traduit par un accroissement du champ d'application de cette stipulation expresse. L'accord tacite est relatif à l'extension d'une stipulation accessoire. Dans d'autres hypothèses, au contraire, l'accord tacite est indépendant de toute extension d'une stipulation accessoire.

412. Il est nécessaire d'exclure les questions relatives à la transmission des clauses accessoires. En effet, il nous semble qu'aujourd'hui, le mécanisme de la transmission des clauses accessoires est

déconnecté de toute recherche de la volonté tacite⁸⁴⁴. Si des doutes avaient naguère pu naître⁸⁴⁵, la ligne jurisprudentielle paraît aujourd'hui bien fixée : dès lors que la transmission des droits substantiels est établie, la circulation de la clause d'arbitrage est automatique. Et pour cause, cette dernière est — selon l'analyse préconisée par la jurisprudence — transmise en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transféré⁸⁴⁶. Ce principe de transmission automatique de la clause d'arbitrage est, du reste, assez largement admis en droit comparé⁸⁴⁷.

Pour les clauses d'élection de for, une même analyse doit être retenue : dès lors qu'il y a une transmission des droits substantiels, la clause d'élection de for est opposable à l'acquéreur des droits substantiels en question. La Cour de justice a par exemple considéré que si le porteur du connaissance avait succédé dans les droits et obligations du chargeur, la clause d'élection de for lui était opposable⁸⁴⁸. En d'autres termes, dès lors que le porteur du connaissance a succédé dans les droits et obligations

⁸⁴⁴ Comme l'écrit Monsieur S. Bollée, à propos de la clause d'arbitrage, « la transmission de l'action contractuelle et de la clause compromissoire qui l'accompagne est censée reposer sur un mécanisme *purement objectif*, c'est-à-dire déconnecté de toute référence à une forme d'acceptation de la part du demandeur » (S. Bollée, « La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété », note sous civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *D.* 2007, p. 2077 et s.).

En ce sens, v. également, A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », in *Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 57 et s. et not. p. 59 ; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 712.

⁸⁴⁵ En effet, la Cour de cassation avait tout d'abord estimé que « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de cette clause » (Civ. 1^{ère}, 6 février 2001, *Bull. civ.* I, n° 22, p. 15 ; *JCP* 2001. II. 10 567, note C. Legros ; *D.* 2001, S.C. 1135, obs. Ph. Delebecque ; *CCC* 2001, com. 82, note L. Leveneur ; *Defrénois* 2001, article 37365, n° 42, note R. Libchaber ; *JCP E* 2001. 1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube). Or, cette référence à l'ignorance raisonnable de la clause pouvait laisser penser que le mécanisme de la transmission était lié à la volonté tacite. Mais, dans l'arrêt *ABS*, la Cour de cassation a abandonné cette référence à l'ignorance raisonnable, consacrant ainsi une conception purement objective de la transmission (Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS c/ société Amkor*, *Rev. arb.* 2007. 786, note X Ahdab ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *JDI* 2007. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, p. 12, note F. Parsy ; *RTD com.* 2007. 677, obs. E. Loquin ; *D.* 2008, pan. 184, obs. Th. Clay ; *JCP G.* 2007. II 10118, note C. Golhen ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *CCC* 2007. 166, note L. Leveneur ; *JCP G.* 2007. I. 168, § 11, obs. Ch. Seraglini ; *JCP G.* 2007. I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *LPA*, 2007, n° 160, p. 23, note A. Malan).

⁸⁴⁶ Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 712. Sur l'idée d'accessoire au second degré, en vertu de laquelle la clause d'arbitrage est l'accessoire du droit d'action, qui est lui-même l'accessoire du droit substantiel : v. E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Cab. Arb.* 2004, p. 49 et s. et not. p. 53.

⁸⁴⁷ S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », in S. Brekoulakis, J.-D.-M. Lew, et al. (dir.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2016, p. 119 et s. et not p. 122.

⁸⁴⁸ CJCE, 19 juin 1984, aff. 71/83, *Tilly Russ*, *Rev. crit. DIP* 1985. 385, note H. Gaudemet-Tallon ; CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-387/98, *Coreck Maritime*, *JDI* 2001. 701, note J.-M. Bischoff ; *Rev. crit. DIP* 2001. 359, note F. Bernard Fertier. Pour déterminer si le tiers, porteur du connaissance a succédé dans les droits du chargeur, il faut se référer au droit national applicable.

du chargeur, la clause est automatiquement jugée opposable au porteur du connaissance⁸⁴⁹. La Cour de justice a également considéré que dès lors qu'un investisseur, ayant acquis ses titres sur le marché secondaire, a succédé dans les droits et obligations de l'intermédiaire financier, la clause lui est opposable⁸⁵⁰. Dans chacune de ces deux hypothèses, il n'est pas nécessaire de rechercher si l'investisseur a tacitement exprimé son consentement à la clause d'élection de for. Le rayonnement de la clause d'élection de for provient de la transmission des droits substantiels et non de la recherche d'un hypothétique consentement tacite.

Cette question de la transmission étant exclue, on envisagera donc successivement l'accord tacite relatif à l'extension d'une stipulation accessoire (Chapitre 1) et l'accord tacite indépendant de toute extension d'une stipulation accessoire (Chapitre 2).

⁸⁴⁹ Quant à cette question v. aussi les arrêts assez récents de la Cour de cassation : Com. 20 octobre 2021, n° 20-14.275 ; D. 2021. 2296, note T. Luye ; *ibid.* 2022. 915, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; RTD com. 2021. 909, obs. B. Bouloc ; DMF 2021. 1026, obs. P. Delebecque ; Rev. crit. DIP 2022. 771, note F. Jault-Seseke ; Com. 27 septembre 2017, n° 15-25.927, D. actu. 6 octobre 2017, obs. F. Mélin ; D. 2018. 966, obs. S. Clavel, F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. crit. DIP 2017. 602, rapp. F. Schmidt ; *ibid.* 612, note H. Muir Watt ; RJD 2018, n° 96 ; Gaz. Pal. 27 févr. 2018, p. 32, note R. Carayol ; EEI 2018, n° 7, obs. O. Cachard ; DMF 2017. 1012, rapp. F. Schmidt, obs. P. Delebecque. Sur ces deux arrêts, v. l'étude récente et approfondie de Monsieur D. Sindres : « Le "destinataire réel" des marchandises peut-il se voir opposer la clause attributive de compétence convenue entre le chargeur et le transporteur maritime ? », Rev. crit. DIP 2024, p. 23 et s.

⁸⁵⁰ Plus exactement, pour que la clause soit opposable à l'investisseur, trois conditions sont posées. En premier lieu, il faut que cette clause soit valide dans le rapport entre l'émetteur et l'intermédiaire financier. En deuxième lieu, il faut que l'investisseur ait succédé audit intermédiaire dans les droits et les obligations attachés à ces titres en vertu du droit national applicable. En troisième lieu, il faut que l'investisseur ait eu la possibilité de prendre connaissance du prospectus contenant ladite clause (CJUE, 20 avr. 2016, aff. C-366/ 13, *Profit Investment SIM*, précité).

Chapitre 1 : L'accord tacite relatif à l'extension d'une stipulation expresse

413. Nous allons maintenant examiner une série d'hypothèses dans lesquelles la caractérisation d'un accord tacite entraîne une extension du champ d'application de clauses accessoires portant sur le droit applicable ou sur le juge compétent. Dans les situations que nous nous apprêtons à examiner, une convention expresse est d'ores et déjà conclue ; la recherche de la volonté tacite rejaillit uniquement sur la portée de la convention litigieuse. Nous retiendrons une conception particulièrement large de ce terme d'extension, une conception plus large que celle actuellement en vogue au sein de la doctrine arbitragiste. En effet, dès lors qu'il y a un accroissement du champ d'application d'une stipulation accessoire, il nous semble possible de parler d'extension. Au demeurant, alors qu'actuellement le terme d'extension est surtout utilisé pour décrire le rayonnement de la clause d'arbitrage, nous l'emploierons pour trois types de stipulations : clause d'élection de droit, clause d'élection de for et, bien sûr, clause d'arbitrage. Pour rappel, nous utiliserons le terme de clause de choix de for pour englober deux types de stipulations : les clauses compromissoires et les clauses attributives de juridiction.

Pour dissiper les incertitudes gravitant autour de ce terme d'extension, deux exemples peuvent immédiatement être donnés. Supposons qu'un contrat de vente international comporte une clause stipulant que tous les litiges relatifs à la formation et à l'exécution du contrat relèvent de la compétence des tribunaux français. Peut-on en conclure que les parties ont, pour tous les litiges délictuels en lien avec le contrat, tacitement attribué compétence aux tribunaux français ?

Ou encore, imaginons qu'un contrat de prêt comporte une clause d'élection de droit, en faveur de la loi française. Peut-on étendre cette clause d'élection de droit à un acte de cautionnement ayant pour objet de garantir le remboursement du prêt en question ? Plus exactement, dans une telle hypothèse, doit-on considérer que les contractants ont eu la volonté de soumettre cet ensemble contractuel — composé du prêt et du cautionnement — à l'empire d'une loi unique ? Comme le montre ce dernier exemple, les interrogations explorées au sein de ce chapitre sont intimement liées à la problématique du groupe de contrats. Ce sont, le plus souvent, les groupes de contrats qui génèrent une extension de la stipulation litigieuse, cette dernière étant alors amenée à couvrir l'ensemble des conventions intégrées au sein de l'ensemble contractuel.

414. L'importance d'une telle question est aujourd'hui difficilement contestable. Au sein de la sphère du commerce international, ces ensembles contractuels sont désormais amenés à proliférer⁸⁵¹ ; prolifération qui résulte elle-même du concours de plusieurs facteurs causaux différents⁸⁵². Tout d'abord, les opérations économiques transnationales sont bien souvent d'une grande complexité. Cette donnée explique qu'afin de parfaire le processus de formalisation de la transaction économique, les opérateurs du commerce international soient fréquemment amenés à conclure une multitude de contrats⁸⁵³. Ensuite, la division du travail ne cesse de s'intensifier⁸⁵⁴ ; les activités économiques développées par les firmes multinationales sont de plus en plus étroitement spécialisées⁸⁵⁵. Pour réaliser une opération économique d'envergure, l'initiateur d'un projet est parfois tenu de s'en remettre à une série de prestataires économiques différents. Dans cette configuration, non seulement il y a une pluralité de contrats, mais chacun des contrats est conclu avec une partie différente⁸⁵⁶.

415. Or, du point de vue de la technique juridique, les différentes formes d'ensemble contractuel génèrent des questions similaires. Est-il possible d'étendre la clause d'*electio juris* figurant dans un contrat à l'égard de l'ensemble des conventions auquel ce contrat se rattache ? Peut-on considérer que la clause de choix de for, insérée au sein d'une convention spécifique, doit déployer ses effets à l'égard des différends découlant d'un contrat lié ? L'idée paraît séduisante ; amené à se départir d'une approche atomiste, fondée sur l'appréciation de cette particule élémentaire qu'est le contrat, le juge serait en mesure de prendre en considération la réalité économique procédant de la réalisation d'une opération unitaire. Si la prise en considération du groupe de conventions est dotée d'un véritable pouvoir

⁸⁵¹ En ce sens, v. également D. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », *Rev. Arb.* 1997, p. 471 et s. et not. p. 471-472 ; M. Salah Mohamed Mahmoud, « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », *RDAl* 1996, p. 593 et s. ; Ph. Leboulanger, « Multi-Contract Arbitration », *Journal of International Arbitration* 1996, p. 43 et s. et not. p. 45-46.

⁸⁵² Sans prétention d'exhaustivité, on mentionnera ici deux facteurs, mais il est certain que d'autres causes pourraient être mentionnées.

⁸⁵³ En un sens assez similaire, v. D. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », *op. cit.*, p. 471 ; S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not. p. 285.

⁸⁵⁴ Rapprochement : E. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 211 : « Si l'on fait abstraction des formes variées que prend la division du travail suivant les conditions de temps et de lieux, il reste ce fait général qu'elle se développe régulièrement à mesure qu'on avance dans l'histoire ».

⁸⁵⁵ D. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », *op. cit.*, p. 471-472. Du point de vue de l'interniste, v. B. Teyssié, *Les groupes de contrat*, LGDJ, 1975, p. 8.

⁸⁵⁶ Rapprochement : A.-C. Dimolitsa, « L'«extension» de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf », *ASA Bulletin* 2012, p. 516 et s. et not. p. 516 ; S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, not p. 120 ; B. Hanotiau, « Consent to Arbitration : Do We Share a Common Vision? », in William W. Park (dir.), *Arbitration International*, Oxford University Press, 2011, p. 539 et s. et not. not. p. 554 ; J. Burda, « The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law », *International Business Law Journal* 2011, p. 515 et s. et not. p. 515.

de séduction, il n'en reste pas moins qu'à notre sens, le principe dont il faut partir pour résoudre ces questions est celui de l'indépendance des conventions. Lors de la détermination du droit applicable, ou pour l'examen de la compétence internationale, le juge doit, par principe, examiner chaque contrat de façon isolée. Cependant, il est vrai que lorsqu'il est appliqué dans toute sa rigueur, ce principe n'est guère satisfaisant.

Tout d'abord, le principe d'indépendance des conventions est trop souvent générateur d'une fragmentation du contentieux et d'un éclatement du droit applicable à l'ensemble contractuel⁸⁵⁷. Le dépeçage du groupe de contrats est susceptible de mettre à mal la cohérence d'une opération économique globale, pensée comme une et indivisible⁸⁵⁸. Ensuite, dans un certain nombre de cas, l'objectif de protection de la volonté des contractants commande de déroger au principe de l'indépendance des conventions. En effet, il est permis de penser que dans certaines hypothèses, les parties auront voulu, fût-ce tacitement, que les différents contrats formant l'ensemble contractuel soient soumis à une même loi et à un juge unique. Dans l'immédiat, c'est principalement cette dernière considération qui nous mobilisera.

416. Pour correctement appréhender le problème de l'extension, une nouvelle distinction doit être établie. Dans certaines hypothèses, la caractérisation d'un accord tacite se traduit par l'extension de la convention litigieuse *ratione materiae*, c'est-à-dire que, par le truchement de la volonté tacite, la convention s'applique à des litiges ou à des questions substantielles qu'elle ne vise pas expressément (Section 1). Dans d'autres hypothèses, la recherche de la volonté tacite provoque une extension *ratione personae* : du fait de la volonté tacite, la convention litigieuse s'applique à une personne qui n'en est pas le signataire. En d'autres termes, par l'entremise de la caractérisation d'un accord tacite, il y a adjonction à la convention d'une tierce personne (Section 2)⁸⁵⁹. Enfin, parfois, la volonté tacite débouche sur une double extension, c'est-à-dire qu'elle entraîne à la fois une extension *ratione materiae* et

⁸⁵⁷ V. ainsi à propos de l'extension de la clause d'arbitrage : M. Salah Mohamed Mahmoud, « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 609.

⁸⁵⁸ On sera amené à nuancer cette affirmation.

⁸⁵⁹ A notre connaissance, l'ensemble de la doctrine distingue très clairement ces deux questions : v. par exemple, A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 61 ; F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *Rev. arb.* 2017, p. 389 et s. et not. p. 389 ; D. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », *op. cit.*, p. 474 ; E. Loquin, « Clauses compromissoires et groupe de sociétés, approche méthodologique », in *Mélanges J. Priour*, LexisNexis, 2014, p. 241 et s. et not. p. 242 ; B. Hanotiau, « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts Parties Issues », *Journal of International Arbitration* 2001, p. 251 et s. et not. p. 255 (cet auteur critique toutefois le terme d'extension).

une extension *ratione personae*⁸⁶⁰. Dans cette dernière hypothèse, la clause accessoire s'applique à un contrat lié qu'elle ne vise pas expressément. Mais, en outre, les parties à ce contrat lié ne sont pas les mêmes que les parties au contrat dans lequel la clause accessoire est insérée (Section 3). Par exemple, une clause d'élection de droit, insérée dans un contrat de prêt s'applique à un contrat de cautionnement. L'extension se fait *ratione materiae* : du prêt vers le cautionnement. Mais elle se fait aussi *ratione personae*, car la clause d'élection de droit n'a pas été expressément acceptée par la caution.

⁸⁶⁰ F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 395.

Section 1 : L'extension *ratione materiae*

417. Avant d'envisager les solutions substantielles consacrées par la jurisprudence, il faut brièvement revenir sur la problématique du droit applicable à l'extension *ratione materiae*. En l'occurrence, pour les trois types de clauses étudiées, le raisonnement conflictuel est évincé. Quant à la question de l'extension de la clause d'élection de droit, en effet, nous verrons que les différents règlements européens consacrent des règles matérielles spécifiques ayant pour corrélat d'écarter toute recherche du droit applicable à l'extension de la clause d'élection de droit. Pour la question de l'extension de la convention d'arbitrage, la jurisprudence française a également exclu le raisonnement conflictualiste⁸⁶¹. Pour déterminer si la clause d'arbitrage peut s'étendre à une question qu'elle ne vise pas expressément, la jurisprudence applique, sans détour, la loi française⁸⁶².

418. Pour les clauses d'élection de for, le constat est peut-être moins évident à formuler. Antérieurement à l'introduction du règlement « Bruxelles 1 bis », la Cour de justice avait refusé de forger des règles d'interprétation autonomes et avait abandonné cette question au juge national⁸⁶³. Or, lorsqu'elles ont interprété des conventions d'élection de for, les juridictions françaises ont, jusqu'à présent, toujours exclu la méthode conflictuelle⁸⁶⁴. À tout le moins, lorsqu'on examine les arrêts de la Cour de cassation relatifs à cette problématique, on ne trouve nulle trace du raisonnement conflictualiste⁸⁶⁵. Sous l'empire du règlement « Bruxelles 1 bis », en est-il de même ? Nous avons vu que pour déterminer le droit applicable à la convention d'élection de for, le juge doit, par application de l'article 25, se référer aux règles de conflit en vigueur dans l'État de la juridiction désignée au terme de la clause⁸⁶⁶. À la lettre, ce texte couvre uniquement la question de la validité de la convention

⁸⁶¹ Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 690 ; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 151.

⁸⁶² V. l'ensemble des décisions jurisprudentielles citées au sein de cette section.

⁸⁶³ CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, pt 37 ; CJCE, 3 juillet 1997, *Benincasa*, aff. C-269/ 95, *JDI* 1998. 581, note J.-M. Bischoff, pt 31.

⁸⁶⁴ Ph. Guez, thèse, *op. cit.*, p. 389 ; P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁶⁵ V. l'ensemble des décisions jurisprudentielles citées au sein de cette section.

⁸⁶⁶ V. *supra* n° 291.

d'élection de for. Cette règle de conflit n'a donc pas vocation à gouverner la problématique de l'interprétation de cette convention. Lorsque l'on examine les clauses d'élection de for demeurant régies par le droit commun, le même constat prévaut : le raisonnement conflictualiste est évincé⁸⁶⁷.

419. Cette problématique étant désormais évacuée, il reste maintenant à examiner le contenu des règles matérielles relatives à cette question. De ce point de vue, deux hypothèses doivent, de nouveau, être distinguées. Parfois, la volonté tacite intervient uniquement pour parfaire le processus d'interprétation d'une clause figurant dans un contrat isolé (sous-section 1). Dans d'autres circonstances, par le truchement de la volonté tacite, la clause litigieuse est étendue à un contrat lié, distinct de la convention dans laquelle elle est insérée (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'extension de la stipulation figurant dans un contrat isolé

420. Il n'était pas possible d'envisager ici l'ensemble des problèmes d'interprétation générés par les clauses de choix de loi ou de for. Dans la suite de ces développements seront évoquées deux hypothèses spécifiques dans lesquelles la volonté tacite peut être mobilisée pour parfaire le processus d'interprétation de clauses accessoires. Dans l'ensemble, nous verrons que les solutions jurisprudentielles relatives à cette question sont assez incertaines. Et pour cause, le problème de l'interprétation des clauses de choix de loi et de for est souvent perçu comme un pur problème de fait qui, comme tel, relèverait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Une véritable jurisprudence peine à se dégager. Quoi qu'il en soit, nous nous prononcerons tout d'abord sur l'extension de la stipulation litigieuse à l'égard de l'ensemble du contentieux contractuel (I). Ensuite, nous envisagerons le problème de l'extension de la clause à l'égard du contentieux délictuel en relation avec le contrat (II).

⁸⁶⁷ Les arrêts se prononçant sur l'interprétation de ces clauses sont assez rares. On peut toutefois mentionner, par exemple : Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, JurisData n° 1992-001960 ; *Bull. civ.* I, n° 203 ; *JCP G* 1992. IV. 2510 ; *D.* 1994. 169, note Ph. Guez ; TGI Seine, 28 février 1961, *JDI* 1962. 176, obs. J.-B. Sialelli ; *Rev. crit. DIP* 1961. 572, note Y. Loussouarn.

I) L'extension de la stipulation à l'égard de l'ensemble du contentieux contractuel

421. Lorsqu'une clause de choix de for vise uniquement les litiges relatifs à l'exécution du contrat, peut-on en conclure que les parties ont également, pour tous les litiges relatifs à sa validité, tacitement conféré compétence au juge élu ⁸⁶⁸? Bien que la jurisprudence ne soit pas dépourvue de toute contradiction, les tribunaux français ont généralement tendance à admettre que la clause de choix de for s'applique à l'ensemble du contentieux (A). Toutefois, lorsqu'ils se prononcent en faveur d'une extension de la clause de choix de for, les juges français n'invoquent pas toujours directement et expressément le concept de volonté tacite. Pourtant, il nous semble que pour justifier les solutions relatives à l'extension des clauses de choix de for, le concept de volonté tacite pourrait valablement être mobilisé, il est doté d'un pouvoir explicatif (B).

A) La présentation des solutions jurisprudentielles

422. Afin de ménager la clarté de notre exposé, nous présenterons successivement les solutions jurisprudentielles relatives à l'extension des clauses d'élection de for (1) et les solutions portant sur l'extension des clauses d'arbitrage (2).

1) Les solutions relatives aux clauses d'élection de for

423. Dans un arrêt du 24 février 2016, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une extension de la convention d'élection de for. Dans cette affaire, la clause attributive de juridiction litigieuse stipulait « qu'en cas de litige découlant de l'interprétation et/ou de l'application du présent contrat, les parties se soumettent expressément à la compétence des tribunaux de Barcelone »⁸⁶⁹. La Cour d'appel avait estimé que la convention d'élection de for ne s'appliquait pas à l'action visant à obtenir la nullité du contrat. La Cour de cassation a cassé cet arrêt. Elle a affirmé que dans la mesure où « la clause confie en termes très généraux aux tribunaux de Barcelone tout litige découlant de

⁸⁶⁸ Par souci de synthèse, nous nous focaliserons sur cette unique question. Il n'en reste pas moins qu'une succession d'interrogations très similaires peuvent se présenter. Si la clause de choix de for vise uniquement les litiges relatifs à l'interprétation du contrat, peut-on considérer que le tribunal élu est compétent pour se prononcer sur le contentieux relatif à la validité ou à l'exécution de ce dernier? Si la clause de choix de for vise uniquement les litiges relatifs à la validité et à l'exécution du contrat, doit-on considérer que le juge élu est compétent pour se prononcer sur les différends relatifs à la résiliation de ce dernier? La directive que nous préconisons dans la suite de ces développements peut également être employée pour résoudre ces questions : il faut présumer que les parties ont voulu, fût-ce tacitement, centraliser le contentieux découlant du contrat devant le juge élu.

⁸⁶⁹ Pour avoir connaissance du libellé exact de la clause, il faut se reporter au moyen annexe.

l'interprétation et/ou de l'exécution du contrat, sans distinguer selon l'objet de la demande, la cour d'appel a violé » l'article 23 du règlement « Bruxelles 1 » et l'article 1134 du Code civil⁸⁷⁰.

424. L'arrêt est intéressant, car nous l'avons dit, l'interprétation des conventions est généralement considérée comme une pure question de fait qui, comme telle, relèverait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, ici, loin de s'en tenir à cette idée contestable, la Cour de cassation n'a pas hésité à casser l'arrêt d'appel. Cassation d'autant plus remarquable qu'elle n'est pas fondée sur le grief de dénaturation d'un texte clair et précis, mais sur celui de violation de la loi. Cela revient tout simplement à ériger l'interprétation des conventions d'élection de for en un véritable problème de droit.

425. Cette solution suscite toutefois plusieurs interrogations. Tout d'abord, on peut s'interroger sur le fondement de l'extension de la clause de choix de for. La motivation de la Cour de cassation est imprécise et même assez énigmatique. Car la motivation de la Cour donne à penser que l'interprétation de la clause est simplement fondée sur le constat d'une volonté clairement exprimée. Or, ici, de toute évidence, pour le problème de l'extension de la clause, le libellé ne fournissait aucune réponse claire. En dépit de cette formulation ambiguë, on peut se demander si l'idée de volonté tacite n'est pas le véritable fondement d'une telle solution.

Ensuite, en substituant leur interprétation de la convention à celle de la cour d'appel, les juges de cassation ont-ils manifesté leur volonté d'imposer une interprétation uniforme ? Si l'on retient une réponse positive, cela impliquerait que chaque fois qu'une convention d'élection de for viserait les litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, il faudrait considérer que la convention litigieuse s'applique à l'ensemble des différends relatifs à la formation de ce dernier⁸⁷¹. À la lecture d'une telle décision, il serait audacieux d'apporter une réponse aussi catégorique. Il est difficile de déterminer si la solution prétorienne vaut uniquement pour le cas d'espèce ou si elle a vocation à s'étendre, au-delà des faits sur lesquels elle est assise, à toutes les espèces mettant en jeu l'interprétation d'une convention d'élection de for. Il reste qu'avec cet arrêt, un mouvement de faveur à un

⁸⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 24 février 2016, n° 15-10.639, *RTD com.* 2016. 588, obs. Ph. Delebecque. V. aussi, en ce sens, quoique moins net : Civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 00-17.709 ; *JDI* 2003. 146, chron. A. Huet ; *RJD* 2002, n° 969. Contra : Civ. 1^{ère}, 25 janvier 1983, n° 81-16415, *Rev. crit. DIP* 1983. 516, note H. Gaudemet-Tallon.

V. aussi quoique portant sur une question d'interprétation assez différente : Com. 5 avril 2016, n° 14-22.686. Sur le problème de l'interprétation des clauses d'élection de for, v. M.-E. Ancel, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 7^{ème} édition, 2024, p. 240 et s.

⁸⁷¹ En ce sens, J. Barbet, « Chronique de jurisprudence française », *Rev. arb.* 2017, p. 617 et s. et not. p. 620.

principe d'interprétation extensive de la clause d'élection de for semble bel et bien impulsé. Ce mouvement jurisprudentiel de faveur à un principe d'interprétation extensive peut d'ailleurs être observé dans d'autres États.

426. Les tribunaux britanniques avaient initialement retenu une méthode d'interprétation purement littérale. Sur ce fondement, des distinctions au caractère quelque peu byzantin avaient été établies par la jurisprudence. La jurisprudence britannique considérait, par exemple, que la clause se référant aux litiges *arising under the contract* avait un champ d'application matériel plus étroit que celle employant l'expression *arising out of the contract*⁸⁷². Au terme d'une telle analyse, la recherche de la volonté tacite n'avait pas la moindre place, elle était phagocytée par l'examen du lexique employé. Cette méthode d'interprétation purement littérale est désormais répudiée. Les tribunaux anglais préconisent aujourd'hui une interprétation extensive des clauses d'élection de for. Ils présument que des acteurs commerciaux rationnels n'avaient pas pour intention que les différentes actions dérivant de la relation contractuelle soient appréciées par des tribunaux différents. Le champ d'application des clauses d'élection de for doit, dès lors, être aussi large que possible⁸⁷³.

427. Pour l'extension des clauses d'arbitrage, des solutions semblables ont tendance à prévaloir. Néanmoins, dans la mesure où la Cour de cassation se retranche, bien souvent, derrière le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, les lignes directrices se dégageant de la jurisprudence française sont particulièrement difficiles à déceler⁸⁷⁴.

⁸⁷² L. Collins of Mapesbury, J. Harris, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 639-640 ; M. Pryles, J.-M. Waincymer, "Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties", in A.-J. Van den Berg (dir.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, Kluwer Law International, 2009, p. 437 et s. et not. p. 444.

⁸⁷³ A. Briggs, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, 2008, p. 128 ; L. Collins of Mapesbury, J. Harris, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 640.

⁸⁷⁴ J. Barbet, « Chronique de jurisprudence française, *op. cit.*, p. 619.

2) *Les solutions relatives aux clauses d'arbitrage*

428. La jurisprudence française relative à cette problématique manque de cohérence. Les juridictions françaises, en effet, se sont plusieurs fois prononcées sur de telles clauses — que l'on peut qualifier de pathologiques⁸⁷⁵ — et les réponses qu'elles ont apportées n'étaient pas toujours les mêmes. Dans certaines décisions, les juges français ont refusé toute extension de la clause d'arbitrage. Par le passé, la Cour de cassation a ainsi jugé que dans la mesure où la clause compromissoire litigieuse ne visait que les « réclamations portant sur la qualité des marchandises ou les différends portant sur l'interprétation de la clause de vente », les juges du fond avaient valablement pu considérer que cette clause ne s'appliquait pas à une action en nullité⁸⁷⁶. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a de nouveau considéré que la clause d'arbitrage, visant uniquement les litiges pouvant survenir « dans l'application du présent contrat », ne trouvait pas application pour les différends relatifs à la validité de ce dernier⁸⁷⁷.

429. D'autres décisions jurisprudentielles, toutefois, se prononcent au contraire en faveur d'une centralisation du contentieux devant le juge élu. La Cour d'appel de Paris a ainsi affirmé que « la convention d'arbitrage soustrait d'une manière générale le litige à la compétence des tribunaux judiciaires pour tout ce qui est en relation causale ou connexe avec son objet »⁸⁷⁸. Elle a dès lors précisé que si la clause se réfère à l'exécution du contrat, elle s'applique également aux litiges relatifs à la caducité de ce dernier. Dans cette décision, les juges ne se sont pas fondés sur une recherche de la volonté tacite ; ils ont, semble-t-il, édicté une règle objective, déconnectée de toute idée de commune intention des contractants et ayant pour effet de favoriser la concentration du contentieux.

Dans un arrêt du 15 janvier 2004, la Cour de cassation s'est également prononcée en faveur de l'extension de la clause d'arbitrage. En l'espèce, cette dernière stipulation prévoyait que « tout litige, quelle qu'en soit la nature et la date de survenance, relatifs à l'interprétation, à l'exécution ou à la

⁸⁷⁵ Dans le cadre de notre étude, il n'était pas possible d'envisager l'ensemble des problèmes d'interprétation posés par ces clauses dites pathologiques. Pour une analyse plus exhaustive, nous renverrons donc le lecteur à la doctrine existante. V. not : J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.* ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, p. 283 et s. ; H. Scalbert, L. Marville, « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.* 1988, p. 117 et s. ; F. Eisemann, « La clause d'arbitrage pathologique », in *Essais in memoriam Eugenio Minoli*, U.T.E.T., 1974, p. 120 et s.

⁸⁷⁶ Civ. 28 janvier 1958, *Rev. arb.* 1958. 17, note J. Robert. En ce sens, v. aussi CA Paris, 25 janvier 1972, *Rev. arb.* 1973. 158, note Ph. Fouchard.

⁸⁷⁷ CA Paris, 24 mai 2016, *Rev. arb.* 2017. 617.

⁸⁷⁸ CA Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.* 1996. 143, obs. Y. Derains ; *RTD com.* 1996. 653, obs. E. Loquin.

résiliation du contrat [...] sera soumis à une procédure d'arbitrage ». La Cour d'appel de Paris a considéré que lorsque la clause compromissoire se réfère expressément à de tels litiges, la volonté des contractants « clairement exprimée, doit être interprétée comme [...] donnant également compétence [à l'arbitre] pour statuer sur la validité du contrat »⁸⁷⁹. La Cour de cassation a ensuite confirmé cet arrêt⁸⁸⁰. Il est difficile d'identifier le fondement de l'extension : l'idée de volonté tacite n'apparaît pas expressément, mais semble sous-jacente. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que cet arrêt rejoint un mouvement de faveur à un principe d'interprétation extensive des clauses d'arbitrage qui, en droit comparé, semble désormais bien assis⁸⁸¹.

430. En effet, nombre d'États consacrent désormais une présomption « pro-arbitrage »⁸⁸². En vertu de cette dernière, il est admis qu'une clause d'arbitrage valable doit être interprétée de façon extensive. Dès lors, en cas de doute, la stipulation doit être étendue : elle embrasse alors l'ensemble des litiges contractuels. En Suisse, la jurisprudence estime ainsi que lorsqu'il s'agit de déterminer si un litige est couvert par la convention d'arbitrage, l'interprète peut supposer que les parties entendaient confier aux arbitres la compétence la plus large possible⁸⁸³. Plus exactement, le tribunal fédéral a affirmé que la convention d'arbitrage a « en tant que convention de droit procédural une signification particulière pour autant que, *ce qui est à présumer en cas de doute*, les parties aient voulu prévoir le règlement en procédure arbitrale non seulement pour les litiges sur l'exécution de leurs devoirs contractuels réciproques, mais aussi pour tout procès sur la question de savoir si leur contrat a vraiment été valablement conclu »⁸⁸⁴. Le fondement de cette solution réside, si ce n'est dans l'idée de volonté tacite, du moins dans celle de volonté présumée : il faut présumer que les parties ont attribué au juge élu une compétence globale.

⁸⁷⁹ CA Paris, 17 janvier 2002, *Rev. arb.* 2002. 202.

⁸⁸⁰ Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2004, n° 02-13.675, *Rev. arb.* 2004. 446. V. aussi en ce sens, mais faisant application du principe compétence compétence : Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2007, *Rev. arb.* 2008. 679, obs. O. Cachard ; Civ. 2^{ème}, 14 mai 1997, n° 94-20.776, *Rev. Arb.* 1998. 409, note C. Malinvaud et L. Kiffer.

⁸⁸¹ Sur le mouvement en faveur d'une interprétation extensive, v. aussi L. Larribère, thèse, *op. cit.*, p. 338 et s. et not. p. 339-340.

⁸⁸² G.-B. Born, *International commercial Arbitration, volume I, op. cit.*, p. 1319.

⁸⁸³ G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International arbitration: law and practice in Switzerland, op. cit.*, § 3.127 ; N. Voser, "The Swiss Perspective on Parties in Arbitration : "Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus""", in S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, et al. (dir.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2016, p. 161 et s. et not. p. 165-166.

⁸⁸⁴ Tribunal fédéral Suisse, 15 mars 1990, *Sonatrach v. K.C.A. Drilling ltd*, *Rev. arb.* 1990. 921 (nous soulignons).

431. Au Royaume-Uni, dans la célèbre décision *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Lord Hoffman a affirmé que l'interprétation de la clause d'arbitrage doit partir d'une présomption : les parties ont, en tant qu'« hommes d'affaires rationnels », voulu que tous les différends découlant de la relation soient tranchés par le même tribunal⁸⁸⁵. Il n'en ira différemment que lorsque le libellé indique clairement que certaines questions étaient destinées à être exclues de la compétence de l'arbitre⁸⁸⁶. Lord Hoffman déclare ainsi :

« If, as appears to be generally accepted, there is no rational basis upon which businessmen would be likely to wish to have questions of the validity or enforceability of the contract decided by one tribunal and questions about its performance decided by another, one would need to find very clear language before deciding that they must have had such an intention ».

Il reste à définir les cas dans lesquels l'interprète peut valablement considérer que les parties ont clairement exclu la compétence de l'arbitre⁸⁸⁷. Si le contrat prévoit le recours à l'arbitrage pour l'ensemble des « litiges relatifs à l'exécution et à l'interprétation », doit-on considérer que les parties ont, pour les différends relatifs à la validité, clairement exclu la compétence de l'arbitre ? Bien que, à notre connaissance, la jurisprudence ne soit pas parfaitement fixée, une réponse négative semble s'imposer. Dans l'affaire *Fiona Trust*, Lord Hope of Craighead a en effet affirmé : « if the parties wish to have issues as to the validity of their contract decided by one tribunal and issues as to its meaning or performance decided by another, they must say so expressly. Otherwise they will be taken to have agreed on a single tribunal for the resolution of all such disputes ». Là encore, cette solution repose sur une présomption de volonté ; le concept de volonté tacite, bien que n'apparaissant pas expressément, n'est pas très loin.

⁸⁸⁵ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] 1 All ER (Comm) 891, (EWCA), [2007] UKHL 40.

⁸⁸⁶ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] 1 All ER (Comm) 891, (EWCA), [2007] UKHL 40. Cette idée a ensuite été réaffirmée par la jurisprudence britannique : *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638, 40 (EWCA) ; *Barclays Bank plc v. Nylon Capital LLP* [2011] EWCA Civ 826, 27 (EWCA) ; *Enercon GmbH v. Enercon (India) Ltd* [2012] EWHC 689, (Comm) (English High Ct.).

⁸⁸⁷ Comme cela fut souligné, "It remains to be seen where the boundaries of the presumptive approach will be drawn and in particular, what will be deemed to constitute 'very clear language' to the contrary, sufficient to rebut the presumption that all disputes are to be settled by arbitration" (J. Delaney, K. Lewis, "The Presumptive Approach to the Construction of Arbitration Agreements and Separability English Law Post Fiona Trust and Australian Law Contrasted", *University of New South Wales Law Journal* 2008, p. 341 et s. et not. p. 347).

432. En définitive, la jurisprudence française ne paraît pas parfaitement fixée ; l'impressionnisme juridique règne en maître. Mais certains arrêts ont admis qu'une clause de choix de for, visant uniquement les différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, puisse également s'appliquer à des litiges afférents à la validité ou à la caducité de ce dernier. Il reste maintenant à déterminer si cette solution est justifiable. Peut-elle valablement être fondée sur la notion de volonté tacite ?

B) La justification des solutions jurisprudentielles

433. La clause de choix de for visant uniquement le contentieux de l'exécution peut-elle être étendue au contentieux de la validité ? Si certains obstacles s'opposent de prime abord à l'extension (1), cette dernière semble possible (2).

1) Les obstacles à l'extension

434. Une première objection doit immédiatement être écartée. Ne pourrait-on pas considérer que la stipulation litigieuse est constitutive d'une clause claire et précise qui, comme telle, serait insusceptible d'interprétation ? Lorsque la loi française est applicable, en effet, nous l'avons vu, l'article 1192 du Code civil prévoit qu'« on ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation »⁸⁸⁸. Or, étendre la clause litigieuse au-delà des différends pour lesquels elle a été expressément stipulée, n'est-ce pas dénaturer le sens d'une clause claire et précise ? Une réponse négative doit ici être retenue. Pour qu'une clause soit qualifiée de claire, il faut que cette dernière « soit, pour un esprit éclairé, susceptible d'un seul sens »⁸⁸⁹. La clarté de l'écrit doit être appréciée à l'aune de la volonté des parties : la clause claire désigne ainsi une stipulation qui, n'étant porteuse que d'un seul sens, révèle explicitement la volonté des contractants⁸⁹⁰.

Or, dans l'hypothèse examinée, le libellé de la clause est chargé d'équivocité. En effet, les parties ont, pour tous les litiges relatifs à l'exécution du contrat, clairement attribué compétence au juge élu. Quant à cette question, il n'y a pas le moindre doute. Toutefois, pour les différends relatifs à la validité de la convention, si les parties contractantes n'ont pas expressément conféré compétence au juge élu, elles n'ont pas non plus expressément exclu la compétence de ce dernier. Leur silence est ainsi porteur

⁸⁸⁸ V. *supra* n° 96 et s.

⁸⁸⁹ J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, p. 454.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 454.

d'une certaine ambiguïté. La clause de choix de for étant dépourvue de tout sens clair et univoque, elle est susceptible d'interprétation.

435. Un second obstacle à l'extension pourrait tenir dans le principe d'interprétation stricte des clauses de choix de for, dont une partie de la doctrine se prévaut⁸⁹¹. Cependant, que ce soit pour les clauses d'élection de for, ou pour les clauses d'arbitrage, le principe d'interprétation stricte est aujourd'hui repoussé. En matière d'arbitrage, une doctrine très majoritaire souligne ainsi que « le principe, parfois avancé, d'interprétation stricte de la clause compromissoire est en réalité très largement écarté »⁸⁹². De même, le principe d'interprétation stricte des conventions d'élection de for n'est, à notre connaissance, doté d'aucune positivité ; il n'a jamais été consacré par la jurisprudence. Du moins, on ne trouve nulle trace d'une consécration expresse de ce principe. Il s'agit en réalité d'un artéfact, d'une création doctrinale. Induit de certaines décisions jurisprudentielles éparses et isolées, ce principe ne reflète plus véritablement l'état de notre droit positif. Or, ce principe d'interprétation stricte n'est, à notre avis, guère admissible.

436. Et pour cause, il entre en contradiction avec la directive de la recherche de la commune intention des parties qui, en matière d'interprétation, constitue un impératif premier et incontestable.

2) *La possibilité d'une extension*

437. Lorsque la loi française est applicable, l'article 1188 du Code civil enjoint le juge à prioritairement rechercher la commune intention des contractants. L'interprète doit prioritairement chercher à reconstituer la volonté réelle des parties, fût-elle tacitement exprimée⁸⁹³. Or, il nous semble que l'opération de reconstitution de la volonté réelle, tacitement exprimée, peut valablement déboucher

⁸⁹¹ V. ainsi, invoquant un principe d'interprétation stricte des conventions d'élection de for : A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-41, *op. cit.*, n° 73. En matière d'arbitrage, invoquant le principe d'interprétation stricte de la clause compromissoire, Y. Derains, S. Schaf, « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », *RDAL* 1985, p. 231 et s. et not. p. 231.

⁸⁹² B. Hanotiau, « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *Gaz. Pal.* 19 décembre 2002, p. 6 et s. et not. n° 5. ; B. Hanotiau, « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts Parties Issues », *op. cit.*, p. 256 ; A. Chapelle, « Le droit des personnes morales — (Groupes de sociétés ; Interventions d'État) », *Rev. arb.* 1988, p. 475 et s. et not. p. 480 ; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 691 ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 213-214. Pour un rejet de cette directive d'interprétation stricte en jurisprudence, v. CA Paris, 13 février 2003, *Rev. arb.* 2004. 311 (2^{ème} espèce), note J.-B. Racine ; *RTD com.* 2003. 696, obs. E. Loquin.

⁸⁹³ V. *supra* n° 93.

sur une extension de la clause de choix de for. Cette dernière sera alors amenée à s'appliquer à l'ensemble du contentieux contractuel, qu'il porte sur la validité ou sur l'exécution du contrat⁸⁹⁴. Il est permis de penser, en effet, que dans une majorité d'hypothèses, les parties contractantes ont eu, pour l'ensemble des différends dérivant du contrat, la volonté d'attribuer compétence à un juge unique, qu'il soit étatique ou arbitral.

438. Et pour cause, l'éclatement du contentieux déboucherait sur des résultats pratiques directement contraires à l'intérêt des contractants. Plus précisément, pour cerner les résultats produits par la scission du contentieux, il faut distinguer deux hypothèses. En premier lieu, supposons qu'un plaideur demande, à titre principal, la nullité du contrat litigieux, et à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la nullité ne serait pas obtenue, la résolution du contrat, ou l'obtention de dommages-intérêts pour cause d'inexécution de ce dernier. Si l'interprète refuse d'étendre la clause d'élection de for, le demandeur sera contraint de porter ses demandes devant des tribunaux différents ou de renoncer à l'une d'elles. Dans le premier cas, la multiplication des procédures engendrera une inflation des coûts procéduraux pesant sur les contractants. Les plaideurs seront généralement tenus de faire appel à plusieurs avocats. Par exemple, si les parties confient le contentieux de la validité à un juge anglais et le contentieux de l'exécution à un juge français, elles devront assez vraisemblablement faire appel à des avocats anglais et français, connaissant les règles de procédure propres à chaque État.

En second lieu, dans l'hypothèse où le demandeur sollicite l'exécution du contrat et où le défendeur invoque, en défense ou à titre de demande reconventionnelle, la nullité de ce dernier, la scission du contentieux posera un problème encore plus aigu. Si le juge refuse d'étendre la clause de choix de for, il sera privé de la possibilité de statuer sur l'exception de nullité invoquée par le défendeur. Cela impliquerait, logiquement, que le juge de l'exécution du contrat sursoit à statuer jusqu'à ce qu'un autre tribunal se soit prononcé sur la validité du contrat. Une telle situation n'est guère satisfaisante⁸⁹⁵.

La fragmentation du contentieux est donc directement contraire à l'intérêt des contractants. On ne saurait imputer aux contractants la volonté de scinder le contentieux contractuel, car la probabilité que les contractants aient eu l'intention de prévoir un mode de résolution des litiges si directement contraire à leurs intérêts est faible. Certes, les contractants n'avaient pas nécessairement conscience

⁸⁹⁴ Rapprochement : J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁹⁵ M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 703-704.

de l'ensemble des difficultés dérivant d'une fragmentation du contentieux. Or, s'ils n'avaient pas conscience de ces difficultés, il est possible que les contractants aient eu – en dépit des inconvénients, demeurés inaperçus — la volonté de décentraliser le contentieux. Il n'en reste pas moins qu'ici, les inconvénients résultant d'une fragmentation du contentieux sont assez évidents. Il est dès lors assez vraisemblable que les contractants aient eu la volonté de centraliser le contentieux contractuel.

439. À la vérité cependant, ce raisonnement n'est peut-être pas entièrement satisfaisant. Lorsqu'elles concluent une convention de choix de for, les parties ont généralement en vue un ensemble de litiges contractuels différents : des litiges relatifs à la validité, à l'exécution ou à l'interprétation du contrat. Dans leur esprit, ces litiges sont, parfois, plus ou moins indifférenciés ; ils forment un agrégat dont les contours sont indécis. En d'autres termes, il est à craindre que les parties ne distinguent pas parfaitement le contentieux de la validité du contrat et le contentieux de son exécution. Dès lors, il est possible que les parties contractantes ne se soient pas réellement interrogées sur la question du juge compétent pour statuer sur la question de la validité du contrat. Or, si elles n'ont pas envisagé la question du juge compétent pour statuer sur une action en validité, elles n'ont — à l'évidence — eu aucune volonté à cet égard. Dans le cadre de notre chapitre préliminaire, nous avons vu que c'était l'un des risques associés à la recherche de l'intention des parties : attribuer une volonté aux contractants à propos d'une question qu'elles n'ont tout simplement pas envisagée⁸⁹⁶.

En conséquence, n'est-il pas artificiel d'affirmer qu'elles ont, pour l'ensemble des différends relatifs à la validité du contrat, tacitement voulu conférer compétence au juge élu ? Nous ne le croyons pas. La volonté des contractants aura été orientée vers la résolution de l'ensemble des différends contractuels ; catégorie qui, dans la psyché des parties, demeure sans doute relativement floue et indéterminée. Il est possible de présumer que les contractants ont voulu confier au juge élu la résolution de l'ensemble d'un contentieux contractuel dont elles ne distinguent pas parfaitement toutes les composantes. Cela suffit à fonder l'extension.

440. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, de notre point de vue, les clauses d'*electio juris* devraient également pouvoir être étendues à l'égard de l'ensemble du contentieux contractuel. Si une telle clause vise uniquement les actions relatives à l'exécution du contrat, elle devrait pouvoir être étendue à l'égard des actions en nullité. En d'autres termes, il nous semble que par l'entremise de la volonté tacite, les actions relatives à l'exécution et les actions relatives à la nullité du contrat devraient

⁸⁹⁶ V. *supra* n° 100.

être soumises à un droit unique. La solution contraire reviendrait à retenir un dépeçage implicite du contrat. En effet, en interprétant la clause restrictivement, le juge en viendrait à affirmer que les parties ont voulu soumettre leur contrat à une pluralité de lois, mais sans le dire expressément. De notre point de vue, il est possible de conjecturer que même si elles ont exprimé leur volonté maladroite-ment, les parties voulaient en réalité soumettre leur contrat à l'empire d'un droit unique.

441. Il reste maintenant à examiner une question d'interprétation assez similaire : celle dans laquelle une clause de choix de for ou une clause d'élection de droit a vocation à s'étendre à un litige délictuel n'étant pas expressément visé par les contractants.

II) L'extension de la stipulation à l'égard du contentieux délictuel en relation avec le contrat

442. Il arrive que la clause d'élection de for vise expressément les litiges délictuels en relation avec le contrat dans lequel elle est insérée⁸⁹⁷. Par exemple, une clause prévoit que « pour tous les litiges en relation avec le contrat, quelle que soit leur nature, les tribunaux français sont compétents ». Le libellé d'une telle clause est univoque : les parties ont voulu que le contentieux délictuel en relation avec le contrat soit porté devant le juge élu⁸⁹⁸. Cependant, lorsque les parties contractantes ont, pour l'ensemble des litiges contractuels, expressément attribué compétence à un juge déterminé, peut-on en conclure qu'elles ont, pour les litiges délictuels découlant du contrat, tacitement conféré compétence à ce même juge ? De même, lorsque les parties ont expressément désigné le droit applicable à leur contrat, doit-on en conclure qu'elles ont tacitement voulu que ce droit régie les délits découlant de l'exécution dudit contrat ? On reviendra tout d'abord sur les solutions concevables (A) avant de présenter les solutions consacrées par la jurisprudence (B).

⁸⁹⁷ Rapprochement : A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 176.

⁸⁹⁸ V. ainsi, en matière d'arbitrage : S. Greenberg, « The Law Applicable to Non-contractual Claims in International Commercial Arbitration », in *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, Kluwer Law International, 2018, p. 345 et s. et not. p. 349 : « a typical, well-drafted arbitration clause often will define the scope of disputes covered by it with language like: 'All disputes arising out of or in connection with this agreement shall be decided by arbitration [...]'. Phrasing such as 'arising out of or in connection with' should logically cover non-contractual disputes related to the contract ».

Rappelons également que les clauses compromissoires et les clauses d'élection de for peuvent s'appliquer en matière délictuelle. À ce sujet, v. par exemple : D. Sindres, « La rupture du contrat international », *AJ contrat* 2016, p. 464 et s. et not. p. 466.

A) Les solutions concevables

443. Pour correctement appréhender le problème, il faut distinguer la question de l'extension des clauses de choix de for (1) et la question posée par l'extension des clauses d'élection de droit (2).

1) *L'extension des clauses de choix de for*

444. Lorsque les parties ont, pour le contentieux de l'interprétation et de l'exécution du contrat, expressément conféré compétence à un juge déterminé, qu'il soit étatique ou arbitral, peut-on en conclure qu'elles ont, pour l'ensemble du contentieux délictuel découlant du contrat, tacitement attribué compétence à ce même juge ? Cette question appelle des réflexions très similaires à celles ayant préalablement été développées à propos de l'extension d'une clause de choix de for à l'égard de l'ensemble du contentieux contractuel.

445. Un argument peut être avancé en faveur de l'extension. La fragmentation du contentieux est susceptible d'engendrer des difficultés pratiques importantes ; difficultés qui se révéleraient directement contraires à l'intérêt des contractants⁸⁹⁹. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'hypothèse dans laquelle le demandeur souhaite formuler plusieurs demandes : une demande de nature contractuelle, fondée sur l'inexécution du contrat et une demande de nature délictuelle, fondée sur l'inexécution d'une obligation légale ou réglementaire. Le refus d'extension de la clause conduirait à une scission du contentieux : le plaideur serait contraint de porter ses demandes devant des juridictions différentes, ce qui ne manquerait pas d'engendrer une hausse des coûts procéduraux pesant sur les parties. Il nous semble donc que pour les contractants, il est généralement préférable de centraliser l'ensemble du contentieux en relation avec le contrat, qu'il soit de nature contractuelle ou délictuelle⁹⁰⁰.

Le seul fait que la centralisation du contentieux soit — généralement — la solution la plus conforme à l'intérêt des parties contractantes ne signifie pas nécessairement que ces dernières aient eu la volonté d'adopter cette solution. Des contractants mal informés peuvent délibérément choisir une solution qui est contraire à leur intérêt. Il est possible que les parties, n'ayant pas aperçu l'ensemble des difficultés dérivant d'un éclatement des compétences, aient eu la volonté de scinder le contentieux

⁸⁹⁹ Comp : A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 181.

⁹⁰⁰ G.-B. Born, *International commercial Arbitration, Volume 1*, *op. cit.*, p. 1319.

dérivant du contrat. Néanmoins, il nous semble que, lorsqu'elles élisent un juge déterminé, dans la majorité des hypothèses, les parties contractantes souhaitent lui conférer une compétence globale⁹⁰¹.

Monsieur A. Briggs affirme ainsi :

« Parties to a commercial contract will be presumed to want coherent, comprehensive and conclusive adjudication and to not want the overtly contractual part of a potentially complex dispute to be brought in one jurisdiction, while non-contractual formulations of a cause of action are brought elsewhere. It is not hard to see why this is persuasive. If litigation is expensive, and a distraction from commercial activity, why would any sane person wish to face the prospect of defending claims in more than one court ? »⁹⁰²

446. Un argument pourrait cependant être avancé à l'encontre de l'extension. On peut conjecturer que lorsque les parties attribuent compétence à un juge déterminé, elles ne distinguent pas toujours parfaitement les actions contractuelles et les actions délictuelles découlant du contrat. Cela est d'autant plus vrai que même pour un juriste confirmé et rompu à la technique du droit civil, le concept de responsabilité délictuelle du cocontractant paraît, de prime abord, « receler une contradiction »⁹⁰³. Dans l'écheveau des litiges existants en puissance, les différends proprement contractuels et les différends délictuels en relation avec le contrat sont particulièrement difficiles à distinguer. En conséquence, nous retrouvons la même difficulté : il est à craindre que les parties contractantes n'aient pas envisagé la question du juge compétent pour statuer sur les litiges délictuels en relation avec le contrat et qu'elles n'aient eu, en conséquence, aucune volonté à cet égard. En d'autres termes, au moment de la conclusion du contrat, il est probable que les contractants n'ont pas envisagé la question litigieuse. Or, si elles n'ont pas envisagé la question litigieuse, elles n'auront pas exprimé de volonté de résoudre cette dernière, que ce soit dans un sens ou dans un autre⁹⁰⁴.

447. Pourtant, cette objection n'est peut-être pas insurmontable. En réalité, même si la clause d'élection de for ne vise explicitement que les litiges contractuels, il est possible qu'en stipulant une telle clause, les parties aient — en dépit de la formulation restrictive utilisée — davantage eu en vue

⁹⁰¹ Rapprochement : J. Billefont, thèse, *op. cit.*, p. 364.

⁹⁰² A. Briggs, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, *op. cit.*, p. 129.

⁹⁰³ S. Bollée, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 119 et s. et not. p. 119 : « Le thème de la responsabilité extracontractuelle dans les rapports entre contractants ne semble guère avoir attiré l'attention des internationalistes français. On n'éprouve guère de difficulté à se l'expliquer, il est vrai, car les termes mêmes du sujet paraissent receler une contradiction ».

⁹⁰⁴ Nous avons vu, en effet, qu'il s'agit de l'un des risques associés à la recherche de la commune intention des parties. Lorsque les parties n'ont pas envisagé la question litigieuse, l'allégation d'une commune intention des contractants est un leurre. V. *supra* n° 100.

l'ensemble des litiges *en lien avec le contrat*. Certes, elles ne se sont pas interrogées sur le juge compétent pour statuer sur les litiges délictuels. Mais bien souvent, au moment où la clause est stipulée, elles auront eu la volonté d'attribuer compétence à une juridiction déterminée pour un ensemble de litiges dont elles ne distinguaient pas parfaitement les composantes. À raisonner ainsi, on pourrait admettre que même si la volonté des parties s'est portée sur un objet relativement indéterminé — l'ensemble du contentieux en lien avec le contrat —, cette volonté existe bien et pourrait fonder l'extension de la clause d'élection de for.

La problématique de l'extension de la clause d'élection de for à l'égard du contentieux délictuel — qui n'aurait pas été expressément visée — n'appelle pas de réponse évidente. Cela tient, en particulier, à ce que l'article 1188 du Code civil impose la recherche de la volonté réelle. Le psychologisme est ainsi de mise. En raison de cet article, nous sommes malheureusement tenus de procéder à un ensemble de spéculations sur l'intention des contractants. Il reste que s'il faut prendre parti, admettre que les parties ont voulu, fût-ce tacitement, que l'ensemble du contentieux délictuel en relation avec le contrat soit également porté devant le juge élu nous paraît au moins une interprétation possible de la volonté des parties.

Notre point de vue étant maintenant explicité quant à cette question, il reste à examiner la problématique voisine : celle de l'extension des clauses d'élection de droit.

2) *L'extension des clauses d'élection de droit*

448. Supposons que des contractants aient introduit dans leur convention la stipulation suivante : « le présent contrat est régi par le droit français ». Peut-on considérer que les contractants ont, pour l'ensemble des obligations non contractuelles en relation avec le contrat, tacitement choisi le droit français⁹⁰⁵ ? L'admettre reviendrait à étendre le champ d'application de la clause d'élection de droit à l'égard des obligations non contractuelles découlant du contrat. Dans cette configuration, la

⁹⁰⁵ Sur cette problématique, essentiellement envisagée du point de vue de l'arbitre, v. G. Bermann, "International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law", *op. cit.*, p. 263 et s.

volonté d'unification du droit applicable aux obligations contractuelles et aux obligations non contractuelles découlant du contrat est vraisemblable⁹⁰⁶. Néanmoins, elle n'est pas certaine et demeure ainsi sujette à contestation.

Et pour cause, en son article 14, le règlement « Rome 2 » exige que le choix de la loi applicable aux obligations non contractuelles résulte de « façon certaine des circonstances »⁹⁰⁷. Cette disposition prévoit ainsi un standard de preuve particulièrement exigeant, qui conduit à douter que l'on puisse automatiquement étendre la clause d'élection de droit à l'égard des obligations non contractuelles. Cela est d'autant plus vrai que l'éclatement du droit applicable ne pose pas des problèmes aussi aigus que la fragmentation du contentieux. En définitive, lorsque les parties ont uniquement choisi la loi régissant le contrat, on peut douter que ce choix puisse, sur le fondement de la volonté tacite, être automatiquement étendu à l'égard de l'ensemble des obligations non contractuelles en lien avec la convention⁹⁰⁸. À tout le moins, si l'extension de la clause d'*electio juris* peut paraître séduisante et opportune, la lettre de l'article 14 du règlement « Rome 2 » paraît s'opposer à une telle solution.

Il reste maintenant à déterminer si ces solutions sont consacrées par la jurisprudence française.

B) Les solutions consacrées

449. Les solutions jurisprudentielles portant sur l'interprétation des clauses de choix de for sont tributaires de la singularité des faits litigieux et, par là même, demeurent difficiles à systématiser. Plus exactement, deux variables principales sont susceptibles d'être prises en considération : le fondement de l'action en responsabilité délictuelle et le libellé de la clause qui, en effet, peut être plus ou moins

⁹⁰⁶ Monsieur S. Bollée considère que « dans l'hypothèse où les parties ont pris le soin de désigner la loi applicable au contrat, l'interprétation la plus plausible de leur volonté est qu'elles ont voulu désigner la loi compétente pour régir l'ensemble des obligations contractuelles ou non, susceptibles de naître dans le cadre de l'exécution du contrat » (« La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », *op. cit.*, p. 125 (c'est l'auteur qui souligne)).

Comp, en matière d'arbitrage : S. Greenberg, « The Law Applicable to Non-contractual Claims in International Commercial Arbitration », *op. cit.*, p. 353 : « Rather than reading down a contractual choice-of-law clause, international arbitrators might rather consider that these clauses should be read broadly, with a presumption that the parties intended to choose the same law for all claims relating in any way to the contract. Adopting that approach, arbitral tribunals may find that the parties implicitly chose the same law for their contractual and non-contractual claims relating to a contract. This would be a pragmatic and convenient approach, but would be artificial and suffer a lack of rigour if taken too far. Worse still, it could potentially lead to incorrect legal outcomes ».

⁹⁰⁷ C'est nous qui soulignons.

⁹⁰⁸ En ce sens, P. Mankowski, « Article 14 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome II regulation*, Ottoschmidt, 2019, p. 456 ; A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2010, n° 13.23.

compréhensif, plus ou moins englobant. Si un certain impressionnisme juridique est ainsi inévitable, des régularités apparaissent et une tendance se dégage de l'examen de la jurisprudence. La ligne jurisprudentielle majoritairement suivie est la suivante : lorsque le libellé de la clause est large et vise l'ensemble des litiges découlant du contrat, la clause de choix de for s'applique à toutes les actions initiées par une partie à l'encontre de son cocontractant, que le fondement soit délictuel ou contractuel⁹⁰⁹.

450. Mais, *a contrario*, lorsque la clause litigieuse vise uniquement le contentieux contractuel *stricto sensu*, la jurisprudence existante paraît moins clairement fixée. Les arrêts existants donnent à penser que lorsque le libellé de la clause d'élection de for est restrictif, cette dernière ne peut pas être étendue à l'égard d'une action de nature délictuelle⁹¹⁰(1). En matière d'arbitrage, la jurisprudence existante semble au contraire plus favorable à l'extension de la clause compromissoire (2). Quant à l'extension de la clause d'*electio juris*, à notre connaissance, il n'existe malheureusement que très peu de données positives⁹¹¹.

1) Les solutions relatives aux clauses attributives de juridiction

451. La Cour de justice de l'Union européenne a, en certaines circonstances, indirectement exclu la recherche de la volonté tacite (a), et plus fondamentalement, la Cour de cassation semble hostile à ce que la clause d'élection de for soit étendue à l'égard d'une action délictuelle (b).

a) La jurisprudence de la Cour de justice

452. Dans l'arrêt *Cartel Damage Claims*, la Cour de justice a affirmé que dans la mesure où une clause d'élection de for ne peut porter que sur des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de

⁹⁰⁹ En ce sens, pour les clauses d'arbitrage, v. Cl. Reymond, « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *TCFDIP* 1988-1990, p. 97 et s. et not. p. 101.

⁹¹⁰ En ce sens, pour les clauses d'élection de for, v. V. Lazic, S.-A. Kruisinga, "Prorogation of Jurisdictions: Validity Requirements and Methods of Interpretation", *op. cit.*, p. 286.

⁹¹¹ V. néanmoins : Com. 21 juin 2017, n° 16-11.828, *D.* 2017. 2070, obs. L. d'Avout. Malheureusement, cet arrêt est assez difficile à interpréter. En outre, dans cette dernière affaire, le règlement « Rome II » était inapplicable *ratione temporis*.

V. aussi, faisant application de la loi désignée par le contrat à une action délictuelle en lien avec de dernier, mais en se fondant sur l'idée de proximité : Com. 25 mars 2014, *société Guerlain*, *JCP* 2014. 619, note D. Bureau ; *Rev. crit. DIP* 2014. 823, note O. Boskovic ; *D.* 2014. 1250, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2014. 848, obs. L. Usunier : « Mais attendu que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit et que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que de celui du lieu de réalisation de ce dernier ; qu'après avoir rappelé à juste titre qu'en cas de délit complexe, il y a lieu de rechercher le pays présentant les liens les plus étroits avec le fait dommageable, l'arrêt retient que ces liens résultent en l'espèce de la relation contractuelle [...] que celles-ci ont formalisé par un contrat conclu à Paris, en désignant le droit français comme loi applicable ».

droit déterminé, la portée d'une convention d'élection de for est limitée « aux seuls différends qui trouvent leur origine dans le rapport de droit à l'occasion duquel cette clause a été convenue »⁹¹². Elle en conclut qu'une clause attributive de juridiction ne peut s'appliquer à une action en responsabilité délictuelle fondée sur la participation à une entente illicite que si son libellé se réfère *expressément* au contentieux relatif à la responsabilité encourue pour violation du droit de la concurrence⁹¹³. Il en résulte que dans l'hypothèse où le litige est relatif à une entente illicite, toute recherche de la volonté tacite des contractants se trouve inéluctablement exclue.

La Cour de justice a ensuite précisé sa jurisprudence dans un arrêt *Apple Sales International*⁹¹⁴. Dans cette affaire, l'action en responsabilité était fondée sur la notion d'abus de position dominante. La Cour de justice a estimé que l'application d'une clause attributive de juridiction n'était « pas exclue au seul motif que cette clause ne se réfère pas expressément aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence »⁹¹⁵.

Le rapprochement de ces deux décisions fait ainsi apparaître une distinction. Chaque fois qu'une action en responsabilité délictuelle est en cause, le juge doit chercher à déterminer si le comportement délictueux se rattache ou non à la relation contractuelle à l'occasion de laquelle la clause attributive de

⁹¹² CJUE, 21 mai 2015, aff. C-352/ 13, *D.* 2015. 2031, obs. L. d'Avout, *D.* 2016. 964, obs. D. Ferrier, et 1045, obs. F. Jault-Seske ; *AJCA* 2015. 382, obs. A.M. Luciani ; *Rev. crit. DIP* 2019. 786, note L. Idot ; *RTD eur.* 2015. 807, obs. L. Idot ; *Europe* 2015/7. Comm. 287, note L. Idot ; *Procédures* 2015. Comm. 225, note C. Nourissat ; *RLC* 2015/44. 85, obs. C. Robin, pt. 68.

⁹¹³ *Ibid*, pt 69 et s. : « la juridiction de renvoi devra notamment considérer qu'une clause qui se réfère de manière abstraite aux différends surgissant dans les rapports contractuels ne couvre pas un différend relatif à la responsabilité délictuelle qu'un cocontractant a prétendument encourue du fait de son comportement conforme à une entente illicite. [...] En revanche, en présence d'une clause faisant référence aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence et désignant une juridiction d'un État membre autre que celui de la juridiction de renvoi, celle-ci devrait décliner sa propre compétence ».

⁹¹⁴ CJUE, 24 octobre 2018, aff. C-595/ 17, *Europe* 2016, comm. 375, *D.* 2018. 2338, note H. Gaudemet-Tallon ; *ibid.* 2019. 1956, obs. E. Farnoux ; *AJ contrat* 2019. 31, obs. G. Parleani ; *Rev. crit. DIP* 2019. 786, note L. Idot ; *RTD civ.* 2019. 289, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2019. 907, obs. L. Idot.

⁹¹⁵ *Ibid*, pt. 30

juridiction a été conclue⁹¹⁶. Si le fait générateur de responsabilité est déconnecté du contrat, l'application de la clause d'élection de for est conditionnée à l'existence d'une référence expresse. Toute recherche de la volonté tacite est ainsi inéluctablement exclue. Au contraire, lorsque ce fait générateur se rattache à la relation contractuelle, une référence expresse n'est plus exigée.

453. L'opération de reconstitution de la volonté tacite pourrait alors potentiellement retrouver tout son empire. Mais en l'occurrence, la Cour de cassation ne semble, pour l'heure, pas favorable à ce que cette voie soit empruntée.

b) La jurisprudence de la Cour de cassation

454. Bien qu'aucune réponse claire ne se dégage de la jurisprudence, la Cour de cassation paraît hostile à l'extension des clauses d'élection de for. Certes, lorsqu'elle s'est prononcée sur l'interprétation de conventions d'élection de for, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, affirmé que le juge élu était compétent pour se prononcer sur des actions en responsabilité délictuelle. Cependant, chaque fois que la solution a été admise, la rédaction de la clause d'élection de for litigieuse était large et compréhensive. Il n'y avait donc pas de véritable extension de la clause d'élection de for. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 mars 2012 en témoigne.

En l'espèce, la clause attributive de juridiction conclue par les parties prévoyait que « *pour tous les litiges découlant des relations contractuelles*, [...] les procédures doivent être portées devant les juridictions compétentes de notre siège social ou du lieu de la succursale responsable pour la commande en question ». Les juges de cassation ont affirmé que la cour d'appel avait « à bon droit appliqué cette clause tant à la demande relative à la rupture brutale des relations commerciales qu'à celles tendant à

⁹¹⁶ En ce sens, v. not. H. Gaudemet-Tallon, « Clause attributive de juridiction et droit de la concurrence : l'affaire eBizzcuss devant la CJUE », note sous CJUE, 24 oct. 2018, *D.* 2018, p. 2338 et s. ; M.-E. Ancel, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, p. 228-229 ; P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 155.

V. aussi CA Paris, 7 janvier 2020, n° 19/12209 : « Il se déduit de ces deux décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne [Cartel Damage Claims et Apple Sales International] que l'application d'une clause attributive de juridiction dans le cadre d'une action en responsabilité fondée sur des pratiques anticoncurrentielles varie, non pas en fonction de la nature du comportement allégué, mais en considération du lien qui existe entre ce comportement et le contrat contenant la clause attributive de juridiction ».

faire cesser les pratiques de parasitisme»⁹¹⁷. Dans une telle décision, s'il y a application d'une clause d'élection de for à des actions qui étaient potentiellement de nature délictuelle, il n'y a pas d'extension de la clause par le jeu de la volonté tacite⁹¹⁸.

455. En outre, dans une décision, rendue en matière interne, la Cour de cassation a affirmé que dans la mesure où la clause d'élection de for visait uniquement « tout différend ou litige relatif à la formation, l'interprétation, l'exécution, la résiliation ou la cessation du contrat », la clause ne pouvait pas s'appliquer à une action pour rupture brutale des relations commerciales établies⁹¹⁹. Il reste à déterminer si la solution serait la même pour un litige international, en particulier si le règlement « Bruxelles 1 bis » était applicable. Quoi qu'il en soit, pour l'heure, la jurisprudence n'est pas clairement fixée.

456. En matière d'arbitrage, les tribunaux français semblent un peu plus favorables au jeu de l'extension de la clause compromissoire.

2) *Les solutions relatives aux clauses d'arbitrage*

457. Deux types de décisions doivent être distingués. Parfois, pour faire obstacle à l'action délictuelle portée devant les juridictions étatiques, le défendeur invoque la clause compromissoire figurant dans un contrat qu'il a conclu avec le demandeur. Or, dans une telle configuration, l'effet négatif du principe compétence compétence est amené à se déployer⁹²⁰. En vertu de ce dernier principe, l'arbitre doit, par priorité, se prononcer sur sa propre compétence. En conséquence, dès lors que le

⁹¹⁷ Com. 20 mars 2012, n° 11-11.570, *JCP E* 2012, n° 1500 ; *CCC* 2012, n° 208. En ce sens, v. également, quoique la clause litigieuse soit moins claire, Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n° 15-26.105, *D.* 2017. 1011, obs. F. Jault-Seseke, et 2559, obs. T. Clay ; *AJ Contrat* 2017. 139, obs. C. Nourissat ; *Rev. crit. DIP* 2017. 269, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2017. 391, obs. H. Barbier ; *RTD eur.* 2018. 338, obs. A. Jeaneau. V. aussi, à ce sujet, Civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, *Bull. civ.* I, n° 93 ; *D.* 2007. AJ 951, obs. Chevrier.

⁹¹⁸ Sur la nature de l'action pour rupture brutale des relations commerciales établies, v. CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo*, aff. C-196/15, *Dalloz Actualité* 1^{er} septembre 2016, obs. Mélin ; *CCC* 2016. 235, obs. Mathey ; *RDC* 2016. 700, obs. Haftel ; *RTD civ.* 2016. 814, obs. Usunier ; *RTD civ.* 2016. 837, obs. Barbier : « une action indemnitaire fondée sur une rupture brutale de relations commerciales établies de longue date, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, ne relève pas de la matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de ce règlement *s'il existait, entre les parties, une relation contractuelle tacite* ». Ici, la volonté tacite a un rôle qui est différent de celui que nous avons rencontré jusqu'à présent. En effet, dans cette situation, la recherche de la volonté tacite intervient au stade de la qualification. Dans les situations que nous avons jusqu'à présent rencontrées, au contraire, la recherche de la volonté tacite intervenait après l'opération de qualification.

En outre, et nous reviendrons ultérieurement sur ce sujet, la Cour de justice a donné des précisions intéressantes sur le mode de reconstitution de la volonté tacite.

⁹¹⁹ Com. 9 mars 2010, *CCC* 2010, comm. 180, note N. Mathey.

⁹²⁰ Article 1448 du Code de procédure civile.

défendeur invoque la clause compromissoire, le juge doit, par principe, se déclarer incompétent. Ce n'est que si l'arbitre n'est pas encore saisi et si la clause d'arbitrage invoquée est manifestement nulle ou manifestement inapplicable que le juge peut se déclarer compétent⁹²¹.

Or, chaque fois qu'une action délictuelle a été portée devant elles, les juridictions françaises ont estimé que la convention d'arbitrage, conclue entre le demandeur et le défendeur, n'était pas manifestement inapplicable. L'arrêt rendu par la première chambre civile le 8 novembre 2005 fournit un exemple parlant⁹²². Dans cette affaire, l'action en responsabilité délictuelle initiée par le demandeur à l'encontre de son cocontractant était fondée sur des actes de concurrence déloyale. Les juges d'appel avaient estimé que le tribunal de commerce était compétent pour statuer sur cette demande, car la convention d'arbitrage se référait uniquement aux litiges contractuels. La Cour de cassation estima, au contraire, qu'en statuant ainsi, les juges d'appel n'avaient pas caractérisé la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage⁹²³.

Plus généralement, dès que l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage n'est plus incontestable, dès lors qu'il existe une incertitude, qui ne peut être neutralisée que par une interprétation de la volonté des parties ou par une analyse approfondie des faits litigieux, la jurisprudence estime que le juge étatique doit se déclarer incompétent⁹²⁴. Or, « la simple possibilité d'un lien, aussi ténu soit-il, entre une action délictuelle et le contrat doit suffire à faire naître un doute dans l'esprit du juge, et, partant, à priver la question de l'inapplicabilité de la clause compromissoire de tout caractère manifeste »⁹²⁵.

⁹²¹ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Rev. arb.* 2006. 945, note E. Gaillard ; *JDI* 2006. 1384, note A. Mourre.

⁹²² Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, n° 02-18.512, *D.* 2005. 2896 ; *ibid.* 3050, obs. T. Clay ; *RTD cin.* 2006. 143, obs. P. Théry ; *Rev. arb.* 2006. 925, note D. Bensaude (l'affaire concernait un arbitrage interne).

⁹²³ En ce sens, v. Com. 4 juillet 2018, *D.* 2018. 2448, obs. Th. Clay ; Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, *Rev. arb.* 2017. 1079 ; Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2016, n° 15-19.521, *D.* 2016. 2589, obs. Th. Clay, *Rev. crit. DIP* 2017. 90, note J. Guillaumé ; Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *D.* 2010. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; *D.* 2010. 2933, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2010. 513, note R. Dupeyré ; Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, *D.* 2006. 1985, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2006. 764, obs. E. Loquin ; Civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, n° 05-15.528, *Rev. crit. DIP* 2007. 128, note F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006. 764, obs. E. Loquin ; *JCP* 2006. IV. 2106 ; CA Paris, 15 février 2012, n° 11/11302 ; CA Paris, 2 juin 2004, *SA Cineco c/ société Shure Brothers Inc.*, *Rev. arb.* 2005. 673, note J.-B. Racine.

⁹²⁴ O. Cachard, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. Arb.* 2006, p. 893 et s.

⁹²⁵ M. Audit, O. Cuperlier, « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », note sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *D.* 2010, p. 2884 et s. et not. p. 2886. En ce sens, v. également : J. Jourdan-Marques, « Action extracontractuelle et arbitrage », *Rev. arb.* 2019, p. 685 et s. et not. p. 703 ; J. Guillaumé, « La clause compromissoire insérée dans un contrat spécial et rédigée en termes généraux n'est pas restreinte aux litiges relatifs à ce contrat », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 90 et s. et not. p. 94.

Cependant, le simple fait que la Cour de cassation estime que la clause d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable ne signifie pas que la haute juridiction considère l'arbitre comme compétent. Car, au stade d'un recours en annulation, ou lors d'une demande d'exequatur, le juge français va exercer un contrôle beaucoup plus approfondi sur la compétence⁹²⁶.

458. Les arrêts rendus au stade d'un recours en annulation sont assez rares. Nous pouvons toutefois mentionner l'arrêt *Scamark* rendu par la Cour de cassation le 21 octobre 2015⁹²⁷. En l'espèce, le recours à l'arbitrage était prévu pour « les différends qui viendraient à naître à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat ». La Cour de cassation a affirmé que les parties avaient eu la volonté « de soumettre à l'arbitrage tous les litiges découlant du contrat sans s'arrêter à la qualification contractuelle ou délictuelle de l'action engagée ». Ainsi, alors que la clause visait uniquement les différends relatifs au contentieux contractuel *stricto sensu*, la clause est étendue à l'ensemble des litiges découlant du contrat. Il semble qu'il y ait ainsi eu une extension de la clause d'arbitrage. Bien que la Cour de cassation ne se réfère pas expressément à la volonté tacite, on peut se demander si ce dernier concept n'est pas le fondement d'une telle solution⁹²⁸.

459. Dans une perspective comparatiste, on peut observer que de nombreux États sont favorables à ce que l'ensemble du contentieux en relation avec le contrat soit centralisé devant l'arbitre. Ainsi, d'après Monsieur G. Born, « in many jurisdictions, courts hold that the parties' intentions, in concluding an agreement to arbitrate in an international commercial setting, are presumptively to resolve all disputes related to their business relationship in a single, centralized proceeding, rather than in separate and potentially inconsistent proceedings »⁹²⁹.

⁹²⁶ Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *Rev. arb.* 2010. 813, note F.X. Train ; *JCP* 2010. 1286, obs J. Ortscheidt ; *Cah. arb.* 2011. 443, note J.B. Racine ; *D.* 2010. 2943, obs. Th. Clay.

⁹²⁷ Civ. 1^{ère}, 21 octobre 2015, *Procédure* 2015, comm. 161, obs. L. Weiller ; *D.* 2015. 2590, obs. Th. Clay (rendu en matière d'arbitrage interne). Dans le même sens, v. CA Paris, 17 mars 2011, *Rev. arb.* 2011. 575.

⁹²⁸ Il reste que la portée de cette décision ne doit pas être surévaluée. Tout d'abord, la Cour de cassation s'est retranchée derrière le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Pour l'heure, la haute juridiction a, semble-t-il, refusé de s'engager dans la voie d'une interprétation uniforme des conventions d'arbitrage. Ensuite, même s'il ne visait que le contentieux contractuel *stricto sensu*, le libellé de la clause d'arbitrage litigieuse était large et compréhensif. En l'état de la jurisprudence, rien n'assure que les juridictions étatiques considèrent systématiquement l'arbitre comme compétent pour se prononcer sur une action de nature délictuelle en lien avec le contrat.

⁹²⁹ G.-B. Born, *International commercial Arbitration, Volume 1, op. cit.*, p. 1319.

Plus précisément, les juridictions anglaises ont admis qu'une clause d'arbitrage visant uniquement le contentieux contractuel puisse être étendue à l'égard du contentieux délictuel. Par exemple, dans l'affaire *Et Plus SA v Welter*, une clause soumettait à l'arbitrage les litiges suivants : « any potential disputes regarding the performance or the interpretation of this contract »⁹³⁰. Les juges anglais ont estimé qu'à condition qu'elles soient suffisamment liées à l'exécution ou à la non-exécution du contrat, les demandes délictuelles étaient couvertes par cette clause. De même, dans l'affaire *Asghar v Legal Services Commission*, l'arbitrage était prévu pour l'ensemble des différends « concernant des violations alléguées de ce contrat » (« concerning alleged breaches of this contract »). Le tribunal a estimé que les demandes délictuelles soulevées avaient un lien très étroit avec le contrat et qu'à tout le moins, les questions essentielles relatives à chacune de ces causes d'action feraient l'objet d'un arbitrage. Alors qu'en droit français, les solutions sont particulièrement incertaines, au Royaume-Uni, la jurisprudence semble particulièrement claire et bien fixée. Bien qu'une certaine casuistique soit inéluctable, dans l'ensemble, la jurisprudence est favorable à l'extension de la clause d'arbitrage⁹³¹.

460. Si l'on se détourne des décisions rendues par les juridictions étatiques, pour examiner la jurisprudence arbitrale, le constat est peut-être un peu plus difficile à formuler. Lorsque la clause compromissoire vise l'ensemble des différends en relation avec le contrat, les arbitres considèrent généralement que cette clause couvre des actions de nature délictuelle. L'arbitre sera compétent pour statuer sur ces dernières⁹³². Si la clause vise uniquement le contentieux contractuel *stricto sensu*, peut-elle être étendue à l'encontre d'une action de nature délictuelle ? Dans certaines sentences, les arbitres se sont prononcés en faveur de l'extension. Par exemple, dans la sentence CCI n° 10988, la clause litigieuse visait uniquement les « différends relatifs à l'interprétation et/ou l'exécution du contrat »⁹³³. Le tribunal arbitral a estimé que cette clause pouvait s'appliquer à une action en responsabilité pour concurrence déloyale. Pour justifier cette solution, les arbitres ont pris le soin de préciser que les actes supposés de concurrence déloyale étaient intimement liés à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat.

⁹³⁰ *Et Plus SA v Welter* [2006] 1 Lloyd's Rep. 251 ; [2005] EWHC 2115.

⁹³¹ D. Sutton, J. Gill, M. Gearing, *Russell on Arbitration*, *op. cit.*, § 2-075.

⁹³² Sentence CCI n° 17803/2012, *JDI* 2018, chron. 1, obs. Ph. Cavalieros ; Sentence CCI n° 14817/2008, *JDI* 2011, chron. 11, obs. A. Carlevaris ; Sentence CCI n° 14297/2007, *JDI* 2010, chron. 9, obs. S. Jarvin ; Sentence CCI n° 12167/2002, *JDI* 2007, chron. 8, obs. S. Jarvin ; Sentence CCI n° 9517/1998, *Bull CCI*, 2002, n° 2. 92. Sentence CCI n° 7924/1995, *Bull CCI*, 2002, n° 2. 73 ; Sentence CCI n° 6216/1991, *Bull. CCI*, 2002, n° 2. 62.

⁹³³ Sentence CCI n° 10988/2003, *JDI* 2006. 1408, obs. B. Derains.

461. En résumé, pour définir le champ d'application *ratione materiae* d'une clause de choix de for insérée dans un contrat isolé, la reconstitution de la volonté tacite peut valablement intervenir. Il nous paraît possible de présumer que les parties ont eu la volonté de centraliser l'ensemble du contentieux devant le juge désigné au terme de la clause. Que les différends soient visés ou non dans le libellé de la clause, qu'ils soient contractuels ou délictuels, pour peu qu'ils aient un véritable lien avec le contrat, ils pourront en conséquence être portés devant le juge élu. Sans qu'une telle solution s'impose avec la force de l'évidence, il nous semble qu'elle repose, au moins, sur l'une des interprétations possibles de la volonté des parties.

462. Néanmoins, si l'on se tourne vers l'étude du droit positif français, le seul constat qui puisse être formulé est celui d'une certaine indétermination des règles substantielles régissant l'interprétation ; la problématique de l'interprétation des clauses de choix de for ne manque pas d'engendrer incertitudes et insécurité juridique. Nous voyons à l'œuvre les méfaits de la théorie de la volonté réelle : réduite à un simple problème de fait, la recherche de la volonté psychologique — qui est imposée par l'article 1188 du Code civil — est abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Par la force des choses, elle est livrée à une casuistique judiciaire qui ne peut que gravement compromettre l'impératif de sécurité juridique. La question de l'interprétation de la clause de choix de for constitue pourtant un problème relativement simple. Il serait, en conséquence, aisé de forger des règles d'interprétation claires.

463. Plus complexe est le problème de la délimitation du champ d'application matériel d'une clause de choix de loi ou de for dans les groupes de contrats.

Sous-section 2 : L'extension de la stipulation figurant dans un contrat lié

464. Les contrats liés sont des contrats distincts et autonomes ; ils doivent ainsi être distingués du contrat unique de nature mixte. Leur liaison provient du fait qu'ils sont destinés à « l'accomplissement d'une fonction commune »⁹³⁴. Différentes expressions ont été utilisées pour désigner ce phénomène contractuel⁹³⁵ : groupe de contrats⁹³⁶, ensemble contractuel⁹³⁷, contrats connexes⁹³⁸, interdépendants⁹³⁹, indissociables ou indivisibles⁹⁴⁰. Le terme de contrat lié est également utilisé et plébiscité par une fraction de la doctrine internationaliste⁹⁴¹.

Cette profusion terminologique ne doit, cependant, pas masquer l'unité du phénomène. Certes, les différents adjectifs accolés au terme de contrat peuvent servir à exprimer certaines nuances. Selon la texture et l'intensité des liens unissant les différents contrats du groupe, les adjectifs utilisés pourront varier. Par exemple, le terme d'indivisibilité est utilisé pour désigner une situation dans laquelle les liens unissant les différents contrats sont particulièrement forts et structurants⁹⁴². Il reste que pour l'essentiel, ces diverses expressions renvoient à un phénomène unique, dont l'unité conceptuelle n'est pas contestable.

465. En droit interne, le principe sur lequel la théorie générale du contrat fut naguère édifiée était celui de l'indépendance des conventions. Ainsi, Carbonnier soulignait que « le principe est que chaque contrat, mécanisme clos, se suffit à lui-même, est indifférent aux contrats qui peuvent être conclus à côté, fût-ce en même temps et entre les mêmes personnes »⁹⁴³. Le contrat fut, à l'origine,

⁹³⁴ A. Giardina, « Les contrats liés en droit international privé », *TCFDIP* 1995-96-97, p. 97 et s. et not. p. 98.

⁹³⁵ S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not. p. 286-287.

⁹³⁶ V. par exemple B. Teyssié, thèse, *op. cit.*

⁹³⁷ V. par exemple, C. Aubert de Vincelles, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, p. 983 et s.

⁹³⁸ CA Paris, 23 novembre 1999, *Rev. arb.* 2000. 501 ; *RTD com.* 2001. 59, obs. E. Loquin.

⁹³⁹ V. par exemple, S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007.

⁹⁴⁰ V. par exemple, S. Amrani-Mekki, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois* 2002, p. 355 et s.

⁹⁴¹ F.-X. Train, thèse, *op. cit.* ; S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.* ; A. Giardina, « Les contrats liés en droit international privé », *op. cit.*

⁹⁴² En ce sens, en droit interne, J. Moury, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, p. 255 et s.

⁹⁴³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les Biens, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, p. 2107 ; B. Teyssié, thèse, *op. cit.*

pensé comme un acte juridique « autosuffisant », recelant en son sein l'ensemble des éléments essentiels pour l'appréciation de sa validité et de son exécution⁹⁴⁴. Néanmoins, le principe d'indépendance des conventions est aujourd'hui battu en brèche, dévoré par des exceptions qui ne cessent de se multiplier⁹⁴⁵. Du point de vue de l'internationaliste, une des manifestations les plus éclatantes de cette relativisation du principe d'indépendance des conventions tient à l'extension des clauses accessoires relatives au droit applicable ou au juge compétent.

466. Pour aborder ce problème, nous présenterons tout d'abord plusieurs principes directeurs (I). Ces principes étant par définition assez abstraits et généraux, nous serons ensuite en mesure de préciser les solutions concrètes qui, face à chaque type d'ensemble contractuel spécifique, pourront valablement prévaloir (II).

I) Les principes directeurs envisagés

467. Le mécanisme de l'extension d'une stipulation accessoire relative au droit applicable ou au juge compétent peut valablement être fondé sur le concept de volonté tacite (A). Cependant, pour que l'extension d'une stipulation accessoire soit fondée sur une « véritable » recherche de la volonté tacite, l'extension doit rester un mécanisme dérogatoire et ne doit pas intervenir de façon trop systématique (B).

A) L'extension, mécanisme fondé sur la volonté tacite

468. Dans la mesure où les solutions relatives à l'extension des clauses accessoires peuvent être justifiées par le concept de volonté tacite (1), il importe de préciser comment s'opère cette reconstitution de la volonté (2).

1) L'exigence de reconstitution de la volonté tacite

469. Pour que l'extension d'une clause de choix de for soit valablement retenue, il faut que l'interprète démontre que la volonté des parties était bien orientée vers ce résultat (a). Pour l'extension

⁹⁴⁴ F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴⁵ R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1964, p. 53, cité par B. Teyssié, thèse, *op. cit.*, p. 28 : « à mesure que s'étendent les dimensions des forces naturelles maîtrisées, non seulement les contrats se transforment, mais il cesse d'être possible de les envisager eux-mêmes isolément. Chacun de ces contrats transformés doit, aujourd'hui, être mis en liaison intime, en connexion économique, avec d'autres contrats ».

de clauses d'élection de droit, au contraire, deux méthodes peuvent concurremment être employées (b).

a) Le fondement de l'extension des clauses de choix de for

470. Quant à l'extension des clauses de choix de for, seule une méthode subjective peut être employée par l'interprète. Pour étendre les clauses de choix de for, en effet, il nous semble que l'interprète doit nécessairement démontrer que la volonté des contractants était orientée vers cette extension de la clause⁹⁴⁶. Et pour cause, le problème de l'extension *ratione materiae* d'une convention de choix de for se ramène, en dernière analyse, à une problématique d'interprétation de cette convention. Dès lors que le droit français est applicable — et nous avons vu que lorsqu'il est saisi, le juge français applique systématiquement la loi française⁹⁴⁷ —, cette problématique doit être régie par l'article 1188 du Code civil, qui enjoint le juge à prioritairement rechercher la volonté réelle des parties.

En outre, de façon plus subsidiaire, ce qui fonde la légitimité du juge élu — qu'il soit étatique ou *a fortiori* arbitral — est bien la volonté des parties. Nul ne songe à contester que quant à son *existence*, la compétence du juge élu dépend du consentement des contractants : pour qu'une clause de choix de for soit valablement formée, il faut que les parties y aient consenti. Dès lors, selon l'analyse que nous préconisons, *l'étendue* de la compétence du juge devrait, de façon similaire, dépendre de la volonté des parties. En d'autres termes, il nous semble que pour apprécier l'existence de la clause et l'étendue de son champ d'application, il est souhaitable d'adopter une méthode unitaire, fondée sur la reconstitution de la volonté des contractants.

471. Pour les clauses d'élection de droit, une analyse différente et plus nuancée doit être retenue.

b) Les fondements de l'extension des clauses d'élection de droit

472. Quant à l'extension de la clause d'élection de droit, l'existence d'une concurrence méthodologique doit immédiatement être relevée⁹⁴⁸. Une méthode objective, se traduisant par l'identifica-

⁹⁴⁶ En ce sens, pour l'extension des clauses d'arbitrages : F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 391 ; M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 359.

⁹⁴⁷ V. *infra* n° 417-418.

⁹⁴⁸ S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not p. 288-289.

tion de l'État avec lequel le contrat a les liens les plus étroits, et une méthode subjective, se concrétisant par la recherche de la volonté tacite, peuvent concurremment intervenir. Corrélativement, l'extension de la clause d'élection de droit peut être fondée sur deux dispositions alternatives.

473. Tout d'abord, le juge désireux d'étendre la clause d'élection de droit peut utiliser la clause d'exception, consacrée à l'article 4. 3 du règlement « Rome 1 »⁹⁴⁹. En effet, cette dernière disposition prévoit que lorsque « le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Le considérant 20 de ce même règlement ajoute que pour déterminer si la clause d'exception doit être mise en œuvre, le juge doit notamment prendre en considération l'existence de liens du « contrat avec un ou plusieurs autres contrats »⁹⁵⁰. Qu'un contrat lié puisse exercer une influence sur la localisation de la convention dont le juge cherche à déterminer le droit applicable n'est pas une idée nouvelle. Selon Batiffol, pour localiser une convention, l'existence de liens étroits avec d'autres contrats constitue un indice à prendre en considération⁹⁵¹. En d'autres termes, « l'objet du contrat peut le lier étroitement à d'autres contrats et cette circonstance appellera une localisation commune »⁹⁵².

474. Pour étendre la clause d'élection de droit, l'interprète peut ensuite rechercher la volonté tacite des contractants⁹⁵³. En effet, l'article 3 du règlement « Rome 1 » prévoit que le « choix de la loi applicable au contrat peut être tacite. Or, l'inscription d'un contrat au sein d'un groupe de conventions peut révéler un tel choix des parties »⁹⁵⁴. Il est largement admis que dans certaines hypothèses, les parties auront voulu, fût-ce tacitement, que les conventions insérées au sein d'un ensemble contractuel soient régies par un même droit. Il en résulte que si certaines circonstances sont réunies, la clause d'élection de droit insérée au sein de l'une des conventions du groupe peut être étendue à l'égard des autres conventions que pourtant elle ne vise pas expressément.

475. Il reste alors à préciser comment cette reconstitution de la volonté tacite peut s'opérer.

⁹⁴⁹ S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not. p. 293 et s. Dans le cadre de la convention de Rome, v. M. Salah Mohamed Mahmoud, « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 606.

⁹⁵⁰ V. aussi le considérant 21.

⁹⁵¹ H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 119.

⁹⁵² H. Batiffol, P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 2, LGDJ, 1983, p. 300.

⁹⁵³ S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not. p. 302.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

2) *Le processus de reconstitution de la volonté tacite*

476. Pour déterminer si la clause de choix de loi ou de for peut, sur le fondement de la volonté tacite, être étendue à l'égard de l'ensemble des contrats intégrés au sein d'un groupe, le juge procède en deux étapes⁹⁵⁵. Tout d'abord, sur le fondement d'une analyse purement objective, il examine la teneur des liens économiques existant entre les diverses conventions. Cette première étape est décisive⁹⁵⁶, car la catégorie du groupe de contrats est profondément hétérogène ; c'est un pavillon qui dissimule un ensemble de figures juridiques très variées. Du point de vue de l'extension des clauses accessoires, tous les groupes de contrats ne sont pas identiques ; certains ensembles contractuels forment un terrain qui, quant à l'extension des clauses relatives au droit applicable ou au juge compétent, se révèle particulièrement fertile. Dans d'autres ensembles contractuels, au contraire, l'extension est plus difficilement concevable.

Pour déterminer si les contrats forment un ensemble conventionnel dans lequel l'extension est possible, plusieurs indices peuvent être pris en considération⁹⁵⁷. Les contrats sont-ils constitutifs d'une opération économique unique ? Concourent-ils à la réalisation d'un même but ? Ont-ils été conclus le même jour et pour la même durée ? Existe-t-il un contrat-cadre, qui décrit des obligations contractuelles étant par ailleurs, plus précisément spécifiées dans les contrats d'application ? Certains des contrats se réfèrent-ils expressément à d'autres ? Ce sont autant de facteurs qui peuvent être pris en considération.

477. Ensuite, une fois que ces liens économiques sont identifiés, le juge cherche à définir la portée de la stipulation accessoire. En toute rigueur, le processus de reconstitution de la volonté tacite supposerait qu'un examen de l'ensemble des circonstances de fait ait été entrepris et qu'un faisceau d'indices convergents vienne accréditer l'hypothèse d'une volonté tacite des contractants. Il reste qu'en jurisprudence, dans nombre d'hypothèses, la volonté des parties est automatiquement déduite de l'identification des liens économiques unissant les conventions⁹⁵⁸. Cela est particulièrement vrai

⁹⁵⁵ D. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », *op. cit.*, p. 487.

⁹⁵⁶ Sur l'importance de cette étape, v. F. Mantilla-Serrano, « Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues ? », in B. Hanotiau, E. Schwartz (dir.), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, 2010 p. 11 et s. et not. p. 19.

⁹⁵⁷ Rapprochement : Ph. Leboulanger, « Multi-Contract Arbitration », *op. cit.*, p. 51 et s.

⁹⁵⁸ Cela est particulièrement vrai dans la jurisprudence relative à l'extension de la clause compromissoire.

pour la jurisprudence française relative à l'extension de la clause compromissoire où l'opération de reconstitution de la volonté tacite se dissout presque entièrement dans l'analyse des liens unissant les différentes conventions.

En réalité, ce n'est que lorsque la convention à l'encontre de laquelle on cherche à étendre la stipulation accessoire litigieuse comporte une clause accessoire incompatible que l'extension se révèle impossible⁹⁵⁹. Par exemple, un premier contrat comporte une clause d'arbitrage. Un second comporte une clause attributive de juridiction. Même si ces contrats sont intimement liés, même s'ils s'inscrivent dans le cadre d'une opération économique unitaire, l'interprète refusera d'étendre la clause d'arbitrage à l'égard de la seconde convention. Les parties ont, en effet, expressément manifesté leur volonté de fragmenter le contentieux. Cette manifestation de volonté expresse chasse toute recherche de l'intention tacite des contractants et fait ainsi obstacle à l'extension de la clause compromissoire.

478. Dans la mesure où le seul constat d'un lien de dépendance économique ne permet pas — lorsqu'il est envisagé isolément — de révéler une volonté tacite certaine, l'extension ne doit pas être systématiquement admise.

B) L'extension, mécanisme d'exception

479. Il faut immédiatement dissiper les ambiguïtés que l'intitulé de cette partie pourrait alimenter. Lorsque nous affirmons que l'extension est un mécanisme d'exception, cela ne veut pas dire qu'il soit nécessairement exceptionnel en droit positif. Dans un ensemble contractuel, en effet, l'extension des clauses compromissoires survient fréquemment. Ce que nous affirmons, c'est simplement que pour que le mécanisme de l'extension soit fondé sur une véritable recherche de la volonté tacite, il ne doit pas intervenir de façon systématique. Si l'interprète veut procéder à une « véritable » reconstitution de la volonté tacite, il ne doit pas — sauf exception — déduire cette dernière du simple constat d'un lien entre les contrats. Pour le démontrer, nous examinerons successivement la problématique de l'extension des clauses d'élection de droit (1) et celle de l'extension des clauses de choix de for (2).

⁹⁵⁹ Par exemple, civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2017, n° 16-11.487 (concernant un ensemble économique faisant intervenir 3 opérateurs différents) ; CA Paris, 19 février 2013, *République démocratique populaire du Laos c/ société Thai Lao Lignite Co. Ltd. et autre.*, en somm. in *Rev. arb.* 2013. 299. Dans la jurisprudence arbitrale, v. par ex, sentence CCI, n° 2272/1975, *Yearbook*, vol. II, p. 151 ; *Rec. Sent. CCI*, vol. I. 11.

1) *Le caractère exceptionnel de l'extension des clauses d'élection de droit*

480. L'extension des clauses d'élection de droit ne devrait qu'être rarement admise. Et pour cause, les contraintes textuelles qui pèsent sur l'interprète et enserrent la prise en considération de la volonté tacite sont considérables. Selon l'article 3 du règlement « Rome 1 », en effet, « le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Le rapport Giuliano Lagarde ajoute que l'article 3 « n'autorise aucunement le juge à supposer un choix de la loi par les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire ».

Le standard de preuve qui est ici fixé, celui de la certitude, est particulièrement exigeant et, pour tout dire, ne paraît pas réaliste. Il nous semble qu'en dehors d'hypothèses très spécifiques, le choix tacite ne saurait être reconstitué de façon certaine. À tout le moins, si le règlement Rome 1 exige véritablement la preuve d'une volonté *réelle*, admettons que cette dernière ne pourra que très rarement être reconstituée avec certitude. Comment serait-il possible, faute d'un accès direct à la conscience des contractants, de parvenir à avoir une quelconque certitude au sujet de l'existence d'un fait psychologique qui, comme tel, demeure imperceptible et se dérobe à l'ensemble des investigations susceptibles d'être accomplies ? Comme cela est souligné par Heuzé, « le juge ne pourra jamais reconstituer qu'une volonté vraisemblable, sinon seulement possible. En aucun cas, il ne parviendra à dégager avec certitude la volonté commune, telle qu'elle a, éventuellement, pu exister en fait »⁹⁶⁰.

481. Plus précisément, peut-on considérer que les parties ont eu, de façon certaine, la volonté de soumettre les conventions intégrées au sein de l'ensemble contractuel à l'empire d'un droit unique ? Deux arguments peuvent appuyer une telle thèse, mais aucun de ces derniers n'emporte entièrement la conviction. Tout d'abord, on peut conjecturer que dans certaines hypothèses, les parties prêtent davantage attention à l'opération économique, envisagée dans son unité, qu'à chacun des contrats concourant à la réalisation de cette dernière. Dans leur esprit, la pluralité des conventions s'efface devant l'unité de l'opération économique, telle qu'elle a, en fait, pu se concrétiser. Dès lors, il est possible qu'en insérant une clause d'élection de droit dans un premier contrat, les parties aient en réalité eu la volonté de désigner le droit applicable à *l'opération économique* elle-même. Dans une telle hypothèse, même si les parties contractantes ont ultérieurement oublié d'insérer une clause d'*electio juris* dans le second contrat, ou même si elles ont pensé que l'insertion d'une seconde clause d'élection

⁹⁶⁰ V. Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 251.

de droit était inutile, elles ont implicitement voulu que l'ensemble contractuel soit assujéti à l'empire d'une loi unique.

482. Ensuite, du point de vue des parties, la centralisation du droit applicable est généralement la solution la plus opportune. Plus précisément, du point de vue des contractants, la dispersion du droit applicable provoque des difficultés de deux ordres. En premier lieu, l'éclatement du droit applicable à l'ensemble contractuel peut provoquer des « frictions »⁹⁶¹. Par exemple, un premier contrat est nul. Le juge cherche à déterminer si le second contrat, lié à la convention dont la nullité est avérée, doit — en quelque sorte par ricochet — être également annulé. Lorsque la loi régissant le premier contrat prévoit cette nullité alors que la loi régissant le second contrat s'oppose à l'extension de la sanction, quelle doit être la décision du juge⁹⁶² ? Pour éviter de telles questions, il est préférable de centraliser le droit applicable à l'ensemble contractuel.

En second lieu, et plus fondamentalement, en présence d'un ensemble contractuel soumis à deux systèmes juridiques différents, les parties contractantes seront amenées à s'informer sur le contenu substantiel des deux lois en présence, en particulier si un contentieux éclate. Le dépeçage de l'ensemble contractuel provoque ainsi une inflation des coûts d'information pesant sur les contractants⁹⁶³. La solution n'est donc guère opportune. Si les parties sont conscientes de ces difficultés, leur volonté aura, le plus souvent, été orientée vers l'unification du droit applicable à l'ensemble contractuel.

483. Néanmoins, ce type de raisonnement souffre toujours du même vice, de la même infirmité consubstantielle. Les contractants ne sont pas toujours conscients des difficultés procédant d'un éclatement du droit applicable. Ils peuvent donc délibérément choisir une solution qui est contraire à leur intérêt : en l'occurrence, celle de la fragmentation du droit applicable à l'ensemble contractuel. En outre, il est possible que les contractants soient parvenus à trouver un accord sur la loi applicable pour l'une des conventions, mais non pour l'autre. Il est également possible que les parties se soient interrogées sur le droit applicable à *l'un des contrats*, mais qu'elles aient oublié d'envisager la question du droit applicable au second. En conséquence, en dehors d'hypothèses très spécifiques, on ne saurait affirmer que les contractants ont eu, de façon certaine, la volonté de centraliser le droit applicable au

⁹⁶¹ Sur les incohérences générées par l'éclatement du droit applicable, v. S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, p. 306 et s. ; A. Giardina, « Les contrats liés en droit international privé », *op. cit.*, p. 102 ; B. Teyssié, thèse, *op. cit.*, p. 225.

⁹⁶² On reprend ici l'exemple donné par Madame S. Corneloup : v. « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, p. 311-312.

⁹⁶³ Plus exactement, les parties seront tenues de s'informer sur la teneur du droit commun des contrats de chacun de ces systèmes juridiques.

groupe de conventions. À tout le moins, envisagée isolément, la seule présence d'un ensemble contractuel ne révèle pas une volonté certaine⁹⁶⁴.

484. Il en résulte que d'après une interprétation purement littérale de l'article 3 du règlement « Rome 1 », dans un groupe de contrats, l'extension de la clause d'élection de droit ne peut pas être fondée sur la volonté tacite⁹⁶⁵. En réalité, pour accepter que l'intégration de la convention au sein d'un ensemble contractuel puisse révéler un choix tacite, il faut s'écarter d'une interprétation trop rigide et littérale de l'article 3 et se départir de cette exigence d'un choix certain, entendue trop strictement. Dès lors que l'on accepte l'idée que l'on donne effet à une volonté réelle qui, pour être concevable ou même hautement probable, demeure — de par sa nature même — sujette à discussion, l'extension de la clause d'élection de droit peut valablement être fondée sur l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Il n'en reste pas moins que si l'on veut retenir une interprétation qui soit respectueuse, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'article 3 du règlement « Rome 1 », un choix tacite ne devrait que rarement être caractérisé. Les hypothèses dans lesquelles une clause d'élection de droit ayant été insérée dans un contrat est étendue à l'égard des autres conventions intégrées au sein de l'ensemble contractuel devraient être rares.

485. Il en va de même pour les clauses d'élection de for.

2) Le caractère exceptionnel de l'extension des clauses de choix de for

486. Il nous semble que les hypothèses dans lesquelles l'extension d'une clause de choix de for peut être fondée sur la reconstitution de signes objectifs de volonté parfaitement probants sont rares. Si l'on s'en tient à une véritable recherche de la volonté tacite, l'extension d'une clause de choix de for devrait être admise avec beaucoup de circonspection et de prudence. Dès lors, nous ne pouvons que souscrire à l'affirmation de Monsieur F.-X. Train qui affirme, à propos de la clause d'arbitrage, qu'« il faut se garder de poser une présomption d'extension de la clause dans un groupe de contrats [...] ». L'extension demeure un mécanisme d'exception en ce qu'il revient au bout du compte à faire

⁹⁶⁴ Comp : B. Teyssié, thèse, *op. cit.*, p. 226 : « Il est raisonnable de présumer que les parties ont voulu assujettir conventions principale et accessoire à la même loi ».

⁹⁶⁵ Sauf à ce que d'autres indices de volonté viennent corroborer l'hypothèse d'un choix tacite du droit applicable. Il se peut, en effet, que la présence d'une clause d'*electio juris* dans un contrat lié ne soit que *l'un* des indices en faveur de la clause de loi.

prévaloir une volonté implicite ou supposée sur une volonté exprimée [...] ; il doit donc être admis avec parcimonie »⁹⁶⁶.

487. Lorsque l'on examine la jurisprudence relative au rayonnement de la clause d'élection de for, on constate que l'extension constitue un mécanisme qui est proprement exceptionnel et très rarement admis. Mais au contraire, dans le droit français de l'arbitrage international, les hypothèses d'extension de la clause d'arbitrage se sont continûment multipliées. On est désormais en droit de se demander si l'extension de la clause d'arbitrage n'est pas devenue le principe et le refus d'extension l'exception. Dans nombre d'ensembles contractuels, l'extension de la clause d'arbitrage est automatiquement admise, sans qu'aucun autre indice objectif ne vienne corroborer l'hypothèse d'une volonté de centralisation du contentieux.

488. Cette inclinaison n'est d'ailleurs pas propre à la jurisprudence française. Comme cela est souligné par Monsieur G. Born, « so long as the parties to the relevant contracts are the same, and the contracts all relate to a single project, or course of dealing, U.S., French, English, Swiss, German and other courts have generally been willing to hold that an arbitration clause in one agreement extends to related agreements »⁹⁶⁷. Monsieur B. Hanotiau abonde en ce sens et déclare que les tribunaux des différents États ont généralement considéré que lorsque deux contrats conclus entre les mêmes parties sont étroitement liés et que l'un trouve son origine dans l'autre, ou est le complément ou l'exécution de l'autre, le mécanisme de l'extension de la clause d'arbitrage trouve à s'appliquer⁹⁶⁸.

Plus précisément, en Suisse, le tribunal fédéral a affirmé qu'une convention d'arbitrage peut « s'étendre aux contrats accessoires ou annexes, à moins que ceux-ci ne contiennent une clause de résolution des litiges spécifique de contenu différent »⁹⁶⁹. En droit anglais, un même constat prévaut. Dès lors que plusieurs contrats, conclus entre les mêmes parties, concourent à la réalisation d'un même projet économique ou d'une transaction unique, les tribunaux anglais considèrent que la clause

⁹⁶⁶ F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 424.

⁹⁶⁷ G.-B. Born, *International commercial Arbitration, Volume 1*, *op. cit.*, p. 1371-1372.

⁹⁶⁸ B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2021, p. 264 et s.

⁹⁶⁹ Tribunal fédéral, 20 septembre 2011, 4A_103/2011.

d'arbitrage figurant dans l'un d'entre eux peut s'étendre aux contrats connexes⁹⁷⁰. La jurisprudence arbitrale retient généralement des solutions similaires, très favorables au jeu de l'extension de la clause compromissoire dans les groupes de contrats⁹⁷¹.

489. Or, précisément, lorsque le juge déduit l'extension du seul constat d'un lien économique entre les conventions, il se fonde sur une volonté tacite qui, pour être concevable, demeure toujours hypothétique et sujette à contestation. En d'autres termes, même si les différents contrats sont intimement liés, on ne saurait affirmer que les parties ont eu, de façon certaine, la volonté de centraliser le contentieux généré par le groupe de conventions. Dans de telles circonstances, en effet, deux arguments peuvent être avancés en faveur de l'extension de la clause de choix de for. Cependant, aucun de ces deux arguments n'est entièrement probant. Tout d'abord, on peut conjecturer que lorsqu'elles décident de recourir à l'arbitrage, certaines parties ont davantage à l'esprit l'ensemble des litiges pouvant résulter de *l'opération économique* que ceux susceptibles d'être engendrés par le *contrat* dans lequel la clause est insérée. En introduisant dans l'un des contrats une clause compromissoire, les parties contractantes auront en réalité eu la volonté de désigner le juge compétent pour statuer sur les litiges pouvant résulter de *l'opération économique*. Mais si cette observation est peut-être exacte dans certains cas, elle peut difficilement être généralisée.

Ensuite, la centralisation du contentieux généré par un groupe de contrats est une solution qui, dans une large majorité d'hypothèses, se révèle souhaitable. L'éclatement du contentieux engendre en effet une inflation des coûts procéduraux pesant sur les contractants⁹⁷². Dès lors que ces derniers voudront présenter des demandes ayant trait à plusieurs contrats — ce qui est fréquent en pratique —, ils seront contraints d'initier leurs actions devant des juges différents ou de renoncer à l'une de leurs demandes. Au surplus, la fragmentation du contentieux est susceptible de déboucher sur le prononcé de décisions contradictoires. Lorsqu'ils sont conscients de ces difficultés, les contractants auront le plus souvent souhaité, fût-ce tacitement, que le contentieux généré par les diverses composantes de l'ensemble contractuel soit centralisé devant un juge unique. Néanmoins, il est permis de penser que dans certains cas, les parties n'ont pas conscience des difficultés résultant d'une fragmentation du contentieux.

⁹⁷⁰ *Nova (Jersey) Knit Ltd v. Kammgarn Spinnerei GmbH* [1977] 1 Lloyd's Rep. 463 (House of Lords) ; *Al-Naimi v. Islamic Press Agency Inc.* [2000] 1 Lloyd's Rep. 522, 524 (EWCA.) ; *Fletamentos Maritimos SA v. Effjohn Int'l BV* [1996] 2 Lloyd's Rep. 304 (QB) (EWHC).

⁹⁷¹ V. l'ensemble des références citées par G.-B. Born, *International commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1371-1372.

⁹⁷² M. Pryles, J.-M. Waincymer, "Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties", *op. cit.*, p. 438.

490. En définitive, il nous semble que l'existence de la volonté tacite — sur laquelle reposerait l'extension de la clause d'arbitrage dans un ensemble contractuel — est vraisemblable⁹⁷³. Cependant, en l'absence de circonstances spécifiques, cette volonté ne peut être reconstituée avec certitude⁹⁷⁴. C'est pourquoi, pour que l'extension des clauses de choix de for soit fondée sur une « véritable » recherche de la volonté tacite, elle ne doit pas intervenir de façon trop systématique.

491. Il reste maintenant à apporter certaines précisions. En restant au niveau d'abstraction qui a jusqu'alors été le nôtre, l'analyse demeurera toujours relativement insatisfaisante. Il faut maintenant procéder à un examen des solutions adoptées pour chaque type d'ensemble contractuel.

II) Les solutions concrètes relatives à l'extension

492. Une première question doit être brièvement traitée. Lorsque des contractants ont successivement conclu plusieurs conventions identiques, les stipulations accessoires figurant au sein de ces dernières peuvent-elles être incorporées au sein de la nouvelle convention qui, pourtant, ne comprend pas de telles clauses ? Par exemple, les parties ont conclu plusieurs contrats de vente comportant une clause d'*electio juris* en faveur du droit français. Elles concluent un nouveau contrat de vente, mais ce dernier ne comprend pas de clause d'élection de droit. La clause d'élection de droit figurant dans les conventions initiales peut-elle être étendue à l'égard du nouveau contrat de vente ?

Retenir une réponse positive revient à admettre que les parties ont tacitement manifesté leur volonté de soumettre l'ensemble de leurs relations à l'empire des stipulations accessoires figurant au sein des contrats initiaux. Dans un ensemble conventionnel composé de contrats successifs, la jurisprudence considère que la clause d'arbitrage figurant dans les contrats antérieurs s'applique également

⁹⁷³ Comp : J. Billemont, thèse, *op. cit.*, p. 370.

⁹⁷⁴ Nous verrons, cependant, que l'hypothèse du contrat-cadre déroge largement au schéma d'analyse très général que nous esquissons ici.

à l'égard des différends découlant du contrat postérieur⁹⁷⁵. En matière de conflits de lois, il a également été affirmé par Messieurs Giuliano et Lagarde que lorsqu'un contrat antérieur, conclu entre les mêmes parties, contenait une clause d'*electio juris*, cela « peut permettre au juge de n'avoir aucun doute que le contrat sera régi par la même loi précédemment choisie »⁹⁷⁶.

493. Quoi qu'il en soit, l'ensemble conventionnel composé de contrats successifs n'est pas la figure juridique la plus intéressante. Nous nous intéresserons désormais à des hypothèses dans lesquelles plusieurs conventions différentes concourent à la réalisation d'une opération économique unique. Lors de la formalisation d'une opération commerciale ou financière complexe, les opérateurs du commerce international sont parfois amenés à simultanément conclure une pluralité de conventions. Dans une telle configuration, le contrat « devient imbriqué avec d'autres pour la réalisation d'une opération globale, en ce sens que celle-ci ne pourra se réaliser que grâce à la combinaison de prestations issues de contrats distincts »⁹⁷⁷.

Par hypothèse, comme cette première section porte uniquement sur l'extension *ratione materiae*, nos développements couvriront uniquement des ensembles dans lesquels les différents contrats ont été conclus entre les mêmes parties. Nous étudierons tout d'abord la figure du groupe composé d'un contrat-cadre et de contrats d'application. Il nous semble en effet que c'est dans cette dernière hypothèse que l'extension de la clause de choix de loi ou de for est la plus aisément admissible (A)⁹⁷⁸. Par

⁹⁷⁵ En ce sens, v. Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 690 ; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 153. En jurisprudence, v. CA Paris, 18 mars 1983, *Rev. arb.* 1983. 491, note J. Robert. L'interprétation de cette décision est toutefois sujette à discussion. On peut se demander s'il s'agit véritablement d'une hypothèse d'extension de la clause d'arbitrage ou, plus vraisemblablement, d'un simple cas d'acceptation tacite. V. également, CA Paris, 17 juin 1971, *Rev. arb.* 1971. 116, note Fouchard ; CA Paris, 21 février 2002, *SA Groupe des Sablières Modernes (GSM)*, c/ *SA Groupama Transports et autres*, *RTD com.* 2002. 277, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2002. 955, note F.X. Train (arbitrage interne). Cependant, là encore, on peut se demander si « les deux conventions successives ne constituaient pas deux contrats distincts, mais en réalité un seul et même contrat ayant fait l'objet d'une modification, auquel cas l'arrêt serait justifié, non plus sur le fondement de l'extension de la clause compromissoire, mais sur celui de son application pure et simple dans les limites de son domaine initial » (F.-X. Train, note sous CA Paris, 21 février 2002, *Rev. arb.* 2002, p. 961 et s. et not. p. 963-964).

⁹⁷⁶ M. Giuliano, P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », n° 3. V. aussi, P. Mankowski, « Article 3 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome 1 Regulation*, Ottoschmidt, 2017, p. 160. Et dans une perspective critique, v. T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 154.

⁹⁷⁷ S. Pellé, thèse, *op. cit.*, p. 9. Rapprochement : Ph. Leboulanger, « Multi-Contract Arbitration », *op. cit.*, p. 52.

⁹⁷⁸ En ce sens, très favorable à l'extension de la clause compromissoire figurant dans le contrat-cadre : F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, v. par ex. p. 46 ; J. Billefont, thèse, *op. cit.*, p. 365 ; E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 55-56. Contra : D. Sindres, « Le contrat-cadre en matière internationale », *AJ contrat* 2017, p. 107 et s.

la suite, nous étudierons la figure du groupe de conventions dépourvu de contrat-cadre. Nous chercherons à montrer que dans cette dernière configuration, l'extension de la clause portant sur le droit applicable ou sur le juge compétent est plus difficilement acceptable (B).

A) Le groupe de conventions comprenant un contrat-cadre

494. En première approximation, le contrat-cadre peut être défini comme la convention par laquelle les parties structurent et organisent leurs relations futures, en en précisant les traits principaux et en définissant les caractéristiques essentielles des contrats d'application qui seront ultérieurement conclus⁹⁷⁹. Par exemple, en matière de distribution, le contrat-cadre définit les obligations générales du fournisseur et du distributeur : exclusivité, quotas, territoire sur lequel la distribution interviendra, caractéristiques des produits ou des services à distribuer⁹⁸⁰.

Lorsque la clause de choix de loi ou de for est insérée dans un contrat d'application, elle ne peut pas être étendue à l'égard du contrat-cadre. En effet, la hiérarchie existant entre ces deux conventions fait obstacle à l'extension de la stipulation insérée dans le contrat d'application⁹⁸¹. Pour les clauses d'élection de for, la Cour de cassation s'est expressément prononcée en ce sens. La haute juridiction a, par exemple, affirmé qu'une clause attributive de juridiction figurant dans des conditions générales de vente ne pouvait pas être invoquée par l'une des parties à l'occasion d'un litige relatif au contrat de concession⁹⁸².

495. Dans la suite de ces développements, nous nous focaliserons sur l'hypothèse dans laquelle la stipulation litigieuse est insérée dans le contrat-cadre. Cette clause peut-elle être étendue à l'égard

⁹⁷⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 130.

⁹⁸⁰ C. Kessedjian, V. Pironon, « Contrat de distribution », *J.-Cl. Int.*, fasc. 571-20, 2011, n° 2.

⁹⁸¹ V. cependant, Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Rev. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel. Dans cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur la loi applicable à un contrat de distribution. En se fondant sur une pluralité d'indices, elle va considérer que les parties avaient tacitement décidé de soumettre ce contrat à la loi française. La Cour de cassation relève notamment que les conditions générales de vente du fournisseur, figurant au dos des factures de ce dernier, prévoyaient l'application de la loi française. En d'autres termes, dans cet arrêt, la loi applicable au contrat-cadre semble être — pour partie — déduite d'une désignation du droit applicable au contrat d'application (Rapprochement : D. Bureau, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 410 et s. et not. p. 416.)

⁹⁸² Com. 29 octobre 1985, n° 83-14.738, *Bull. civ.* IV, n° 254 ; *JCP* 1986. IV. 20. En ce sens, v. également Com. 27 février 1996, n°94-15.205, *Rev. crit. DIP* 1996. 736, note H. Gaudemet-Tallon ; Com. 3 octobre 2000, n° 97-14.433 ; CA Paris, 14 octobre 1998, *D.* 1999. 291, obs. B. Audit ; CA Paris, 29 septembre 1978, *Gaz. Pal.* 1979. 1. Somm. 171.

du contrat d'application ? Nous présenterons successivement les solutions concevables (1) et les solutions consacrées par la jurisprudence (2).

1) *Les solutions concevables*

496. Lorsqu'elles concluent un contrat-cadre, l'objectif des parties est « de couler les relations futures dans un moule unique, prédéterminé »⁹⁸³. En d'autres termes, le contrat-cadre a une fonction très singulière : la standardisation des relations futures⁹⁸⁴. Les caractéristiques principales des contrats d'application sont prévues, de façon plus ou moins complète, dans la convention-cadre qui les précède et les structure⁹⁸⁵. Pour exprimer cette idée plus simplement, on peut tout simplement se borner à affirmer — de manière il est vrai quelque peu tautologique — que le contrat-cadre fixe le cadre des relations contractuelles futures⁹⁸⁶.

C'est ce qui explique qu'à notre sens, les clauses de choix de loi ou de for insérées en son sein aient également vocation à gouverner les conventions d'application. Comme ces stipulations accessoires forment le cadre des relations futures, elles ont vocation à s'étendre au-delà de la convention dans laquelle elles sont insérées. En conséquence, il nous semble que les clauses accessoires portant sur le droit applicable ou sur le juge compétent figurant dans le contrat-cadre peuvent, sur le fondement de la volonté tacite des parties, être étendues à l'égard d'un contrat d'application. À tout le moins, il nous semble que c'est l'une des interprétations possibles de la volonté des parties.

497. La jurisprudence se prononce-t-elle en ce sens ?

⁹⁸³ F. Leclerc, « Le contrat-cadre en droit international privé », *TCFDIP* 2002-2004, p. 3 et s. et not. p. 4.

⁹⁸⁴ F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179 et s. et not. n° 19 ; F. Leclerc, « Le contrat-cadre en droit international privé », *op. cit.*, p. 4 ; E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 55.

⁹⁸⁵ F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, not. p. 80.

⁹⁸⁶ F. Pollaud-Dulian, A. Ronzano, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *op. cit.*, n° 19 ; F. Leclerc, « Le contrat-cadre en droit international privé », *op. cit.*, p. 4.

2) *Les solutions consacrées*

498. Pour les clauses d'arbitrage, l'extension des effets de la stipulation figurant dans le contrat-cadre semble largement admise⁹⁸⁷. Si les arrêts se prononçant expressément sur cette question sont assez rares, la doctrine se prononce très clairement en ce sens⁹⁸⁸. Cependant, si le contrat d'application contient une stipulation incompatible avec la clause d'arbitrage insérée dans le contrat-cadre, l'extension paraît inconcevable. Dans une telle configuration, en effet, les parties ont expressément manifesté leur volonté de décentraliser le contentieux. Au nom d'un principe de primauté de la volonté expresse⁹⁸⁹, la recherche d'une intention tacite devrait selon nous être exclue.

Un arrêt récent se prononce en ce sens⁹⁹⁰. Dans un arrêt du 29 novembre 1991, la Cour d'appel de Paris avait pourtant raisonné différemment⁹⁹¹. Dans cette affaire, alors que le contrat-cadre comportait une clause compromissoire, une clause attributive de juridiction était insérée dans le contrat d'application. Les deux clauses de choix de for étant ainsi incompatibles, l'extension de la stipulation d'arbitrage figurant dans le contrat-cadre paraissait inadmissible. La Cour d'appel de Paris n'en a pas moins affirmé que la clause d'arbitrage figurant dans le contrat-cadre trouvait application pour les différends issus du contrat d'application. Il nous semble que cette solution repose sur une fiction de volonté.

499. Pour les clauses d'élection de for, les solutions relatives à l'extension sont beaucoup plus incertaines. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur cette question. Pour Monsieur D. Sindres, une telle extension est inadmissible. Elle traduirait une méconnaissance non seulement de la volonté des parties, mais également de la différence d'objet entre le contrat-cadre

⁹⁸⁷ CA Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.* 1993. 617, note L. Aynès ; CA Paris, 31 octobre 1989, *Rev. arb.* 1992. 90, note L. Aynès ; T. com. Bobigny, 29 mars 1990, *Rev. arb.* 1992. 66, note L. Aynès. Sur cette question, v. L. Larribère, thèse, *op. cit.*, p. 348-349.

⁹⁸⁸ F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, v. par ex. p. 46 ; E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 55-56.

⁹⁸⁹ Ce principe de primauté de la volonté expresse n'a jamais été expressément consacré par le droit positif. Il nous semble cependant rationnel de considérer qu'une manifestation de volonté expresse doit, par principe, prévaloir sur une manifestation de volonté tacite qui, par hypothèse, demeure toujours plus incertaine.

⁹⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 6 novembre 2013, *Rev. arb.* 2013. 1081 ; *JCP G* 2013. 1391, n° 4, obs. Ch. Seraglini ; *RDC* 2014. 260, note X. Boucobza et Y.-M. Sérinet.

⁹⁹¹ CA Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.* 1993. 617, note L. Aynès.

d'une part, et les contrats d'application d'autre part »⁹⁹². D'autres auteurs, au contraire, sont favorables à ce que les effets de la clause d'élection de for soient étendus⁹⁹³.

500. Pour les clauses d'élection de droit, un même constat prévaut. Plusieurs auteurs se prononcent en faveur de l'extension de ces stipulations⁹⁹⁴. Cependant, à notre connaissance, la solution n'a jamais été consacrée par la jurisprudence. Du reste, dans le cas de la clause d'*electio juris*, la problématique de l'extension est susceptible d'être obscurcie par le concours des normes de droit international privé applicables. Dans nombre d'hypothèses, le contrat d'application est en effet une vente d'objets mobiliers corporels. Dans une telle situation, alors que le contrat-cadre sera généralement régi par le règlement « Rome 1 », la vente sera gouvernée par la convention de La Haye du 15 juin 1955. En conséquence, pour déterminer si la clause d'élection de droit contenue dans le contrat-cadre a vocation à s'étendre à l'égard du contrat d'application, doit-on consulter le Règlement « Rome 1 » ou la convention de La Haye ? Si l'hésitation semble permise, cela tient à ce que le problème de l'extension de la stipulation relative au droit applicable est indissolublement lié à ces deux contrats. Plusieurs raisonnements sont à cet égard concevables⁹⁹⁵.

Tout d'abord, le problème de l'extension de la clause d'élection de droit peut être assimilé à une pure question d'interprétation de la stipulation en question : il faut, en effet, délimiter le champ d'application de cette dernière. Ce faisant, pour déterminer si l'extension est admissible, l'interprète se focalisera sur la clause d'élection de droit dont l'extension est recherchée et il consultera le droit applicable à l'interprétation de cette clause. Dans la mesure où la stipulation en question est insérée dans le contrat-cadre, le droit applicable est désigné par le règlement « Rome 1 ».

⁹⁹² *Ibid*, p. 112. En ce sens, v. aussi, H. Gaudemet-Tallon, « Conditions de validité d'une clause attributive de juridiction et fixation contractuelle artificielle du lieu d'exécution de l'obligation dans un contrat de distribution sélective », note sous Com. 27 février 1996, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 736 et s. et not p. 740.

⁹⁹³ H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, p. 197.

⁹⁹⁴ P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 161 ; F. Leclerc, « Le contrat-cadre en droit international privé », *op. cit.*, p. 12 ; C. Kessedjian, V. Pironon, « Contrat de distribution », *J.-Cl. Int.*, fasc. 571-20, 2011, n° 2.

⁹⁹⁵ À ce sujet, v. F. Leclerc, « Le contrat-cadre en droit international privé », *op. cit.*, p. 14.

Ensuite, le problème de l'extension de la clause d'élection de droit peut être assimilé à un problème d'interprétation du contrat d'application⁹⁹⁶. En effet, la question que l'interprète doit trancher est relative à la détermination du droit applicable à ce contrat. Plus exactement, l'interprète doit déterminer si les parties ont tacitement choisi le droit applicable au contrat de vente. Or, cette opération de détermination du droit applicable présuppose qu'un processus d'interprétation du contrat litigieux ait été entrepris. S'il retient cette dernière option, l'interprète se focalisera sur le contrat de vente, conclu en application de l'accord-cadre, et il consultera alors la convention de La Haye du 15 juin 1955.

Enfin, pour déterminer si l'extension de la clause d'élection de droit est admissible, l'interprète pourrait songer à appliquer cumulativement le règlement « Rome 1 » et la convention de La Haye précitée. Pour que l'extension de la clause d'élection de droit figurant dans le contrat-cadre soit admise, l'interprète devrait alors déterminer si ces deux textes autorisent l'extension.

Il nous semble que c'est la deuxième option qui doit être privilégiée. Et pour cause, même si la question de l'extension se rapproche de l'interprétation d'une clause d'élection de droit, elle constitue, plus fondamentalement, un problème de détermination du droit applicable au contrat d'application. Pour déterminer le droit applicable au contrat d'application, seule la convention de La Haye du 15 juin 1955 a vocation à s'appliquer. Or, précisément, cette convention admet le choix tacite, mais précise que ce dernier doit « résulter indubitablement des dispositions du contrat ». En conséquence, pour établir l'existence d'un choix tacite, seules les stipulations contractuelles — et non les éléments objectifs extérieurs aux contrats — peuvent être prises en considération⁹⁹⁷. En conséquence, pour que la désignation du droit applicable au contrat-cadre révèle un choix tacite du droit régissant le contrat d'application, il faut que des stipulations du contrat d'application fassent expressément référence au contrat-cadre. En l'absence de telles stipulations, le choix tacite du droit applicable au contrat d'application — qui équivaut en pratique à une extension de la clause d'élection de droit — ne peut pas être admis.

⁹⁹⁶ Le problème de l'extension du droit applicable peut également être conçu comme une question de formation du contrat d'*electio juris* afférent à ce contrat d'application. On peut, en effet, appréhender la clause d'élection de droit, non comme une simple clause insérée au sein du contrat, mais comme une véritable convention distincte du contrat principal. Si l'on retient cette dernière conception, la question de l'extension de la clause d'élection de droit insérée dans le contrat-cadre est un problème de formation des conventions.

⁹⁹⁷ C'est ce qui sépare les dispositions de la convention de La Haye et celles du règlement « Rome 1 ». Et c'est ce qui confère une importance pratique à cette question du concours de normes de droit international privé. Le règlement « Rome 1 » affirme que le choix tacite peut résulter des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. En conséquence, lorsque le règlement « Rome 1 » est applicable, afin d'établir l'existence d'un choix tacite, les circonstances extérieures au contrat dont on cherche à déterminer le droit applicable peuvent être prises en considération.

501. En définitive, si la jurisprudence est favorable à l'extension de la clause d'arbitrage, pour les autres types de clauses, les solutions sont plus douteuses. Lorsque l'ensemble contractuel est dépourvu de contrat-cadre, les solutions sont encore plus incertaines⁹⁹⁸.

B) Le groupe de conventions dépourvu de contrat-cadre

502. En présence d'un tel ensemble, peut-on également admettre que les effets de la stipulation accessoire, insérée dans l'une des conventions du groupe, s'étendent à l'égard des autres contrats intégrés au sein de l'ensemble contractuel ? La jurisprudence française est très favorable à l'extension des clauses d'arbitrage (1). Pour les clauses d'élection de for (2) et les clauses d'élection de droit (3), les solutions semblent plus incertaines.

1) L'extension des clauses d'arbitrage

503. Quel que soit le type d'ensemble contractuel, l'extension de la clause d'arbitrage est presque systématiquement admise⁹⁹⁹. L'extension de la clause compromissoire peut notamment être fondée sur le constat de liens d'indivisibilité ou d'interdépendance. Au sens du droit civil français, l'interdépendance est définie comme une situation dans laquelle « plusieurs contrats participant à une opération économique d'ensemble [...] ne peuvent que coexister ou disparaître simultanément »¹⁰⁰⁰. Dans le cadre des présents développements, les notions d'indivisibilité et d'interdépendance peuvent être tenues pour équivalentes¹⁰⁰¹. Dans de tels ensembles, la jurisprudence est favorable à l'extension de la clause compromissoire¹⁰⁰². Dans un arrêt du 26 avril 2007, la Cour d'appel de Paris s'est prononcée sur un tel ensemble contractuel¹⁰⁰³. Le litige était relatif à l'exploitation, par le franchisé, du fonds de commerce du franchiseur. Seul le contrat de franchise comportait une clause d'arbitrage. Dans le

⁹⁹⁸ Comp : plus nuancé, P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 162.

⁹⁹⁹ Pour une synthèse quant à cette question, v. par exemple : Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 696 et s.

¹⁰⁰⁰ S. Bros, « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 29 et s. et not. p. 29-30. Sur la notion et la preuve de l'interdépendance contractuelle, v. S. Bros, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, p. 960 et s.

¹⁰⁰¹ X. Lagarde, « Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *JCP* 2013, Doctr. 1255, p. 2176 et s. et not. p. 2178 : l'auteur les tient pour synonymes.

¹⁰⁰² E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 154-155. En jurisprudence, v. CA Paris, 22 novembre 2012, *Société ED Franchise et autre c/ Sarl Evrygis*, *Rev. arb.* 2013. 283. V. aussi, à propos de faits assez proches, mais où une renonciation à la clause compromissoire faisait obstacle à son extension : Civ. 1^{ère}, 20 avril 2017, n° 16-11.413.

¹⁰⁰³ CA Paris, 26 avril 2007, *JCP G. I.* 216, n° 1, obs. J. Béguin (arbitrage interne).

contrat de location-gérance, le mode de règlement des litiges n'était pas déterminé. La Cour d'appel de Paris a affirmé que « le rapport d'interdépendance entre ces deux conventions [...] justifie l'extension de la compétence des arbitres à un différend concernant le contrat de location-gérance qui ne contient pas de clause d'arbitrage »¹⁰⁰⁴.

Le seul constat de l'indivisibilité ne devrait pas nécessairement entraîner l'extension de la clause d'arbitrage¹⁰⁰⁵. L'indivisibilité n'est pas le fondement de l'extension. En principe, ce n'est que lorsque l'indivisibilité révèle une volonté qu'elle peut valablement être prise en considération pour étendre la clause. Après avoir constaté les liens d'indivisibilité, le juge doit s'assurer que les parties ont bien eu la volonté d'étendre la clause compromissoire. Cela suppose, *a minima*, de vérifier que le contrat à l'encontre duquel l'extension est recherchée ne comporte pas de clause de règlement des différends incompatible. Cependant, bien souvent, pour démontrer la volonté des parties, le juge se réfère uniquement aux liens unissant les contrats¹⁰⁰⁶. Or, dans une telle hypothèse, il nous semble que l'existence d'une volonté des parties est toujours assez incertaine¹⁰⁰⁷.

504. La jurisprudence considère également que la clause d'arbitrage figurant dans la convention principale peut être étendue à l'égard d'une autre convention qui n'en est que l'accessoire¹⁰⁰⁸. Or, la relation de principal à accessoire doit être distinguée de la relation d'indivisibilité. En effet, alors que le lien d'indivisibilité est bilatéral, le lien de principal à accessoire est unilatéral. Dès lors, « le lien d'indivisibilité joue entre deux éléments qui à un certain point de vue sont sur un pied d'égalité alors que le lien d'accessoire à principal implique une idée d'infériorité d'un élément par rapport à l'autre »¹⁰⁰⁹. L'arrêt de la Cour de cassation en date du 5 mars 1991 fournit un exemple intéressant¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁴ Rapprochement : Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *RTD com.* 2004. 443, obs. E. Loquin ; *JCP* 2004. II. 10 132, note G. Chabot ; *Rev. arb.* 2005. 959, note Ch. Seraglini.

¹⁰⁰⁵ En un sens assez similaire, E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁰⁶ F. Mantilla-Serrano, « Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues ? », *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁰⁷ V. *supra* n° 489-490.

¹⁰⁰⁸ CA Paris, 13 février 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 311 (2^{ème} espèce), note J.-B. Racine ; *RTD com.* 2003. 696, obs. E. Loquin.

Cependant, si le contrat accessoire comprend une clause de règlement des différends incompatible avec la stipulation d'arbitrage figurant dans le contrat principal, l'extension est inconcevable (Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, *Rev. arb.* 2006. 959, note F.-X. Train ; *JCP G* 2006. I. 187 n° 6, obs. Ch. Sergalini ; CA Paris, 9 décembre 1987, *GIE Acadi c/ société Thomson-Answare*, *Rev. arb.* 1988. 573 (arbitrage interne). Du reste, si l'extension du principal vers l'accessoire est possible, on peut se demander si, en sens inverse, l'extension de l'accessoire vers le principal est également concevable.

¹⁰⁰⁹ J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999, p. 266.

¹⁰¹⁰ Com. 5 mars 1991, *Peptrax*, *Rev. arb.* 1992. 66, note L. Aynès, *RTD com.* 1992. 591, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.

Le litige puisait sa source dans une cession de droits sociaux. Par une première convention, le cédant avait consenti au cessionnaire une garantie d'actif et de passif. Cette convention comportait une clause d'arbitrage. Les parties avaient ensuite signé une seconde convention ayant pour objet de constater le montant de l'engagement pris par le cédant en vertu de la garantie d'actif et de passif. En d'autres termes, cette seconde convention « constatait l'étendue de la dette du cédant »¹⁰¹¹. La Cour de cassation a estimé que la clause d'arbitrage figurant dans la convention de garantie pouvait être étendue à l'égard de la convention constatant le montant dû.

505. Selon la jurisprudence française, la convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal s'applique à tous les litiges portant sur la modification conventionnelle des obligations¹⁰¹². De notre point de vue, une telle solution est convaincante et pourrait être fondée sur la volonté tacite. Lorsque les parties concluent une convention ayant pour objet de modifier leur contrat initial, cet acte modificatif s'intègre au sein de ce dernier. C'est ce qui explique que le litige relatif à la modification des obligations tombe sous le coup de la clause accessoire insérée dans le contrat initial. Les amendements apportés au contrat primitif sont, certes, formalisés dans une seconde convention, mais ils s'intègrent et se fondent au sein du contrat initial¹⁰¹³.

506. Dans l'hypothèse où l'ensemble contractuel comprend un contrat novatoire, qu'en est-il ? Au sens du droit civil français, « la novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée »¹⁰¹⁴. En d'autres termes, la novation désigne l'opération juridique par laquelle les contractants substituent une obligation nouvelle à une obligation préexistante, qui est corrélativement éteinte¹⁰¹⁵. Dans l'hypothèse que nous allons maintenant étudier¹⁰¹⁶, les contractants concluent une première convention au sein de laquelle est insérée une clause compromissoire. Ils décident ultérieurement de conclure un deuxième contrat, par l'entremise duquel

¹⁰¹¹ J.-C. Dubarry, E. Loquin, note sous Com. 5 mars 1991, *Peptrax*, *RTD com.* 1992, p. 591.

¹⁰¹² F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, p. 150 (v. not. la note de bas de page n° 3) ; P. Ancel, « Arbitrage et novation », *Rev. arb.* 2022, p. 3 et s. et not. p. 20-21. En jurisprudence, v. CA Paris, 24 février 2000, *STNM-CNAN c/ AGENA*, *JurisData* : 2000-112489. Dans la jurisprudence arbitrale, Sentence CCI n° 6140/1989, *Bull. ASA* 1990. 257 ; Sentence CCI n° 5117/1986, *JDI* 1986, obs. Y. Derains.

¹⁰¹³ Comp : J. Billemont, thèse, *op. cit.*, p. 366.

¹⁰¹⁴ Article 1329 du Code civil.

¹⁰¹⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.* p. 1781.

¹⁰¹⁶ On se focalisera ici sur la novation par changement d'objet, et non sur la novation par changement de débiteur ou de créancier. Sur cette distinction, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.* p. 1785 et s.

ils substituent à l'obligation créée par le contrat initial une obligation nouvelle. Cette seconde convention ne comporte pas de clause compromissoire. La clause compromissoire peut-elle être étendue ? Pour raisonner sur un exemple simple, supposons que deux parties concluent une première convention portant sur la vente de locaux professionnels. Cette convention comporte une clause compromissoire. Mais par une seconde convention, elles décident de substituer aux locaux professionnels initialement vendus des locaux différents. Cette seconde convention ne comporte pas de clause compromissoire. Un litige relatif à l'exécution de la seconde convention émerge. Ce litige relève-t-il de l'arbitrage¹⁰¹⁷ ? Plusieurs auteurs sont favorables à l'extension de la clause d'arbitrage¹⁰¹⁸. En présence d'une novation, il existe par définition un lien de substitution entre les obligations initiales et les obligations nouvelles. Par l'entremise de ce lien de substitution, la convention novatoire se rattache nécessairement à la convention initiale. Les obligations créées par la convention novatoire prennent, en quelque sorte, la place des obligations initiales et se logent ainsi sous le paravent de la clause d'arbitrage initialement stipulée. Ce lien de substitution, qui structure l'ensemble contractuel, permet de présumer que les parties ont la volonté d'étendre la clause compromissoire à l'égard de la convention novatoire¹⁰¹⁹.

En droit positif, qu'en est-il ? Dans l'hypothèse d'un ensemble contractuel comprenant une convention novatoire, la jurisprudence française semble favorable à l'extension de la clause d'arbitrage¹⁰²⁰. Cette extension implique que l'arbitre est compétent pour trancher deux types de litiges : les litiges relatifs à l'extinction des obligations originelles et ceux relatifs à l'exécution ou à la validité

¹⁰¹⁷ La problématique soulève une interrogation préalable. La novation a-t-elle provoqué l'extinction de la clause compromissoire figurant dans le premier contrat ? Si cette question ne peut être évacuée, c'est que la novation a entraîné une extinction de l'obligation initiale. Dès lors, doit-on considérer que, corrélativement à l'extinction de cette obligation, la convention d'arbitrage a également pris fin ? La réponse qui semble se dégager de la jurisprudence est qu'il n'y a pas d'extinction de la clause d'arbitrage (Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 105 et s.). Sur cette question, v. F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, p. 149 et s. ; S. Bollée, « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *op. cit.*, p. 924 ; E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 60 ; P. Ancel, « Arbitrage et novation », *op. cit.*

¹⁰¹⁸ P. Ancel, « Arbitrage et novation », *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁰¹⁹ *A contrario*, il est possible que les parties aient, par le truchement d'une seconde convention, éteint les obligations initiales pour créer des obligations entièrement nouvelles et ne se rapportant pas au contrat initial. Le lien unissant la convention primitive et la seconde convention étant alors plus distendu, l'extension de la clause d'arbitrage est plus difficilement concevable (En ce sens, F.-X. Train, thèse, *op. cit.*, p. 167 et s.). Ainsi, toute la difficulté sera, pour l'interprète, de faire le départ entre les hypothèses dans lesquelles il existe une véritable novation des situations dans lesquelles les parties ont éteint les obligations initiales pour créer des obligations entièrement nouvelles et déconnectées du contrat originaire.

¹⁰²⁰ De façon similaire, la Cour de cassation estime que la clause d'arbitrage ayant été insérée dans un premier contrat peut être étendue à l'égard d'une transaction qui se rapporterait à ce premier contrat (Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *Sigma*, *Rev. Arb.* 1997. 535 ; *Défrénois* 1997. 325).

des obligations créées par la convention novatoire¹⁰²¹. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 23 novembre 1999 fournit un exemple intéressant¹⁰²². Dans cette affaire, les parties avaient tout d'abord conclu un contrat de vente. Ce dernier comportait une clause compromissoire. En application de la vente, la marchandise avait été livrée et le prix avait été payé. Cependant, à la suite de la survenance d'événements politiques, l'acquéreur n'était plus en mesure de stocker la marchandise. Les mêmes parties avaient, en conséquence, conclu un contrat de reprise, par lequel le vendeur s'engageait à reprendre la marchandise et à restituer le prix. Ce second contrat a engendré un litige. Les arbitres avaient soutenu que ce second contrat entraînait la novation des obligations contenues dans la convention initiale. Selon cette analyse, par la seconde convention, les parties auraient éteint les obligations initiales pour y substituer des engagements nouveaux : reprise de la marchandise et restitution du prix¹⁰²³. À l'occasion d'un recours en annulation, la Cour d'appel de Paris a relevé que des « liens économiques étroits » existaient entre les conventions : la seconde « n'était que la suite et la conséquence de la première ». Elle a en conséquence affirmé que « la volonté implicite des parties a été nécessairement d'étendre les effets de la clause compromissoire à l'ensemble du contentieux aux composantes indissociables, pouvant survenir entre elles à propos de leur exécution ».

507. L'ensemble des liens fonctionnels susceptibles de révéler l'existence d'un ensemble économique unique — dans lequel l'extension de la clause d'arbitrage serait concevable — peuvent encore être différents et, en quelque sorte, *sui generis* ; c'est pourquoi une classification trop rigide ne saurait que difficilement embrasser l'ensemble des montages contractuels dans lesquels l'extension de la clause d'arbitrage se révèle admissible. Comme on a pu le souligner, « la diversité des montages contractuels n'a d'autre limite que l'imagination des praticiens »¹⁰²⁴. C'est pourquoi il est délicat de plaquer

¹⁰²¹ Sur cette dichotomie, v. F.-X Train qui distingue, avec plus de précision, « les différends portant sur la fin des relations contractuelles d'origine » et « les différends relatifs aux relations issues de la convention extinctive » (thèse, *op. cit.*, p. 155 et s.)

¹⁰²² CA Paris, 23 novembre 1999, *Rev. arb.* 2000. 501, note Li-Kotovtchikine ; *RTD com.* 2001. 59, obs. E. Loquin. Rapprochement : Civ. 1^{ère}, 29 janvier 2014, n° 12-26.597, *Rev. arb.* 2017. 903 et l'arrêt rendu en appel dans cette même affaire : CA Paris, 12 juin 2012, *Rev. arb.* 2012. 811, note L. Aynès. Ce dernier arrêt concernait une hypothèse d'apurement conventionnel des dettes, qui se rapproche ainsi d'une novation ou d'une transaction. V. sur ce point, L. Aynès, « Le sort de la clause d'arbitrage en cas d'apurement conventionnel des dettes (novation, transaction) », note sous Paris, 12 juin 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 811 et s. et not. p. 816.

¹⁰²³ La qualification de novation était ici discutable. On aurait pu soutenir que « le contrat avait été résolu ou résilié d'un commun accord par les parties, lesquelles avaient organisé les conséquences de la résolution et de la résiliation » (E. Loquin, note sous CA Paris, 23 novembre 1999 et CA Versailles, 7 septembre 1998, *RTD Com.* 2001, p. 59 et s.). Mais pour notre analyse, cela importe peu.

¹⁰²⁴ Ch. Hannoun, « Méthodologie d'un droit des montages contractuels », *RDC* 2007, p. 1036 et s. et not. p. 1036.

sur une réalité si composite et si changeante une classification rigide et fermée, qui prétendrait saisir et étreindre l'ensemble des groupes de conventions dans lesquels l'extension des effets de la clause d'arbitrage est concevable.

En dépit de l'hétérogénéité de la catégorie de « contrat lié »¹⁰²⁵, une ligne jurisprudentielle se dessine avec une relative netteté : celle d'une faveur presque immodérée à l'extension des effets de la clause compromissoire¹⁰²⁶. À rebours de cette tendance, l'extension des clauses d'élection de for paraît tout à la fois plus incertaine et plus rarement caractérisée.

2) *L'extension des clauses d'élection de for*

508. Quant à la possibilité d'une extension des clauses d'élection de for, *ratione materiae*, la jurisprudence n'est pas fixée. Les décisions ayant trait à cette question sont peu abondantes et sujettes à interprétation. Dans un arrêt en date du 12 décembre 1989, la Cour de cassation avait refusé d'étendre le champ d'application d'une clause attributive de juridiction¹⁰²⁷. En l'espèce, une société italienne avait conclu avec un professionnel français un contrat d'agent commercial. Ce contrat comportait une clause attribuant compétence au tribunal de Vérone. Quelques jours plus tard, les mêmes parties avaient conclu un contrat de consultation et d'assistance commerciale. Le litige était relatif au second contrat. La Cour de cassation a considéré que la clause d'élection de for ne pouvait pas être étendue à l'égard du contrat d'assistance commerciale. Si le résultat était clair, les motifs ayant inspiré ce refus d'extension étaient beaucoup plus opaques. Deux interprétations de la solution pouvaient en effet être suggérées¹⁰²⁸. Tout d'abord, on pouvait penser que la Cour de cassation avait simplement considéré que le groupe de contrats litigieux ne constituait pas un ensemble indivisible. Ensuite, on pouvait considérer que selon l'analyse de la Cour de cassation, même si les contrats avaient été indivisibles, cette circonstance n'aurait pas justifié l'extension de la clause d'élection de for.

509. Quoi qu'il en soit, il existe de sérieuses raisons de penser que cette solution n'est plus constitutive du droit positif. En premier lieu, dans l'hypothèse d'un ensemble indivisible, une doctrine

¹⁰²⁵ En ce sens, v. S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, p. 290.

¹⁰²⁶ Pour un refus d'extension, v. civ. 1^{ère}, 14 mai 2014, *Rev. arb.* 2017. 498, *D.* 2014, *Pan.* 2541, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2014. 206, obs. L. Weiller.

¹⁰²⁷ Com. 12 décembre 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 358, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1991. 158, obs. A. Huet.

¹⁰²⁸ En ce sens, v. H. Gaudemet-Tallon, « Divisibilité de deux contrats d'agent commercial, l'un comportant une clause attributive de compétence, l'autre non », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 358 et s.

particulièrement autorisée s'est prononcée en faveur de l'extension de la clause d'élection de for¹⁰²⁹. En second lieu, dans deux décisions, qui seront ultérieurement commentées, la Cour de cassation a admis l'extension de clauses d'élection de for *ratione personae*¹⁰³⁰. Dans ces décisions, où étaient en cause des ensembles contractuels, la Cour de cassation a admis que la clause d'élection de for pouvait être opposée à un non-signataire¹⁰³¹. Cette faveur au rayonnement de la clause, *ratione personae*, pourrait laisser penser que l'extension *ratione materiae* est désormais admissible. Dans une perspective comparatiste, il est également possible de noter qu'au Royaume-Uni, les tribunaux anglais ont parfois considéré que la clause d'élection de for insérée dans un contrat pouvait être étendue à l'égard d'un contrat lié¹⁰³².

510. Au regard du faible nombre de décisions rendues, les incertitudes gravitant autour de la problématique de l'extension de la clause d'élection de for ne peuvent que proliférer. Il en est de même pour le problème de l'extension des clauses d'élection de droit : la jurisprudence est, en cette matière, presque inexistante.

3) *L'extension des clauses d'élection de droit*

511. Dans certains ensembles contractuels, la recherche de la volonté tacite n'a pas à être opérée. Il en sera ainsi dans le cadre d'un ensemble contractuel comprenant un contrat principal et un contrat relatif à l'extinction des obligations résultant de ce premier contrat. Il a été soutenu qu'« en l'absence de choix des parties, il est naturel de présumer que les parties ont voulu choisir, pour éteindre leur contrat, une loi identique à celle qui avait présidé à sa conclusion »¹⁰³³. Cependant, aujourd'hui, cette solution n'est pas fondée sur une recherche de la volonté tacite, ni même sur une présomption de

¹⁰²⁹ H. Gaudemet-Tallon, « Divisibilité de deux contrats d'agent commercial, l'un comportant une clause attributive de compétence, l'autre non », *op. cit.* v. aussi les observations critiques de Monsieur M. Salah Mohamed Mahmoud : « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », *op. cit.*

¹⁰³⁰ V. *infra* n° 534.

¹⁰³¹ Com. 4 mars 2014, n° 13-15.846 ; Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n° 09-72.312.

¹⁰³² *Etihad Airways PJSC v Flöther* [2019] EWHC 3107 (Comm) (EWHC) : Les tribunaux anglais ont estimé qu'une clause d'élection de for figurant dans un contrat de crédit couvrirait implicitement les demandes fondées sur la violation d'une lettre d'intention qui était en lien avec ce contrat ; *Cinnamon European Structured Credit Master Fund v Banco Commercial Portugues SA* [2009] EWHC 3381 : Les tribunaux anglais ont également considéré qu'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'achat de titres pouvait jouer à l'égard des litiges relatifs à une lettre de représentation (« representation letter »). Sur ce point, v. C.-S. Adesina Okoli, A. Yekini, "Implied jurisdiction agreements in international commercial contracts: a global comparative perspective", *op. cit.*, p. 328.

¹⁰³³ Ch. Jarrosson, note sous civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 689 et s. et not. p. 691. Rapprochement : H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 404.

volonté, mais résulte de l'article 12 d) du règlement « Rome 1 » qui, définissant le domaine de la *lex contractus*, prévoit que cette dernière régit « les divers modes d'extinction des obligations »¹⁰³⁴. Il en résulte qu'un acte purement extinctif, tel qu'une remise de dette, une renonciation ou encore un acte de résiliation conventionnelle est, par principe, régi par la loi gouvernant le contrat principal¹⁰³⁵. Il est toutefois possible que les parties aient, pour la réglementation de l'acte extinctif, expressément désigné un droit différent, auquel cas ce droit trouvera application¹⁰³⁶.

512. Pour les autres types d'ensembles contractuels, que penser ? Lorsque les conventions constitutives de l'ensemble forment un tout indissociable, peut-on présumer que les parties ont voulu centraliser le droit applicable à l'ensemble contractuel ? Il nous semble que même si les contrats forment un ensemble indivisible, par principe, on ne saurait affirmer que les parties ont eu, de façon certaine, la volonté d'unifier le droit applicable à l'ensemble contractuel¹⁰³⁷. Dès lors, d'après une interprétation littérale de l'article 3, l'extension paraît difficilement concevable. Dans une telle hypothèse, il sera souvent préférable d'utiliser la clause d'exception¹⁰³⁸.

513. Raisonnons sur l'exemple d'un ensemble contractuel comprenant un contrat novatoire. Si le contrat novatoire ne comporte pas de clause d'*electio juris*, comment déterminer la loi applicable à ce dernier ? La doctrine se prononce unanimement en faveur de l'application de la loi du contrat dont la novation éteint les obligations. En d'autres termes, quant à la détermination du droit applicable à la novation, c'est la loi de la créance éteinte qui trouvera application¹⁰³⁹. En pratique, cela implique que si une clause d'élection de droit est insérée dans le contrat initial, cette dernière sera étendue à l'égard du contrat novatoire. Cependant, pour justifier cette solution, le concept de volonté tacite n'est, à notre connaissance, jamais mobilisé. Pour fonder l'application de la loi de la créance éteinte, la doctrine se réfère aux liens objectifs unissant le contrat initial et le contrat novatoire.

¹⁰³⁴ V. aussi antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome : civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Rev. crit. DIP* 1992. 689, note Ch. Jarrosson : « Sauf indication contraire des parties, il y a lieu de soumettre l'acte de résiliation ou de résolution d'un contrat à la loi qui régit ce contrat ».

¹⁰³⁵ F. Ferrari, « Article 3 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome 1 Regulation*, Ottoschmidt, 2017, p. 732.

¹⁰³⁶ P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 277 ; B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 956-957.

¹⁰³⁷ V. *supra* n° 481 et s.

¹⁰³⁸ Dans le cadre de notre seconde partie, nous serons amenés à formuler des précisions : v. *infra* n° 900 et s.

¹⁰³⁹ P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 277 ; B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 893 ; F. Ferrari, « Article 3 », *op. cit.*, p. 732.

Raisonnons maintenant sur l'exemple d'un ensemble contractuel comprenant un contrat principal et une transaction. La clause d'élection de droit figurant dans le contrat principal peut-elle être étendue à l'égard de la transaction ? Monsieur Jarrosson a souligné qu'« il est légitime de penser que les parties ont organisé globalement leurs rapports et qu'elles sont présumées avoir soumis la transaction à la loi de la situation litigieuse »¹⁰⁴⁰. Cependant, à notre connaissance, cette solution n'a jamais été consacrée par la jurisprudence. Dans la majorité des hypothèses, il est sans doute préférable de mobiliser le mécanisme de la clause d'exception. Les auteurs qui ont envisagé cette question ont d'ailleurs envisagé l'application de ce dernier mécanisme¹⁰⁴¹.

514. Cependant, on pourrait admettre que l'intégration au sein d'un ensemble contractuel, s'il était couplé avec d'autres indices susceptibles de révéler un choix tacite, puisse démontrer une volonté « quasi certaine »¹⁰⁴². Par exemple, les parties concluent deux contrats formant un ensemble indivisible. Le premier contrat comporte une clause d'élection de droit en faveur de la loi française. Le second contrat ne comporte pas une telle clause, mais se réfère, au sein de différentes stipulations, au Code civil français¹⁰⁴³. L'interprète cherche à déterminer le droit applicable à ce second contrat : la conjonction des deux indices — lien avec un contrat expressément soumis à la loi française et référence au Code civil français — conduit à une neutralisation des incertitudes : les indices qui tendent vers l'établissement de la volonté des contractants sont forts et très probants.

515. Il faut aussi noter que dans certaines décisions, la jurisprudence anglaise s'est, pour sa part, montrée favorable à l'extension des clauses d'élection de droit¹⁰⁴⁴. Par exemple, dans un arrêt du 23 avril 2010, la Court of Appeal a considéré qu'une clause d'élection de droit insérée dans deux contrats de construction pouvait, sur le fondement de la volonté tacite des parties, être étendue à l'égard d'un contrat de commission qui était étroitement lié à ces derniers¹⁰⁴⁵. En l'espèce, un résident des États-Unis et une société allemande ont conclu deux contrats portant sur la construction de deux

¹⁰⁴⁰ Ch. Jarrosson, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 657 et s. et not. p. 669.

¹⁰⁴¹ Ch. Jarrosson, P. Callé, « Transaction », in *Rep. dr. int.* Dalloz, 2017, n° 23 et s.

¹⁰⁴² On reviendra ultérieurement sur l'ensemble des indices susceptibles de justifier un choix tacite au sens de l'article 3 du règlement « Rome 1 ». V. *infra* n° 665 et s.

¹⁰⁴³ Nous reviendrons ultérieurement sur la valeur de ce dernier indice. V. *infra* n° 670 et s.

¹⁰⁴⁴ *Golden Ocean Group Ltd v Salgaocar Mining Industries Pvt Ltd* [2012] EWCA civ 265, [2012] 1 WLR 3674, [2012] 1 Lloyd's Rep. 542.

¹⁰⁴⁵ *FR Lurssen Werft GmbH & Co KG v Halle* [2010] EWCA civ 587, [2011] 1 Lloyd's Rep. 265.

yachts. Chacun des contrats était expressément soumis au droit anglais. Le mois suivant, les parties ont conclu un contrat de commission. Ce dernier prévoyait que si l'un ou l'autre des navires devait être acheté par un client présenté par la société allemande, une commission de 5 % du prix de vente serait payable par le résident américain à cette dernière. Ce contrat ne comportait pas de clause d'élection de droit. La juridiction britannique a conclu que les parties avaient tacitement soumis le contrat de commission au droit anglais.

516. En définitive, dans le cadre de cette section, nous avons cherché à montrer que, quelles que soient la physionomie et la structure de l'ensemble contractuel litigieux, la jurisprudence française est favorable à l'extension de la clause d'arbitrage. Le seul constat de liens économiques entre les contrats suffit à fonder l'extension de la clause compromissoire. Or, il est permis de penser que dans bien des hypothèses, ce constat ne saurait révéler qu'une volonté réelle qui, pour être concevable, demeure assez hypothétique. Il n'y a guère que dans l'hypothèse où la clause d'arbitrage est insérée dans un contrat-cadre que l'extension de cette dernière est fondée sur des indices objectifs de volonté véritablement probants. Sans que les solutions consacrées par la jurisprudence française reposent sur des fictions de volonté, elles prêtent aisément le flanc à la critique. Quant aux clauses attributives de juridictions et aux clauses d'élection de droit, les solutions jurisprudentielles sont beaucoup plus rares. Par voie de conséquence, le droit positif est plus indéterminé.

517. En l'absence d'ensemble contractuel, différents problèmes d'interprétation peuvent également jaillir. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la clause de choix de loi ou de for ne vise pas expressément les litiges relatifs à la validité du contrat. Il en est de même lorsqu'une telle clause ne vise pas expressément le contentieux délictuel en relation avec le contrat. De notre point de vue, il serait possible de présumer que les contractants ont voulu confier au juge élu l'ensemble du contentieux en relation avec le contrat. Malheureusement, en cette matière, le droit positif est, là encore, largement indéterminé.

Section 2 : L'extension *ratione personae*

518. Les possibilités d'extension de clauses accessoires *ratione personae* ont essentiellement été admises en matière d'arbitrage. La jurisprudence relative à l'extension de la clause d'arbitrage est particulièrement abondante ; la doctrine s'y rapportant est considérable¹⁰⁴⁶. En comparaison, les décisions jurisprudentielles relatives à l'extension de la clause d'élection de for sont plus rares et moins significatives. Lorsqu'une clause d'élection de for est opposée à un tiers, c'est généralement sur le fondement d'un mécanisme de transmission qui, comme tel, est objectif et déconnecté de toute recherche de la volonté tacite¹⁰⁴⁷. En conséquence, dans la suite de ces développements, on se concentrera principalement sur la problématique de l'extension de la clause compromissoire. Les développements portant sur le rayonnement de la clause attributive de juridiction seront plus brefs et arriveront essentiellement en contrepoint et à titre comparatif.

519. L'admission de l'extension *ratione personae* implique que les effets d'une convention d'arbitrage peuvent se déployer à l'égard d'une personne qui n'est pas signataire de cette dernière. Du fait de l'extension, le non-signataire est considéré comme partie à la convention d'arbitrage. Plus exactement, l'extension *ratione personae* peut produire deux types de conséquences. En premier lieu, le non-signataire peut être attiré devant l'arbitre. Dans cette configuration contentieuse, la convention d'arbitrage est ainsi « opposée » au non-signataire, qui est alors le défendeur. En second lieu, le non-signataire pourra, en tant que demandeur, se prévaloir de la clause d'arbitrage¹⁰⁴⁸.

Par exemple, une société A conclut un contrat avec une société B. Ce contrat comporte une clause compromissoire. La société C, qui contrôle la société A, est intervenue dans l'exécution du contrat contenant la clause compromissoire. Si la clause d'arbitrage est étendue à l'égard de la société C, deux conséquences peuvent potentiellement en découler. Tout d'abord, la société B peut attirer devant le tribunal arbitral les sociétés A et C. En d'autres termes, bien que la clause compromissoire n'ait pas été signée par la société C, elle peut être « opposée » à cette dernière. Ensuite, la société C peut, en tant que demandeur, se prévaloir de la clause compromissoire pour attirer la société B devant le tribunal arbitral.

¹⁰⁴⁶ V. l'ensemble des références citées *infra*.

¹⁰⁴⁷ V. *supra* n° 412.

¹⁰⁴⁸ A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 61.

520. Comme ce dernier exemple peut l'attester, se prononcer sur l'extension *ratione personae* de la convention d'arbitrage, c'est définir l'identité des parties à une telle convention. En conséquence, il nous semble qu'une telle problématique ne ressortit pas à l'interprétation des clauses compromissoires. Bien que cela n'apparaisse pas toujours expressément dans les définitions dégagées par la doctrine, l'interprétation est une opération par laquelle l'interprète définit les *effets* du contrat. Or, dans l'hypothèse de l'extension *ratione personae*, rien de tel ne se produit.

Soit l'interprète cherche à déterminer si le non-signataire a, *ab initio*, accepté d'être lié par la convention d'arbitrage, auquel cas il s'agit d'un problème de formation de cette convention¹⁰⁴⁹. Soit l'interprète cherche à déterminer si le non-signataire a, durant la phase d'exécution du contrat, accepté d'être lié par la convention d'arbitrage, auquel cas il s'agit d'un problème de modification de cette dernière par adjonction d'une tierce personne¹⁰⁵⁰. Quoi qu'il en soit, quand il se prononce sur l'extension, le juge ne détermine pas les effets du contrat ; il se prononce sur le cercle des parties contractantes, ce qui est tout autre chose¹⁰⁵¹. Dans la mesure où il n'est pas question d'interprétation des conventions, une analyse objective du consentement peut valablement être adoptée par l'interprète¹⁰⁵². Corrélativement, l'analyse critique que nous préconiserons prendra également la forme d'une analyse objective de la volonté.

521. À ce stade de nos investigations, il faut immédiatement relever que les controverses doctrinales et jurisprudentielles gravitant autour de la problématique de l'extension de la clause d'arbitrage sont importantes. Et de fait, les enjeux qui sont attachés à cette problématique ne manquent pas de consistance. Tout d'abord, le refus d'extension à un non-signataire est, comme en matière d'extension *ratione materiae*, porteur d'un risque de morcellement et d'atomisation du contentieux.

Ensuite, l'extension *ratione personae* peut ébranler le principe d'effet relatif des conventions. Il est acquis que l'arbitre ne dispose d'aucun pouvoir à l'égard de tiers à la convention d'arbitrage¹⁰⁵³. Les

¹⁰⁴⁹ Contra : G.-B. Born, *International commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1530.

¹⁰⁵⁰ On reprend ici une formule de Monsieur J. Billemont qui — à l'instar d'autres auteurs — parle également d'adjonction d'une tierce personne : thèse, *op. cit.*, p. 371.

¹⁰⁵¹ Rapprochement : B. Hanotiau, « Consent to Arbitration : Do We Share a Common Vision ? », *op. cit.*, p. 554.

¹⁰⁵² V. à ce sujet les observations formulées dans le cadre de notre chapitre préliminaire : n° 58 et s.

¹⁰⁵³ X. Boucobza, « L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 101 et s. et not. p. 101.

pouvoirs dont l'arbitre dispose sont exclusivement tournés vers les parties contractantes, celles qui ont accepté la clause d'arbitrage¹⁰⁵⁴. Or, étendre la clause compromissoire à l'égard d'un non-signataire, n'est-ce pas porter atteinte au principe de l'effet relatif des conventions ?

Enfin — et cette deuxième remarque est intimement liée à la précédente —, dans l'hypothèse de l'extension *ratione materiae*, chacune des deux parties a bien accepté de se soumettre à l'arbitrage. Le débat porte uniquement sur l'*étendue* de la compétence de l'arbitre. Au contraire, dans l'hypothèse de l'extension *ratione personae*, une personne n'ayant pas accepté de se soumettre à l'arbitrage peut potentiellement se voir « opposer » la clause compromissoire¹⁰⁵⁵.

522. En l'occurrence, ce risque d'arbitrage forcé n'a pas effrayé la jurisprudence française, qui retient très fréquemment l'extension de la clause compromissoire. Cette dernière peut être fondée sur l'idée de fraude ou d'abus de droit¹⁰⁵⁶ ; elle est alors déconnectée de toute idée de volonté tacite¹⁰⁵⁷. Mais la jurisprudence a également forgé un principe général d'extension. En vertu de ce dernier, la clause d'arbitrage peut être « opposée » à toute personne étant intervenue dans la négociation, l'exécution ou la résiliation du contrat contenant la clause compromissoire (sous-section 1). Or, pour justifier ce principe, la jurisprudence s'est appuyée sur le concept de volonté tacite : si la clause d'arbitrage est étendue *ratione personae*, c'est — à en croire la jurisprudence — que la volonté des parties était bien orientée vers ce résultat (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'affirmation d'un principe général d'extension

523. Nous étudierons successivement les normes françaises portant sur l'extension (I) et les normes étrangères relatives à cette question (II). Si l'analyse comparatiste est ici importante, c'est

¹⁰⁵⁴ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 242 ; J.-L. Goutal, « L'arbitrage et les tiers : I. - Le droit des contrats », *Rev. arb.* 1988, p. 439 et s. et not. p. 442. La Cour d'appel de Paris a d'ailleurs affirmé que « les règles du droit de l'arbitrage, fondées sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permettent pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse et font obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie » (CA Paris, 19 décembre 1986, *Rev. Arb.* 1987. 359).

¹⁰⁵⁵ En un sens assez similaire, v. F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 394.

¹⁰⁵⁶ C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *Rev. arb.* 2024, p. 11 et s. et not. p. 27 et s. ; Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 690.

¹⁰⁵⁷ Sur l'ensemble des théories employées pour justifier l'extension ou la transmission de la clause compromissoire, v. not. S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, not p. 122 et s. ; B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study*, *op. cit.*, p. 264.

qu'elle contribue à mettre en lumière ce qui apparaît, de la part de la jurisprudence française, comme une forme de laxisme. Les tribunaux français, en effet, admettent très facilement l'extension de la clause d'arbitrage¹⁰⁵⁸. Dès lors, le constat de ce laxisme — notamment révélé par l'analyse comparatiste — alimente les suspicions qui pèsent sur la réalité du consentement imputé au non-signataire.

I) Les normes françaises relatives à l'extension

524. Afin d'aborder cette problématique de l'extension *ratione personae*, on présentera tout d'abord le principe consacré, envisagé — en quelque sorte — dans toute son abstraction et dans toute sa généralité (A). Afin d'illustrer ces propos, on présentera ensuite les principales hypothèses dans lesquelles ce principe peut trouver application (B).

A) La teneur du principe général d'extension

525. La Cour d'appel de Paris a affirmé que « les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige »¹⁰⁵⁹. Ce principe résulte d'une règle matérielle du commerce international. Quant à la problématique de l'extension de la clause d'arbitrage, le raisonnement conflictuel est ainsi intégralement évincé¹⁰⁶⁰.

526. Sur le plan substantiel, pour que la clause compromissoire soit étendue à l'encontre d'un non-signataire, deux conditions sont aujourd'hui posées par la jurisprudence¹⁰⁶¹. Tout d'abord, il faut que le non-signataire ait eu connaissance de cette clause. La jurisprudence précise que cette condition

¹⁰⁵⁸ Rapprochement : C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 16 : « Ce que l'on sait, au moins de réputation, c'est que le droit français est un droit particulièrement favorable au recours à l'arbitrage et qu'il retient une conception large des hypothèses d'extension. En effet, la jurisprudence française est connue pour être l'une des plus permissives en la matière ».

¹⁰⁵⁹ CA Paris, 17 décembre 1997, *RTD com.* 1998. 580, obs. E. Loquin ; CA Paris, 22 mars 1995, *SLABTP*, *Rev. arb.* 1997. 550 ; CA Paris, 7 décembre 1994, *Jaguar*, *RTD com.* 1995. 401, obs. J.-C. Dubarry, E. Loquin ; *Rev. arb.* 1996. 245, note Ch. Jarrosson ; CA Paris, 11 janvier 1990, *Ori*, *Rev. arb.* 1992. 95, note D. Cohen ; CA Paris, 28 novembre 1989, *Rev. arb.* 1990. 675, note P. Mayer ; CA Paris, 14 février 1989, *Ofer Brothers*, *Rev. arb.* 1989. 691, note P.-Y. Tschanz.

¹⁰⁶⁰ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 250 ; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁶¹ Au stade du contrôle du caractère manifestement inapplicable de la clause, le contrôle des juridictions françaises est beaucoup plus souple. v. CA Paris, 11 octobre 2016, *SARL Architecture Workshop 2 c/ société Elemata Maddalena SRL et autre*, *Rev. arb.* 2017. 586. V. toutefois, retenant le caractère manifestement inapplicable de la clause d'arbitrage : CA Paris, 23 octobre 2012, *Soleil de Cuba*, en somm. in *Rev. arb.* 2012. 872.

de connaissance de la stipulation d'arbitrage peut être présumée à partir de la situation ou des activités développées par le non-signataire¹⁰⁶². Ensuite, pour que l'extension de la clause d'arbitrage soit prononcée, il faut que le non-signataire ait été « directement impliqué » dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat dans lequel la clause d'arbitrage est insérée. En conséquence, pour que cette implication directe soit établie, il faut qu'au moment des différentes étapes de la relation contractuelle, le non-signataire se soit comporté comme s'il était réellement contractant.

527. On notera, à titre de comparaison, que pour l'heure, les règles régissant l'extension de la clause d'élection de for demeurent assez embryonnaires. La Cour de justice s'est, à plusieurs reprises, prononcée sur le mécanisme de la transmission des clauses attributives de juridiction. Cependant, quant à la question de l'extension des clauses d'élection de for, il ne semble pas que de véritables principes aient été dégagés. Le simple fait que le non-signataire s'immisce dans les négociations, l'exécution ou la résiliation d'un contrat contenant une clause attributive de juridiction ne suffit pas à lui rendre opposable. Au contraire, le principe général d'extension de la clause compromissoire est parfaitement fixé. Il reste à préciser comment ce principe est mis en œuvre.

B) La mise en œuvre du principe général d'extension

528. Une première question peut rapidement être évacuée : la clause d'arbitrage peut-elle être étendue à l'égard du dirigeant social qui s'immiscerait dans la relation contractuelle ? Une réponse négative s'impose incontestablement ou, du moins, une telle extension ne peut pas être fondée sur le principe général d'extension précédemment décrit. Ce n'est qu'en cas de fraude que le dirigeant social peut être personnellement tenu par la convention d'arbitrage¹⁰⁶³. La jurisprudence arbitrale, comme la jurisprudence française, se prononce très clairement en ce sens¹⁰⁶⁴. Pour les clauses attributives de

¹⁰⁶² À ce sujet : CA Paris, 30 novembre 1988, précité. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris estime que du fait de sa qualité de filiale de la société ayant signé le contrat contenant la clause d'arbitrage, le non-signataire avait connaissance de cette dernière.

¹⁰⁶³ V. par exemple, l'affaire *Ori*, Sentence (partielle) CCI n° 5730/1988, *JDI* 1990. 1029, obs. Y. Derains ; *Rev. arb.* 1992. 125. Le recours en annulation intenté contre cette sentence a ensuite été rejeté : CA Paris, 11 janvier 1990, *précité* ; Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Rev. arb.* 1992. 73, note D. Cohen.

¹⁰⁶⁴ D. Cohen, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 35 et s. et not. p. 55 et s. En jurisprudence, v. CA Paris, 26 juin 2003, *Rev. arb.* 2006. 143 ; *Gaz. Pal.*, 7-8 novembre 2003. 47 ; CA Paris, 23 octobre 2003, *Rev. arb.* 2006. 149.

juridiction, une solution similaire a d'ailleurs été retenue¹⁰⁶⁵. Cela s'explique aisément : l'intervention du dirigeant social dans la négociation, la conclusion et l'exécution des contrats conclus avec des tiers est inhérente à ses fonctions¹⁰⁶⁶. Si l'on devait se contenter de cette immixtion dans la relation contractuelle pour admettre l'extension, celle-ci deviendrait presque automatique. De toute évidence, le simple fait qu'un dirigeant s'immisce au sein de la relation contractuelle ne signifie pas qu'il ait tacitement accepté d'être personnellement partie à cette relation.

529. Dans quelles hypothèses peut-il, au contraire, y avoir une extension de la clause d'arbitrage ? Dans le cadre des présents développements, il n'est pas souhaitable d'envisager l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le principe général d'extension de la clause d'arbitrage trouve application. Car, quelles que soient les hypothèses dans lesquelles l'extension est retenue, la démarche animant les juges français semble fondamentalement la même : la recherche d'une implication effective du non-signataire. Notons simplement que l'extension sera notamment amenée à jouer lorsqu'un État est impliqué dans la relation ou lorsqu'il existe un groupe de sociétés. Il arrive qu'une personne morale placée sous la dépendance et le contrôle d'un État soit amenée à conclure une convention avec une société privée étrangère¹⁰⁶⁷. Lorsque certaines circonstances sont réunies, la clause d'arbitrage ayant été insérée dans une telle convention peut être étendue à l'égard de l'État¹⁰⁶⁸. Un examen de la jurisprudence la plus récente montre que si l'État s'est impliqué dans la négociation, l'exécution ou

¹⁰⁶⁵ Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Leventis*, en effet, un dirigeant était personnellement attrait en responsabilité du fait de fautes prétendument commises dans l'exercice de ses fonctions. A cette occasion, la Cour de justice a affirmé que la clause d'élection de for insérée dans un contrat conclu entre deux sociétés ne pouvait pas être invoquée par le représentant de l'une d'elles : CJUE, 28 juin 2017, *Leventis*, aff. C-436/16, *Procédures* 2017, comm. 236, C. Nourissat ; *D.* 2017, Pan. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2018, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke.

¹⁰⁶⁶ D. Cohen, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁶⁷ Pour une hypothèse légèrement différente, v. l'affaire *Westland* : Sentence CCI n°3879/1984, *Westland c. Arab Organization for Industrialization*, *JDI* 1985. 232 ; *Rev. arb.* 1989. 547.

¹⁰⁶⁸ V. aussi l'affaire dite du plateau des pyramides : Sentence CCI n° 3493/1983, *Rev. arb.* 1986. 105. Sur cette dernière, v. Ph. Leboulanger : « État, politique et arbitrage. L'affaire du plateau des Pyramides », *Rev. arb.* 1986, p. 3 et s.

la résiliation du contrat contenant une clause d'arbitrage, cette dernière peut être étendue à son encontre¹⁰⁶⁹. L'affaire *Dallah* qui sera analysée ultérieurement le démontre parfaitement¹⁰⁷⁰.

530. Mais c'est dans les groupes de sociétés que le mécanisme de l'extension est le plus souvent amené à se déployer¹⁰⁷¹. En conséquence, nous examinerons tout d'abord la problématique de l'extension de la clause d'arbitrage dans les groupes de sociétés (1). À la suite de quoi, nous examinerons, essentiellement dans une optique de comparaison, les solutions relatives à l'extension de la clause d'élection de for (2).

1) *L'extension de la clause d'arbitrage dans les groupes de sociétés*

531. Supposons qu'une convention d'arbitrage ait été signée par une société appartenant à un groupe. Cette convention d'arbitrage peut-elle être étendue à l'égard d'une filiale du signataire ? Ou inversement, la convention d'arbitrage ayant été signée par une filiale peut-elle être étendue à l'encontre de la société mère ? En elle-même, l'intégration du non-signataire au sein d'un groupe de sociétés n'est jamais suffisante pour enclencher le mécanisme de l'extension *ratione personae*¹⁰⁷². Même si les différentes sociétés forment une entité économique unique, soumise à un pouvoir de décision unitaire, chacune des personnes morales intégrées au sein du groupe conserve son autonomie juridique. Dès lors, si une société consent à l'arbitrage, elle est la seule engagée. Tout engagement de l'entreprise multinationale constituée sous la forme d'un groupe de sociétés est, faute de personnalité juridique attribuée au groupe lui-même, par principe exclu. Pour que la clause d'arbitrage signée par

¹⁰⁶⁹ F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 403-404.

¹⁰⁷⁰ V. *infra* n° 564.

Pour un autre exemple, v. CA Paris, 28 octobre 2014, *Gouvernement de l'État libyen et autres c/ société Mohamed Abdel Moshen Al-Kharafi et fils*, en somm. in *Rev. arb.* 2014. 1035. L'arrêt a été analysé par Monsieur. F.-X. Train : « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 404 et s.

Similairement, le contrat contenant la clause compromissoire est parfois conclu entre un État et une société étrangère. Lorsqu'une personne morale placée sous le contrôle de l'État s'est immiscée dans la relation contractuelle, l'arbitre pourrait également songer à étendre la clause d'arbitrage à l'égard de cette dernière (CA Paris, 16 juin 1988, *Rev. arb.* 1989. 309, note Ch. Jarrosson).

¹⁰⁷¹ C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 25 : « le mécanisme de l'extension a trouvé au sein des groupes de sociétés un terrain de prédilection »

¹⁰⁷² A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 64 ; X. Boucobza, « L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés », *op. cit.*, p. 107 ; B. Hanotiau, « Consent to Arbitration : Do We Share a Common Vision? », *op. cit.*, p. 546 ; S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, not p. 134 et s.

l'une des sociétés s'étende à l'égard d'une personne morale appartenant au même groupe, il faut que cette dernière se soit immiscée au sein de la relation contractuelle¹⁰⁷³.

532. Mais alors, l'existence d'un groupe de sociétés exerce-t-elle une quelconque influence sur les solutions prétoriennes et, dans l'affirmative, quelle est-elle ? Il est probable que l'existence d'un groupe de sociétés puisse parfois faciliter et stimuler l'application du mécanisme de l'extension, en jouant le rôle d'un « signal de déclenchement — ou un terrain sur lequel se développent des considérations sur le rôle des parties dans les relations contractuelles »¹⁰⁷⁴. Comme cela fut relevé par Fadlallah, « l'existence du groupe atteste de l'unité d'intérêts, de la connaissance des divers documents contractuels, de l'indifférence du tiers à son organisation interne ou de sa croyance légitime qu'il traite avec tout un groupe »¹⁰⁷⁵.

533. Or, il y a lieu de penser que ces considérations ne sont pas indifférentes. D'ailleurs, en présence d'un groupe de sociétés, la Cour de cassation a également admis l'extension d'une clause d'élection de for.

2) *Comparaison avec l'extension de la clause d'élection de for*

534. Pour illustrer cette dernière question, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mars 2011 peut être mentionné¹⁰⁷⁶. En l'espèce, la société Jeanneau a vendu les parts sociales de la société African Wood. Pour formaliser cette vente, trois actes juridiques différents ont été signés le même jour. Tout d'abord, par un protocole d'accord, une personne physique s'est engagée à acquérir 90 % des titres de la société de droit ivoirien African Wood. Par ce même acte, il s'est également engagé à rembourser les avances consenties par Jeanneau à African Wood. Ensuite, cette même personne physique a conclu avec la société Jeanneau un acte de cession de parts sociales. Enfin, la société Jeanneau

¹⁰⁷³ V. par exemple, Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, *Société Iakovoglou Prodomos et compagnie et autre c/ société Amplitude*, JCP 2012. I. 1354, n° 5, obs. Ch. Seraglini, ; D. 2012, Pan. 1195, obs. Th. Clay.

¹⁰⁷⁴ I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés », in *TCFDIP 1984-1985*, p. 105 et s. et not. p. 114-115. En ce sens, v. aussi C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁷⁵ I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés », *op. cit.*, p. 115. À ce sujet, v. aussi P. Mayer, « Extension of the arbitration clause to non-signatories under French Law », in *Multiple-party actions in international arbitration*, PCA, 2009, p. 195 et s. et not. p. 196-197 ; X. Boucobza, « L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés », *op. cit.*, p. 107. Comp : M. de Boissésou, C. Fouchard, J. Madesclair, *Le droit français de l'arbitrage*, LGDJ, 2023, p. 422 et s.

¹⁰⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n° 09-72.312. Quant à la question de l'extension des clauses d'élection de for, v. aussi : Com. 4 mars 2014, n° 13-15.846.

a cédé à la société Vernal Investment des créances qu'elle détenait à l'encontre de la société African Wood. La société Vernal Investment était dirigée par la personne physique ayant signé le protocole d'accord et l'acte de cession des parts sociales. Seul l'acte de cession de créances comportait une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de commerce de Paris.

Le litige était relatif à ce dernier contrat. La société Jeanneau a, en effet, initié une action en justice pour obtenir le paiement de sommes qui lui étaient dues en vertu de l'acte de cession de créances. L'action était dirigée contre la société Vernal Investment, qui était partie à l'acte, mais aussi contre la personne physique ayant signé le protocole d'accord et l'acte de cession de parts sociales. Or, cette dernière n'avait pas signé le contrat au sein duquel la clause d'élection de for était insérée. La Cour de cassation a néanmoins considéré — sur le fondement du règlement « Bruxelles 1 » — que la clause attribuant compétence au tribunal de commerce de Paris pouvait être « opposée » à ce dernier. En d'autres termes, la Cour de cassation a accepté que la clause d'élection de for soit étendue *ratione personae*.

535. Quoi qu'il en soit, si nous faisons abstraction de cet arrêt, il faut noter que l'extension de la clause d'élection de for est très rarement prononcée. Au contraire, l'extension de la clause d'arbitrage est très facilement admise. La jurisprudence française fait preuve d'un certain laxisme. Une analyse comparatiste permettra de mettre en lumière et de souligner ce laxisme de la jurisprudence française.

II) Les normes étrangères et arbitrales relatives à l'extension

536. Nous présenterons successivement les solutions consacrées par la jurisprudence arbitrale (A) et les solutions consacrées par la jurisprudence étrangère (B).

A) Les solutions consacrées par la jurisprudence arbitrale

537. La jurisprudence arbitrale consacre également un principe de faveur à l'extension de la clause d'arbitrage. De nombreuses sentences affirment que la participation aux négociations et à l'exécution d'un contrat comportant une clause compromissoire révèle la volonté de recourir à l'arbitrage¹⁰⁷⁷. À l'instar des tribunaux français, la jurisprudence arbitrale a généralement tendance à écarter

¹⁰⁷⁷ V. l'ensemble des références citées par G.-B. Born, *International commercial Arbitration, Volume 1*, *op. cit.*, p. 1540-1541 et par S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, p. 140.

la méthode conflictualiste¹⁰⁷⁸. Selon les décisions, la formulation et la teneur du principe d'extension auquel les arbitres se réfèrent peuvent évidemment varier. Dans la célèbre sentence *Dow Chemical*, les arbitres avaient affirmé que la clause d'arbitrage pouvait être étendue aux sociétés non-signataires « qui, par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à ces contrats »¹⁰⁷⁹. La solution est très similaire à celle qui sera ultérieurement retenue par la jurisprudence française.

538. Dans d'autres sentences, les exigences conditionnant l'extension de la clause d'arbitrage diffèrent de celles posées par la jurisprudence française. Par exemple, dans la sentence CCI n° 6519, les arbitres ont affirmé que la clause d'arbitrage ne peut être étendue à l'égard de sociétés non-signataires que si ces dernières « y ont été représentées effectivement ou implicitement, ou si elles ont joué un rôle actif dans les négociations qui ont précédé, ou encore si elles sont directement concernées par l'accord au sein duquel figure la clause compromissoire »¹⁰⁸⁰. Dans cette sentence, l'arsenal conceptuel mobilisé pour justifier l'extension se distingue de celui qui est traditionnellement employé par la jurisprudence française : l'extension peut être fondée sur l'idée d'une représentation implicite, mais aussi sur le simple fait que le non-signataire est directement concerné par le contrat au sein duquel la clause compromissoire est insérée.

539. Quoi qu'il en soit si, essayant de faire abstraction des singularités propres à chaque sentence, reflet de l'idiosyncrasie de l'arbitre et de la culture juridique au sein duquel ce dernier est immergé, on tente de dégager les grandes tendances traversant la jurisprudence arbitrale, on peut formuler la conclusion suivante : la jurisprudence arbitrale semble moins favorable à l'extension *ratione personae* que ne l'est la jurisprudence française. Au sein de la jurisprudence arbitrale, en effet, les refus d'extension sont nombreux¹⁰⁸¹. Il a été montré que dans la plupart des décisions arbitrales, le simple constat d'une implication accidentelle dans les négociations ou dans l'exécution du contrat comportant la clause

¹⁰⁷⁸ B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study*, op. cit., p. 7.

¹⁰⁷⁹ Sentence CCI n° 4131/1982, *Dow Chemical*, Rev. arb. 1984. 137 ; JDI 1983. 899, obs. Y. Derains. V. aussi, se référant à des principes similaires : Sentence CCI n° 14753/2008, JDI 2011. 1257 ; Sentence CCI n° 10758/2000, JDI 2011. 1171.

¹⁰⁸⁰ Sentence CCI n° 6519/1991, JDI 1991. 1065.

¹⁰⁸¹ V. par exemple : Sentence CCI n° 12721/2007, JDI 2011. 1165 ; Sentence CCI n° 10758/2000, JDI 2011. 1171.

d'arbitrage n'entraîne pas d'extension de cette dernière¹⁰⁸². Il n'est pas sûr qu'on puisse en dire autant à propos de la jurisprudence française.

540. Un même constat s'évince de la jurisprudence étrangère : elle paraît moins favorable à l'extension de la clause d'arbitrage que ne peut l'être la jurisprudence française.

B) Les solutions consacrées par les tribunaux étrangers

541. À notre connaissance, il n'existe pas de décision dans laquelle un tribunal britannique aurait, sur le fondement d'un consentement implicite, accepté d'étendre une convention d'arbitrage à l'encontre d'un non-signataire¹⁰⁸³. Un auteur britannique a ainsi pu affirmer : « Another theory prayed in aid in some jurisdictions to extend an arbitration agreement to third party non-signatories is that of implied consent or common intention. English law does not recognise this doctrine »¹⁰⁸⁴.

Cependant, sur la scène internationale, le Royaume-Uni fait figure d'exception. Dans nombre d'États, il est admis que le non-signataire qui a joué un rôle actif et substantiel dans les négociations et l'exécution du contrat a tacitement accepté la clause compromissoire insérée au sein de ce dernier¹⁰⁸⁵. Mais alors que certaines juridictions nationales interprètent de manière stricte les circonstances pouvant révéler un consentement implicite, d'autres adoptent une approche plus libérale. En l'occurrence, en comparaison de la plupart des droits étrangers, l'approche française est généralement perçue comme particulièrement libérale. Une sentence arbitrale a d'ailleurs expressément relevé l'isolement du droit français : « French courts have variously decided that group companies are bound despite the absence of any formal declaration of consent. However, the practice in other countries is considerably more reticent »¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸² G.-B. Born, *International commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1540-1541.

¹⁰⁸³ S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, p. 121 ; E. Silva Romero, L.-M. Velarde Saffer « The Extension Of The Arbitral Agreement To Non- Signatories In Europe: A Uniform Approach? », *American University Business Law Review*, 2015, p. 371 et s. et not. p. 373.

¹⁰⁸⁴ A.-W. Sheppard, « Third Party Non-Signatories in English Arbitration Law », in S. Brekoulakis, J.-D.-M. Lew et al. (dir), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2016, p. 183 et s. et not. p. 194.

¹⁰⁸⁵ E. Silva Romero, L.-M. Velarde Saffer « The Extension Of The Arbitral Agreement To Non- Signatories In Europe: A Uniform Approach? », *op. cit.*, p. 372.

¹⁰⁸⁶ Sentence CCI n° 10818/2001, *Bull. CCI*. 2005, n° 2, p. 98.

542. Ainsi, quant à l'admission de l'extension *ratione personae*, les juridictions suisses sont généralement plus réticentes¹⁰⁸⁷. Dans ce dernier État, un principe général d'extension de la clause d'arbitrage est consacré. Lorsque le droit suisse est applicable à la clause d'arbitrage¹⁰⁸⁸, les juridictions helvétiques considèrent qu'« une convention d'arbitrage peut obliger même des parties qui ne l'ont pas signé et qui n'y sont pas mentionnées. [...] Le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la clause d'arbitrage est réputé avoir adhéré, par actes concluants, à celle-ci si l'on peut inférer de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage »¹⁰⁸⁹. De prime abord, la formulation rappelle incontestablement le principe affirmé par la jurisprudence française. Cependant, il est largement admis que les exigences conditionnant l'extension de la clause d'arbitrage sont plus restrictives que celles posées en droit français¹⁰⁹⁰. Monsieur Th. Muller a d'ailleurs souligné que les exigences conditionnant l'extension étaient assez strictes¹⁰⁹¹.

543. En définitive, en comparaison des droits suisses et anglais, la position française est caractérisée par une faveur particulièrement marquée à l'égard de l'extension *ratione personae*. Il reste à déterminer si cette faveur est, au regard de la recherche de la volonté tacite, véritablement justifiée.

¹⁰⁸⁷ P.-Y. Gunter, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit suisse », *Rev. arb.* 2024, p. 61 et s. et not. p. 62 : « La manière de traiter cette question [l'extension à des non-signataires] dans les différents pays varie de manière importante, certains pays, comme la France, adoptant une approche que l'on peut qualifier de libérale alors que d'autres pays, comme la Suisse, adoptent une approche que l'on peut qualifier de restrictive ».

¹⁰⁸⁸ Pour déterminer si la clause d'arbitrage peut être étendue, la jurisprudence suisse ne recourt pas à des règles matérielles du commerce international. Elle se réfère à l'article 178, alinéa 2 de la LDIP. V. Sur ce point, A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 69-70 ; J.-F. Poudret, « L'extension de la clause d'arbitrage. Approches française et suisse », *JDI* 1995, p. 893 et s. et not. p. 906.

¹⁰⁸⁹ Tribunal fédéral, 19 août 2008, ATF 129 III 727, p. 73. En ce sens, v. également, Tribunal fédéral, 7 décembre 2020, 4A 528/2019 ; Tribunal fédéral, 19 avril 2011, 4A_44/2011.

¹⁰⁹⁰ E. Silva Romero, L.-M. Velarde Saffer « The Extension Of The Arbitral Agreement To Non-Signatories In Europe: A Uniform Approach? », *op. cit.* V. aussi en ce sens, quoi peut être un peu plus nuancé, N.-K. Kerameus, « L'engagement des sociétés d'un groupe à l'arbitrage — Une approche comparative », *Rev. arb.* 2013, p. 617 et s. et not. p. 626-627 ; J.-F. Poudret, « L'extension de la clause d'arbitrage. Approches française et suisse », *op. cit.* p. 900.

¹⁰⁹¹ « It is clear that under Swiss substantive law participation in the performance of a contract may result in an extension of the arbitration agreement to a third party. However, in order to honour the principle of relativity of contractual obligations, the requirements for such an extension are rather strict » (Th. Muller, « Extension of Arbitration Agreements to Third Parties Under Swiss Law », in *Cross Border Arbitration Handbook*, 2010, p. 9 et s. et not. p. 11). V. aussi N. Voser, « The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus" », *op. cit.*, not. p. 169 et s. ; J. Burda, « The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law », *op. cit.*, not. p. 516 et s.

Sous-section 2 : Le fondement du principe général d'extension

544. En dépit de certaines incertitudes, la volonté tacite constitue bien le fondement sur lequel le principe général d'extension est assis (I). À tout le moins est-ce le fondement qui, en apparence, est avancé par les juridictions françaises. Car ce fondement est contestable ; il n'est pas sûr que le concept de volonté tacite soit pourvu d'un véritable pouvoir de justification des solutions relatives à l'extension *ratione personae* (II).

I) Un fondement difficilement identifiable

545. L'identification du fondement sur lequel la jurisprudence assoit l'extension n'est pas chose aisée, car deux lignes jurisprudentielles très différentes semblent coexister¹⁰⁹². Afin de le montrer, nous reviendrons tout d'abord sur l'évolution de la jurisprudence (A) avant de présenter le fondement actuellement retenu (B).

A) L'évolution de la jurisprudence

546. Initialement, le fondement du mécanisme de l'extension *ratione personae* paraissait parfaitement fixé. Les premières décisions se prononçant en faveur de l'extension des effets de la clause d'arbitrage étaient fondées sur la volonté des parties. Cette ligne prétorienne, que l'on peut qualifier de subjectiviste, était directement fondée sur le concept de volonté tacite. Dans plusieurs décisions rendues par les juridictions françaises, une formulation similaire fut adoptée¹⁰⁹³. Par exemple, dans l'arrêt *Cotunav*, la Cour de cassation affirma qu'« en acceptant d'intervenir dans l'exécution de l'accord, [le non-signataire] a[vait] nécessairement souscrit aux obligations définies par celui-ci à la charge du transporteur et en a[vait] accepté les modalités techniques parmi lesquelles la clause compromis-soire »¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² Sur cette coexistence, v. P. Mayer, « Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under french law. The Irreconcilable Position of French and English courts », *Am. U. Int'l LR* 2012, p. 831 et s.

V. aussi S. Bollée, « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », *op. cit.*, not. p. 145. Monsieur S. Bollée relève que l'on peut faire deux lectures de la jurisprudence sur l'extension de la clause d'arbitrage : « Selon la première, les critères objectifs ne sont supposés valoir qu'en tant qu'ils permettent de présumer un consentement tacite à l'arbitrage. Sans doute va-t-on chercher ce consentement très loin, mais pour reprendre la formule d'un auteur, "la nécessité d'un consentement à la convention d'un arbitrage est fortement édulcorée, elle n'est pas complètement évacuée". [...] Il n'en demeure pas moins qu'une seconde lecture est possible, et d'ailleurs retenue par de très bons auteurs. Elle donne un fondement purement objectif à l'extension ».

¹⁰⁹³ V. par exemple, CA Paris, 21 octobre 1983, *Dow Chemical*, *Rev. arb.* 1984. 98, note A Chapelle.

¹⁰⁹⁴ Civ 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. arb.* 1991. 453, note P. Mayer.

547. Néanmoins, du fait de l'émergence d'un second courant prétorien, la jurisprudence qui paraissait jusqu'alors si bien fixée, se brouilla et provoqua la confusion. Dans les arrêts incarnant ce second courant, les juridictions françaises retinrent, en effet, une formulation objectiviste : toute référence à la volonté des parties disparut de l'énoncé normatif, au profit d'une focalisation sur les actes matériels d'exécution accomplis par le non-signataire. La décision la plus représentative de ce courant jurisprudentiel objectiviste fut probablement l'arrêt *ABS*. Dans ce dernier, la Cour de cassation affirma que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter »¹⁰⁹⁵. Dans cette décision, toute référence à la volonté des parties, comme à la connaissance de la clause d'arbitrage, fut évacuée de l'énoncé du principe général d'extension. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a réaffirmé le principe dégagé dans l'arrêt *ABS*¹⁰⁹⁶.

548. Est-ce à dire qu'aujourd'hui la volonté des parties n'est plus une condition de l'extension de la clause d'arbitrage ? Pour que la clause compromissoire soit étendue à un non-signataire, l'immixtion au sein de la relation contractuelle constitue-t-elle une condition suffisante ?

B) L'état actuel de la jurisprudence

549. Il est permis de penser que pour qu'il y ait extension, il est toujours nécessaire de démontrer, fût-ce par le recours à une série de présomptions, que la volonté des contractants était bien orientée vers ce résultat¹⁰⁹⁷. Monsieur F.-X. Train a ainsi relevé que si « la référence à la volonté des parties et même à la connaissance de la clause sont le plus souvent absentes de l'énoncé synthétique de la règle,

¹⁰⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS c/ société Amkor*, *Rev. arb.* 2007. 786, note X Ahdab ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *JDI* 2007. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, p. 12, note F. Parsy ; *RTD com.* 2007. 677, obs. E. Loquin ; *D.* 2008, pan. 184, obs. Th. Clay ; *JCP G.* 2007. II 10118, note C. Golhen ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *CCC* 2007 166, note L. Leveneur ; *JCP G.* 2007. I. 168, § 11, obs. Ch. Seraglini ; *JCP G.* 2007. I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *LPA* 2007. 23, note A. Malan. v. aussi : CA Paris, 7 mai 2009, *Société Suba France c/ Société Pujol*, n° 08/02025 ; CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/04688.

¹⁰⁹⁶ CA Paris, 16 octobre 2018, *Rev. arb.* 2019. 891 et s. note S. Willaume.

¹⁰⁹⁷ Contra : L. Larribère, thèse, *op. cit.*, p. 385 : « Il est [...] parfois prétendu qu'une véritable règle matérielle aurait depuis quelques années supplanté l'exigence de consentement pour étendre la convention impliquée dans la formation, l'exécution ou la rupture du contrat. Cette position paraît aujourd'hui exacte : par une longue sédimentation de la jurisprudence, la règle appliquée semble s'être progressivement détachée de la volonté implicite des parties et, partant, de la règle appliquée notamment en droit des sociétés ».

[...] ces éléments sont bel et bien présents dans le corps de la motivation des décisions. L'omission semble donc plus formelle que réelle »¹⁰⁹⁸.

À la suite de l'arrêt *ABS*, dans plusieurs décisions, la jurisprudence française s'est de nouveau référée à la volonté tacite des parties¹⁰⁹⁹. Par exemple, dans un arrêt du 29 juin 2011, pour refuser l'extension, la Cour de cassation a affirmé que « *l'intention* de la République arabe de Syrie d'être engagée par la convention d'arbitrage n'était pas démontrée »¹¹⁰⁰. Ou encore, dans un arrêt *Abela*, du 6 octobre 2010, la Cour de cassation a affirmé que les non-signataires « ne pouvaient légitimement prétendre être étrangers à la clause compromissoire, dont ils ne pouvaient ignorer la teneur et qu'ils avaient implicitement acceptée compte tenu de leur immixtion dans le fonctionnement de la AAC »¹¹⁰¹.

De même, dans l'arrêt *LBCI c/ Rotana* du 2 mars 2021, la Cour d'appel de Paris a affirmé que « [s]elon les usages du commerce international, la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du contrat ». De prime abord, cette affirmation donnait à penser que l'extension de la clause d'arbitrage était appréhendée comme un mécanisme purement objectif, déconnecté de la recherche de la volonté des parties. Néanmoins, en appliquant le principe à l'espèce, la Cour d'appel de Paris a ensuite affirmé que « l'application de la clause à Rotana Holding [le non-signataire] est conforme à l'intention des parties et que Rotana Holding était liée par la clause d'arbitrage »¹¹⁰².

¹⁰⁹⁸ F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 399-400. Comp : B. Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study*, *op. cit.*, p. 77-78.

¹⁰⁹⁹ CA Paris, 19 octobre 2007, *Merril Lynch*, n° 06/20561.

¹¹⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, *Société Papillon group corporation c/ République arabe de Syrie et autres*, n° 09-17.346.

¹¹⁰¹ Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *Rev. arb.* 2010. 813, note F.-X. Train ; *JCP* 2010.1286, obs J. Ortscheidt ; *Cah. arb.* 2011. 443, note J.B. Racine ; *D.* 2010. 2943, obs. Th. Clay. Comp : CA Paris, 18 décembre 2018, *Rev. arb.* 2018. 847 ; CA Paris, 26 février 2013, *Rev. arb.* 2014. 82 : Dans ces affaires, la Cour d'appel de Paris se réfère à la connaissance de la clause mais non à la volonté des parties.

¹¹⁰² CA Paris, 2 mars 2021, *LBCI c/ Rotana*, n° 18/20663 ; *Dalloz actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

550. En définitive, il nous semble qu'au sein de la jurisprudence française, le principe général d'extension repose toujours sur le concept de volonté tacite¹¹⁰³. Il reste à déterminer si ce fondement est satisfaisant.

II) Un fondement contestable

551. Pour déterminer si la justification théorique avancée en faveur de l'extension *ratione personae* est pertinente, on peut se placer à deux niveaux différents : au niveau du principe général consacré et au niveau des solutions concrètes adoptées. On a vu que la jurisprudence a consacré un principe en vertu duquel le non-signataire s'étant immiscé dans la relation contractuelle a accepté la clause compromissoire. Envisagé en lui-même, ce principe n'est pas indéfendable (A)¹¹⁰⁴. Mais l'on peut également analyser les décisions dans lesquelles l'extension a été retenue. Or, dans bien des espèces, l'extension *ratione personae* est caractérisée alors que la volonté des parties était pour le moins douteuse (B).

A) L'appréciation du principe avancé

552. Une première objection doit immédiatement être évacuée : celle de l'effet relatif des conventions. *A priori*, le principe d'effet relatif des conventions ne s'oppose pas à ce qu'il y ait extension de la clause d'arbitrage. En effet, s'il y a extension *ratione personae*, c'est que le non-signataire est assimilé à une partie à la convention d'arbitrage¹¹⁰⁵. Dès lors, en théorie, les effets produits par la convention d'arbitrage n'affectent pas un tiers, mais une personne qui est véritablement partie à cette convention¹¹⁰⁶. En réalité, ce n'est que lorsque le consentement imputé au non-signataire est fictif que le

¹¹⁰³ J.-P. Ancel, « L'arbitrage international en France (principes et système) », *Arch. phil. droit* 2009, p. 197 et s. et not. p. 202 : « la clause d'arbitrage doit avoir effet à l'égard de tout intervenant impliqué dans l'exécution du contrat qui la contient, dès lors qu'il est établi que cette personne en avait nécessairement connaissance et y a tacitement consenti. La preuve du consentement est évidemment nécessaire, puisque, sans lui, il ne pourrait exister de convention d'arbitrage ».

Comp : A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁰⁴ Comp : Monsieur M. de Fontmichel relève que « sur le terrain de l'extension de la convention d'arbitrage », « le droit français de l'arbitrage international s'est montré original en établissant un consentement parfois absent par le jeu de présomptions » (« Le consentement à l'arbitrage, aspects originaux du droit français de l'arbitrage international », in *L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant 2020, p. 23 et s. et not. p. 33).

¹¹⁰⁵ Rapprochement : G.-B. Born, *International commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1414.

¹¹⁰⁶ Comp : A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 74.

principe de l'effet relatif des conventions est atteint¹¹⁰⁷. Il faut donc maintenant examiner ce problème : l'extension de la clause d'arbitrage est-elle fondée sur des signes objectifs de volontés probants ou repose-t-elle, au contraire, sur une fiction de volonté ?

553. Pour correctement appréhender cette dernière problématique, il nous semble qu'il faut immédiatement dissiper une ambiguïté. Bien que la jurisprudence se réfère fréquemment à la notion d'acceptation du non-signataire, il y a bien un véritable accord tacite, au sens où nous l'entendons dans ce chapitre. En effet, aucune des deux parties n'a expressément manifesté sa volonté. À l'évidence, le non-signataire n'a pas explicitement manifesté sa volonté. *A priori*, la partie ayant signé la clause compromissoire a, au contraire, expressément déclaré sa volonté de recourir à l'arbitrage.

Cependant, *pour la résolution des litiges qui l'opposeront au non-signataire*, elle n'a jamais explicitement accepté l'arbitrage. Par exemple, une société A conclut un contrat avec une société B. Ce contrat comporte une clause compromissoire. La société C, qui est une filiale de A, exécute ce contrat. Pour que l'extension de la clause compromissoire soit caractérisée, il faut que C ait accepté cette clause compromissoire. Mais il faut aussi que la société B ait, *pour ses rapports avec C*, accepté le recours à l'arbitrage. En définitive, il nous semble que pour qu'elle soit légitime, l'extension *ratione personae* doit reposer sur la reconstitution de deux volontés implicites¹¹⁰⁸. Nous examinerons donc successivement les indices accréditant la volonté du non-signataire (1) et les indices accréditant la volonté du signataire de la clause (2).

1) *Les indices de la volonté du non-signataire*

554. Si l'on adopte une analyse subjective du consentement, l'extension de la clause d'arbitrage sera toujours discutable. Car au moment où le contrat a été conclu, le non-signataire s'attendait peut-être à ce qu'il y ait un parfait cloisonnement des engagements assumés. Le fait qu'il ait joué un rôle économique et stratégique prépondérant ne signifie pas nécessairement qu'il ait voulu souscrire un engagement juridique. L'engagement économique et l'engagement juridique se situent sur deux plans

¹¹⁰⁷ Rapprochement : M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 722.

¹¹⁰⁸ En ce sens, v. également C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 31-32 : « Si la jurisprudence qui met en avant cette recherche de l'intention des parties doit selon nous être approuvée, elle pêche néanmoins par un aspect, en ce qu'elle semble parfois se focaliser sur l'acceptation du non-signataire en omettant de prendre en considération celles des parties signataires de la clause. [...] Les parties originaires aussi devraient accepter l'extension de la clause à l'égard des tiers non-signataires pour que ceux-ci puissent devenir parties ». V. aussi G.-B. Born, *International commercial Arbitration, Volume 1, op. cit.*, p. 1540.

très différents. À la source de l'implication dans la relation contractuelle, sur laquelle l'extension de la clause d'arbitrage est fondée, il y a bien un acte volontaire. Mais cet acte peut-il véritablement révéler une volonté contractuelle ?

La volonté contractuelle ne renvoie pas à n'importe quelle intention, c'est la volonté de se *lier* et de se placer sous l'empire du principe de force obligatoire des conventions¹¹⁰⁹. Or, précisément, en s'abstenant de signer le contrat, même s'il l'exécute ou le résilie par la suite, le non-signataire n'a-t-il pas voulu se placer — autant que faire se peut — en dehors de l'orbite contractuelle ? Du fait de la division du travail pouvant exister au sein d'un groupe de sociétés, il arrive que plusieurs personnes morales interviennent lors des différentes étapes d'une même opération contractuelle¹¹¹⁰. Une société non-signataire d'un groupe peut très bien participer à l'exécution d'un contrat pour effectuer une tâche économique spécifique, dont les autres sociétés ne sauraient *de facto* s'acquitter. Cela ne veut pas dire qu'elle accepte d'être liée par le contrat¹¹¹¹. En réalité, dans une telle situation, la volonté réelle du non-signataire est, tout au plus, vraisemblable, mais ne saurait être reconstituée de façon certaine¹¹¹².

555. Cependant, s'il est passé au crible d'une analyse objective du consentement, le principe général d'extension se révèle plus défendable. Si la jurisprudence admet que le non-signataire étant directement intervenu dans la négociation, dans l'exécution ou dans la résiliation du contrat soit lié par la clause compromissoire, c'est que ce non-signataire s'est comporté, en fait, comme s'il était le co-contractant du signataire¹¹¹³. En d'autres termes, lorsqu'il s'immisce dans la relation contractuelle, le

¹¹⁰⁹ À cet égard, v. J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. Phil. droit*, Sirey, 1963 ; repris in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, 2001, p. 25 et s. et not. p. 37-38 : « Suivant notre système consensualiste, la volonté est créatrice d'engagements juridiques. Mais pas n'importe quelle volonté. Il n'est que de se rappeler la définition classique de l'acte juridique : une manifestation de volonté qui est destinée à produire des effets de droit, des modifications de l'ordonnement juridique ; autrement dit, qui est destinée à introduire une relation humaine dans la sphère du droit. »

¹¹¹⁰ S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, p. 146.

¹¹¹¹ *Ibid.* Comp : C. Debouge, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 49 et s.

¹¹¹² Cela est d'autant plus vrai que « le groupe [de sociétés] n'est pas seulement principe d'unité, il est aussi principe de diversité et de division du travail, et organisation du cloisonnement de la responsabilité » (I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés », *op. cit.*, p. 118).

¹¹¹³ Rapprochement : H. Barbier, « Le contractant de fait », note sous civ. 3^{ème}, 23 mars 2017, n° 15-23.683, *RTD Civ.* 2017 p. 627 et s.

non-signataire devient un *contractant apparent*. Or, « se comporter comme la véritable partie à un contrat, n'est-ce pas y avoir implicitement consenti et avoir accepté d'être lié par ses stipulations, notamment la clause d'arbitrage »¹¹¹⁴?

De prime abord, un tel raisonnement peut sembler séduisant. Dans l'hypothèse d'une immixtion caractérisée du non-signataire, le comportement de ce dernier donnerait à penser qu'il avait bien accepté les obligations contractuelles stipulées au sein de la convention initiale. Les actes d'intervention dans la relation contractuelle contribueraient à créer une apparence : celle que le non-signataire voulait devenir une véritable partie au contrat¹¹¹⁵. En raisonnant de la sorte, on voit que le processus de reconstitution de la volonté s'éloigne des canons du subjectivisme ; il est moins question de reconstitution d'une volonté réelle que de recomposition d'une volonté apparente. Si le non-signataire se trouve engagé, c'est que par son comportement, il a créé une apparence pouvant induire en erreur l'autre contractant et qu'il se trouve ainsi « piégé » par l'illusion qu'il a contribué à alimenter¹¹¹⁶. Mais c'est le propre même de l'analyse objective du consentement que nous préconisons que d'accorder plus d'importance à l'apparence créée par les actes du déclarant qu'à la psyché de ce dernier qui demeure, quoi qu'il en soit, insondable. L'approche objective du consentement, qui dérive de la théorie de la volonté déclarée, est intimement liée à la théorie de l'apparence.

On admettra cependant que cette analyse ne s'impose pas avec la force de l'évidence et que l'on puisse éprouver quelques réticences à y souscrire entièrement. Pour que le contrat puisse valablement être formé, il faut — selon l'approche que nous préconisons — que le destinataire de la déclaration ait *raisonnablement* pu voir dans le comportement adopté une manifestation tacite de volonté¹¹¹⁷. Or, dans l'hypothèse où le non-signataire s'est immiscé dans l'exécution du contrat contenant une clause compromissoire, le destinataire de cette manifestation a-t-il raisonnablement pu penser que le non-signataire voulait s'engager ? La réponse ne paraît pas nécessairement évidente, car nous l'avons dit, l'engagement juridique et l'engagement économique se situent sur des plans différents. On pourrait dès lors soutenir que le destinataire de la déclaration de volonté — ici celui qui a signé le contrat —

¹¹¹⁴ F.-X. Train, « L'affaire Dallah ou de la difficulté pour le juge anglais d'appliquer le droit français », note sous Paris, 17 février 2011 et Cour suprême du Royaume-Uni, 3 novembre 2010, *Rev. arb.* 2011, p. 374 et s. et not. p. 379.

¹¹¹⁵ Comp : E. Loquin, « Clauses compromissoires et groupe de sociétés, approche méthodologique », *op. cit.*, p. 244.

¹¹¹⁶ Se prononçant très clairement en ce sens, v. CA Paris, 7 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000. 288. La Cour d'appel affirme que les circonstances de la négociation, de la conclusion et l'exécution de la convention avaient créé pour l'un des contractants la *croyance légitime* qu'une société non-signataire, était également partie à cette convention. Elle en déduit l'extension de la clause d'arbitrage.

¹¹¹⁷ V. *supra* n° 73.

devrait être en mesure de bien distinguer ce qui relève d'une intervention purement économique d'une part, et ce qui relève d'un engagement juridique d'autre part. Soit un contrat conclu entre A et B. C, qui est la société mère de A, exécute le contrat. B a-t-il *raisonnablement* pu penser que C, du fait de sa seule intervention économique, souhaitait devenir partie au contrat ? La réponse ne paraît pas évidente. En définitive, dans une perspective purement technique, il est difficile d'apporter une réponse catégorique : si le principe général d'extension est défendable, il n'est pas non plus incontestable¹¹¹⁸.

556. Quoi qu'il en soit, même si l'on accepte qu'en intervenant dans la relation contractuelle, le non-signataire manifeste une volonté d'accepter le contrat principal, le débat n'est pas clos. Même si le non-signataire a accepté le contrat principal, doit-on considérer qu'il souhaite également accepter la clause compromissoire insérée au sein de ce dernier ? Le non-signataire n'a pas nécessairement connaissance de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat. Or, s'il n'a pas connaissance de cette clause, le non-signataire a-t-il pu véritablement l'accepter ? Certes, en principe, pour qu'il y ait extension de la clause d'arbitrage, la connaissance de cette dernière doit être établie. Mais la connaissance de la stipulation relative à l'arbitrage tend à être présumée.

Or, lorsqu'elle est insérée au sein d'un contrat long et complexe, la clause d'arbitrage se trouve très souvent noyée au sein d'un amas de stipulations au caractère passablement abscons. Même pour le contractant ayant expressément signé le contrat dans lequel la clause de règlement des différends est insérée, présumer la connaissance de cette dernière — fût-elle de première importance — serait toujours audacieux. Or, dans l'hypothèse de l'extension *ratione personae*, la jurisprudence va plus loin parce qu'elle affirme qu'un *non-signataire* connaissait la clause¹¹¹⁹. En définitive, en exigeant que le non-signataire ait eu connaissance de la clause d'arbitrage, la jurisprudence est nécessairement amenée à spéculer sur l'existence d'un fait particulièrement incertain¹¹²⁰.

¹¹¹⁸ Sur cette problématique, v. aussi, avec un prisme d'analyse différent : L. Aynès, « La licéité de la convention d'arbitrage : le consentement », *Rev. arb.* 2022, p. 23 et s. et not. p. 27.

¹¹¹⁹ On pourrait objecter à notre assertion que l'arbitrage constitue désormais le mode normal de résolution des litiges du commerce international et que les opérateurs de ce commerce sont soumis à une présomption de compétence. Dès lors, certains auteurs soutiennent qu'« il peut apparaître raisonnable, dans ce contexte, de présumer que celui qui s'est effectivement impliqué dans la négociation, la conclusion, l'exécution et/ou la résiliation du contrat avait ou aurait dû avoir connaissance de la clause d'arbitrage qui y était insérée, comme d'ailleurs des autres modalités du contrat » (F.-X. Train « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2007, p. 6 et s. et not. n° 9).

¹¹²⁰ Contra : C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 49 et p. 53.

En réalité, il nous semble que la connaissance de la clause d'arbitrage devrait être parfaitement indifférente. Peu importe que le non-signataire ait eu ou non connaissance de la clause d'arbitrage. Ce qui est décisif, c'est qu'il ait accepté le contrat au sein duquel cette clause est insérée. Dès lors que ce dernier fait est établi, le consentement du non-signataire est, de notre point de vue, nécessairement global ; il embrasse le contrat dans son entièreté, ce dernier étant alors envisagé comme un bloc de stipulations indissociables.

Même lorsque l'acceptation est expresse, il est très fréquent que le contractant n'ait pas véritablement pris connaissance de l'ensemble des stipulations qui sont destinées à le lier. Personne ne songe pourtant à affirmer que ces stipulations, inconnues du contractant, devraient être privées d'effet¹¹²¹. On considère qu'en apposant sa signature, le contractant a accepté, *en bloc*, l'ensemble du contrat, c'est-à-dire l'ensemble de ses stipulations, qu'elles soient connues ou inconnues du signataire. Au fond, lorsqu'un contractant signe une convention dans laquelle est insérée une clause d'arbitrage, il est tout à fait possible qu'il n'ait pas *réellement* accepté cette dernière. Nul ne songe pourtant à affirmer que la clause compromissoire doit être tenue pour nulle ou inexistante. Il devrait en être de même en cas d'acceptation tacite¹¹²². S'il est montré que le non-signataire a accepté le contrat dans lequel la clause compromissoire est insérée, fût-ce tacitement, l'extension de cette dernière devrait, à notre sens, être nécessairement caractérisée¹¹²³.

557. Il faut maintenant rechercher les indices accréditant l'existence d'une volonté du signataire. Plus exactement, il faut identifier les indices qui pourraient montrer que, *dans les rapports qu'il avait avec le non-signataire*, le signataire souhaitait recourir à l'arbitrage.

2) *Les indices de la volonté du signataire*

558. Une société A conclut un contrat avec B dans lequel une clause compromissoire est insérée. La société C, qui contrôle la société A, exécute le contrat. Dans ses relations avec C, la société B a-t-elle voulu recourir à l'arbitrage ? Plusieurs arguments peuvent être avancés pour accréditer cette hypothèse de la volonté du signataire.

¹¹²¹ Sauf éventuellement à ce que ces stipulations soient insérées dans des conditions générales ou que le signataire n'ait, de fait, pas eu la possibilité de prendre connaissance de ces stipulations.

¹¹²² Ces observations sont le prolongement de celles qui ont déjà été formulées dans notre chapitre 2. V. *supra* n° 338.

¹¹²³ Contra : S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, p. 146-147.

En premier lieu, on pourrait faire valoir qu'en voyant le tiers s'immiscer au sein de la relation contractuelle et en restant passif, le signataire a implicitement accepté que ce tiers devienne partie à la convention. Par son inertie, le signataire accepterait que le tiers devienne partie au contrat. Le vice de cet argument est que la volonté imputée au signataire est déduite de son silence ; fait ô combien équivoque et dont on ne saurait, en principe, inférer un consentement. Reste que, dans de telles circonstances, on pourrait soutenir que le silence est suffisamment circonstancié pour révéler une volonté contractuelle.

En deuxième lieu, dans la mesure où il a déjà accepté le principe de l'arbitrage, on peut penser que le signataire souhaite généralement centraliser le contentieux découlant du contrat devant l'arbitre. On peut conjecturer que le signataire du contrat dans lequel la clause d'arbitrage est insérée a généralement intérêt à ce que l'ensemble des opérateurs ayant joué un rôle dans l'opération contractuelle puissent être attirés devant l'arbitre. Dès lors, quant à l'extension de la clause d'arbitrage, il ne semble pas déraisonnable de présumer le consentement du signataire¹¹²⁴.

En troisième lieu, au moment où la question de l'extension se pose devant l'arbitre, c'est généralement le signataire de la clause compromissoire qui va se prévaloir de l'extension *ratione personae*. Il « oppose » la clause d'arbitrage au non-signataire pour attirer l'ensemble des participants à l'opération contractuelle devant l'arbitre. Au moment de l'enclenchement du contentieux, il manifeste ainsi une volonté en faveur de l'extension de la clause¹¹²⁵. Reste à savoir si cette manifestation de volonté peut valablement être prise en considération ou si elle est au contraire trop tardive. À un stade aussi avancé, peut-il encore y avoir une rencontre des volontés ?

559. En définitive, le principe sur lequel le mécanisme de l'extension *ratione personae* repose est contestable. Cependant, nous ne croyons pas qu'il soit, par essence, vicié et indéfendable. Il reste maintenant à déterminer comment ce principe général d'extension est mis en œuvre.

¹¹²⁴ Ce deuxième argument repose sur un changement de focale. On se concentre, non plus sur la formation du contrat dans lequel la clause compromissoire est insérée, mais sur la formation de la clause compromissoire elle-même.

¹¹²⁵ Pour Madame C. Debourg, « le consentement des signataires à l'extension à un tiers peut résulter de l'invocation de la clause d'arbitrage à son égard, pour fonder la demande ou l'exception d'arbitrage » (« La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *Rev. arb.* 2024, p. 11 et s. et not. p. 32).

B) L'appréciation des solutions concrètes adoptées

560. Selon Monsieur D. Cohen, les arbitres et les juges français n'ont pas hésité à « traquer la volonté partout où elle pouvait s'imaginer »¹¹²⁶. Pour cet auteur, si dans certaines décisions, la volonté imputée au non-signataire est « totalement artificielle », dans d'autres, au contraire, elle est « mieux établie »¹¹²⁷. Nous souscrivons entièrement à cette opinion¹¹²⁸. Il n'est pas possible de revenir sur l'ensemble des décisions formant une jurisprudence particulièrement riche et foisonnante ; jurisprudence qui, du fait de la multiplicité et de l'hétérogénéité des situations de fait, est abandonnée à une casuistique judiciaire pratiquement inévitable. Mais nous pouvons raisonner sur les faits offerts par certaines affaires marquantes. L'analyse de ces affaires montre que si la motivation de certaines décisions est convaincante (1), dans d'autres espèces, au contraire, elle n'emporte pas l'adhésion (2).

1) Les décisions convaincantes

561. Dans certaines décisions, le raisonnement de reconstitution de la volonté tacite sur lequel l'extension est assise est, sans être incontestable, assez convaincant¹¹²⁹. Par exemple, dans la sentence *Dow Chemical*, pour justifier l'extension de la clause compromissoire, les arbitres se sont fondés sur un faisceau d'indices convergents. Dans cette affaire, où était en cause un groupe de sociétés, on peut penser que la volonté des parties, objectivement appréciée, pouvait justifier l'extension¹¹³⁰. Le litige était relatif à deux contrats de distribution contenant des clauses compromissoires. Le non-signataire, qui s'était ultérieurement prévalu de la clause compromissoire figurant dans ces contrats, était intervenu à tous les stades de la relation contractuelle : lors des négociations, lors de l'exécution et lors de la résiliation des deux contrats comportant la clause compromissoire.

¹¹²⁶ D. Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993, p. 288.

¹¹²⁷ *Ibid.* En ce sens, v. également E. Loquin, « Clauses compromissoires et groupe de sociétés, approche méthodologique », *op. cit.*, p. 244.

V. aussi M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 722 : « En théorie, cette jurisprudence demeure respectueuse du principe de l'effet relatif des conventions et du fondement contractuel de l'arbitrage, dans la mesure où elle repose semble-t-il sur l'idée que le non-signataire est un "faux tiers" : c'est sa volonté tacite, conjuguée à celle des signataires de la convention d'arbitrage, qui est censée justifier l'extension de la compétence arbitrale à son égard. Mais en réalité, l'existence de cette volonté tacite est dans bien des cas une fiction, la connaissance de la convention d'arbitrage par le non-signataire étant douteuse et sa volonté d'être lié par elle l'étant encore davantage ».

¹¹²⁸ Bien qu'elle ait été formulée il y a près de 30 ans, l'observation de Monsieur D. Cohen ne semble pas contredite par la jurisprudence la plus récente.

¹¹²⁹ v. par exemple CA Paris, 28 novembre 1989, *Rev. arb.* 1990. 675, note P. Mayer.

¹¹³⁰ En ce sens, P. Mayer, intervention, *Rev. arb.* 1988, p. 499. Comp : M. de Fontmichel, « Le consentement à l'arbitrage, aspects originaux du droit français de l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 33-34.

Tout d'abord, le non-signataire s'était immiscé dans la conclusion du contrat. Il avait, en effet, activement participé aux négociations. En outre, antérieurement à la conclusion des contrats litigieux, le distributeur avait adressé plusieurs lettres au non-signataire et dans ces lettres, le distributeur présentait le non-signataire comme son cocontractant. Ensuite, au stade de l'exécution, c'était le non-signataire qui s'était acquitté de l'ensemble des engagements définis par le contrat de distribution¹¹³¹. En effet, il avait livré les produits qui étaient l'objet du contrat. C'était également le non-signataire qui avait délivré l'assistance technique prévue par le contrat de distribution. Au surplus, à l'occasion de la fixation des prix, le distributeur s'était adressé au non-signataire et non à la société qui était formellement partie au contrat. Enfin, lors du dernier stade de la relation contractuelle, c'était le non-signataire qui avait annoncé au distributeur qu'il souhaitait résilier le contrat.

En définitive, dans cette affaire, que ce soit au stade de la formation, de l'exécution ou de la résiliation du contrat, le non-signataire s'était toujours comporté comme s'il était le véritable contractant du distributeur. Par les actes matériels ainsi accomplis, le non-signataire était devenu un cocontractant apparent, un cocontractant de fait. De même, toutes les circonstances d'espèce donnaient à penser que dans l'esprit du distributeur, c'était bien le non-signataire qui était partie au contrat de distribution et non la société qui avait formellement signé ce dernier. Dès lors, dans cette affaire, un tiers pouvait raisonnablement penser que le non-signataire avait accepté les obligations contractuelles et que le distributeur avait accepté que le non-signataire devienne son cocontractant. C'est, du moins, une analyse concevable.

562. Mais les faits sur lesquels l'extension est assise sont très singuliers. Ce qui rend la solution convaincante, c'est que le non-signataire avait agi, à tous les stades de la relation, comme s'il était le cocontractant du signataire. Au demeurant, chacun des actes matériels d'exécution accomplis par le non-signataire était particulièrement significatif. Or, dans de nombreuses espèces, les faits sur lesquels l'extension est fondée sont beaucoup plus équivoques.

2) Les décisions discutables

563. Très souvent, le non-signataire n'est intervenu qu'à un moment particulier de la relation contractuelle. Par exemple, il est intervenu dans l'exécution du contrat, mais il n'avait pas pris part

¹¹³¹ D'ailleurs, les contrats eux-mêmes prévoyaient que les engagements seraient exécutés par la société non-signataire.

aux négociations¹¹³². Dans cette dernière configuration, la volonté imputée au non-signataire est déjà plus contestable. Parfois également, les actes matériels d'exécution accomplis par le non-signataire sont beaucoup moins significatifs que dans l'affaire *Dow Chemical*. Par exemple, le non-signataire a seulement exécuté une partie des obligations substantielles, le contractant initial étant responsable de l'exécution des obligations restantes. Dans ces hypothèses, la volonté tacite constitue un fondement beaucoup moins convaincant. En réalité, dans de nombreuses décisions, le raisonnement de reconstitution de la volonté tacite s'avère très discutable¹¹³³. On donnera deux exemples.

564. Tout d'abord, il est possible de mentionner l'affaire *Dallah*¹¹³⁴. En l'espèce, le groupe *Dallah* a contacté le ministère des Affaires religieuses du gouvernement du Pakistan. *Dallah* propose à ce dernier la location d'immeubles destinés à l'hébergement des pèlerins pakistanais à la Mecque. Le président de la République Islamique du Pakistan et *Dallah* ont tout d'abord signé un premier contrat (« *Memorandum of understanding* »). L'État du Pakistan a ultérieurement créé un Trust, pourvu de la personnalité morale, qui avait pour objet principal de collecter l'épargne des pèlerins, de l'investir et d'adopter des mesures facilitant la réalisation du pèlerinage. Ce trust a ensuite conclu un second contrat avec *Dallah*. Ce dernier comportait une clause d'arbitrage CCI.

Les relations contractuelles se sont progressivement dégradées. Finalement, en application de la clause d'arbitrage figurant dans le contrat conclu avec le trust, *Dallah* a présenté une requête d'arbitrage à l'encontre du gouvernement du Pakistan. Les arbitres ont estimé qu'ils étaient compétents. Saisie d'un recours en annulation, la Cour d'appel de Paris a estimé que la clause d'arbitrage figurant dans le contrat conclu entre le Trust et *Dallah* était opposable au gouvernement du Pakistan. Pourtant, dans cette affaire, pouvait-on affirmer que le gouvernement du Pakistan avait accepté la clause d'arbitrage ? Il y a lieu d'en douter.

¹¹³² V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, *Société Iakovoglou Prodomos et compagnie et autre c/ société Amplitude*, JCP 2012. I. 1354, n° 5, obs. Ch. Seraglini ; D. 2012, Pan. 1195, obs. Th. Clay ; CA Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989. 691, note P.-Y. Tschan ; Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, *British American Tobacco international*, n° 03-11.768 (ce dernier arrêt se prononce uniquement sur l'inapplicabilité manifeste de la clause).

¹¹³³ Pour un autre exemple, dans lequel le raisonnement est contestable, v. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *Rev. arb.* 2010. 813, note F.-X. Train ; JCP 2010. 1286, obs J. Ortscheidt ; *Cab. arb.* 2011. 443, note J.-B. Racine ; D. 2010. 2943, obs. Th. Clay, rejetant le pourvoi contre CA Paris, 22 mai 2008, *Rev. arb.* 2008. 730, note F.-X. Train ; JCP 2008. I. 222, n° 7, obs. Ch. Seraglini.

¹¹³⁴ CA Paris, 17 février 2011, *Dallah*, *Rev. arb.* 2012. 369, note F.-X. Train. Sur l'affaire *Dallah*, voir not. H. Kupelyants, « Choisissez au hasard ? Les raisons d'une divergence regrettable », in H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D.-P. Fernandez Arroyo (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 127 et s. ; S. Bollée, « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », *op. cit.*

À notre sens, les éléments relevés par la Cour d'appel sont peu probants. Tout d'abord, la juridiction relève que le gouvernement du Pakistan était intervenu lors de la négociation du contrat litigieux. Cependant, ainsi que le relève la Cour d'appel, lorsque Dallah a présenté les dispositions contractuelles aux avocats chargés de rédiger le contrat, elle a elle-même mentionné le Trust comme la partie pakistanaise. Dès lors, dans l'esprit de Dallah, au moment des négociations, il n'y avait pas de doute : c'était le trust qui était partie au contrat. Ensuite, durant la phase de l'exécution du contrat, le gouvernement du Pakistan s'était immiscé dans la relation contractuelle. Mais les actes d'immixtion en question paraissaient peu significatifs. En effet, la Cour d'appel relève simplement que deux fonctionnaires du ministère des Affaires religieuses avaient adressé à Dallah des lettres, notamment relatives à la collecte de l'épargne des pèlerins et à l'annonce d'une campagne publicitaire. On ne voit pas en quoi ces actes pourraient révéler une quelconque volonté d'accepter le contrat ou la clause d'arbitrage qui est insérée au sein de ce dernier.

Enfin, la Cour d'appel relève que M. Luftallah Mufti, qui était à la fois secrétaire du ministère des Affaires religieuses et secrétaire d'un organe du Trust, a souhaité résilier le contrat. La Cour d'appel considère que « tout indique dans ce courrier la qualité du Ministère au nom duquel il accepte la résiliation du Contrat ». De ce point de vue, il est vrai qu'il y avait une véritable immixtion dans la relation contractuelle. Mais la valeur de cet acte était infirmée par le fait qu'à la suite de la résiliation, une action judiciaire relative à la résiliation du contrat avait, au nom du Trust, été intentée devant le juge pakistanais. En définitive, dans cette affaire, il était très discutable d'affirmer que le non-signataire avait manifesté sa volonté d'être partie au contrat contenant la clause compromissoire. Sans être inexistantes, les indices permettant de penser que le gouvernement du Pakistan avait eu la volonté d'accepter la clause compromissoire étaient faibles et peu probants. Monsieur P. Mayer va d'ailleurs plus loin et affirme que dans cette affaire, « the Government of Pakistan had made clear its intention *not to be a party to the contract containing the arbitration clause* »¹¹³⁵.

¹¹³⁵ P. Mayer, « Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under french law. The Irreconcilable Position of French and English courts », *op. cit.*, p. 836 (c'est l'auteur qui souligne). Comp, plus nuancé : F.-X. Train, « L'affaire Dallah ou de la difficulté pour le juge anglais d'appliquer le droit français », note sous Paris, 17 février 2011 et Cour suprême du Royaume-Uni, 3 novembre 2010, *Rev. arb.* 2012, p. 368 et s. ; G. Cuniberti, « Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage », *Cah. Arb.* 2011 p. 433 et s.

565. Pour raisonner sur un second exemple, on peut mentionner l'arrêt *Société Sponsor A.B v. Lestrade*¹¹³⁶. Dans cette affaire, le groupe suédois *Sponsor* et le groupe français *Lestrade* avaient explicitement conclu un accord. En vertu de ce dernier, *Sponsor* créerait une filiale française, *Sponsor SA*, pour acquérir les titres de deux sociétés appartenant au groupe français. Conformément à cet accord, la filiale française du groupe suédois (*Sponsor SA*) a conclu plusieurs contrats relatifs à l'acquisition de titres de sociétés du groupe Lestrade. L'un de ces contrats comprenait une clause d'arbitrage. Un litige relatif à l'exécution de ce dernier est apparu. La société mère suédoise (*Sponsor AB*), contrôlant la filiale française (*Sponsor SA*), pouvait-elle être atraite devant l'arbitre ? La Cour d'appel de Pau a répondu par l'affirmative. Elle relève, en effet, que la société mère avait eu un rôle important dans la conclusion du contrat litigieux et dans sa « non-exécution ».

Mais ici, pouvait-on légitimement penser que la société mère suédoise avait accepté une clause d'arbitrage ? Il est permis d'en douter. En effet, comme le note Monsieur J.-F. Poudret, lorsqu'une société crée une filiale dans un pays étranger pour conclure des contrats déterminés, le plus souvent, c'est parce qu'elle ne souhaite pas être impliquée dans ces contrats. En l'espèce, tout au long des négociations, la société mère suédoise avait clairement exprimé sa volonté : c'est sa filiale qui procéderait à l'acquisition des titres des sociétés appartenant au groupe français. En d'autres termes, il nous semble que la société mère avait explicitement exprimé sa volonté : elle ne souhaitait pas être elle-même partie au contrat¹¹³⁷. Dès lors, on ne peut que souscrire aux conclusions de Monsieur Poudret : « l'arrêt de la Cour d'appel de Pau dans la cause *Sponsor* contre *Lestrade* nous paraît constituer à cet égard une véritable caricature du résultat auquel conduit la théorie des groupes, c'est-à-dire à imposer l'arbitrage à une société qui ne l'a précisément jamais voulu »¹¹³⁸.

566. La jurisprudence française considère que lorsque le non-signataire a activement participé aux négociations, à l'exécution ou à la résiliation d'un contrat contenant une clause compromissoire, il a tacitement accepté cette dernière. Il peut donc y avoir une extension de la clause d'arbitrage *ratione personae*. Envisagé en lui-même, le principe n'est pas nécessairement indéfendable, car en s'immisçant dans la relation contractuelle, le non-signataire s'est comporté comme s'il était réellement contractant.

¹¹³⁶ CA Pau, 26 novembre 1986, *Société Sponsor A.B v. Lestrade*, *Rev. arb.* 1988. 153.

¹¹³⁷ J.-F. Poudret, « L'extension de la clause d'arbitrage. Approches française et suisse », *op. cit.*, p. 900.

¹¹³⁸ « Trois remarques au sujet de la théorie des groupes de sociétés », *ASA Bulletin*, p. 145 et s. et not. p. 147.

Toutefois, dans sa mise en œuvre, le principe d'extension prête le flanc à la critique. Les juridictions françaises retiennent, en effet, très fréquemment l'extension de la clause d'arbitrage *ratione personae*. Dans plusieurs décisions, les actes d'immixtion au sein de la relation contractuelle ayant été relevés pour justifier l'extension de la clause d'arbitrage à l'égard du non-signataire étaient peu significatifs. Lorsqu'elles sont amenées à se prononcer sur l'extension *ratione personae*, les juridictions étrangères sont d'ailleurs généralement plus exigeantes et admettent moins facilement l'extension.

567. Dans une étude comparatiste très approfondie, notamment fondée sur l'examen de la jurisprudence arbitrale, Monsieur S. Brekoulakis a formulé des conclusions plus radicales. Selon cet auteur, en effet :

« often, when a non-signatory theory is employed to extend the arbitration agreement, we either rely on equitable (i.e. non-consensual) considerations or we treat consent as a functional legal construct which is markedly different from the concept of consent that we normally use to test whether two signatories have agreed to arbitrate. By doing so, we effectively employ the non-signatory theories as nothing more than legal fictions »¹¹³⁹.

Ce qui est certain, c'est que quant à la caractérisation de l'extension *ratione personae*, il y a un certain affaïssement des exigences de preuve du consentement.

568. Il reste maintenant à examiner une dernière forme d'extension qui, pour se rapprocher de l'extension *ratione personae*, au point d'être régulièrement assimilée à cette dernière, n'en demeure pas moins distincte. Nous nous prononcerons maintenant sur les hypothèses dans lesquelles l'extension se fait à la fois *ratione personae* et *ratione materiae*.

¹¹³⁹ S. Brekoulakis, « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », *op. cit.*, p. 121.

V. aussi Ph. Leboulanger, « Propos introductifs relatifs aux problématiques spécifiques à l'arbitrage commercial international », in B. Darmon, E. Glucksmann (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 67 et s. et not. p. 70 : L'extension de la clause compromissoire « est fondée sur la notion d'implication du tiers dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation du contrat — notion qui repose sur une fiction — celle du consentement à l'arbitrage, conçue de façon assez large par la jurisprudence et sans véritable contrôle des faits par le juge de l'annulation ».

Sur le caractère fictionnel des solutions relatives à l'extension *ratione personae*, v. aussi E. Silva Romero : « Legal Fictions in the Language of International Arbitration », *op. cit.*, p. 408 et s. et du même auteur : « Les “fictions juridiques” dans le langage du droit français de l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 369.

Section 3 : La double extension

569. Il est des hypothèses dans lesquelles l'extension d'une clause accessoire relative au droit applicable ou au juge compétent est recherchée dans « les deux directions en même temps, c'est-à-dire à la fois *ratione materiae* et *ratione personae* »¹¹⁴⁰. Dans cette dernière configuration, non seulement la clause est étendue à un non-signataire mais, en outre, elle trouve application à l'égard de litiges dérivant d'un contrat qu'elle ne vise pas expressément. Par exemple, une société française conclut un contrat d'entreprise avec une société allemande. Ce contrat comporte une clause compromissoire. L'entrepreneur principal conclut ensuite un contrat de sous-traitance avec une société allemande. Un litige émerge au sujet de ce dernier contrat. La clause d'arbitrage insérée dans le contrat d'entreprise peut-elle s'appliquer au litige ? Pour qu'une réponse affirmative s'impose, il faut que la clause d'arbitrage soit étendue *ratione personae*. En effet, cette dernière n'a jamais expressément été acceptée par le sous-traitant. Mais il faut également que la clause soit étendue *ratione materiae* car le litige résulte d'un contrat que la clause d'arbitrage ne vise pas expressément.

Ou encore, une société espagnole conclut un contrat de prêt avec une banque française. Ce contrat de prêt comporte une clause d'élection de droit en faveur de la loi française. Une autre société conclut un contrat avec cette banque, par lequel elle se porte caution de l'engagement souscrit par la société espagnole. La clause d'élection de droit insérée dans le contrat de prêt s'applique-t-elle également au contrat de cautionnement ? Pour qu'une réponse affirmative s'impose, il faut qu'il y ait une extension *ratione personae* : la caution, en effet, n'a pas expressément accepté la clause d'élection de droit. Mais il faut qu'il y ait également une extension *ratione materiae* : le litige concerne un contrat que la clause compromissoire ne vise pas expressément.

570. Ce sont les opérations économiques à trois personnes qui génèrent cette problématique de la double extension. La configuration type est la suivante : un premier opérateur conclut un contrat avec un second et ce dernier — que l'on dénommera par la suite le « cocontractant pivot »¹¹⁴¹ — conclut ensuite un contrat avec une troisième personne. On perçoit immédiatement que dans de telles hypothèses, il est beaucoup plus difficile de retenir l'extension : la pluralité des parties intervenantes et la juxtaposition d'une multiplicité de contrats distincts font *a priori* obstacle à l'extension des

¹¹⁴⁰ F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 395.

¹¹⁴¹ On reprend ici l'expression utilisée par O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 354.

clauses accessoires. Si l'on s'en tient à une véritable recherche de la volonté des parties, on doit admettre que dans ces ensembles contractuels composés de contrats conclus entre des parties différentes, la double extension des clauses accessoires ne doit être retenue que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. À tout le moins, il nous semble que la double extension peut difficilement être fondée sur le concept de volonté tacite.

571. Nous présenterons tout d'abord des directives qui, selon nous, peuvent rationnellement guider l'interprète et encadrer les possibilités d'une double extension des stipulations accessoires (sous-section 1). Afin d'illustrer la mise en œuvre de ces directives, nous présenterons ensuite les solutions concrètes qui, selon les différents types d'ensembles contractuels, devraient rationnellement pouvoir être adoptées (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les directives susceptibles de guider l'interprète

572. À des fins didactiques, nous distinguerons l'extension des clauses de choix de for (I) et l'extension des clauses d'élection de droit (II).

I) L'extension des clauses de choix de for

573. Pour que la double extension d'une clause de choix de for soit possible, il faut que les parties l'aient acceptée, fût-ce tacitement¹¹⁴². Or, dans la grande majorité des situations, il nous semble que la volonté tacite ne peut pas être reconstituée. Pour que la double extension soit admissible, plusieurs conditions doivent être réunies¹¹⁴³. Il faut que le non-signataire ait connaissance de la clause de choix de for et qu'il ait eu la volonté d'accepter cette dernière (A). Mais il faut également que le « cocontractant pivot » ait souhaité étendre le champ d'application de cette clause à un contrat qu'elle ne vise pas expressément (B).

A) La volonté du non-signataire

574. Pour que la double extension soit possible, il faut que le non-signataire ait connaissance de la clause de choix de for litigieuse. Dans des développements précédents, nous avons pourtant écarté

¹¹⁴² Appréhendant très clairement le problème de l'extension sous l'angle de la volonté des parties : CA Paris, 7 juillet 1994, *Rev. arb.* 1995. 107, note S. Jarvin.

¹¹⁴³ Ces conditions ne résultent pas directement du droit positif, mais elles peuvent rationnellement être posées.

cette condition de connaissance de la clause de choix de for pour cette raison que, d'après une approche objective du consentement, lorsqu'une partie accepte un contrat, elle accepte nécessairement l'ensemble des stipulations insérées au sein de ce dernier, même celles qu'elle n'aurait pas lues¹¹⁴⁴.

Dans l'hypothèse de la double extension, la problématique se présente différemment. Le non-signataire n'a pas la volonté de devenir partie au contrat dans lequel la clause est insérée. Par exemple, le sous-traitant n'a jamais manifesté de volonté de devenir partie au contrat d'entreprise conclu avec le maître de l'ouvrage. De même, il est évident que la caution n'a jamais souhaité devenir partie au contrat de prêt. Pour que la double extension puisse se réaliser, il est inutile de chercher à démontrer que le non-signataire a accepté le contrat dans lequel la clause de choix de for est insérée ; il est impossible d'apporter une telle preuve. Ce qu'il faut démontrer, c'est qu'il a accepté la clause de choix de for elle-même. À cette fin, il faut préalablement démontrer qu'il avait connaissance de cette dernière.

575. Or, il nous semble que deux indices peuvent accréditer l'existence de cette connaissance de la clause de choix de for ; connaissance de la clause de choix de for qui, empressons-nous de le préciser, demeura cependant toujours hypothétique. Tout d'abord, il arrive que les différentes conventions s'intégrant au sein de l'ensemble contractuel aient été conclues au même moment et en un même lieu. Par exemple, la conclusion du prêt et du cautionnement se font simultanément dans les locaux d'une banque. Dans de telles circonstances, on peut penser que la caution a connaissance des stipulations du contrat de prêt. Ensuite, il arrive qu'il y ait un lien spécifique entre le contractant pivot et le non-signataire¹¹⁴⁵. Par exemple, une société conclut un contrat de prêt avec une banque. Le dirigeant de cette société se porte caution du prêt. Du fait des liens existant entre la société et le dirigeant, on peut présumer que ce dernier a bien connaissance du contenu du contrat de prêt et de la clause qui est insérée au sein de ce dernier.

576. Pour qu'il puisse y avoir acceptation de la clause de choix de for, il faut que le non-signataire ait eu la possibilité de prendre connaissance de cette dernière. Mais le seul fait qu'il ait eu la possibilité de prendre connaissance de cette dernière ne signifie pas qu'il l'ait acceptée. Or, le plus souvent, il est impossible de démontrer que le non-signataire a accepté la clause de choix de for insérée dans le

¹¹⁴⁴ V. *supra* n° 556.

¹¹⁴⁵ Pour un exemple de décision dans lequel les liens entre les différentes parties ont été soigneusement analysés : Sentence CCI n° 8910/1998, *JDI* 2000. 1085, obs. D. Hascher. Dans cette affaire, dont les faits sont assez complexes, les arbitres ont retenu l'extension de la clause d'arbitrage.

contrat conclu avec un tiers. Ce n'est que dans des hypothèses exceptionnelles qu'une acceptation tacite peut être reconstituée. L'acceptation de la clause de choix de for pourra être révélée par la structure particulière de l'ensemble contractuel¹¹⁴⁶ ou par la réunion de circonstances de fait très spécifiques¹¹⁴⁷. Au sein de ces dernières, un élément paraît important : celui de références unilatérales ou croisées au sein des contrats. Il arrive que l'une des conventions de l'ensemble se réfère expressément, dans plusieurs de ses stipulations, à un autre contrat. De telles références peuvent accréditer l'hypothèse d'une acceptation de la clause accessoire par le non-signataire.

Pour illustrer cette dernière question, on peut mentionner l'arrêt de la Cour de cassation en date du 10 octobre 2012¹¹⁴⁸. En l'espèce, une personne physique était propriétaire des parts sociales de la société JAB. Elle a cédé ses parts sociales à la société BAV. Cette dernière a elle-même cédé ses parts sociales à la société Véolia. C'est ce second contrat de cession qui comprenait une clause compromissoire. Le premier cédant, personne physique, a initié une action en justice contre la société JAB pour obtenir le remboursement du solde de son compte courant d'associé. Cette dernière s'est prévalu de la clause compromissoire pour faire obstacle à la compétence des tribunaux étatiques. Face au présent litige, la clause d'arbitrage en question était-elle applicable ?

Pour répondre par l'affirmative, il fallait admettre la double extension de la clause d'arbitrage. En effet, *ratione materiae*, la clause d'arbitrage en question ne visait pas expressément les litiges liés au compte courant d'associé. Mais en outre, *ratione personae*, la clause d'arbitrage n'avait pas expressément été acceptée par la société JAB. Pourtant, la Cour de cassation a estimé que la clause d'arbitrage n'était pas manifestement inapplicable au litige. Cela revient à dire que dans de telles circonstances, il pourrait potentiellement y avoir une extension de la clause d'arbitrage. Pour justifier cette solution, la Cour de cassation relève un faisceau d'indices. Tout d'abord, si la société JAB n'était pas partie au contrat dans lequel la clause d'arbitrage est insérée, elle en est l'objet. Ensuite, le demandeur était partie à ce contrat sous la dénomination de déclarant.

¹¹⁴⁶ V. par exemple la sentence CCI n° 8910/1998, *JDI* 2000. 1085, obs. D. Hascher : les liens unissant les différents contrats du contrat du groupe sont analysés et considérés comme révélateurs de la volonté des parties.

¹¹⁴⁷ Rapprochement : CA Paris, 23 juin 2015, *Société CNAN et autre c/ société CTI et autres*, *Rev. arb.* 2016. 59. Analysé par F.-X. train : « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *Rev. arb.* 2017, p. 389 et s. et not. p. 406-407 et p. 427. Dans cet arrêt, on peut se demander si est en cause un problème de double extension ou si la seule question est celle de l'extension *ratione personae*. Le libellé de la clause compromissoire n'étant pas reproduit dans l'arrêt, il est difficile d'apporter une réponse. Ce qui est certain, c'est que la seule question ayant été discutée est celle de l'extension *ratione personae*.

¹¹⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2012, *Vincent Bartin c/JAV*, n° 10-20.797.

577. Pour que la double extension soit admissible, il faut que le non-signataire ait eu connaissance de la clause et qu'il l'ait acceptée. Mais il faut, en outre, que le contractant pivot ait manifesté sa volonté de réglementer les différents contrats intégrés au sein de l'ensemble indivisible.

B) La volonté du contractant pivot

578. Le simple fait que le non-signataire ait accepté la clause de choix de for est insuffisant ; il faut que le contractant pivot ait manifesté une volonté de centraliser le contentieux généré par l'ensemble contractuel devant un juge unique. Par exemple, une banque consent un prêt à une société. Une clause attribuant compétence au tribunal de commerce de Paris est insérée au sein de ce contrat de prêt. Le dirigeant de cette société se porte caution du prêt. Dans ses relations avec l'emprunteur, la banque a expressément accepté la clause d'élection de for. Néanmoins, dans ses relations avec la caution, elle n'a jamais expressément manifesté sa volonté. Pour que la clause de choix de for soit étendue à l'égard du cautionnement, il faut qu'en insérant la clause de choix de for, la banque ait eu, pour l'ensemble des litiges dérivant des contrats de prêt et de cautionnement, la volonté de conférer compétence au tribunal de commerce de Paris.

579. On mesure combien le mécanisme de la double extension des clauses de choix de for est difficile à accepter. Pour qu'il soit valablement fondé sur le concept de volonté tacite, il ne doit intervenir que dans des hypothèses exceptionnelles. Il en est de même pour les clauses d'élection de droit.

II) L'extension des clauses d'élection de droit

580. Pour que l'extension de la clause d'élection de droit soit valablement fondée sur le concept de volonté tacite, il faut que les trois conditions précédemment décrites soient caractérisées. Il est nécessaire que le non-signataire ait connaissance de la clause d'élection de droit dont l'extension est recherchée¹¹⁴⁹ et qu'il ait accepté cette clause. Il faut également que le contractant pivot ait manifesté sa volonté de centraliser le droit applicable à l'ensemble contractuel. En d'autres termes, pour que l'extension soit possible, il est nécessaire de reconstituer la volonté tacite de ces deux intervenants :

¹¹⁴⁹ Rapprochement : P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 198 : soit un « cautionnement, accessoire d'un prêt soumis expressément à une loi donnée. Avant toute chose, pour admettre un choix tacite en faveur de la loi du contrat principal, il faudra avoir la preuve *que la caution connaissait la loi régissant le contrat principal* » (nous soulignons). V. aussi, P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 259.

le non-signataire et le contractant pivot. Or, généralement, leur volonté ne saurait être reconstituée avec certitude.

La difficulté tient précisément au fait qu'au sens de l'article 3 du règlement Rome 1, pour qu'un choix tacite soit caractérisé, il doit être « certain ». Le standard de preuve édicté par la convention de La Haye du 15 juin 1955 est également très contraignant : le choix de loi, en effet, doit « résulter indubitablement des dispositions du contrat ». En conséquence, lorsque le contrat est régi par l'un de ces deux textes, l'extension de la clause d'élection de droit est difficilement admissible¹¹⁵⁰.

Plus exactement, pour que l'extension soit possible, il faudra que d'autres indices viennent corroborer l'hypothèse d'une volonté tacite des parties. Par exemple, deux contrats indivisibles sont conclus entre des parties différentes. Le premier comporte une clause d'élection de droit en faveur de la loi française. Le second ne comporte pas de clause d'élection de droit, mais se réfère, dans différentes stipulations, au Code civil français. Dans une telle hypothèse, du fait de la convergence des deux indices — existence de l'ensemble contractuel et renvoi à la loi française —, l'extension de la clause d'élection de droit paraît concevable.

581. Nous avons ainsi présenté les principes susceptibles de guider l'interprète. Il reste maintenant à préciser comment ces principes peuvent concrètement être mis en œuvre. Pour ce faire, nous examinerons chaque type d'ensemble contractuel.

Sous-section 2 : Les solutions concrètes susceptibles d'être adoptées

582. Il n'est pas possible de revenir ici sur l'ensemble des groupes de contrats dans lesquels l'extension des clauses de choix de loi ou de for est concevable. Cependant, nous envisagerons successivement l'hypothèse d'un ensemble contractuel composé d'un contrat principal et d'un sous-contrat (I) et celle d'un ensemble composé du contrat principal et d'une garantie (II). Ce choix tient à ce qu'en cette matière, des décisions particulièrement intéressantes ont été rendues par les tribunaux français.

¹¹⁵⁰ Comp : S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, p. 302 ; P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 260.

I) L'ensemble composé du contrat principal et d'un sous-contrat

583. Nous nous prononcerons successivement sur les solutions concevables (A) et sur les solutions consacrées (B).

A) Les solutions concevables

584. Le sous-contrat désigne « le contrat qui vient se greffer sur un contrat principal. Ces deux contrats sont de nature identique et il existe entre eux un rapport hiérarchique, le sous-contrat étant dans la dépendance du contrat principal »¹¹⁵¹. La catégorie du sous-contrat est large et embrasse une multiplicité de conventions, telles que le contrat de sous-traitance ou de sous-location. La clause accessoire insérée dans le contrat principal peut-elle être étendue à l'encontre d'un sous-contrat ?

585. En matière d'arbitrage, la doctrine s'est majoritairement prononcée contre l'extension de la clause compromissoire. Pour cerner le problème, on peut partir d'une analogie avec la problématique de l'extension *ratione personae*. Nous l'avons dit, la clause d'arbitrage est étendue au non-signataire qui par le rôle qu'il a joué dans la négociation, l'exécution ou la résiliation du contrat dans lequel cette clause est insérée a tacitement accepté la clause d'arbitrage. Or, précisément, ne doit-on pas considérer que le sous-contractant a participé à l'exécution du contrat principal et qu'il doit, corrélativement, être réputé avoir accepté la clause d'arbitrage insérée au sein de ce dernier ? De prime abord, on serait plutôt tenté de répondre par l'affirmative, car le sous-contrat entraîne effectivement une substitution d'exécutant.

Cependant, cette dernière analyse doit être rejetée. En concluant un sous-contrat, le non-signataire manifeste une volonté : celle de ne pas être *directement* impliqué dans l'exécution du contrat principal. Par exemple, dans le cadre d'un contrat de sous-traitance, l'implication du sous-traitant n'est qu'indirecte et médiatisée par la conclusion du sous-contrat¹¹⁵². Ce dernier s'interpose entre le sous-traitant

¹¹⁵¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁵² Rapprochement : C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 40-41 : « Il pourra souvent être démontré que le sous-traitant est impliqué dans l'exécution du contrat, à tout le moins de façon indirecte. Cela ne nous paraît pas suffisant, car la réalisation de la prestation matérielle prévue dans le contrat initial relève du mécanisme même de la sous-traitance et n'est que l'exécution du sous-contrat, de sorte qu'elle pourrait ne caractériser qu'une *implication indirecte*, qui plus est sans qu'il soit certain que le sous-traitant ait eu précisément connaissance des termes contractuels du contrat principal contenant la clause compromissoire » (nous soulignons).

et le maître de l'ouvrage et forme ainsi un écran, faisant obstacle à toute extension de la clause d'arbitrage. Monsieur E. Loquin affirme ainsi que « le sous-traitant ne participe pas juridiquement à l'exécution du contrat principal d'entreprise. Il exécute le contrat de sous-traitance, qu'il a conclu avec l'entrepreneur principal. Seulement, en exécutant ce contrat, il participe, mais seulement matériellement, à l'exécution du contrat principal d'entreprise »¹¹⁵³.

Dans le cadre de nos développements relatifs à l'extension *ratione personae*, nous avons vu que si la jurisprudence étend la clause compromissoire à un non-signataire, c'est qu'elle considère qu'en exécutant le contrat dans lequel la clause compromissoire est insérée, ce dernier a tacitement accepté de devenir partie à ce contrat. Mais lorsqu'un opérateur conclut un sous-contrat, au contraire, il a clairement exprimé sa volonté de ne *pas* être partie au contrat principal. S'il avait accepté d'être partie à ce dernier, il n'aurait pas conclu de sous-contrat. Ainsi, selon l'analyse que nous préconisons, la clause d'arbitrage insérée dans le contrat principal doit, par principe, rester cantonnée à ce dernier et ne saurait être étendue au sous-contrat¹¹⁵⁴.

586. Pour les clauses d'élection de for et pour les clauses de choix de loi, une même conclusion s'impose¹¹⁵⁵. En l'absence de circonstances spécifiques, il est difficile de démontrer que le sous-contractant avait la volonté d'accepter la clause accessoire. De même, le contractant pivot n'avait pas nécessairement la volonté d'unifier le droit applicable aux deux contrats. Il n'avait pas nécessairement la volonté de centraliser le contentieux devant un juge unique. Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'hypothèse dans laquelle la clause de choix de loi ou la clause d'élection de for est imposée au cocontractant pivot par le contractant situé « en haut de la chaîne ». Par exemple, il arrive que le choix de la loi applicable au contrat principal soit imposé par le maître de l'ouvrage¹¹⁵⁶. Dès lors, rien ne permet de présumer que l'entrepreneur a voulu choisir cette même loi pour le contrat de sous-traitance¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ E. Loquin, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁵⁴ En ce sens, v. également : V. van Houtte, R. Vermeersch, P. Wautelet, « La sous-traitance internationale : questions choisies », in *La sous-traitance*, Bruylant, 2003, p. 269 et s. et not. p. 293 ; J. Billefont, thèse, *op. cit.*, p. 380.

¹¹⁵⁵ Sur la loi applicable au contrat de sous-traitance, v. F. Pocar, « Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 155 et s. (l'auteur examine le problème du point de vue de la clause d'exception).

¹¹⁵⁶ S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not. p. 302-303 ; V. van Houtte, R. Vermeersch, P. Wautelet, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 306.

¹¹⁵⁷ S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.* not. p. 303.

En résumé, en l'absence de circonstances spécifiques, il nous semble que la clause accessoire insérée dans le contrat principal ne doit pas être étendue à l'égard du sous-contrat¹¹⁵⁸. Il semble pourtant que la jurisprudence française ait consacré une solution opposée à celle que nous défendons.

B) Les solutions consacrées

587. Dans un arrêt du 26 octobre 2011, la Cour de cassation a affirmé que « l'effet de la clause d'arbitrage international contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu connaissance lors de la signature de son contrat et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat »¹¹⁵⁹. En l'espèce, la société CMN était chargée de la construction de deux yachts. Pour la réalisation des peintures sur ces navires, elle avait conclu un contrat de sous-traitance avec la société FMS. Ce contrat de sous-traitance comportait une clause compromissoire. La société FMS avait ensuite elle-même conclu un second contrat de sous-traitance avec la société PKC. Ce dernier contrat ne comportait pas de clause compromissoire.

Les faits étaient légèrement différents de l'hypothèse susmentionnée, car la clause d'arbitrage n'était pas insérée dans le contrat principal, mais dans un premier contrat de sous-traitance. Il fallait déterminer si la clause d'arbitrage pouvait être étendue au second contrat de sous-traitance. La Cour de cassation a retenu une réponse affirmative¹¹⁶⁰. De notre point de vue, une telle solution repose sur une fiction de volonté.

588. L'ensemble contractuel intégrant un contrat de garantie appelle une analyse assez similaire.

¹¹⁵⁸ Comp : V. van Houtte, R. Vermeersch, P. Wautelet, « La sous-traitance internationale : questions choisies », *op. cit.*, p. 304-305 : ces auteurs soulignent que différents indices peuvent cependant corroborer l'hypothèse d'un choix tacite. Il faut notamment prendre en considération le degré de transparence du contrat de sous-traitance par rapport au contrat principal.

¹¹⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, *JCP* 2011, doctr. 1432, n° 3, obs. Ch. Seraglini ; *JDI* 2012. 611, note S. Sana-Chaillé de Néré, *Cah. Arb.* 2013. 63, note S. Bonnard.

¹¹⁶⁰ Cependant, selon Monsieur F.-X. Train, la portée de cette décision serait discutable. Tout d'abord, cet auteur relève que la décision n'a pas été rendue dans le cadre d'un recours initié contre la sentence. De ce fait, le principe compétence compétence s'appliquait. Ensuite, Monsieur Train estime qu'à la lecture de cet arrêt, on peut se demander si la Cour se prononce en faveur d'une double extension ou simplement en faveur d'une acceptation par référence (F.-X. Train, « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 433, note 72).

II) L'ensemble composé d'un contrat principal et d'une garantie

589. Nous distinguerons le problème de l'extension de la clause de choix de for (A) et celui de l'extension de la clause d'élection de droit (B).

A) L'extension de la clause de choix de for

590. La clause d'arbitrage ayant été insérée dans le contrat principal peut-elle être étendue à l'égard du contrat de garantie ? Dans l'ensemble conventionnel composé du contrat principal et d'une garantie, l'extension des clauses accessoires semble impossible. La clause compromissoire insérée dans le contrat principal ne peut pas être étendue à l'égard d'une garantie autonome¹¹⁶¹. Pour le cautionnement, les solutions sont plus incertaines. Un arrêt ancien s'est prononcé à l'encontre de l'extension¹¹⁶², mais l'arrêt a été analysé comme une décision d'espèce, dont on ne pourrait déduire une règle générale¹¹⁶³.

Le cautionnement est certes un contrat accessoire, qui est calqué sur le contrat principal. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un contrat distinct. La caution doit être considérée, vis-à-vis du contrat principal, comme un tiers. Or, dans l'ensemble, la doctrine est assez hostile à l'extension¹¹⁶⁴. Et il nous semble que l'extension est, effectivement, difficilement admissible. Le simple fait que la caution ait garanti le contrat principal ne signifie pas qu'elle ait accepté ce dernier ou même la clause compromissoire qui y est insérée¹¹⁶⁵.

¹¹⁶¹ CA Paris, 7 juillet 1994, *Rev. arb.* 1995. 107, note S. Jarvin ; CA Paris, 14 décembre 1987, *Rev. arb.* 1989. 240, note Vasseur ; Com. 20 décembre 1982, *D.* 1983. 365, note M. Vasseur ; *Rev. arb.* 1984. 477, note B. Moreau. Sur la question, v. B. Chambréuil, « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. arb.* 1991, p. 33 et s. ; B. Hanotiau, « Arbitration and Bank Guarantees », *J. int'l. arb.* 1999, p. 15 et s.

¹¹⁶² Com. 22 novembre 1977, *Rev. arb.* 1978. 461, note Ph. Fouchard.

¹¹⁶³ Ph. Fouchard, note sous com. 22 novembre 1977, *Rev. arb.* 1978, p. 461 et s.

¹¹⁶⁴ E. Loquin, « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994, p. 235 et s. et not. p. 242 et s. ; B. Hanotiau, « Arbitration and Bank Guarantees », *op cit.* comp : J.-B. Racine, « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cah. arb.* 2010, p. 353 et s. et not. p. 359.

¹¹⁶⁵ Certains auteurs ont soutenu que si la clause compromissoire ne peut pas être invoquée à l'encontre de la caution, en revanche, la caution aurait la possibilité d'invoquer la clause compromissoire (R. Chaaban, « Clause d'arbitrage et cautionnement », *Rev. Arb.* 2007, p. 721 et s.). Cependant, s'ils considéraient que la caution peut invoquer la clause compromissoire, ce serait en tant que celle-ci serait une « exception inhérente à la dette ». En effet, l'ancien article 2313 prévoyait que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ». L'article 2298 prévoit, désormais, que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur », ce qui pourrait favoriser l'invocabilité de la clause compromissoire par la caution. Mais il s'agit, quoi qu'il en soit, d'un débat qui est étranger à la problématique de la volonté tacite.

591. Pour la clause d'élection de for, qu'en est-il ? Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation avait affirmé qu'une clause d'élection de for figurant dans le contrat conclu avec le débiteur principal pouvait être « opposée » à la caution¹¹⁶⁶. Cependant, il n'est pas sûr que cet arrêt soit toujours constitutif du droit positif. Dans une décision plus récente, la Cour d'appel de Versailles a affirmé que la caution « qui est étrangère à la convention [conclue avec le débiteur principal] ne saurait se voir opposer la clause attributive de juridiction qu'elle contient et dont il n'est aucunement démontré qu'elle l'a acceptée »¹¹⁶⁷.

592. Pour les clauses d'élection de droit, une même analyse doit-elle prévaloir ?

B) L'extension de la clause d'élection de droit

593. À l'évidence, les contractants peuvent soumettre le cautionnement à une loi propre, distincte de celle gouvernant le contrat principal. Mais en l'absence de choix, peut-on considérer que les parties ont tacitement voulu soumettre le cautionnement à l'empire de la loi régissant le contrat principal ? Les solutions ont évolué. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la jurisprudence française soumettait le cautionnement à la loi régissant le contrat principal¹¹⁶⁸. Selon une formule consacrée, la jurisprudence française affirmait qu'« il y a lieu de présumer, dans le silence des parties à cet égard, qu'il est régi par la loi de l'obligation qu'il garantit »¹¹⁶⁹. Si le concept de volonté tacite n'apparaissait pas expressément dans le corps de l'attendu itérativement affirmé, il fut parfois invoqué pour justifier la solution.

¹¹⁶⁶ Soc. 14 janvier 1976, *Bull. V*, n° 25, p. 21 ; *JDI* 1977. 495, note A. Lyon-Caen.

¹¹⁶⁷ CA Versailles, 14 janvier 1999, inédit, n° 2840/98, *Juris-Data* n° 040329. V. aussi v. aussi CA Metz, 15 novembre 2018, n° 17/01467 : La Cour d'appel de Metz a refusé d'étendre la clause d'élection de for insérée dans le contrat principal à l'égard d'un contrat de cautionnement. Ainsi, les juges ont souligné que « le fait que Mme Z et M. ... [les cautions] ont signé le contrat de bière en qualité de représentants de la SARL Talo [débiteur principal], cautionnée, n'établit pas qu'ils auraient consenti à ce que l'action portée à leur encontre, en leur qualité de caution, obéisse à la clause d'attribution de compétence prévue au contrat de bière [le contrat principal] ».

¹¹⁶⁸ En ce sens, Civ. 1^{ère}, 15 février 1972, n° 70-12.756, *Rev. crit. DIP* 1973. 77 ; civ. 1^{ère}, 23 avril 1969, n° 66-12.767. Sur cette question, v. C. Reydellet, « Le cautionnement international devant le juge étatique », *RLDA* janvier 2017, p. 19 et s.

¹¹⁶⁹ Soc. 14 janvier 1976, n° 74-13.518, *JDI* 1977. 495, note A. Lyon-Caen. ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1981, n° 80-11.934, *Total Afrique*, *Rev. crit. DIP* 1982. 336, note P. Lagarde ; *JDI* 1982. 148, note P. Bourel ; Civ. 1^{ère}, 13 avril 1992, n° 90-16.953 ; Civ. 1^{ère}, 16 février 1994, n° 92-14.205, *Rev. crit. DIP* 1994. 341, note H. Muir Watt ; Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, n° 94-18.281, *JCP* 1997. II. 22 827, note H. Muir Watt.

Batiffol écrivait, en effet, « qu'il y a lieu de présumer, jusqu'à preuve contraire, que la caution a accepté de s'engager conformément à la loi applicable à l'obligation principale »¹¹⁷⁰. L'illustre auteur ajoutait : « Il faut admettre [...] que l'engagement de la caution, procédant d'un acte juridique distinct, peut être régi par une loi propre ; mais les complications de cette dualité de lois sont suffisantes pour qu'il soit utile et légitime de présumer, jusqu'à preuve contraire, que les parties n'en ont pas voulu »¹¹⁷¹. C'était donc recourir, si ce n'est à la volonté tacite, du moins à une présomption de volonté ayant pour but d'asseoir et de justifier l'application de la loi de la créance garantie¹¹⁷².

594. Depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome et du règlement « Rome 1 », les solutions sont pourtant bien différentes¹¹⁷³. Que ce soit par application de la convention de Rome ou du règlement « Rome 1 », le cautionnement est, par principe, régi par la loi de l'État dans lequel la caution a sa résidence habituelle¹¹⁷⁴. En effet, la convention de Rome prévoit, en son article 4, qu'en l'absence de choix, « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Cependant, l'article 4 § 2 édicte une présomption en faveur de la loi de l'État dans lequel le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Or, dans le contrat de cautionnement, c'est la caution qui est débitrice de la prestation caractéristique. Le règlement « Rome 1 » prévoit, quant à lui, que lorsque le contrat en cause n'est pas couvert par le premier paragraphe de l'article 4, il « est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». Là encore, l'application du règlement « Rome 1 » aboutit à une désignation de la loi de l'État de la résidence habituelle de la caution¹¹⁷⁵.

Dans certaines décisions jurisprudentielles, toutefois, l'application de cette dernière loi a été écartée. Les juges ont estimé que la loi gouvernant la convention principale devait également régir le contrat de cautionnement. Mais quoi qu'il en soit, même lorsqu'elle survient, cette éviction de la loi de l'État dans lequel la caution a sa résidence habituelle n'est pas fondée sur une reconstitution de la

¹¹⁷⁰ H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 424-425.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 425.

¹¹⁷² Comp : J. Mestre, « Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles », *TCFDIP* 1987-1988, p. 57 et s. et not. p. 60.

¹¹⁷³ J. Fallin, « La détermination juridictionnelle de la loi applicable aux sûretés personnelles depuis le règlement "Rome I" », *Dr. et patrimoine* juin 2009, p. 46 et s.

¹¹⁷⁴ Com. 8 mars 2011, n° 09-11.751, *JDI* 2011. comm. 11, note J. Morel-Maroger.

¹¹⁷⁵ En ce sens, v. par exemple : CA Grenoble, 8 décembre 2020, n° 18/03725.

volonté tacite des contractants, mais sur une utilisation de la clause d'exception¹¹⁷⁶. En définitive, si l'extension de la clause d'élection de droit est concevable, le concept de volonté tacite ne paraît pas constituer un fondement adéquat, sauf à ce que différents indices de volonté corroborent l'hypothèse d'un choix tacite des contractants¹¹⁷⁷. *A fortiori*, pour les garanties autonomes, il est difficilement concevable d'affirmer que le garant a voulu se soumettre à la loi du contrat principal.

595. En définitive, l'examen du droit positif démontre que le mécanisme de la double extension de la clause accessoire relative au droit applicable ou au juge compétent est rarement admis. Pour des motifs d'opportunité — centralisation du droit applicable et du contentieux notamment —, la double extension peut paraître désirable. Mais on peut penser que dans bien des hypothèses, le concept de volonté tacite ne permet pas de fournir un soubassement théorique satisfaisant. Sur le plan théorique, pour que la double extension d'une clause accessoire soit admissible, pour qu'elle soit valablement fondée sur le concept de volonté tacite, il faut que le non-signataire ait connaissance de la clause accessoire en question et qu'il l'ait acceptée. Mais il est également nécessaire que le contractant pivot ait voulu soumettre l'ensemble contractuel à l'empire d'une loi unique ou qu'il ait manifesté sa volonté de centraliser le contentieux généré par l'ensemble. Or, il nous semble que bien souvent, la reconstitution de la volonté implicite de ces deux protagonistes s'avère impossible.

¹¹⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, *D.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2015. 1188, note P. Berlioz ; *Rev. crit. DIP* 2016. 132, note H. Muir-Watt et D. Bureau ; *RTD com.* 2016. 590, obs. Ph. Delebecque ; Civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, n° 10-19.517 ; *JDI* 2012, comm. 20. 1335, note V. Parisot ; *Gaz. Pal.* 7 janv. 2012, n° 6-7, chron. de jurispr. 25, obs. A. Devers ; *D.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon ; CA Versailles, 6 février 1991, *Rev. crit. DIP* 1991. 745, note P. Lagarde ; *JDI* 1992. 125, note J. Foyer ; *D.* 1991, jurispr. p. 174, note JD. Mondolini ; *RTDE* 1992. 529, obs. H. Gaudemet-Tallon.

¹¹⁷⁷ Comme on a pu le souligner, « on ne peut exclure que dans des circonstances particulières, un choix implicite de la loi de l'obligation garantie puisse être caractérisé ; mais l'existence d'un tel choix devrait alors être étayée par des éléments tangibles, et certainement pas présumée » (M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 526).

Conclusion du chapitre

596. Quatre situations peuvent être distinguées. En premier lieu, lorsqu'une clause de choix de for vise uniquement le contentieux de l'exécution du contrat, peut-on considérer que les parties ont, pour l'ensemble des différends relatifs à la validité de ce dernier, tacitement voulu conférer compétence au juge élu ? De même, lorsque la clause de choix de for vise le contentieux contractuel *stricto sensu*, peut-on considérer que les parties ont, pour le contentieux délictuel en relation avec le contrat, tacitement voulu conférer compétence au juge désigné au terme de la clause ? Une réponse positive peut être retenue. Dans un contrat isolé, le processus d'extension de la clause accessoire peut légitimement être fondé sur le concept de volonté tacite. L'éclatement du contentieux découlant du contrat entraîne des difficultés pratiques importantes dont on peut présumer qu'elles n'ont pas été voulues par les parties au litige. Du moins est-ce une interprétation de la volonté qui, sans être frappée du sceau de l'évidence, nous paraît concevable.

597. En second lieu, dans l'hypothèse d'un ensemble de contrats conclus entre les mêmes parties, peut-on considérer que la clause accessoire insérée dans un contrat peut être étendue à l'égard d'une autre convention de l'ensemble ? La réponse paraît moins évidente. Certes, pour les parties, il est généralement préférable de centraliser le contentieux et le droit applicable à l'ensemble contractuel. Cependant, il nous semble que la volonté tacite, pour vraisemblable qu'elle soit, est déjà plus incertaine¹¹⁷⁸. Or, dans de tels ensembles, la jurisprudence est particulièrement favorable au jeu de l'extension de la clause compromissoire. Sans que de telles solutions reposent sur des fictions de volonté, il y a un certain affaïssement des exigences probatoires enserrant la prise en considération de la volonté tacite.

598. En troisième lieu, peut-on considérer que lorsqu'il s'est immiscé dans la négociation, l'exécution ou la résiliation d'un contrat contenant une clause compromissoire, le non-signataire a tacitement accepté cette dernière ? La jurisprudence française répond par l'affirmative. L'idée qui sous-tend l'admission de ce principe est qu'en s'immisçant dans la relation contractuelle, le non-signataire s'est comporté comme s'il était contractant. Il aurait dès lors accepté la clause compromissoire insérée au sein du contrat litigieux. Du point de vue d'une analyse objective du consentement, ce principe

¹¹⁷⁸ Sauf dans l'hypothèse où la clause accessoire est insérée dans un contrat-cadre.

n'est pas indéfendable. Cependant, dans bien des décisions, les actes d'immixtion dans la relation contractuelle relevés par la jurisprudence sont faibles et peu significatifs. Dans ces décisions, on ne peut s'empêcher de penser que tout a été mis en œuvre pour parvenir au résultat de l'extension de la clause d'arbitrage¹¹⁷⁹.

599. En quatrième lieu, dans un ensemble de contrats conclus entre des parties différentes, le procédé de la double extension d'une clause accessoire est, en l'absence de circonstances très spécifiques, difficilement admissible. En droit positif, la double extension des clauses accessoires n'est d'ailleurs que rarement admise.

600. L'accord tacite peut également être indépendant de toute extension d'une stipulation expresse. C'est désormais ce qu'il nous faut montrer.

¹¹⁷⁹ V. à ce sujet : J.-B. Racine, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.* 2005, p. 305 et s. : « La recherche d'efficacité va tellement loin que l'on peut émettre l'hypothèse d'une objectivation du fondement de l'arbitrage. L'arbitrage international fonctionnant comme un système autonome de justice et étant d'une utilité particulière au commerce international, n'y a-t-il pas un recul du fondement conventionnel de l'arbitrage ? N'accorde-t-on pas en droit positif moins d'importance à la volonté des parties ? Ne considère-t-on pas finalement que, dans les affaires internationales, un litige doit être résolu par la voie de l'arbitrage que les parties aient ou non manifesté leur volonté ? Deux exemples peuvent être donnés d'une telle tendance. Le premier est relatif aux cas d'extension de la clause d'arbitrage. La jurisprudence française est favorable à l'extension des clauses d'arbitrage à des parties qui n'ont pas formellement ou réellement exprimé leur consentement à la clause par exemple dans les groupes de contrats et les groupes de sociétés. Les juges relèguent le plus souvent au second plan la référence à la volonté considérant qu'une clause d'arbitrage doit être étendue « aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ». Le critère d'extension de la clause est alors objectif même si les juges hésitent à évacuer totalement la référence à la volonté, cette dernière ne jouant plus que comme critère d'appoint sous la forme d'une présomption (qui peut être une simple présomption de connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage) ». Mais l'auteur, cependant, ajoute qu'« il est évident que l'arbitrage conserve un fondement contractuel ».

Chapitre 2 : L'accord tacite indépendant de toute extension d'une stipulation expresse

601. Comme l'intitulé de ce chapitre le laisse présager, l'accord tacite indépendant de toute extension d'une stipulation expresse désigne une catégorie résiduelle et assez hétérogène ; elle embrasse une multiplicité d'actes juridiques distincts. Pour appréhender ces différents actes tacites, une distinction est décisive. Cette dernière est fondée sur le moment de conclusion de l'accord tacite litigieux. En premier lieu, l'accord tacite intervient parfois avant le procès : il est révélé par les stipulations du contrat conclu par les parties ou, dans des cas plus marginaux, par des circonstances extérieures à ce contrat. Par exemple, les parties se réfèrent au sein de leur convention au Code civil français. Ne doit-on pas considérer qu'elles ont tacitement choisi de soumettre leur contrat au droit français ?

En second lieu, l'accord tacite est parfois révélé par le comportement procédural adopté par un plaideur : il est alors conclu durant le procès. Par exemple, les deux parties se réfèrent dans leurs conclusions à la loi française. Doit-on considérer qu'elles ont tacitement choisi le droit français et qu'elles ont renoncé à se prévaloir de la règle de conflit de lois ? Ou encore, le demandeur saisit une juridiction allemande. Le défendeur comparaît sans contester la compétence de cette juridiction. Peut-on considérer que les parties ont tacitement accepté la compétence du juge allemand ? Dans un souci de synthèse, nous avons décidé de ne pas évoquer la problématique du contrat d'arbitre. Ce choix tient, pour l'essentiel, au fait que la problématique du contrat d'arbitre a déjà donné lieu à des études très approfondies¹¹⁸⁰. Il tient également au fait que du point de vue d'une théorie de la volonté tacite, l'étude de ce contrat ne nous paraissait pas essentielle.

602. Dans ce chapitre, nous serons mobilisés par une problématique qui est désormais connue du lecteur. Nos investigations seront relatives à la vraisemblance et à la solidité de la volonté imputée aux parties. Il conviendra, ainsi, de faire le départ entre les solutions fondées sur une réelle recherche de volonté et les solutions fondées sur des fictions de volonté. De ce point de vue, précisément, l'accord conclu avant le procès et l'accord conclu durant ce dernier appellent des analyses très différentes. Les accords tacites antérieurs au procès, que les juges peuvent occasionnellement être amenés à reconstituer, sont parfois fondés sur des signes objectifs de volonté probants. En d'autres termes,

¹¹⁸⁰ V. en particulier : L. Jandard, *La relation entre l'arbitre et les parties*, LGDJ, 2021 ; P. Mayer, « Le mythe du contrat d'arbitre », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1181 et s.

dans certaines hypothèses, l'accord tacite antérieur au déclenchement du contentieux que le juge croit découvrir est assis sur une véritable manifestation de volonté (section 1)¹¹⁸¹.

Au contraire, de notre point de vue, les accords tacites prétendument conclus durant le procès sont presque toujours fondés sur des fictions de volonté (section 2). Derrière cette affirmation ne se dissimule évidemment aucunement la formulation d'une loi générale, qui signifierait qu'un accord tacite conclu durant le procès est, par essence, inconcevable. Nous soutenons seulement qu'en droit positif, les principaux accords tacites que la jurisprudence française a cru découvrir ne sont pas fondés sur des signes objectifs de volonté probants.

¹¹⁸¹ À l'évidence, cette dernière assertion ne signifie aucunement que toutes les décisions dans lesquelles les juges affirment l'existence de ce type d'accord tacite sont convaincantes. Elle signifie simplement que ces accords tacites ne reposent pas nécessairement sur des fictions juridiques.

Section 1 : L'accord tacite antérieur au procès

603. En l'absence de toute stipulation expresse, est-il possible de considérer que les parties ont tacitement attribué compétence à un tribunal déterminé ? La Cour de cassation a affirmé « qu'une clause attributive de juridiction doit résulter d'une manifestation de volonté claire et non équivoque des parties »¹¹⁸². À la lettre, cette formule n'implique pas de prohibition de l'élection de for tacite. Cependant, les cas dans lesquels il est possible d'affirmer que les deux parties ont tacitement attribué compétence à une juridiction déterminée sont très rares et pratiquement inconcevables. Deux indices pourraient potentiellement révéler un choix de for tacite : l'élection de droit et l'élection de domicile. Cependant, en vérité, aucun de ces deux indices ne semble suffisamment probant.

604. En premier lieu, il est douteux qu'il soit possible de déduire un choix de for d'une simple clause d'élection de domicile¹¹⁸³. Il a été affirmé que « dans l'ordre international une clause d'élection de domicile à l'étranger n'est pas, par elle-même, attributive de juridiction aux tribunaux étrangers : elle ne l'est [...] que si elle marque une véritable "intention élective", c'est-à-dire une volonté certaine de déférer le litige aux tribunaux étrangers du domicile élu »¹¹⁸⁴. La jurisprudence la plus récente n'a pas consacré de solutions très claires et les arrêts relatifs à cette question sont assez anciens¹¹⁸⁵. Au demeurant, aujourd'hui, la pratique de l'élection de domicile semble assez peu développée. En conséquence, nous ne nous appesantirons pas davantage sur cette question.

605. En second lieu, lorsque les contractants ont expressément désigné le droit applicable, est-il possible d'en déduire un choix de for tacite ? Par exemple, si les contractants ont expressément soumis leur contrat au droit français, peut-on considérer qu'ils ont implicitement attribué compétence aux juges français ? Au terme de développements nuancés, Madame H. Gaudemet-Tallon avait soutenu que si « cette soumission [à la loi étrangère] est incapable de réaliser, à elle seule, une attribution de compétence aux tribunaux étrangers, on peut lui reconnaître valeur d'indice et lui faire produire

¹¹⁸² Soc. 4 juillet 2001, n° 99-44.519. L'arrêt en question fut rendu sur le fondement du droit international privé commun.

¹¹⁸³ Comp : E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Premier volume, *op. cit.*, p. 387 : « l'élection de domicile en France, accompagnant le contrat sur lequel s'élèvera le procès, constitue, par elle-même, une attribution suffisante de juridiction aux tribunaux français ».

¹¹⁸⁴ A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-32, *op. cit.*, n° 33. En ce sens, v. aussi H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 122.

¹¹⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1957, *Rev. crit. DIP* 1958. 735, note Y. Loussouarn ; *JDI* 1958. 828, obs. J.B. Sialelli.

un effet attributif de juridiction si d'autres indices peuvent aussi être relevés à l'appui de cette solution »¹¹⁸⁶. Cependant, à notre connaissance, les juridictions françaises ont toujours considéré qu'un choix de for ne pouvait pas être déduit d'une clause d'élection de droit.

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a affirmé que des parties ayant expressément soumis leur contrat à une loi étrangère n'avaient pas, pour autant, renoncé aux articles 14 et 15 du Code civil¹¹⁸⁷. Or, une telle assertion équivaut à un rejet de l'élection de for tacite. En effet, la Cour de cassation a toujours estimé que lorsqu'ils attribuaient compétence à un tribunal étranger, des contractants renonçaient au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil. En conséquence, si la renonciation au privilège de nationalité n'est pas caractérisée, cela signifie que la prorogation de compétence n'est pas non plus établie.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 20 juin 1979 peut être mentionné. En l'espèce, un contrat de travail était expressément soumis à la loi mauritanienne. Du fait de la stipulation d'une clause d'*electio juris*, la Cour d'appel avait estimé que les parties « avaient entendu attribuer compétence aux juridictions mauritaniennes pour connaître de leurs différends ». L'arrêt fut cassé. La Cour de cassation déclara que la « détermination de la loi applicable au contrat n'est pas liée à celle de la juridiction compétente »¹¹⁸⁸. L'examen du droit positif tend donc à montrer qu'une clause d'élection de for tacite ne saurait être inférée d'un choix de la loi applicable¹¹⁸⁹.

606. Les tribunaux anglais semblent plus hésitants¹¹⁹⁰. Dans l'affaire *Vizcaya*, l'un des plaideurs affirmait que le choix de la loi de l'État de New York effectué dans le contrat, associé à d'autres facteurs, était suffisant pour impliquer une soumission des parties aux tribunaux de New York¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁶ H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, op. cit., p. 185.

¹¹⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 16 juin 1981, *D.* 1982, inf. 71, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1981. 721, note H. Gaudemet-Tallon ; Soc. 20 juin 1979, *JDI* 1979. 852, note A. Lyon-Caen.

¹¹⁸⁸ Soc. 20 juin 1979, *JDI*, 1979. 852, note A. Lyon-Caen. La Cour de cassation a aussi affirmé qu'une « stipulation qui ne concernait que la loi applicable au fond du litige demeurerait sans effet sur la juridiction compétente »¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁹ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 122 : « Il est certain que la seule soumission du contrat à une loi étrangère ne vaut pas attribution de compétence aux tribunaux étrangers ».

¹¹⁹⁰ *Vizcaya Partners Ltd. v Picard* [2016] UKPC.

¹¹⁹¹ Sur cette décision, v. C.-S. Adesina Okoli, A. Yekini, "Implied jurisdiction agreements in international commercial contracts: a global comparative perspective", *op. cit.*, p. 344 et s. ; H. Kupelyants, « Implication of jurisdiction agreements », *The Cambridge Law Journal* 2016, p. 216 et s.

Les juges anglais ont estimé que même s'il était dans l'absolu possible de déduire des termes du contrat une élection de for tacite, en l'espèce, l'élection de for n'était pas caractérisée¹¹⁹². De façon assez surprenante, Lord Collins a estimé qu'il revenait à la *lex contractus* de déterminer si les parties avaient tacitement attribué compétence à une juridiction déterminée. Pour le juge anglais, cette question ne tombe pas dans l'escarcelle de la loi du for¹¹⁹³.

607. Toujours est-il qu'en droit français, l'élection de for tacite est, d'un point de vue rationnel, difficilement concevable et du point de vue de la jurisprudence, très rarement admise. En conséquence, nos développements seront centrés sur la problématique du choix de loi implicite ; problématique qui est loin d'être indifférente, car en arrière-plan de cette dernière se dissimule une interrogation fondamentale : celle de la place pouvant respectivement être accordée à l'objectivisme et au subjectivisme en droit international privé¹¹⁹⁴. En s'interrogeant sur l'importance du domaine concédé à la volonté tacite, on contribue à penser l'articulation de deux procédés méthodologiques distincts et concurrents : la localisation objective et la recherche de la volonté des parties. D'après certaines conceptions subjectivistes, la détermination du droit applicable devrait, en toute hypothèse, être reliée à la volonté des parties, fût-elle seulement implicite ou même purement hypothétique¹¹⁹⁵. Pour identifier la loi applicable, le juge devrait nécessairement rechercher la volonté des parties ; il n'y aurait, en droit des contrats internationaux, pas la moindre place pour le procédé localisateur.

À tout le moins, en application de telles théories, la localisation du contrat ne se présenterait que travestie, dissimulée sous le voile d'une reconstitution de la volonté hypothétique des parties¹¹⁹⁶. Car

¹¹⁹² Certains auteurs semblent assez favorables à ce qu'un choix de for puisse être déduit d'un choix de loi. V. not H. Kupelyants, « Implication of jurisdiction agreements », *op. cit.*, p. 218-219 : « while, from the viewpoint of lawyers, choice of law and jurisdiction agreements are conceptually separate, it would not be an exaggeration to state that, at the stage of negotiations, commercial parties, alive to the certainty and predictability of dispute resolution, would often conceive of choice of law and court as a single package. The reasonable parties who would put their mind to the possibility of a dispute arising down the road are unlikely to wish to expose their carefully negotiated transaction to the risk of having a Ruritanian judge applying New York law. It is likely that business people who would submit their contract to a foreign legal system would utter the familiar "Oh, of course!" if an officious bystander were to suggest a choice of court agreement ».

¹¹⁹³ Sur cette question, v. l'analyse critique de H. Kupelyants : « Implication of jurisdiction agreements », *op. cit.*, p. 317.

¹¹⁹⁴ Sur l'opposition entre objectivisme et subjectivisme, saisie dans une perspective plus globale, v. H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.* V. également : P.-M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, 1985, p. 87 et s. ; J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.*, p. 83 et s. ;

¹¹⁹⁵ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 916. Pour une analyse plus approfondie des théories subjectivistes, v. H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.* Sur la notion de volonté hypothétique, v. *supra* n° 16.

¹¹⁹⁶ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 103.

ce qu'il faut bien voir, c'est que lorsque le juge recherche la volonté hypothétique des contractants, il déduit cette dernière de la localisation du contrat litigieux¹¹⁹⁷. En pratique, la recherche de la volonté hypothétique n'est pas véritablement différente de la localisation d'un contrat ; elle est simplement plus artificielle¹¹⁹⁸. Précisément, si la recherche de la volonté hypothétique est généralement perçue comme étant artificielle¹¹⁹⁹, en est-il de même pour la reconstitution de la volonté tacite ?

608. Lorsqu'il est rapporté à la problématique de la désignation du droit applicable, le concept de volonté tacite n'est-il qu'une pure fiction, un subterfuge dont la jurisprudence userait pour parvenir à la consécration d'un résultat opportun ou conforme à l'équité ? Certains auteurs et, en particulier, nombre des plus ardents défenseurs de l'objectivisme, l'ont affirmé. Lorsque le contrat ne comporte pas de clause d'élection de droit, les parties ne se seraient pas interrogées sur la loi applicable. Le conflit de lois n'ayant pas été aperçu, l'affirmation de l'existence d'une élection de droit tacite serait une pure fiction¹²⁰⁰. Niboyet, qui était l'un des plus illustres tenants de cette doctrine objectiviste, affirmait qu'« une volonté tacite n'est pas une volonté, mais une chose imaginaire »¹²⁰¹. Cette analyse rejoint une critique qui est traditionnellement adressée aux techniques d'interprétation subjectives du contrat, prévalant en droit interne. Lorsque la question litigieuse n'a pas été envisagée par les parties

¹¹⁹⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 246 ; H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 251 et p. 261. Dans une perspective comparatiste, v. également : E. Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Foreign Corporations : Torts : Contracts in General, Volume Two*, *op. cit.*, p. 438 ; A. Huss, « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit Luxembourgeois », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1968, p. 203 et s. et not. p. 207.

¹¹⁹⁸ Monsieur P. Lagarde a relevé qu'en Allemagne, les juges ont pendant un temps procédé à une recherche de la volonté hypothétique. Mais il ajoute que « très vite, ce fondement subjectif de la volonté hypothétique a été ressenti comme un pur artifice, et le Bundesgerichtshof fut amené à décider avec une parfaite clarté que le juge, en recherchant la volonté hypothétique, devait rechercher le centre de gravité (Schwerpunkt), le rapport spatial le plus étroit (die engste räumliche Beziehung) et procéder à une pesée des intérêts sur une base objective » (« Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, not. p. 36).

¹¹⁹⁹ V. aussi : P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 105 : « the “presumed intention of the parties” came to be seen as an unsustainable myth ». L'auteur parle de volonté présumée, mais cette dernière notion est ici entendue un sens qui est très proche de celui de volonté hypothétique.

¹²⁰⁰ Batiffol a bien synthétisé la teneur de ces critiques objectivistes : « les juges prétendent dégager des éléments de la cause la volonté implicite des parties ; prétentions abusive et trompeuse, a-t-on depuis longtemps objecté, parce que les parties, n'ayant pas envisagé la question, n'ont eu aucune intention à cet égard, et que le résultat inévitable est l'arbitraire du juge comme en témoigne l'in vraisemblable diversité des solutions que présente la jurisprudence » (H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 1).

¹²⁰¹ J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 62. V. aussi T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 168. Monsieur Azzi cite également Niboyet pour clore son exposé. V. aussi, mais plus nuancé, Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 440.

contractantes, la reconstitution de la commune intention, à laquelle le juge prétend parvenir, ne serait qu'une fiction¹²⁰².

609. Nous nous risquons à avancer un point de vue différent. Il nous semble que, dans certains cas, l'interprète peut parvenir à reconstituer un « véritable » accord de volontés. Dans certaines décisions jurisprudentielles, le choix tacite que les juges déduisent des circonstances d'espèce est fondé sur des signes objectifs de volonté très probants ; un faisceau d'indices convergents vient accréditer l'hypothèse d'une volonté tacite des parties contractantes. En réalité, si dans certains cas, le recours au concept de volonté tacite est constitutif d'un véritable artifice, dans d'autres hypothèses, l'allégation de l'existence d'un choix de loi tacite emporte la conviction. Pour mener cette démonstration, nous serons amenés à distinguer deux hypothèses. Les parties peuvent assujettir leur rapport juridique à un ensemble de règles matérielles internationales (sous-section 1), mais elles peuvent également soumettre ce dernier à un droit interne déterminé (sous-section 2).

Sous-section 1 : La soumission du rapport juridique à des règles matérielles internationales

610. Selon Monsieur E. Loquin, les règles matérielles internationales sont « des normes spécialement faites pour régir les relations internationales »¹²⁰³. Pour cet auteur, les règles matérielles internationales présentent trois caractéristiques. Tout d'abord, elles donnent directement la réponse à la question de droit litigieuse. Par ce trait, elles se distinguent des règles de conflit de lois, qui se bornent à désigner le système juridique dans lequel la norme applicable sera puisée. Ensuite, les règles matérielles ne s'appliquent qu'aux relations internationales et se distinguent, en cela, des règles internes qui ont vocation à régir à la fois les relations internes et les relations internationales. Enfin, la règle matérielle est spécialement forgée pour régir les relations internationales. Elle est dès lors « distincte dans son contenu des normes internes ayant pour objet les mêmes relations juridiques localisées uniquement dans un ordre juridique interne »¹²⁰⁴. Cela étant, le concept de règles matérielles internationales recouvre un ensemble de normes hétérogènes et composites. Deux types de règles matérielles internationales doivent être distinguées : les règles étatiques (I) et les règles non étatiques (II).

¹²⁰² V. *supra* n° 100.

¹²⁰³ E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 27.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

I) L'application d'un droit étatique

611. En élaborant des conventions internationales, les États souverains cherchent à procéder à une harmonisation des règles substantielles applicables à certains types de rapports internationaux. Ces conventions engendrent ainsi un ensemble de règles matérielles internationales, forgées en contemplation des relations économiques transfrontières, qu'elles sont spécifiquement amenées à discipliner. La Convention de Vienne, relative à la vente internationale de marchandises, a par exemple été la source d'un ensemble de règles matérielles internationales. Lorsqu'elles sont ratifiées, ces conventions sont intégrées au sein du droit de l'État ayant procédé à la ratification ; les règles matérielles qui en procèdent acquièrent alors incontestablement la qualité de norme étatique. Pour désigner ces conventions, on utilisera dorénavant le terme de « convention unifiante ».

612. Chaque convention internationale définit, par elle-même, son propre champ d'application¹²⁰⁵. Par exemple, la Convention de Vienne sera applicable si les contractants ont leurs établissements dans des États parties à la convention, ou si la règle de conflit de lois du juge saisi conduit à l'application du droit d'un État partie¹²⁰⁶. Les conventions d'Ottawa sur l'affacturage¹²⁰⁷ et sur le crédit-bail international¹²⁰⁸ consacrent des solutions assez similaires. Mais ce système est perturbé par l'intrusion du principe d'autonomie de la volonté. Le plus souvent, les règles matérielles consacrées par ces conventions sont supplétives ; elles ne sont appliquées qu'à défaut de volonté contraire des parties. Corrélativement, dans nombre d'hypothèses, le juge doit déterminer si les parties ont tacitement voulu exclure l'application d'une telle convention. Après avoir présenté les solutions jurisprudentielles relatives à cette question (A), nous nous prononcerons sur leur bien-fondé (B).

¹²⁰⁵ E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op cit.*, p. 130.

¹²⁰⁶ Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, article 1.

¹²⁰⁷ Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, Article 2.

¹²⁰⁸ Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, Article 3.

A) La présentation des solutions

613. Lorsque les parties ont, par l'entremise de la stipulation d'une clause d'élection de droit, soumis leur contrat au droit d'un État non contractant, il est évident qu'elles ont choisi le droit *interne* de cet État et qu'elles ont corrélativement exclu l'application de la convention unifiante en cause¹²⁰⁹.

614. Mais si les contractants ont expressément choisi le droit d'un État partie, doit-on considérer qu'ils ont tacitement voulu exclure l'application de la convention ? Par exemple, dans une de ces stipulations, un contrat de vente international prévoit que « la présente convention est régie par le droit français ». Les contractants ont-ils manifesté leur volonté de soumettre leur contrat au droit français interne ? Ont-ils implicitement voulu exclure l'application de la convention de Vienne¹²¹⁰ ? Dans la suite de ces développements, nous nous focaliserons sur la question de l'applicabilité de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises.

615. À notre connaissance, les juridictions arbitrales ont, majoritairement, considéré qu'en choisissant le droit d'un État partie, les contractants avaient soumis leur contrat à la Convention de Vienne¹²¹¹. Par exemple, dans l'affaire CCI, *Seller (Narnia) v. Buyer (Utopia)*, le tribunal arbitral devait déterminer si les contractants avaient, en choisissant le droit suisse, tacitement exclu la Convention de Vienne. Le tribunal arbitral a affirmé :

« there is no element showing that the Parties wanted to exclude the application of the CISG. As noted above, the Parties referred to Swiss law [...] ; they did not refer to 'national' or 'domestic' Swiss law. The Sole Arbitrator further notes in this respect that a number of Swiss courts, as well as leading scholars, are of the view that a reference to a national law (e.g., "Swiss law") is in itself insufficient to exclude the application of the CISG »¹²¹².

¹²⁰⁹ S. Cornelius Manner, M. Schmitt, "Article 6", in Ch. Brunner and B. Gottlieb (dir.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, p. 77 et s. et not. p. 77-78 ; H.-M. Flechtner, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 5th Edition, Kluwer Law International, 2021, p. 135 ; E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 136 ; F. Ferrari, « Exclusion et inclusion de la CVIM », *International Business Law Journal* 2001, p. 401 et s. et not p. 403.

¹²¹⁰ Sur la question, v. aussi G. Cerqueira, N. Nord, « Retour sur le silence des parties à propos de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *AJ contrat* 2020, p. 517 et s. et not. p. 518

¹²¹¹ Sentence CCI n° 10329/2000, XXIX Y.B. *Comm. Arb.* 2004. 108 ; Sentence CCI n° 6653/1993, JDI 1993. 1040, obs. J.J.A. ; Sentence CCI, n° 8324/1995, JDI 1996. 1019.

¹²¹² Sentence CCI 2021-069/2021, *Seller (Narnia) v. Buyer (Utopia)*, Y.B. *Comm. Arb.* 2021. 79.

616. La Cour de cassation a également consacré cette solution dans un arrêt du 13 septembre 2011¹²¹³. En l'espèce, le contrat de vente litigieux comportait une clause stipulant que « les relations des parties et le contrat sont soumis aux lois françaises (Laws of France) ». Les juges de cassation ont estimé que cette clause entraînait l'application de la Convention de Vienne¹²¹⁴. L'exclusion des dispositions de cette convention n'était pas caractérisée.

617. Il reste à se prononcer sur le bien-fondé de cette solution.

B) L'appréciation des solutions

618. La doctrine a majoritairement approuvé les solutions précédemment décrites. Trois arguments sont généralement avancés en faveur de ces dernières. En premier lieu, les dispositions de la Convention de Vienne font partie intégrante du droit des États parties ; elles coexistent avec le droit interne de la vente. Lorsqu'un État ratifie la Convention de Vienne, les règles matérielles internationales en procédant sont intégrées au sein de l'ordre juridique de cet État¹²¹⁵. Dès lors, si les parties prévoient, par exemple, que leur contrat est régi par le droit français, la Convention de Vienne — qui n'est qu'une fraction du droit français — devrait régir le contrat litigieux.

619. En deuxième lieu, la convention consacre le système dit du *opting out*. La Convention de Vienne est applicable de plein droit, à moins que les parties n'aient exprimé une volonté contraire¹²¹⁶. L'exclusion des dispositions de la Convention de Vienne n'est pas subordonnée à une manifestation

¹²¹³ Quant à cette problématique, v. déjà : Com. 17 décembre 1996, n° 95-20.273, *Rev. crit. DIP* 1997. 72, note J.-P. Rémercy ; *D.* 1997. 337, note Cl. Witz.

¹²¹⁴ Com. 13 septembre 2011, n° 09-70.305, *Cybernetix* ; *JCPE* 2011. 1899, obs. L. Leveneur ; *D.* 2012. 1232, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *LPA* 10 févr. 2012, n° 30, p. 9, obs. Ch. Granier ; *CCC.* 2011, comm. 254, note L. Leveneur ; *Rev. crit. DIP* 2012. 88, note H. Muir Watt.

¹²¹⁵ E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 136 ; Cl. Witz, « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980) », *D.* 1990, p. 107 et s. et not. p. 109 ; M.-J. Bonell, « Article 6 », in C.-M. Bianca, M.-J. Bonell (dir.), *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Giuffrè, 1987, p. 51 et s. et p. 56.

¹²¹⁶ Cl. Witz, « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980) », *op. cit.*, p. 109.

de volonté expresse ; elle peut parfaitement être tacite¹²¹⁷. Cependant, l'ensemble de la doctrine s'accorde pour dire que cette volonté d'exclusion de la convention doit être clairement exprimée¹²¹⁸. Or, en présence d'une clause se référant, sans plus de précision, au droit d'un État partie, les contractants n'auraient pas exprimé suffisamment clairement leur volonté d'exclure les dispositions de la convention¹²¹⁹.

620. En troisième lieu, l'article 1^{er}, § 1, b prévoit que la Convention de Vienne est applicable « lorsque les règles du droit international privé [du juge saisi] mènent à l'application de la loi d'un État contractant ». Or, précisément, si le juge français est saisi et si le contrat comporte une clause d'*electio juris* en faveur du droit d'un État partie, le droit international privé du juge saisi mène à l'application de la loi d'un État contractant. En d'autres termes, la situation que nous examinons correspond à l'hypothèse visée par l'article 1^{er} § 1 de la Convention de Vienne¹²²⁰.

621. D'un point de vue strictement juridique, ces arguments nous paraissent peu contestables. Néanmoins, si l'on fait abstraction du cadre textuel, on peut se demander si la jurisprudence française a privilégié l'interprétation de la volonté des contractants la plus plausible. Lorsque des contractants décident de soumettre leur contrat au droit français, ont-ils à l'esprit la Convention de Vienne ou le droit interne ? Il est difficile d'apporter une réponse catégorique et l'on se bornera à formuler une interrogation. On peut se demander si la solution consacrée par la jurisprudence française ne pourrait pas avoir pour conséquence de briser les attentes de nombre d'opérateurs du commerce international, qui découvriront l'applicabilité d'un droit transnational dont ils ignoraient jusqu'à présent l'existence.

¹²¹⁷ I. Schwenzer, U.-G. Schroeter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 5th Edition, 2022, p. 117-118 ; H.-M. Flechtner, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, *op. cit.*, p. 134 ; F. Ferrari, « Exclusion et inclusion de la CVIM », *op. cit.*, p. 403 ; Cl. Witz, « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980) », *op. cit.*, p. 110.

¹²¹⁸ S. Cornelius Manner, M. Schmitt, « Article 6 », *op. cit.*, p. 77-78 ; H.-M. Flechtner, *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, *op. cit.*, p. 134-135 ; M.-G. Bridge, *The International sale of goods*, 4th edition, Oxford University Press, 2017, p. 609 ; L. Spagnolo, « Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG », *International Trade and Business Law Review* 2014, p. 477 et s. et not. p. 508-509. Rapprochement : F. Ferrari, « Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *Rev. Crit. DIP* 2013, p. 323 et s. et not. p. 349 ; N. Watté, A. Nuyts, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003, p. 365 et s. et not. p. 418 ; F. Ferrari, « Exclusion et inclusion de la CVIM », *op. cit.*, p. 403.

¹²¹⁹ Comp : M.G. Bridge, *The International sale of goods*, *op. cit.*, p. 609 ; N. Watté, A. Nuyts, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *op. cit.*, p. 419 : ces auteurs préconisent une approche « au cas par cas ».

¹²²⁰ Cl. Witz, « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980) », *op. cit.*, p. 110.

622. Nous avons jusqu'à présent examiné les difficultés générées par la problématique de l'application de règles matérielles internationales étatiques. Nous examinerons désormais la question du choix implicite d'un droit non étatique.

II) L'application d'un droit non étatique

623. Le concept de droit non étatique ne constitue pas une catégorie homogène, il renvoie à une constellation de sources normatives très différentes. Il embrasse, tout d'abord, les normes que la société internationale secrète de façon endogène : la fameuse *Lex Mercatoria*, ce droit spontané qui serait le produit des pratiques et des usages généralement acceptés au sein de la société des marchands¹²²¹. Il comprend, ensuite, des normes élaborées sous l'égide d'institutions savantes, tels que les Principes d'Unidroit ou les Principes du droit européen des contrats. Les présents développements auront pour but de mettre en lumière les indices susceptibles de révéler le choix d'un droit non étatique. Dans quelles hypothèses un choix implicite d'un droit non étatique peut-il valablement être établi ?

624. Devant les juridictions étatiques, la problématique du choix d'un droit non étatique ne devrait pas se présenter¹²²². En vertu du règlement « Rome 1 », le contrat est nécessairement régi par une loi étatique¹²²³. Les conventions internationales en vigueur, et notamment les conventions de La Haye du 15 juin 1955 et du 14 mars 1978, consacrent cette même solution¹²²⁴. Cependant, lorsqu'elles décident de recourir à l'arbitrage, les parties contractantes peuvent soumettre leur contrat à un droit

¹²²¹ Sur cette dernière, v. par exemple : B. Goldman, « La lex mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux : réalités et perspectives », *TCFDIP* 1977-1979, p. 221 et s. ; P. Lagarde, « Approche critique de la lex mercatoria », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125 et s. ; D. Bureau, « Lex Mercatoria », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, 2003, p. 933 et s.

¹²²² P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie matérielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, 2015, LGDJ, p. 869 et s.

¹²²³ La solution a récemment été réaffirmée par la Cour de cassation : Com. 16 novembre 2022, n° 21-17.338, *D.* 2022. 2040 ; *ibid.* 2023. 925, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2023. 143, obs. C. Nourissat ; *Rev. crit. DIP* 2023. 745, note D. Bureau et H. Muir Watt ; Soc. 13 janvier 2021, n° 19-17.157, *D.* 2021. 139, et 923, obs. S. Clavel ; *Dr. soc.* 2021. 470, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2021. 376, obs. L. Usunier. V. aussi Civ. 1^{ère}, 17 mai 2017, n° 15-28.767 ; *D.* 2018. 966, obs. S. Clavel ; *Rev. crit. DIP* 2017. 431, note D. Sindres.

¹²²⁴ B. Audit, « Vente », in *Rep. Dr. int.*, Dalloz, 2016, n° 29 ; S. Peruzzetto, H. Meur, « Intermédiaires », in *Rep. Dr. int.*, Dalloz, 2024, n° 57.

non étatique¹²²⁵. En France, l'article 1511 du Code de procédure civile prévoit que « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées »¹²²⁶. Sur ce fondement, la Cour de cassation a considéré que les parties pouvaient librement soumettre leur contrat à un droit non étatique¹²²⁷. C'est une solution qui, en droit comparé, est largement admise¹²²⁸. Ainsi, en Suisse, lorsqu'ils décident de recourir à l'arbitrage, des contractants peuvent choisir un droit non étatique¹²²⁹. La même solution prévaut au Royaume-Uni¹²³⁰. Cela étant acquis, il reste à circonscrire les hypothèses dans lesquelles un choix tacite d'un droit non étatique peut valablement être caractérisé.

625. Les solutions ont, à l'évidence, vocation à varier en fonction de l'ensemble des circonstances d'espèce. Les indices susceptibles de révéler un choix tacite sont nombreux et diversifiés. Dans l'affaire CCI n° 8501, les arbitres ont par exemple estimé qu'une référence aux Incoterms 1990 et aux règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, révélait une volonté des contractants de soumettre leur contrat à un droit non étatique¹²³¹. En dépit de la casuistique à l'œuvre en cette matière, un raisonnement assez spécifique revient fréquemment sous la plume de certains arbitres : celui du « choix négatif ». Nous présenterons la théorie du choix négatif, telle qu'elle est envisagée en doctrine (A) avant de décrire plusieurs sentences ayant décelé un choix négatif des parties (B).

¹²²⁵ Sur le problème de la détermination du droit applicable par l'arbitre : v. parmi une littérature considérable : P. Mayer, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 423 et s. ; Y. Derains, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1984-1985, p. 81 et s.

Dans la littérature anglophone : G. Bermann, « International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 253 et s. ; M. de Boissésou, « Substantive Applicable Law in International Arbitration : an Arbitrator's Perspective », in F. Bortolotti, P. Mayer (dir.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, ICC, 2014, p. 116 et s. ; P. Mayer, « The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator », in Y. Derains, L. Lévy (dir.), *Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, ICC, 2011, p. 47 et s.

¹²²⁶ Nous soulignons.

¹²²⁷ Civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *D.* 1991. IR 253 ; *Rev. arb.* 1992. 457, note P. Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note B. Oppeit ; *JDI* 1992. 177, note B. Goldman ; *RTD com.* 1992. 171, obs. E. Loquin. Sur cette problématique, v. par exemple : B. Audit, « Choice of The Applicable Law By the Parties », in F. Bortolotti, P. Mayer (dir.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, International Chamber of Commerce (ICC), 2014, p. 10 et s.

¹²²⁸ G. Cuniberti, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *JDI* 2016, p. 765 et s. et not. p. 766.

¹²²⁹ D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration : Comparative and Swiss Perspectives*, *op. cit.*, p. 406.

¹²³⁰ A.W. Sheppard, « Applicable Substantive Law », in J.-D.-M. Lew, Harris Bor et al. (dir.), in *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Kluwer Law International, 2013, p. 225 et s. et not. p. 229.

¹²³¹ Sentence CCI 8502/1996, *JDI* 2001. 1164, obs. E.J.

A) La présentation de la théorie du choix négatif

626. Monsieur P. Mayer présente la théorie du choix négatif en ces termes : « en ne choisissant aucune loi étatique — par exemple, parce que aucune des parties n'accepte que soit désignée la loi de l'autre partie —, les parties auraient manifesté leur désir d'écarter tout droit étatique, et par là de se soumettre à un droit anational, dont les principes Unidroit sont la meilleure expression »¹²³². Selon Monsieur Ch. Seraglini, « la théorie du choix négatif se propose de découvrir dans l'absence de choix positif des parties pour un droit national, l'existence d'une volonté de chaque partie d'écarter la loi de l'autre, dont on déduit, dans un second temps, un accord implicite des parties pour exclure l'application de tout droit étatique et voir appliquer un droit anational »¹²³³. Ainsi présentée, la théorie du choix négatif paraît difficilement défendable ; elle se heurte, en effet, à trois objections.

627. Tout d'abord, elle se propose de déduire la volonté des parties de leur silence. Or, précisément, si les parties n'ont pas stipulé de clause d'*electio juris*, c'est — plus vraisemblablement — qu'elles ne se sont pas interrogées sur le droit applicable ou qu'elles ne sont pas parvenues à trouver un accord, que ce soit en faveur d'un droit étatique ou d'un droit non étatique¹²³⁴.

Ensuite, le raisonnement se heurte à une objection logique. D'après cette théorie, lorsque les contractants ne se sont pas expressément référés au droit étatique, ils ont tacitement choisi de se soumettre à un droit transnational. Or, en raisonnant de la sorte, on pourrait parvenir à la conclusion opposée. Comme cela est souligné par Monsieur P. Mayer, « si ne pas choisir une chose, c'est en choisir une autre », on peut affirmer que comme les parties ne se sont pas expressément référées au droit non étatique, c'est qu'elles ont tacitement choisi de se soumettre au droit étatique¹²³⁵.

¹²³² Sur la théorie du choix négatif, v. not. P. Mayer, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », *op. cit.*, p. 440 ; P. Mayer, « Le rôle des Principes d'Unidroit dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », Suppl. Spécial, *Bull. CCI*, 2002, p. 115 et s. et plus spécifiquement p. 120 et s. ; Ch. Seraglini, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.* 2003, p. 1101 et s. et not. p. 1144 et s. ; P. Lalive, « Les Principes d'UNIDROIT en tant que *lex contractus*, avec ou sans choix explicite ou tacite de la loi : point de vue de l'arbitre », Suppl. Spécial, *Bull. CCI* 2002, p. 81 et s. ; M. Blessing, « Choice of substantive law in international arbitration », *Journal of International Arbitration* 1997, p. 39 et s. et not. p. 45 et s.

¹²³³ Ch. Seraglini, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 1144.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 1148.

¹²³⁵ P. Mayer, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », *op. cit.*, p. 440.

Enfin, plusieurs études empiriques ont démontré que la *lex mercatoria* et les principes d'Unidroit étaient très rarement choisis par les opérateurs du commerce international¹²³⁶. Plus précisément, lorsque les opérateurs du commerce international insèrent expressément une clause d'élection de droit dans leur contrat, ils choisissent — au sens ici d'un choix exprès — presque toujours un droit étatique. Dès lors, le choix d'un droit non étatique ne devrait pas être trop facilement présumé.

628. Cependant, à notre connaissance, les sentences faisant purement et simplement application de la théorie du choix négatif sont en vérité assez rares. Bien souvent, le raisonnement revenant sous la plume des arbitres est plus nuancé.

B) La présentation des sentences liées à l'idée de choix négatif

629. Dans l'affaire CCI n° 7710, les arbitres ont fait application de cette théorie du choix négatif¹²³⁷. Cependant, l'absence de clause d'*electio juris* ne fut pas le seul élément sur lequel la reconstitution de la volonté implicite des parties fut fondée. En l'espèce, il était question d'une série de neuf contrats conclus entre un État et une entreprise britannique. Ces contrats ne comportaient pas de clause d'*electio juris*. Cependant, plusieurs d'entre eux comprenaient des expressions telles que « natural justice », « rules of natural justice » ou « laws of natural justice ». Le tribunal arbitral considéra que « la référence dans les contrats à la justice naturelle ou autre dispositions similaires, de même que l'absence de référence à une loi nationale, peut [...] être raisonnablement interprétée comme conduisant à l'application » des principes d'Unidroit¹²³⁸. Le raisonnement des arbitres n'est sans doute pas incontestable, mais de notre point de vue, il serait excessif d'affirmer qu'une telle solution repose sur une fiction de volonté.

¹²³⁶ Pour un aperçu exhaustif des différentes études, v. par exemple : Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 84 et s. ; G. Cuniberti, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *op. cit.*, p. 768 : « la proportion des parties ayant opté pour des règles non nationales pour régir leur contrat international est, depuis seize ans, de 1 à 2 % des parties participant à des arbitrages sous l'égide de la CCI. Plus précisément, c'est seulement dans 187 affaires sur 10 469, soit 1,7 % des affaires, que les parties ont opéré un tel choix ».

V. aussi F. Dasser, « That Rare Bird: Non-National Legal Standards as Applicable Law in International Commercial Arbitration », *World Arb. & Med. Rev.* 2011, p. 143 et s. et not. p. 147-148.

¹²³⁷ Sur cette affaire, v. P. Mayer, « Le rôle des Principes d'Unidroit dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *op. cit.*, p. 119-120.

¹²³⁸ Sentence CCI 7710/1995, *JDI* 2001. 1148, obs. Y. Derains.

630. Dans la sentence CCI n° 14748, les arbitres ont affirmé que « l'absence de choix du droit applicable lors de la conclusion du contrat [...] peut s'interpréter comme l'intention d'éviter l'application de la loi de son cocontractant »¹²³⁹. Les arbitres ont ensuite décidé d'appliquer la *lex mercatoria*, notamment reflétée par les principes d'Unidroit. Autrement dit, dans cette sentence, les arbitres n'ont pas déduit le choix de la *lex mercatoria* de la simple absence de clause d'*electio juris*. Mais l'absence de choix du droit étatique révélerait, selon les arbitres, une volonté de chacune des deux parties d'éviter l'application de la loi de l'État de son cocontractant. La *lex mercatoria* a ensuite été appliquée. Cependant, cette application de la *lex mercatoria* procédait d'une décision de l'arbitre, elle n'était pas fondée sur l'allégation d'un choix implicite des parties.

631. Dans d'autres sentences, le raisonnement des arbitres est beaucoup plus discutable. Dans l'affaire CCI n° 9479, le contrat litigieux prévoyait que la loi de l'État de New York serait applicable à tout litige relatif à la validité du contrat. Le tribunal arbitral a estimé que les parties ne pouvaient ignorer le caractère restrictif du langage qu'elles avaient employé. Il en déduisit qu'elles souhaitaient que la loi de New York soit uniquement appliquée à l'égard des questions relatives à la validité du contrat. Plus radicalement, le tribunal arbitral affirma que les parties avaient exprimé une volonté de cantonner l'intervention d'une loi nationale au problème de la validité de leur convention.

Du simple fait que la clause ne visait que les problèmes de validité du contrat, l'arbitre en inféra que pour toutes les questions contractuelles extérieures à la validité, les parties voulaient se soumettre à un droit non étatique. Une telle inférence paraît difficilement défendable ; elle conduit à un éclatement du droit applicable au contrat international. Or, « peut-on sérieusement soutenir que les parties ont voulu un tel dépeçage sans prendre la peine de le dire ? »¹²⁴⁰ Cette solution, consistant à admettre un dépeçage implicite, paraît contestable ; elle repose sur une fiction de volonté. Tout est fait pour parvenir, *a posteriori*, à l'application d'un droit transnational ayant les faveurs des arbitres.

632. Dans la sentence CCI 1859, le tribunal arbitral s'est également fondé sur une fiction de volonté. Il a, tout d'abord, relevé que les parties n'étaient pas parvenues à trouver un accord sur le

¹²³⁹ Sentence CCI 14748/2009, *JDI* 2016, chron. 3. 623. V. aussi sentence CCI, 7375/1996, *Mealey's International Arbitration Report*, 1996, vol. 11/n° 12, p. A1-A69 ; *Gaz. Pal.*, 2001, *Cab. arb.* 38 ; sentence CCI 9479/1999, *Bull. CCI* 2001, vol. 12/2. 71 ; sentence CCI 7110/1995, *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2. 40 ; *Uniform Law Review* 1997. 812.

¹²⁴⁰ Ch. Seraglini, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 1147-1148.

droit applicable. Chacune des deux parties avait, au contraire, réclamé l'application de son droit national¹²⁴¹. Le tribunal arbitral a, ensuite, ajouté que comme « le contrat devait être exécuté dans trois pays différents », la « fixation, pour son application, d'une loi particulière présenterait quelques difficultés ». Finalement, les arbitres en ont conclu que les contractants avaient « manifestement entendu se référer aux principes généraux et aux usages du commerce international ».

En d'autres termes, dans cette sentence, on trouve une application quasiment pure et parfaite de la théorie du choix négatif. Du simple fait que les parties ne sont pas parvenues à trouver un accord sur l'application d'une loi étatique donnée, et que la détermination de la loi applicable s'avère délicate, est inféré un choix des parties en faveur d'un droit non étatique. Une telle solution repose sur une fiction. En commentant cette sentence, Monsieur Y. Derains a souligné que les arbitres de la CCI ont « tendance à estimer que, tout comme l'attribution de compétence à un arbitrage national est un indice de localisation du contrat dans un droit national déterminé, la référence contractuelle à un arbitrage structurellement international permet de présumer la volonté des parties de soumettre leurs relations aux usages du commerce international »¹²⁴². Un tel raisonnement ne convainc pas, car nous l'avons vu, même lorsqu'elles décident de recourir à l'arbitrage, les parties ne soumettent pratiquement jamais leur contrat à un droit non étatique.

633. Du point de vue de l'application des règles matérielles internationales, le bilan qui peut être dressé est contrasté. La jurisprudence estime que l'exclusion de la Convention de Vienne ne peut pas découler du seul choix de la loi d'un État contractant. Ce faisant, elle fait preuve d'une grande rigueur et refuse de donner effet à des déclarations de volonté jugées trop équivoques. Au contraire, la jurisprudence arbitrale est parfois prête à découvrir des choix d'un droit non étatique dans des hypothèses où ce dernier paraît pour le moins incertain, voire purement fictif. Les sentences faisant purement et simplement application de la théorie du choix négatif reposent, généralement, sur une fiction de volonté. Il faut maintenant examiner la problématique principale : celle du choix d'un droit étatique traditionnel.

¹²⁴¹ Sentence CCI, aff. 1859/1973, citée in Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, p. 122 et s. et not. p. 135 et s. et par C. Croff, « The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of laws problem ? », *The International Lawyer* 1982, p. 613 et s. et not. p. 637.

¹²⁴² Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *op. cit.*, p. 138.

Sous-section 2 : La soumission du rapport juridique à un droit interne

634. Sous l'empire du droit jurisprudentiel antérieur à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, une certaine place fut concédée à la recherche de la volonté implicite des contractants. Dans l'arrêt *American Trading Company*, la Cour de cassation affirma que « la loi applicable aux contrats [...] est celle que les parties ont adoptée » et ajouta que cette volonté pouvait être expresse, mais qu'elle pouvait également « s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat »¹²⁴³. Cela revenait à admettre la possibilité d'un choix de loi tacite. Ultérieurement, la Cour de cassation abandonna cette orientation jurisprudentielle au profit de l'adoption d'un dualisme strict, estimant qu'à défaut de déclaration expresse des contractants, une analyse purement objective devait prévaloir¹²⁴⁴. En l'absence de choix exprès, les juges du fond devaient localiser le contrat litigieux.

635. Aujourd'hui, le choix tacite est-il admis ? Du fait de la conjonction de deux facteurs principaux, la problématique s'est obscurcie ou, du moins, complexifiée. Tout d'abord, en raison de la prolifération des conventions internationales relatives aux contrats internationaux, plusieurs textes régissent désormais cette question. Ensuite, dans la mesure où le principe d'autonomie de la volonté étend son empire, le problème de la volonté tacite ne concerne plus seulement les contrats internationaux ; il faut composer avec les textes relevant de la matière familiale. Cheminant au sein de cette législation luxuriante, nous allons chercher à circonscrire les hypothèses dans lesquelles un choix de loi tacite peut valablement être caractérisé.

636. À cette fin, deux questions doivent être distinguées. Tout d'abord, lorsqu'un interprète s'interroge sur l'existence d'un choix tacite, quelles sont les contraintes légales enserrant et limitant son pouvoir d'appréciation ? Ensuite, quels sont les éléments de fait susceptibles de révéler la volonté des parties ? Le rapprochement de ces deux questions fait ressortir une opposition. La jurisprudence et le législateur ont adopté des positions divergentes. Les exigences textuelles conditionnant la prise en considération d'un choix tacite sont souvent rigoureuses ; elles devraient logiquement aboutir à ce

¹²⁴³ Civ. 5 déc. 1910, *American Trading*, *Rev. Dr. Int.* 1911. 395 ; *JDI* 1912. 1156 ; *GA* n° 11.

¹²⁴⁴ Civ. 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *Rev. Crit. DIP* 1959. 708, note H. Batiffol ; *GA* n° 35.

que — à tout le moins en matière contractuelle — les choix de loi tacites soient rarement caractérisés¹²⁴⁵. Et pourtant, la jurisprudence française est fréquemment amenée à prendre en considération des indices de volonté peu probants et, corrélativement, elle est parfois amenée à caractériser des choix de loi tacites dans des hypothèses où la volonté des parties paraît assez incertaine. À la rigueur du législateur s'oppose, ainsi, le laxisme de la jurisprudence. Pour le démontrer, il faut revenir sur les exigences textuelles encadrant le pouvoir d'appréciation de l'interprète (I) avant d'examiner les nombreux indices qui, aux yeux de la jurisprudence, seraient révélateurs d'un choix de loi implicite (II).

I) Les exigences textuelles encadrant la caractérisation du choix

637. Lors de la détermination du droit applicable, le juge est fréquemment amené à rechercher la volonté tacite des contractants. Cependant, en matière contractuelle (A) et en matière familiale (B), les contraintes légales pesant sur les modalités d'extériorisation de la volonté et sur la prise en considération du choix tacite sont différentes.

A) La matière contractuelle

638. Les contraintes textuelles enserrant le pouvoir d'appréciation du juge étatique (1) diffèrent de celles enserrant le pouvoir d'appréciation de l'arbitre (2).

1) Les dispositions régulant le pouvoir d'appréciation du juge étatique

639. Les exigences textuelles limitant le pouvoir d'appréciation du juge sont de deux ordres. Certaines sont expressément posées par les textes (a) ; d'autres, n'apparaissant pas expressément, peuvent être reconstituées par un travail d'interprétation (b).

a) Les conditions textuelles expressément posées

640. L'article 3 du règlement « Rome 1 » affirme que « le choix [de la loi applicable] est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». La formulation employée dans l'article 3 signifie que la théorie du choix hypothétique qui — antérieurement à l'entrée

¹²⁴⁵ On sera ultérieurement amené à nuancer cette affirmation. On verra en particulier qu'en matière d'arbitrage, les textes applicables confèrent une grande liberté à l'arbitre.

en vigueur de la convention de Rome — prévalait dans certains États membres¹²⁴⁶ ne peut désormais plus prospérer¹²⁴⁷. En d'autres termes, en application de cette disposition, la recherche d'un choix hypothétique — celui qu'auraient fait les parties si elles s'étaient interrogées sur le droit applicable — ne doit aucunement intervenir.

641. En outre, l'ensemble de la doctrine s'accorde pour dire qu'aux fins de la détermination de la *lex contractus*, seul un choix certain peut être pris en considération¹²⁴⁸. Une telle interprétation est corroborée par la lecture du rapport Giuliano-Lagarde, qui affirme que l'article 3 « n'autorise aucunement le juge à supposer un choix de la loi par les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire ». De notre point de vue, l'article 3 du règlement « Rome 1 » doit, en conséquence, être analysé comme une règle probatoire¹²⁴⁹, fixant le standard de preuve devant être respecté. Il spécifie le degré de conviction que doit ressentir le juge : pour qu'un choix de loi implicite soit établi et pris en considération, le juge doit être certain que les parties ont bien fait un tel choix. Par comparaison, notons qu'en matière délictuelle, le Règlement « Rome 2 » consacre une solution similaire : « choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances »¹²⁵⁰.

642. Dans sa version anglaise, le règlement « Rome 1 » fixe un standard de preuve différent : « The choice shall be made expressly or *clearly demonstrated* by the terms of the contract or the circumstances of the case ». Le standard de preuve figurant dans la version anglaise paraît ainsi moins contraignant¹²⁵¹. Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur les difficultés suscitées par ces disparités textuelles¹²⁵². Pour l'heure, bornons-nous à prendre acte de ces divergences. Notons également qu'en Suisse, l'article 116 de la loi fédérale sur le droit international privé consacre exactement

¹²⁴⁶ M. Giuliano, « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 231. Sur la recherche de la volonté présumée en droit anglais, v. P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 104 et s.

¹²⁴⁷ H. Gaudemet-Tallon, *J.-Cl. Int.*, fasc. 552-15, 2024, n° 10 ; A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 330 ; G. Cordero-Moss, « Does the Use of Common Law Contract Models Give Rise to a Tacit Choice of Law or to a Harmonised, Transnational Interpretation ? », in G. Cordero-Moss (dir.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 37 et s. et not. p. 39.

¹²⁴⁸ Voir par exemple, D. Bureau et H. Muir Watt, v. *Droit international privé, Tome II*, *op. cit.*, p. 409 et s. P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 139 ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 530 et s. ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 149.

¹²⁴⁹ Sur ce point, v. A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 327.

¹²⁵⁰ V. l'article 14 de ce règlement.

¹²⁵¹ Comp : N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 230 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 165.

¹²⁵² V. *infra* n° 952.

la même règle : « l'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances »¹²⁵³.

643. La convention de La Haye relative à la vente internationale de marchandises prévoit que le choix de la loi applicable « doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter *indubitablement* des dispositions du contrat »¹²⁵⁴. La convention de La Haye du 14 mars 1978 affirme que le choix de la loi gouvernant le rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire doit « être exprès ou résulter *avec une certitude raisonnable* des dispositions du contrat et des circonstances de la cause »¹²⁵⁵.

644. Ces trois textes — le règlement « Rome 1 » et les deux conventions de La Haye précitées — retiennent des standards de preuve qui, à tout le moins à la lettre, paraissent différents. Le pullulement des textes internationaux et la dispersion des sources de réglementation ne contribuent pas à simplifier le problème de la reconstitution de la volonté tacite. Relativement à cette question, l'adoption d'un texte unique ou, du moins, un alignement des textes existants serait une solution opportune. Cependant, en l'état du droit positif, on ne peut que prendre acte de ces disparités. Il reste à déterminer si les juridictions françaises pourraient, par le truchement de leur pouvoir d'interprétation, parvenir à gommer ces disparités textuelles. Est-il possible d'adopter, sur le fondement de ces textes aux formulations disparates, des solutions identiques ? Ou doit-on considérer que le processus de reconstitution de la volonté tacite doit différer selon le texte applicable ?

645. L'exigence d'un choix « certain », qui est retenue par le règlement « Rome 1 », est très proche de celle d'un choix devant « résulter indubitablement des dispositions du contrat ». À notre sens, la Convention de La Haye et le règlement « Rome 1 » fixent un même standard de preuve : le choix doit être certain ou indubitable. Il nous paraît artificiel de tracer une distinction entre ces deux adjectifs¹²⁵⁶.

¹²⁵³ Sur ce texte, v. not. G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 39 et s. Sur la jurisprudence antérieure à la loi fédérale sur le droit international privé, v. par exemple : P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 55 et s.

¹²⁵⁴ Article 2 de la convention. Sur ce texte, v. B. Audit, « Vente », *op. cit.*, n° 31-32 ; G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 14 et s.

À titre de comparaison, v. aussi la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, qui n'est pas en vigueur en France. L'article 7 de cette convention prévoit que « la vente est régie par la loi choisie par les parties ». Il ajoute que « [l']accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble ».

¹²⁵⁵ Article 5 de la convention. Sur ce texte, v. S. Peruzzetto, Ch. Diloy, « Intermédiaires », *op. cit.*, n° 59.

¹²⁵⁶ Contra : M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 485. Comp : T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 148-149.

Ce qui sépare ces deux dispositions, ce n'est pas le standard de preuve. Ce qui les différencie, c'est que sous l'empire de la Convention de La Haye de 1955, seuls les indices résultant du contrat pourront être pris en considération, et non les circonstances de la cause¹²⁵⁷.

En revanche, la convention de La Haye sur les contrats d'intermédiaire prévoit que le choix de loi doit « résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Le standard de preuve ainsi édifié, celui d'une certitude raisonnable, paraît moins contraignant. Lorsqu'il sera confronté à la question de la détermination de la loi applicable à un contrat d'intermédiaire, le juge disposera *a priori* d'un pouvoir d'appréciation plus important.

646. Il faut maintenant examiner une question beaucoup plus délicate, mais non moins essentielle. Pour reconstituer la volonté tacite des contractants, le juge doit-il adopter une approche objective ou une approche subjective du consentement ? Si la question est si épineuse, c'est que le législateur européen n'y a pas expressément répondu.

b) Les conditions textuelles implicitement posées

647. Lors du processus de reconstitution d'un choix de loi tacite, une approche objective du consentement peut-elle valablement être adoptée ? En d'autres termes, l'article 3 du règlement « Rome 1 » impose-t-il une approche subjective du consentement ?

648. Du point de vue de la lettre du texte, une interprétation de l'article 3, en faveur de l'admissibilité d'une approche objective, n'est peut-être pas inconcevable. Les termes de l'article 3 du règlement « Rome 1 » sont particulièrement équivoques. L'article 3 se réfère aux « dispositions du contrat » et aux « circonstances de la cause ». De ce fait, pour que le choix tacite soit établi, l'interprète doit se référer à un ensemble de circonstances objectives et extérieures à la psyché des contractants. Cependant, le simple fait que l'interprète soit tenu de se référer à des circonstances objectives ne signifie pas qu'il doive abandonner la recherche de la volonté réelle, car de fait, pour prouver la volonté réelle, l'interprète ne peut que se fonder sur les déclarations et sur le comportement des contractants¹²⁵⁸.

¹²⁵⁷ G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁵⁸ V. *supra* n° 63.

Au sens du règlement « Rome 1 », pour que le choix tacite soit établi, il doit être certain. Or, si une volonté réelle peut éventuellement être jugée certaine, au contraire, la volonté déclarée ne peut que plus difficilement être qualifiée comme telle ; il y aurait peut-être un certain artifice à prétendre qu'une volonté déclarée est certaine. Pour s'en convaincre, il faut avoir à l'esprit que la notion de volonté déclarée est généralement perçue comme une notion juridique¹²⁵⁹. À tout le moins, la volonté déclarée est toujours une construction, et non une simple donnée. Cela donnerait plutôt à penser que si le législateur européen a exigé un choix certain, c'est qu'il appréhende le choix de la loi applicable comme un simple fait. Cependant, du fait de l'obscurité et de l'imprécision du texte, il nous paraît difficile d'apporter une réponse catégorique. La lettre de l'article 3 du règlement « Rome 1 » est, sans doute, suffisamment floue pour autoriser une interprétation en faveur de l'admissibilité d'une approche objective du consentement.

649. Si la *lettre* de l'article 3 du règlement « Rome 1 » autorise une telle interprétation, cette dernière n'est-elle pas contraire à l'*intention* du législateur européen ? Ce qui peut faire sourdre un doute, c'est que les travaux préparatoires et l'ensemble des documents pouvant révéler l'intention du législateur européen font souvent mention de l'exigence d'un choix « réel »¹²⁶⁰. Il ne faut pas se méprendre cependant. Quand ces travaux font mention de la notion de choix réel, c'est plus vraisemblablement par opposition au choix hypothétique¹²⁶¹. Il est à craindre que lors de l'élaboration du règlement « Rome 1 », l'opposition existant entre la recherche de la volonté réelle et la recherche de la volonté déclarée — qui est bien connue des civilistes — n'ait pas été clairement perçue par les spécialistes de droit international privé ayant été consultés.

Ce qui a accaparé la doctrine internationaliste, en effet, c'est l'opposition de la volonté tacite et de la volonté hypothétique. Au sein de la littérature internationaliste, la distinction de la volonté réelle et de la volonté déclarée n'est — à notre connaissance — pratiquement jamais mise en avant. Dès lors, si le législateur ne s'est pas interrogé sur l'opportunité d'une approche objective du consentement, il

¹²⁵⁹ V. *supra* n° 71.

¹²⁶⁰ Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, point 3.2.4.1. : le texte laisse « au juge le soin de vérifier que le choix, quoique tacite, est réel ».

¹²⁶¹ Proposition de règlement du parlement européen et du conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM (2005) 650 final.

n'a pas eu d'intention à cet égard. Il n'a eu ni volonté d'imposer une approche objective du consentement ni volonté d'exclure une telle approche. Quoi qu'il en soit, aux fins de l'interprétation d'un texte, cette notion d'intention du législateur doit être maniée avec la plus grande prudence.¹²⁶².

La lecture des dispositions relatives au choix de loi tacite figurant dans les conventions de La Haye sur la vente internationale de marchandises et sur les contrats d'intermédiaires conduit à l'adoption d'une même analyse. Du fait de leur ambiguïté, il est difficile de déterminer si ces textes imposent une méthode d'appréciation subjective du consentement.

650. Quoi qu'il en soit, exiger la preuve d'une volonté réelle certaine serait de notre point de vue malheureux. Le standard de preuve en question — celui de la certitude — est, en lui-même et indépendamment de l'objet de la preuve, déjà contestable. Aubry et Rau écrivaient que « la preuve judiciaire, [...] comme toute preuve historique, ne peut conduire à une certitude absolue »¹²⁶³. Et Martin, commentant ces mêmes auteurs, abondait en ce sens : « la preuve judiciaire se ramène invariablement à une probabilité plus ou moins grande, à une vraisemblance plus ou moins accusée »¹²⁶⁴. Dans les pays de *common law*, où le concept de standard de preuve est beaucoup plus connu, les spécialistes de droit de la preuve sont parvenus à des conclusions similaires. William Twining affirme, par exemple, que « the establishment of the truth of alleged facts in adjudication is typically a matter of probabilities, falling short of absolute certainty »¹²⁶⁵.

Si cette exigence de certitude est donc par elle-même contestable, lorsqu'elle est rapportée à la volonté réelle, elle se révèle particulièrement irréaliste. Par sa nature même, la volonté réelle constitue un phénomène psychique qui, comme tel, est imperceptible et évanescent. On ne voit pas comment le juge pourrait parvenir à reconstituer une volonté réelle certaine¹²⁶⁶. Certes, parfois, le juge peut

¹²⁶² Le législateur est en effet un être abstrait qui, dans le cadre des régimes démocratiques, s'incarne dans l'institution de l'assemblée parlementaire. Comment reconstituer l'intention d'une telle intuition ? Cette dernière comporte une pluralité de membres. Chacun des membres qui composent l'assemblée dispose d'une volonté qui lui propre. V. par exemple : J. Jeanneney, « Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus », *Droit et Philosophie* 2017, p. 69 et s.

¹²⁶³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 5^{ème} édition, Marchal et Billard, 1922, p. 63.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 84, note 19. En ce sens, v. également P. Kinsch, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », *op. cit.*, p. 455.

¹²⁶⁵ W. Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd édition, 2006, p. 76.

¹²⁶⁶ V. *supra* n° 70.

prendre appui sur un faisceau d'indices convergents. Cependant, tout d'abord, l'examen de la jurisprudence tend à montrer qu'il est assez rare que le juge puisse se fonder sur une multitude d'indices véritablement convaincants¹²⁶⁷. Bien souvent, pour caractériser un choix tacite, le juge ne peut, *de facto*, que se fonder sur un ou deux indices pertinents. Ensuite, même s'il existe un faisceau d'indices, pourrait-on avoir quelque certitude au sujet de la volonté ? Cela ne paraît pas évident, car comme cela est souligné par Monsieur T. Azzi, « ce qui n'est pas formellement déclaré recèle toujours une part d'ambiguïté »¹²⁶⁸.

Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'hypothèse d'un choix de loi exprès. Le choix exprès est-il certain, ou plus exactement, révèle-t-il une volonté réelle certaine ? Nous ne le croyons pas, car même si une clause d'élection de droit est insérée dans le contrat, cette insertion révèle, au mieux, la volonté du rédacteur de l'acte juridique. Mais il est tout à fait possible que l'un des cocontractants ayant signé le contrat ne l'ait pas lu et que, par suite, il n'ait pas *réellement* voulu se soumettre au droit désigné au terme de la clause. *A fortiori*, lorsque le contrat ne comporte pas de clause *d'electio juris*, la volonté des contractants est toujours incertaine et sujette à contestation. Le standard de preuve édifié par le règlement « Rome 1 » nous paraît irréaliste et trop rigoureux. Dans leur article 4, les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux prévoient, de façon plus réaliste, que « le choix de la loi applicable, ou toute modification du choix de la loi applicable, doit être exprès ou *résulter clairement* des dispositions du contrat ou des circonstances »¹²⁶⁹.

651. En définitive, relativement à la caractérisation d'un choix de loi implicite, le règlement « Rome 1 » a drastiquement limité le pouvoir d'appréciation du juge. En matière d'arbitrage, la problématique se présente sous un jour très différent. Le pouvoir d'appréciation dont l'arbitre est amené à jouir est pratiquement illimité.

¹²⁶⁷ Toutefois, la jurisprudence disponible ne donne peut-être pas un échantillon parfaitement représentatif de la pratique dans la mesure où les cas parvenant jusqu'au contentieux sont, potentiellement, les situations les plus pathologiques, c'est-à-dire celles dans lesquelles le choix de la loi applicable est le plus discutable.

¹²⁶⁸ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 150.

¹²⁶⁹ V. à ce sujet : G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 51 et s. ; L. Gama, « Tacit Choice of Law in the Hague Principles », *Uniform L. Rev.* 2017, p. 336 et s.

2) Les textes régulant le pouvoir d'appréciation de l'arbitre

652. Lors de la détermination du droit applicable, et plus précisément, en l'absence de choix exprès des contractants, le tribunal arbitral jouit d'une grande liberté¹²⁷⁰. En effet, si le tribunal arbitral est tenu d'appliquer la loi choisie par les parties, à défaut de choix exprès des contractants, il recouvre une liberté presque illimitée. L'article 1511 du Code de procédure civile dispose que « le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées ».

653. L'article 21 du règlement d'arbitrage de la CCI consacre exactement la même solution¹²⁷¹. En Suisse, on retrouve cette même dichotomie : l'arbitre doit appliquer la loi choisie par les parties, mais en l'absence de choix des contractants, il dispose d'une grande liberté d'appréciation¹²⁷². En droit anglais, des principes assez similaires prévalent. En l'absence de choix, le tribunal doit appliquer la loi déterminée par la règle de conflit qu'il estime applicable¹²⁷³.

654. Comme ce bref survol de la réglementation le montre, la plupart des textes relatifs à la détermination du droit applicable ne se prononcent pas sur la problématique du choix de loi tacite. Cependant, il est largement admis que les choix de loi implicites *peuvent* être pris en considération. Ainsi, « the parties are generally free to choose, *expressly or by implication*, which substantive law [...] will apply to determine their dispute »¹²⁷⁴. Une question demeure cependant en suspens. L'arbitre *doit-il* impérativement prendre en considération le choix de loi tacite effectué par les parties ? Et lorsque l'arbitre n'a pas tenu compte d'un choix tacite des parties, sa sentence peut-elle être annulée ?

¹²⁷⁰ P. Mayer, « La liberté de l'arbitre », *Rev. Arb.* 2013, p. 339 et s. et not. p. 351-352 ; P. Mayer, « The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator », *op. cit.* ; J.-M. Jacquet, « Les libertés de l'arbitre international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 311 et s. et not. p. 319.

¹²⁷¹ « Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

¹²⁷² L'article 187 de la loi sur le droit international privé prévoit, en effet, que « le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits ».

¹²⁷³ Sur ce texte, v. A.-W. Sheppard, « Applicable Substantive Law », *op. cit.*

¹²⁷⁴ A.-W. Sheppard, « Chapter 12: Applicable Substantive Law », *op. cit.*, p. 225 (nous soulignons).

655. Le tribunal arbitral qui a illégitimement refusé d'appliquer la loi choisie par les parties est exposé à un risque d'annulation de sa sentence¹²⁷⁵. Cependant, en l'absence de choix de loi exprès, l'annulation de la sentence paraît difficilement concevable. Comme cela est souligné par Monsieur P. Mayer, lorsqu'il n'existe pas de clause expresse de choix de la loi applicable et que l'une des parties allègue qu'un choix tacite a été fait, l'arbitre est libre de décider si un tel choix existe ou non¹²⁷⁶. Il y a lieu de penser que lorsqu'il sera amené à se prononcer sur l'existence d'un choix tacite, le tribunal arbitral disposera d'un pouvoir d'appréciation considérable ; sa sentence ne saurait, pour cette raison, être exposée à un risque d'annulation. En effet, l'ordre juridique français a développé une politique de faveur à l'arbitrage, se traduisant notamment par une volonté de favoriser la validité et la reconnaissance des sentences arbitrales. Les hypothèses d'annulation des sentences arbitrales sont désormais extrêmement rares. Seuls les vices les plus graves et les plus intolérables peuvent conduire à l'annulation d'une sentence. Or, le seul fait que le tribunal ait refusé de tenir compte d'un choix tacite qui est, par hypothèse, toujours incertain et sujet à contestation, ne paraît pas être constitutif d'un tel vice¹²⁷⁷.

656. Le constat que nous avons jusqu'à présent dressé est celui de la multiplicité et de l'hétérogénéité des textes applicables aux contrats internationaux. Pour donner un aperçu complet du tableau normatif, il nous faut désormais mettre en lumière un phénomène juridique connexe : celui de la pluralité et de l'éclatement des textes applicables en matière familiale.

B) La matière familiale

657. Pour les rapports juridiques s'inscrivant, *ratione materiae*, au sein de la sphère familiale, les règles gouvernant le processus de reconstitution de la volonté tacite sont différentes ; elles suscitent des difficultés d'interprétation originales. Nous étudierons tout d'abord le règlement « succession »,

¹²⁷⁵ En effet, l'article 1520 du même code prévoit que lorsque « le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée », la sentence peut être annulée. C'est ce qui explique qu'un tribunal qui n'aurait pas respecté le choix des parties puisse être sanctionné (E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 946).

¹²⁷⁶ P. Mayer, "The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator", *op. cit.*, p. 49.

¹²⁷⁷ Rapprochement : E. Gaillard, J. Savage, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 946 : "The third situation where an award may be set aside or refused enforcement on the grounds that the arbitrators failed to comply with their brief with regard to the merits of the case is that where they do not apply the rules of law chosen by the parties. For this to be the case the rules of law (whether a national law or transnational rules) governing the merits of the dispute must have been clearly identified by the parties, and the arbitrators must have failed to comply with that choice".

qui envisage expressément le problème du choix de loi tacite (1). Nous nous prononcerons ensuite sur les autres règlements européens qui, quant à cette question, demeurent silencieux (2).

1) *Les dispositions du règlement « succession »*

658. Dans son article 22, le règlement « succession » prévoit qu'une personne peut, par l'entremise d'un choix volontaire, soumettre sa succession à la loi de l'État dont il a la nationalité. Cette même disposition prévoit que « le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition ». Est-ce à dire que les choix de loi tacites peuvent valablement être pris en considération ? La doctrine a presque unanimement répondu par l'affirmative¹²⁷⁸. Des auteurs ont cependant soutenu qu'en matière de succession, le choix de la loi applicable devait nécessairement être exprès. Selon ces derniers, si l'article 22 oppose le choix « qui revêt la “forme d'une disposition à cause de mort” à un choix qui “résulte des termes d'une telle disposition”, c'est seulement parce qu'il n'exige pas que ce choix soit l'objet exclusif de l'*instrumentum* servant à son expression, mais autorise au contraire qu'il résulte d'une clause d'un testament ou d'un pacte successoral »¹²⁷⁹. Cette interprétation est séduisante, mais nous ne pouvons y souscrire.

659. L'article 22 doit être lu à l'aune du considérant 39. Or, ce dernier affirme que « le choix de la loi pourrait être considéré comme résultant d'une disposition à cause de mort dans le cas où, par exemple, dans sa disposition, le défunt avait fait référence à des dispositions spécifiques de la loi de l'État de sa nationalité ou dans le cas où il avait mentionné cette loi d'une autre manière ». Si le règlement admet que le choix puisse résulter de références à une loi nationale donnée, c'est bien qu'il admet la possibilité d'un choix tacite. En outre, la formule employée dans l'article 22 est proche de celle apparaissant dans l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Le parallélisme terminologique qui existe entre ces deux dispositions ne peut pas être fortuit. Si les rédacteurs du règlement « succession »

¹²⁷⁸ M. Goré, « La professio Juris », *Défrénois* 2013, p. 762 et s. et not. n° 9 ; E. Fongaro, « L'anticipation successorale à l'épreuve du “règlement successions” », *JDI* 2014, p. 477 et s. et not. p. 507 ; Ch. Bidaud-Garon, « La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012 », *JCP* 2013, p. 1109 et s. et not. n° 17 ; A. Bonomi, « Article 22 », *op. cit.*, p. 346 ; L. Perreau Saussine, « Le nouveau règlement européen “successions internationales” : un équilibre délicat entre juridique et judiciaire », *Europe* 2013, étude 6, n° 18 ; M. Revillard, *J.-Cl. Int.*, fasc. 557-50, 2018, n° 52. Comp : P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691 et s. et not. p. 721 ; S. Godechot-Patris, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.* 2012, p. 2462 et s. et not. p. 2465.

¹²⁷⁹ P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 604, v. la note de bas de page 26.

avaient véritablement voulu exclure la possibilité d'un choix tacite, ils n'auraient pas utilisé une formule aussi similaire à celle employée dans le règlement « Rome 1 ».

660. En conséquence, il nous semble qu'au sens du règlement « succession », un choix de loi tacite peut valablement être pris en considération. Cependant, à deux égards, l'article 22 du règlement « succession » se distingue de l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Tout d'abord, il n'édicte pas de standard de preuve spécifique. Alors que le règlement « Rome 1 » affirme que seul un choix certain pourra être pris en compte, rien de tel n'apparaît dans l'article 22 du règlement « succession ». Ensuite, le choix de loi doit nécessairement résulter des termes d'une disposition à cause de mort. Lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, les éléments de faits extérieurs au contrat — « les circonstances de la cause », selon la terminologie du règlement « Rome 1 » — ne peuvent pas être pris en considération.

661. Il faut maintenant analyser les dispositions des autres règlements européens pour déterminer si des conclusions semblables doivent prévaloir.

2) *Les autres règlements européens*

662. Les autres règlements européens applicables en matière familiale n'évoquent pas la question du choix tacite. Si l'article 5 du règlement « Rome 3 » prévoit que les époux peuvent choisir la loi régissant leur divorce, cette disposition ne précise pas si la désignation de la loi applicable doit ou non revêtir la forme d'une stipulation expresse¹²⁸⁰. L'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux, qui consacre le principe d'autonomie de la volonté, ne se prononce pas non plus sur cette question¹²⁸¹. Certains auteurs ont considéré qu'au sens de ces règlements, la désignation de la loi applicable devait nécessairement être expresse. Pour étayer leur interprétation, ils se sont fondés sur l'article 7 du règlement « Rome 3 » et sur l'article 23 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux,

¹²⁸⁰ V. à cet égard : H.-P. Mansel, "Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws", *op. cit.*, p. 155-156 : "Article 5 Rome III Regulation does not regulate, whether the choice of law needs to be made expressly or if it is sufficient that it may be implied. The question, whether an implied choice of law is admissible, is disputed in the field of application of the Rome III Regulation".

¹²⁸¹ La convention de La Haye du 14 mars 1978 prévoit, dans son article 11, que « la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ».

qui prévoient que le contrat d'*electio juris* est écrit, daté et signé par les deux époux¹²⁸². Selon ces auteurs, l'exigence d'un tel écrit aurait indirectement pour effet d'exclure toute possibilité d'un choix de loi tacite. À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur cette question.

663. Le protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires ne règle pas non plus la question du choix tacite. Il prévoit simplement que le contrat d'*electio juris* doit être écrit et signé par les deux parties. Là encore, il est difficile de déterminer si cette exigence formelle a indirectement pour corrélat d'exclure toute prise en considération du choix tacite.

664. Nous avons jusqu'à présent décrit le cadre textuel enserrant et limitant le pouvoir d'appréciation de l'interprète. Ce cadre est assez contraignant. En matière contractuelle, qui est le domaine dans lequel la recherche de la volonté tacite est prioritairement amenée à se déployer, le législateur européen exige la preuve d'une volonté certaine². La rigueur du standard de preuve aurait dû, *a priori*, contenir les velléités de la jurisprudence : on se serait — naïvement — attendu à ce que les choix de loi tacites soient rarement caractérisés. Or, c'est tout l'inverse qui s'est produit. Pour caractériser des choix tacites, la jurisprudence s'est à plusieurs reprises, fondée sur des indices de volonté peu probants et elle a corrélativement allégué l'existence de choix de loi tacites dans des hypothèses où ces derniers paraissaient particulièrement incertains.

II) La prolifération des indices jugés révélateurs d'un choix

665. Dans les discours doctrinaux relatifs à la volonté tacite, différents indices de volontés sont classiquement répertoriés. Nous allons maintenant examiner l'ensemble de ces éléments afin de les passer au crible d'une analyse critique ayant un double objet : déterminer si, en droit positif, ces indices sont pris en considération par la jurisprudence et déterminer si, d'un point de vue rationnel, ces indices peuvent « véritablement » révéler une volonté tacite. Nous montrerons qu'aucun indice de volonté n'est, envisagé en lui-même, parfaitement probant et de nature à révéler une intention certaine. Afin de procéder à cette analyse et pour ménager la clarté de notre exposé, une classification de ces indices devra être entreprise. Nous distinguerons les indices de volonté résultant des stipulations contractuelles (A) et les indices de volonté résultant de circonstances extérieures au contrat (B).

¹²⁸² Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 448 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 165. Les réflexions de Monsieur Azzi sont cependant assez nuancées. Comp, plus dubitatif : S. Fulli-lemaitre, « L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille », *op. cit.*, p. 11.

A) Les indices résultant des stipulations contractuelles

666. La langue dans laquelle l'acte juridique est rédigé peut-elle révéler un choix de loi tacite ? De notre point de vue, lors de la recherche de la volonté tacite des parties, la langue de rédaction du contrat ne devrait pas être prise en considération¹²⁸³. Pour un contrat rédigé en anglais, cette conclusion s'impose avec évidence¹²⁸⁴. Mais en réalité, quelle que soit la langue dont les parties ont fait usage, la conclusion devrait, selon nous, être la même¹²⁸⁵. Et pour cause, dans la mesure du possible, il est souhaitable que le contrat soit rédigé dans une langue que les deux parties sont en mesure de comprendre. Cette considération pratique peut se révéler décisive. Par exemple, un commerçant français conclut un contrat de vente avec un commerçant allemand. Le commerçant français parle parfaitement allemand. Le commerçant allemand, au contraire, ne maîtrise pas la langue française. Du fait de cette dernière considération, il est possible que le contrat soit rédigé en allemand. Mais à l'évidence, cela ne veut pas dire que les parties ont tacitement choisi le droit allemand.

667. Pourtant, la jurisprudence de la chambre sociale recèle de diverses décisions dans lesquelles la langue du contrat a été promue au rang d'indices révélateurs de la volonté des parties¹²⁸⁶. De même, en Suisse, lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, la langue de rédaction du contrat est parfois prise en compte¹²⁸⁷. Dans ces décisions françaises et suisses, les tribunaux se fondent toujours sur un faisceau d'indices convergents. La langue de rédaction de l'acte juridique n'est que *l'un* des nombreux indices pris en considération¹²⁸⁸. Ces décisions n'en restent pas moins contestables.

¹²⁸³ Sur cette question, v. M. Fernet, *La langue et le droit dans les relations commerciales internationales*, thèse Dijon, 2009, p. 205 et s.

¹²⁸⁴ En ce sens, M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 196 ; N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 242.

¹²⁸⁵ Comp. plus nuancé, H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 128-129 ; v. aussi E. Jayme, « Les langues et le droit international privé », *RCADI* 2017, t. 381, p. 29.

¹²⁸⁶ Soc. 19 janvier 2017, n° 15-20.095, *Rev. Crit. DIP* 2017. 409 ; Soc. 25 janvier 2012, n° 11-11.374, *D.* 2012 444 ; *D.* 2012. 2331 obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Dr. Soc.* 2012. 412, obs. J.-P. Laborde ; *JCP* 2012. 495, note A. Devers ; *JCP S* 2012, n° 1231, note J.-P. Tricoit ; *JDI* 2012. 1354 note A. Sinay-Cytermann ; Soc. 27 mai 2009, n° 08-41.908. V. aussi CA Aix-en-Provence, 16 avril 2015, n° 14/21925.

¹²⁸⁷ Tribunal fédéral, 19 août 2001, 4C.54/2000.

¹²⁸⁸ CA Paris, 10 avril 1972, *JDI* 1973. 363 : « la rédaction de la convention en langue allemande [...] ne peut suffire à établir la volonté des deux parties de se soumettre à la loi allemande dès lors qu'il existe des indices en sens contraire dont l'importance est décisive ».

668. Nous allons maintenant procéder à l'examen de trois indices dont la valeur est plus discutée : la référence au droit d'un État déterminé (1), l'existence d'une clause de choix de for (2) et l'utilisation d'un contrat type (3).

1) *Un choix déduit d'une référence au droit d'un État déterminé*

669. Parfois, le contrat se réfère à la loi d'un État (a). Dans d'autres cas, il se réfère à une convention collective (b). Du point de vue de la recherche de la volonté tacite, ces circonstances de fait sont — de notre point de vue — des indices pertinents.

a) Le renvoi du contrat à une législation nationale

670. Il arrive que le contrat se réfère, dans une ou plusieurs de ses stipulations, à des dispositions appartenant à une loi étatique déterminée. Par exemple, le contrat prévoit que le vendeur répondra des vices cachés dans les conditions prévues par les articles 1641 et suivants du Code civil français. Dans une telle hypothèse, cette référence aux dispositions du Code civil tend à montrer que les parties ont tacitement choisi le droit français¹²⁸⁹. Il en est de même dans le cas où le renvoi à une loi étatique ne serait qu'implicite. Par exemple, jusqu'à peu, pour certains contrats de cautionnements, l'article L. 331-1 du Code de la consommation imposait qu'une mention manuscrite très spécifique soit apposée sur l'*instrumentum*.

La caution devait écrire : « en me portant caution de X, dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X n'y satisfait pas lui-même ». L'apposition d'une telle mention conduit à penser que les parties ont tacitement voulu se soumettre au droit français. Pour que cette référence à des dispositions d'une loi étatique donnée soit révélatrice d'un choix de la *lex contractus*, il faut que les dispositions visées au sein du contrat relèvent du droit des obligations¹²⁹⁰.

¹²⁸⁹ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 916-917.

¹²⁹⁰ *A contrario*, si les parties se réfèrent à des dispositions relevant, par exemple, du droit fiscal ou du droit des sociétés, cela ne saurait révéler un choix tacite (M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 195). V. Cependant, CA Paris, 10 novembre 1993, *JDI* 1994. 678, note J.-M. Jacquet, *JCP G* 1994. II. 22 314, note B. Audit : pour établir l'existence d'un choix de la loi française, la Cour de cassation relève que les contrats litigieux « rappellent que les décisions du Conseil d'Administration ont été prises en conformité de l'article 98 du décret n° 67-237 du 23 mars 1967, la caution renonçant à l'opposabilité vis-à-vis des tiers prévue par ces textes ». De même, si les parties se réfèrent au sein de leur contrat à une loi de police, un choix de la *lex contractus* ne saurait être caractérisé (M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 195).

671. De notre point de vue, cette circonstance de fait — le renvoi au droit des obligations d'un État donné — est l'indice de volonté le plus probant et le plus convaincant. Il démontre que le contrat a été conçu en contemplation de la loi à laquelle il se réfère, qu'il porte le sceau de cette dernière¹²⁹¹. Est-ce à dire, cependant, qu'il révèle à lui seul une volonté certaine ? Nous ne le croyons pas. En premier lieu, le règlement « Rome 1 » autorise, en son article 3, le dépeçage du contrat¹²⁹². Dès lors, si le contrat se réfère à une loi étatique dans une seule de ses stipulations, l'interprète pourrait considérer que les parties ont voulu dépecer le contrat¹²⁹³. D'après cette interprétation, les parties auraient soumis leur contrat à l'empire d'une pluralité de lois : la loi applicable à défaut de choix, pour la majeure partie du contrat et, pour le reste, la loi auquel le contrat se réfère dans l'une de ses clauses. Certes, le dépeçage du contrat international est une pratique assez peu répandue¹²⁹⁴. Pour autant, cette possibilité théorique suffit à créer un doute, même faible : le choix de la loi applicable ne saurait être qualifié d'absolument certain¹²⁹⁵.

En deuxième lieu, il est possible que les parties aient simplement manifesté leur volonté de procéder à une incorporation des dispositions législatives visées au sein de la clause¹²⁹⁶. Intégrées au sein de la convention, les dispositions litigieuses auraient seulement la valeur de stipulation contractuelle et seraient placées sous l'autorité de la loi désignée au terme des facteurs de rattachement objectifs¹²⁹⁷.

¹²⁹¹ En doctrine, la référence à des dispositions nationales est très souvent perçue comme un indice révélateur d'un choix tacite : L. Gama, « Tacit Choice of Law in the Hague Principles », *op. cit.*, p. 350 ; N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 243 ; P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 156.

¹²⁹² Sur la notion de dépeçage, v. par exemple : C. Nourrissat, « Le dépeçage », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 205 et s. ; M. Ekemans, « Le dépeçage du contrat dans la convention de Rome », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Némésis, 1986, p. 243 et s. ; P. Lagarde, « Le dépeçage en droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. Priv. Proc.* 1975, p. 649 et s.

¹²⁹³ P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁹⁴ Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 170 ; C. Nourrissat, « Le dépeçage », *op. cit.*, p. 205.

¹²⁹⁵ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 152 ; N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 245 ; P. Remy-Corlay, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, thèse, Poitiers, 1997, p. 384.

¹²⁹⁶ N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 246 ; P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 384 ; P. Torremans, J.-J. Fawcett (dir.), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 15th edition, Oxford, 2017, p. 717 ; L. Collins of Mapesbury, J. Harris, *Divey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 1835-1836 ; P.E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁹⁷ Sur la notion d'incorporation par référence, v. Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 145 et s. (mais la notion revient ultérieurement dans les réflexions de cet auteur) ; D. Bureau, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif », in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125 et s. ; J.-M. Jacquet, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP* 1993-1995, p. 23 et s.

En troisième lieu, on ne peut exclure que ce renvoi à une législation nationale soit la trace, non pas d'un *choix*, mais d'une simple *conviction*. Si les parties se réfèrent, dans leur contrat, à une législation étatique donnée, c'est potentiellement parce qu'elles pensaient — à tort — que cette législation était nécessairement applicable. Or, le simple fait qu'elles aient pensé que cette législation était objectivement applicable ne signifie pas qu'elles aient, subjectivement, voulu soumettre leur contrat à ce droit¹²⁹⁸. Par exemple, si des contractants se réfèrent au Code civil français, cela peut potentiellement s'expliquer par le fait que les contractants aient spontanément pensé que le contrat était — du fait de ces liens objectifs avec l'ordre juridique français — soumis à ce droit¹²⁹⁹. En définitive, nous ne croyons pas que la référence aux dispositions d'une loi nationale donnée soit, en elle-même et envisagée isolément, de nature à démontrer l'existence d'un choix tacite certain. Il n'en reste pas moins que de notre point de vue, il s'agit d'un indice qui est dans l'ensemble et même envisagé isolément, très probant.

672. Du point de vue du droit positif, les ordres juridiques dont nous avons étudié les solutions s'accordent pour voir dans cet élément de fait un indice de volonté, propre à révéler un choix tacite. Dans plusieurs arrêts récents, en effet, la jurisprudence française a estimé qu'un choix du droit applicable pouvait être déduit de la référence à une législation étatique déterminée¹³⁰⁰. De notre point de vue, ces solutions reposent sur des indices de volonté probants. En Suisse, le tribunal fédéral a également affirmé que lorsqu'un contrat se réfère expressément aux dispositions ou aux institutions

¹²⁹⁸ Sur la forme, on s'inspire, sur ce point, de la formulation de Monsieur Y. Lequette : « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *Rev. Crit. DIP*, 1989, p. 277 et s. et not. p. 309.

¹²⁹⁹ Rapprochement : Th. Kadner Graziano, H. Meyle, "Swiss Perspectives on the Hague principles", in Girsberger (D.), Kadner Graziano (Th.), Neels (J.) (dir.), *Choice of law in international commercial contracts, Global perspectives on the Hague Principles*, Oxford university Press, 2021, p. 838 et s. et not. p. 845.

¹³⁰⁰ Com. 8 juin 2010, n° 08-16.298 ; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2010. 42, note J. Morel-Maroger ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 112, obs. M.-E. Ancel ; CA Versailles, 26 février 2020, n° 17/02931 ; CA Paris, 22 janvier 2004, n° 02-35086, *Lauzun c/ SAS Workman*, *RJS* 2004, n° 874. Pour le droit antérieur à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, v. Soc. 31 mai 1972, *Thuillier*, *Rev. crit. DIP* 1973. 683, note P. Lagarde ; *JCP* 1973. II. 17 317, note A. Lyon Caen ; Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1973, *JDI* 1974. 583, note J. Bigot ; CA Colmar, 5 novembre 1930, *JDI* 1932. 163 ; CA Rabat, 17 mai 1930, *JDI* 1931. 672.

V. cependant : CA Metz, 15 octobre 2014, n° 12/02803 : dans cette affaire, plusieurs articles du contrat de travail litigieux faisaient référence à des dispositions du droit allemand. L'employeur en déduisait que les parties avaient implicitement soumis leur contrat à ce droit. Pourtant, la Cour d'appel a estimé que le choix de la loi allemande n'était pas caractérisé, car la salariée — qui avait transmis à son employeur de nombreuses demandes de renseignements sur son contrat de travail — ne comprenait pas cette dernière langue. Ainsi, affirme-t-elle qu'« il ne peut, dans ces circonstances, être considéré qu'il résulte de façon certaine de la référence, dans le contrat de travail, à des dispositions du droit allemand que les parties ont fait le choix de ce droit pour régir leur relation ».

d'une loi spécifique, un choix tacite peut, dans certains cas¹³⁰¹, être caractérisé¹³⁰². En matière de succession internationale, la référence à une loi nationale donnée devrait, du fait du considérant 39 du règlement « succession », être également prise en considération¹³⁰³.

673. En somme, la référence aux dispositions d'une loi étatique donnée constitue un indice particulièrement probant. Lorsque le contrat se réfère à une convention collective, des conclusions similaires peuvent prévaloir.

b) Le renvoi du contrat à une convention collective

674. En droit français, il est largement admis que la convention collective est un « être » juridique hybride, à la fois constitutif d'un contrat et d'un règlement. Sa négociation relève d'un processus de formation contractuel, et la convention collective engage contractuellement les personnes qu'elle lie. Mais la convention collective est également une norme générale et abstraite qui, à l'instar de la loi — entendue *lato sensu*¹³⁰⁴ —, régit l'ensemble des relations de travail entrant dans son champ d'application. Or, sur le plan international, cette double nature de la convention collective n'est pas sans incidence. Puisqu'elle est de nature contractuelle, la convention collective peut être un *objet* du conflit de lois. De ce point de vue, il y a lieu de déterminer quelles sont les règles appelées à régir cette dernière¹³⁰⁵. Mais, dans la mesure où elle constitue également une norme régissant les relations de travail, et comme elle se rapproche de la loi, elle est aussi un *sujet* du conflit de lois¹³⁰⁶. En tant que telle, la convention collective a vocation à former, en droit international privé, une composante de la loi applicable au contrat de travail international¹³⁰⁷. C'est ce dernier aspect qui retiendra notre attention ici.

¹³⁰¹ V. les réserves formulées par Th. Kadner Graziano et H. Meyle : “Swiss Perspectives on the Hague principles”, *op. cit.*, p. 845.

¹³⁰² V. à ce sujet : Th. Kadner Graziano, H. Meyle, “Swiss Perspectives on the Hague principles”, *op. cit.*, p. 845 ; A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 291.

¹³⁰³ Sur ce considérant, v. *supra* n° 659.

¹³⁰⁴ *Lato sensu*, la loi désigne toute règle juridique formulée par écrit.

¹³⁰⁵ G. Lyon-Caen, « La convention collective de travail en droit international privé », *JDI* 1964, p. 247 et s. et not. p. 250.

¹³⁰⁶ G. Lyon-Caen, « La convention collective de travail en droit international privé », *op. cit.*, p. 251.

¹³⁰⁷ Dans l'arrêt *Masson*, la Cour de cassation a affirmé que les conventions collectives font « partie » de la loi applicable au contrat de travail international (Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1991, *Sté Masson*, *JDI* 1992. 357, note M.-A. Moreau, *Rev. crit. DIP* 1992. 314, 1^{ère} esp., note H. Muir Watt). Sur cette question, v. F. Jault-Seseke, « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 455 et s.

675. Lorsque la loi française régit le contrat de travail international, les conventions collectives faisant partie de cette dernière sont également applicables¹³⁰⁸. En particulier, la jurisprudence française estime que le choix de la loi applicable au contrat de travail international entraîne, corrélativement, l'application des conventions collectives s'intégrant au sein du droit choisi¹³⁰⁹. Par exemple, lorsque les parties soumettent leur contrat de travail au droit français, les conventions collectives en vigueur en France régissent également ce contrat.

676. Symétriquement, lorsque le choix des parties se porte sur l'application d'une convention collective, peut-on affirmer que les contractants ont désigné comme applicable le droit au sein duquel cette convention collective s'intègre ? Par exemple, si les parties soumettent leur contrat de travail à la convention collective des industries métallurgiques des Bouches-du-Rhône, un choix du droit français peut-il être caractérisé ? Au regard de la reconstitution de la volonté, la question n'est pas tant de savoir si, du point de vue de l'ordre juridique français, la convention collective est un fragment du droit objectif. Ce qui est décisif, c'est de déterminer si, du point de vue des parties, la convention collective a été perçue comme telle. Par exemple, en se référant à une convention collective française, les parties ont-elles eu conscience de se référer à une fraction du droit français ? Si l'on répond par l'affirmative, il y a un indice en faveur d'un choix tacite du droit français, car il est assez peu probable que les contractants aient voulu dépecer leur contrat en soumettant ce dernier à l'empire de sources de réglementation hétérogènes, appartenant à deux ordres juridiques différents.

Mais si les parties ont, au contraire, appréhendé la convention collective comme une réglementation autonome et décorrélée de la loi applicable au sein de laquelle cette dernière s'insère, l'inférence est plus discutable. C'est pourquoi, quant à cette question, il est difficile d'apporter une réponse catégorique et générale. Il n'est nullement exclu que les parties aient clairement distingué les deux problèmes : application de la convention collective d'une part, et application de la loi compétente d'autre part. Du reste, on ne peut pas exclure que les contractants soient parvenus à trouver un accord sur l'application d'une convention collective sans qu'un consensus ait été atteint sur la loi applicable au contrat. En définitive, de notre point de vue, si la référence à une convention collective est un indice

¹³⁰⁸ Soc. 29 septembre 2010, n° 09-68.851, n° 09-68.852, n° 09-68.853 : « Les règles d'application des conventions collectives étant fixées par des normes légales et impératives tendant à protéger les salariés, l'application du droit français emporte celle des conventions qu'il rend obligatoires ».

¹³⁰⁹ Soc. 26 juin 1997, n° 94-45.173.

de volonté pertinent, il n'est pas — envisagé en lui-même et isolément — révélateur d'une volonté certaine¹³¹⁰. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un indice qui, de notre point de vue, est très probant.

677. Lorsqu'elles sont amenées à se prononcer sur l'existence d'un choix de loi tacite, les juridictions françaises considèrent que la désignation d'une convention collective est un indice de volonté. Mais le choix d'une convention collective constitue-t-il, en lui-même et envisagé isolément, un élément révélateur d'un choix de loi implicite ? Lorsque la chambre sociale de la Cour de cassation affirme l'existence d'un choix de loi implicite, elle relève toujours un faisceau d'indices convergents¹³¹¹. Cela peut donner à penser que la référence à une convention collective n'est, par elle-même, pas décisive et qu'elle doit être corroborée par d'autres circonstances de fait. Mais en l'absence de toute véritable motivation des décisions de la Cour de cassation, et du fait de la casuistique à l'œuvre en cette matière, la valeur de cet indice est largement indéterminée.

La question de l'insertion d'une clause de choix de for génère les mêmes incertitudes.

2) *Un choix déduit d'une clause de choix de for*

678. On s'interrogera successivement sur la valeur de la clause d'élection de for (a) et sur celle de la clause d'arbitrage (b).

a) La clause d'élection de for

679. De la désignation d'un for étatique déterminé, peut-on inférer l'existence d'un choix du droit applicable ? On serait de prime abord tenté d'affirmer que déduire le droit applicable du choix du juge compétent contrevient au principe de séparation du *forum* et du *ius* ; distinction structurante sur laquelle la science des conflits de lois est édifiée¹³¹². En outre, une telle déduction est susceptible

¹³¹⁰ Sur cette problématique, v. N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 243. Pour Madame Joubert, la référence à une convention collective peut-être révélatrice d'un choix.

¹³¹¹ Soc. 27 mai 2009, n° 08-41.908 ; Soc. 4 juillet 2001, n° 99-44519 ; Soc. 16 novembre 1993, n° 90-16.030 ; CA Versailles, 26 février 2020, n° 17/02931 ; CA Metz, 22 novembre 2017, n° 17/00518.

¹³¹² V. à cet égard C.-S. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *Uniform Law Review*, 2023, p. 1 et s. et not. p. 14 : « The disadvantage of treating a forum selection agreement as decisive or one of strong presumption is that it could be interpreted as confusing jurisdiction with the choice of law ».

de nourrir une politique jurisprudentielle ouvertement *lex foriste*, fréquemment associée à un nationalisme juridique inacceptable¹³¹³. Cependant, plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de cette forme singulière de jonction du *forum* et du *ius*.

680. Les auteurs favorables à cette forme d'union du *forum* et du *ius* avancent, le plus souvent, deux arguments¹³¹⁴. Tout d'abord, les opérateurs du commerce international ne distingueraient pas toujours parfaitement la question du tribunal compétent et celle de la loi applicable¹³¹⁵. En attribuant compétence aux juges d'un État déterminé, les contractants penseraient que la loi de cet État est nécessairement applicable¹³¹⁶. Par exemple, en attribuant compétence à un juge français, l'opérateur du commerce international aurait spontanément pensé que le juge élu allait nécessairement appliquer la loi française.

Cet argument est séduisant et recèle sans doute une part de vérité. Cependant, si les parties ont inséré une clause d'élection de for au sein de leur contrat, n'est-on pas en droit de penser qu'elles connaissaient le principe de libre choix du droit applicable ? Monsieur P. Lagarde se prononce en ce sens. L'éminent auteur souligne que « les parties qui prennent la peine de choisir un for savent normalement qu'elles auraient pu choisir aussi la loi applicable. Si elles ne l'ont pas fait, l'interprétation de volonté la plus vraisemblable est qu'elles s'en remettent au droit international privé de l'État dont relève le tribunal élu »¹³¹⁷.

Mais le raisonnement de Monsieur P. Lagarde pourrait lui-même être discuté. En premier lieu, du fait que les parties ont inséré une clause d'élection de for, il est déduit qu'elles avaient sans doute connaissance de la faculté de choix de la loi applicable qui leur est concédée. Or, cela revient à spéculer sur un fait très incertain, car on doit noter que dans les contrats internes, les clauses d'élection de for

¹³¹³ Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, p.187.

¹³¹⁴ Quant à cette question, v. aussi G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 245. Cet auteur aborde le problème assez différemment.

¹³¹⁵ M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 154.

¹³¹⁶ Se prononçant très clairement en ce sens, v. S. Leible, « Choice of the applicable law », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, 2008, p. 61 et s. et not. p. 65.

¹³¹⁷ P. Lagarde, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 331 et s. et not. p. 335. En ce sens, v. aussi Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 446. Contra : C. Hahn, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II : L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP* 2006-2008, p. 187 et s. et not. p. 189-190.

sont, sous certaines conditions, également valables. Dès lors, un opérateur peut avoir l'habitude d'insérer des clauses d'élection de for dans les contrats qu'il conclut sans que cela ne révèle sa connaissance des règles de droit international privé. En second lieu, même si l'opérateur connaît le principe de libre choix du droit applicable, le fait qu'il n'ait pas inséré de clause d'élection de droit peut s'expliquer par un simple oubli. Un tel fait n'est donc pas nécessairement révélateur d'une volonté de s'en remettre au droit international privé du juge élu.

681. Ensuite, en faveur de cette forme particulière de jonction du *forum* et du *ius*, certains auteurs avancent un second argument. Ils relèvent que la corrélation du *forum* et du *ius* est, pour les parties contractantes, une solution opportune et avantageuse¹³¹⁸. Et de fait, deux avantages principaux résultent de la jonction du *forum* et du *ius*. En premier lieu, pour un juge, il est toujours plus facile d'appliquer son propre droit¹³¹⁹. Dans l'hypothèse d'une corrélation entre le *forum* et le *ius*, les risques d'une mauvaise interprétation ou d'une mauvaise application du droit étranger sont neutralisés. En second lieu, lorsque le juge applique sa propre loi, le litige est tranché plus rapidement, et les coûts pesant sur les parties — coûts de traduction, ou coûts découlant du problème de la preuve du droit étranger par exemple — sont réduits¹³²⁰. En conséquence, pour les contractants, il est généralement opportun de joindre le *forum* et le *ius*. Lorsque les parties ont inséré une clause d'élection de for au profit des juges d'un État déterminé, il serait dès lors possible d'affirmer que les parties ont également choisi le droit de cet État.

Ce deuxième argument n'emporte pas totalement notre conviction. En premier lieu, il y a lieu de penser que dans certains cas, les parties contractantes, ou au moins l'une d'entre elles, disposent de bonnes raisons de vouloir dissocier le *forum* et le *ius*. En second lieu, le simple fait que la jonction du *forum* et du *ius* soit généralement la solution la plus opportune ne signifie pas que les parties aient nécessairement eu la volonté d'adopter cette solution. Il faut — une nouvelle fois — affirmer que des contractants mal informés peuvent délibérément choisir une solution qui est contraire à leurs

¹³¹⁸ V. par exemple : S. Leible, « Choice of the applicable law », *op. cit.*, p. 61 et s. et not. p. 65 ; P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 143.

¹³¹⁹ R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *op. cit.*, not. p. 288.

¹³²⁰ V. not. S. Corneloup, « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 461 et s. et not. p. 468 ; C. Kessedjian, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales) », *RIDC* 1995, p. 373 et s. et not. p. 380.

intérêts. Monsieur T. Azzi relève ainsi que « ce n'est pas parce qu'une solution est réputée bonne — ce qui reste à prouver — que les parties l'ont nécessairement adoptée »¹³²¹.

682. En définitive, il nous semble que lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, la stipulation d'une clause d'élection de for peut valablement être prise en considération. De notre point de vue, la présence d'une clause d'élection de for constitue un indice de volonté. Néanmoins, il s'agit d'un indice de faible valeur¹³²². En conséquence, un choix de loi tacite ne saurait aucunement être déduit de ce *seul* indice. Déduire un choix implicite de la seule stipulation d'une clause d'élection de for reviendrait à donner effet à une volonté très incertaine et à nier le standard de preuve édifié à l'article 3 du règlement « Rome 1 ». L'interprète qui, dans de telles circonstances, affirmerait l'existence d'un choix de loi tacite se fonderait sur une fiction juridique. Précisément, il faut maintenant revenir sur les décisions ayant été consacrées par les tribunaux.

683. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la jurisprudence française avait considéré que l'insertion d'une clause d'élection de for était révélatrice d'un choix de loi tacite. Dans un arrêt remarqué, la Cour d'appel de Paris avait affirmé que « les parties, en choisissant les juges d'un des deux pays en cause, ont par là même, choisi la loi habituellement appliquée par ces juges »¹³²³. Selon toute vraisemblance, cette juridiction estimait qu'un choix de loi tacite pouvait être automatiquement déduit de la stipulation d'une clause attributive de juridiction¹³²⁴. Ultérieurement, la Cour de cassation fut également amenée à se prononcer sur la question¹³²⁵, mais chaque fois qu'elle

¹³²¹ « Intervention », *TCFDIP* 2010-2012, p. 185 ; v. aussi, dans le « corps » de la communication, T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 164.

¹³²² Contra : P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 116-117.

¹³²³ CA Paris, 21 juillet 1950, *Rev. crit. DIP* 1952. 706, note H. Batiffol. La position de cette juridiction rejoignait alors celle d'une éminente doctrine ; Batiffol considérait que « si les parties ont voulu être jugées par les juges de tels pays, il y a là la présomption la plus sérieuse qu'elles ont envisagé l'application par ces juges de leur propre loi » (H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 131). L'illustre auteur écrira ultérieurement que la clause attributive de juridiction peut être assimilée à une « désignation quasi-expresse » de la loi applicable (« Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 250).

¹³²⁴ Pour une même interprétation de l'arrêt, v. M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec 2011, p. 253 et s.

¹³²⁵ Civ. 1^{ère}, 27 octobre 1982, *GP* 1983.1. Pan 113 ; Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 689 ; Soc. 1 juillet 1964, *JDI* 65. 128, *Rev. crit. DIP* 1966. 47, note S. Depitre ; Civ. 1^{er} juillet 1964, *JDI* 1964. 128, note J. Robert. V. aussi, com. 8 juillet 1981, *D.* 82. I.R. 73, obs. B. Audit (mais faisant application de la théorie de la localisation du Doyen Batiffol) ; Soc. 26 novembre 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 707, note G. Wiederkehr (arrêt assez spécifique rendu dans le contexte d'un conflit entre le droit français et le droit de l'Alsace Moselle).

caractérisa un choix tacite, elle se fonda sur un faisceau d'indices convergents. Si elle était donc bien prise en considération, la clause d'élection de for ne constituait que *l'un* des éléments relevés au profit de la reconnaissance d'un choix tacite. Le poids exact de cet indice était, en conséquence, et du fait de l'impressionnisme de la jurisprudence, impossible à déterminer.

Au Royaume-Uni, antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, les juridictions britanniques ont considéré que la présence d'une clause d'élection de for constituait un indice de choix de loi particulièrement probant. Madame M. Scherer a montré que dans ce dernier pays, la présence d'une clause d'élection de for avait pour effet de créer, quant au droit applicable, une présomption « forte, voire irréfragable »¹³²⁶. Dans l'arrêt *Hellenic Steel Co v Svolamar Shipping*, qui concernait un contrat n'étant pas régi par la convention de Rome, Lord Bingham, en effet, affirma : « I would [...] infer that the parties intended their contracts to be governed by the law of the forum where disputes were to be tried unless there were strong indications that they did not intend or may not have intended this result »¹³²⁷. Sous l'empire de la convention de Rome, les mêmes solutions ont prévalu¹³²⁸. Les tribunaux britanniques ont, presque systématiquement, conclu que les parties ayant attribué compétence à une juridiction anglaise avaient implicitement assujéti leur contrat au droit anglais¹³²⁹. En définitive, au Royaume-Uni, la valeur attribuée à la stipulation d'une clause d'élection de for est considérable¹³³⁰.

684. Aujourd'hui, le douzième considérant du règlement « Rome 1 » prévoit qu'« un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». L'apport de ce considérant est double. Tout d'abord, aujourd'hui, lorsque le débat se porte sur l'existence d'un choix implicite du droit applicable, la stipulation d'une clause attributive de juridiction devrait être prise en considération. La clause

¹³²⁶ M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 266. En un sens assez similaire, v. L. Gama, « Tacit Choice of Law in the Hague Principles », *op. cit.*, p. 347.

¹³²⁷ [1991] Lloyd's Rep. 370 (EWCA).

¹³²⁸ *Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Mongolian Government* [2002] 2 All ER (Comm) 873.

¹³²⁹ J. Hill, « Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts », *ICLQ* 2004, p. 325 et s. et not. p. 329.

¹³³⁰ Dans une perspective comparatiste plus globale, v. C.-S.-A. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 11 et s.

d'élection de for doit être analysée comme un indice de volonté. Ensuite, le considérant se réfère expressément aux clauses « visant à donner compétence *exclusive* à une ou plusieurs juridictions d'un État membre ». Cette précision donne à penser que les clauses non exclusives sont, quant à la détermination du droit applicable, dépourvues de toute valeur¹³³¹, ou qu'à tout le moins, leur valeur est de moindre importance.

685. Cependant, le considérant génère également plusieurs difficultés d'interprétation. En premier lieu, lorsqu'elle est envisagée isolément, lorsqu'elle est le seul indice à la disposition du juge, une clause d'élection de for peut-elle révéler un choix tacite ? Ou, au contraire, faut-il que d'autres circonstances de fait viennent corroborer l'hypothèse d'un choix du droit de l'État du juge élu ? Dans la mesure où le considérant est frappé d'équivocité¹³³², on pourrait espérer trouver quelque indication utile au sein de la jurisprudence. Malheureusement, lorsqu'ils sont amenés à caractériser des choix tacites, les tribunaux français livrent peu d'informations. Si la présence d'une clause d'élection de for est fréquemment relevée, le choix tacite n'a jamais été déduit de ce *seul* indice¹³³³. La valeur qui doit être attribuée à cet indice de volonté est donc largement indéterminée. En Suisse, des solutions très similaires sont d'ailleurs consacrées par la jurisprudence. Lorsqu'elles procèdent à la reconstitution de la volonté tacite des contractants, les juridictions helvétiques prennent en considération la stipulation d'une clause d'élection de for. Néanmoins, pour que le choix de loi tacite soit établi, il faut que d'autres indices viennent consolider l'inférence procédant de la stipulation de la clause en question¹³³⁴.

¹³³¹ P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 147 ; O. Lando, P. Nielsen, « Rome I Regulation », *CMLR* 2008, p. 1687 et s. et not. p. 1699.

¹³³² Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, p. 183 et s. ; M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 277 et s. ; G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 241.

A titre de comparaison, on peut noter que l'article 4 des Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux est un peu plus clair. Il prévoit qu'« [u]n accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas *en soi* équivalent à un choix de la loi applicable ». Cela signifie qu'un choix implicite de la loi applicable ne peut pas être automatiquement déduit d'un choix de for. Le commentaire officiel ajoute cependant qu'il peut être l'un des facteurs à prendre en considération.

¹³³³ Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Rev. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel. V. aussi Com. 8 juin 2010, n° 08-16.298 ; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2010. 42, note J. Morel-Maroger ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 112, obs. M.E. Ancel (rendu en application de la Convention de Rome).

¹³³⁴ Tribunal fédéral, 19 janvier 2001, 4C.54/2000. V. aussi : Th. Kadner Graziano, H. Meyle, « Swiss Perspectives on the Hague principles », *op. cit.*, p. 845 : « Individual factors (such as contractual language and currency, jurisdiction clause [...]) are usually insufficient to construe a tacit choice of law. Nevertheless, if several of these factors point to the same law, they may serve as a basis for assuming a tacit choice of law ». Comp : A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 291.

686. En second lieu, si une clause d'élection de for est jugée invalide, peut-elle révéler un choix tacite ? Plusieurs auteurs ont considéré que la réponse à cette question dépendait de la cause de nullité. Par exemple, Monsieur S. Leible écrit : « if the forum selection agreement is void because consent is lacking, clearly, it cannot have an effect on the applicable law. In contrast, if the invalidity is based on other reasons, like the non-conformity with formal requirements, the agreement can nevertheless be used as an indication of the law that must be applied »¹³³⁵. Ce raisonnement est intéressant, mais nous ne pouvons que difficilement y souscrire.

Tout d'abord, l'exemple donné afin d'illustrer la distinction nous paraît mal choisi. Car précisément, l'édiction de conditions de forme répond à un objectif de protection du consentement. Dès lors que la contrariété à des conditions formelles est établie, l'acceptation de la clause est douteuse ; le consentement des parties devient sujet à contestation. Ensuite, il y a lieu de penser que dans une large majorité d'hypothèses, l'invalidité de la clause d'élection de for est liée, au moins indirectement, à la réalité du consentement. C'est pourquoi nous croyons que la distinction doctrinale précitée est peu praticable et qu'elle conduirait potentiellement à alimenter des discussions théoriques fort complexes. En définitive, il nous semble que si la clause est invalide, elle ne constitue pas un élément révélateur de la volonté tacite.

687. Il faut maintenant examiner une question qui, pour être similaire, ne se confond pas avec celle que nous avons examinée : celle de la valeur conférée à la clause d'arbitrage.

b) La clause compromissoire

688. Lorsque le contrat litigieux comporte une clause compromissoire indiquant expressément le siège de l'arbitrage, peut-on en déduire que les parties contractantes ont tacitement voulu soumettre leur contrat au droit en vigueur dans l'État du siège ? La question sera prioritairement amenée à se poser devant l'arbitre, mais elle pourrait également être soumise à l'appréciation d'un juge étatique¹³³⁶. Cette dernière situation se présentera, par exemple, lorsque la clause d'arbitrage est nulle. Le juge sera

¹³³⁵ S. Leible, « Choice of the applicable law », *op. cit.*, p. 66. En ce sens, v. également M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 273-274. Comp : P. Mankowski, « Article 3 », *op. cit.*, p. 147.

¹³³⁶ M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 263.

alors amené à se demander si cette clause peut révéler un choix du droit applicable¹³³⁷. Quoi qu'il en soit, que la question se pose devant le juge étatique ou devant le juge arbitral, la réponse devrait, de notre point de vue, être la même. Aux fins de l'identification d'un choix de loi tacite, la présence d'une clause compromissoire constitue un indice de très faible valeur. Deux raisons complémentaires commandent cette solution.

689. En premier lieu, en France, l'arbitrage est généralement perçu comme une procédure « délocalisée ». Il est souvent affirmé que l'arbitre n'a pas de for¹³³⁸. Il serait, selon certains, plus exact de dire que « l'arbitre a un for qui, comme celui des romans de Balzac, est l'univers »¹³³⁹. Quoi qu'il en soit, ce qui est sûr, c'est que d'après cette conception délocalisatrice, l'arbitre ne saurait en aucun cas être assimilé à un juge du siège. Partant, toute analogie avec la problématique de la clause d'élection de for devrait être rejetée ; le choix de la loi applicable ne pourrait pas être déduit d'une clause compromissoire indiquant le siège de l'arbitrage¹³⁴⁰. Certes, la conception délocalisée de l'arbitrage prévalant en France est rejetée par certains États et une partie de la doctrine a également contesté cette conception. Pour ces auteurs, le choix du siège pourrait être assimilé à une élection du droit régissant l'arbitrage¹³⁴¹. En désignant le siège de l'arbitrage, les parties auraient implicitement choisi la *lex arbitri*¹³⁴². Mais quoi qu'il en soit, même si l'on adhère à une telle conception, que l'on voit dans la désignation du siège un choix de la loi applicable à l'arbitrage est une chose ; que l'on y voit un choix du droit applicable *au fond du litige* en est une autre.

¹³³⁷ *Ibid.*, p. 263.

¹³³⁸ V. par exemple : E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI* 1983, p. 293 et s. et not. p. 298.

¹³³⁹ B. Goldman, Intervention après la communication de P. Mayer, « Les lois de police », *TCFDIP* 1988, p. 105 et s. et not. p. 117.

¹³⁴⁰ L. Gama, « Tacit Choice of Law in the Hague Principles », *op. cit.*, p. 348.

¹³⁴¹ S. Besson, « L'importance du siège de l'arbitrage », *RBAr* 2007, n° 13, p. 107 et s. et not. p. 109 ; G. Kaufmann-Kohler, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », *Rev. Arb.* 1998, p. 517 et s. et not. p. 528.

¹³⁴² Sur le concept de *lex arbitri*, S. Bollée, « L'arbitre international et la *lex arbitri* française », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 157 et s. Monsieur Bollée définit la *lex arbitri* comme la loi applicable « à l'ensemble des questions liées à l'arbitrage : celles relatives à la convention d'arbitrage, à la constitution du tribunal arbitral, à la procédure arbitrale, aux pouvoirs (et devoirs) des arbitres, etc. ». V. aussi : J.-M. Jacquet, « Droit international privé et arbitrage commercial international », *RCADI* 2019, t. 396, p. 9 et s. et not. p. 22 et s.

690. En second lieu, lors de la fixation du siège de l'arbitrage, des considérations géographiques peuvent se révéler décisives. Les parties peuvent fixer le siège dans un lieu proche de leur domicile¹³⁴³. De même, très souvent, des considérations procédurales exerceront une influence décisive sur le choix du siège. Par exemple, lors de la désignation du siège, la possibilité de s'adresser à l'autorité judiciaire locale en tant que juge d'appui sera prise en considération par les parties et leurs conseils¹³⁴⁴. L'intensité du contrôle de la sentence susceptible d'être opéré par les juridictions de l'État du siège en cas de recours en annulation entrera également dans l'équation du choix. Mais en tout état de cause, le choix du siège de l'arbitrage sera le plus souvent dicté par des considérations qui sont totalement extérieures à celles du droit applicable au fond du litige.

691. Lorsqu'elle a été amenée à se prononcer sur l'existence d'un choix tacite, la jurisprudence française a, naguère, accordé de l'importance au lieu du siège de l'arbitrage. Dans le droit jurisprudentiel antérieur à la convention de Rome, la stipulation d'une clause d'arbitrage constituait souvent un indice décisif. Les tribunaux français estimaient que les parties avaient exprimé une volonté de soumettre leur contrat au droit en vigueur dans l'État du siège¹³⁴⁵. Sous l'empire de la *Common Law*, les juges anglais avaient également accordé une grande importance au lieu de fixation du siège de

¹³⁴³ M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 275. Cependant, il faut noter que la fixation du siège dans un État ne veut pas dire que les opérations d'arbitrage se dérouleront nécessairement dans cet État. Les audiences peuvent se dérouler dans un lieu autre que celui du siège (S. Besson, « L'importance du siège de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 108 ; Th. Clay, « Le siège de l'arbitrage international entre “ordem” et “progresso” », in *Les Cahiers de l'arbitrage*, Pedone, Vol. V, 2011, p. 21 et s.). Mais d'un point de vue pratique, il n'en reste pas moins que « dans la plupart des arbitrages, le lieu matériel coïncide toujours avec le lieu juridique (G. Kaufmann-Kohler, « Le lieu de l'arbitrage à l'aune de la mondialisation », *op. cit.*, p. 534 ; G. Vial, « Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration », *Int'l Law*, 2017, p. 329 et s. et not. p. 332).

¹³⁴⁴ Rapprochement : G. Vial, « Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration », *op. cit.*, p. 337.

¹³⁴⁵ V. déjà Req. 8 janvier 1924, *JDI* 1924 974, *G.P.* 1924. 1. 405 : dans la mesure où le lieu de livraison des marchandises était fixé en Alsace-Lorraine, et dans la mesure où les parties avaient attribué compétence à la chambre arbitrale de la Bourse de Strasbourg, les juges du fond ont valablement pu considérer que les parties avaient l'intention de soumettre leur contrat au droit d'Alsace-Lorraine ;

Req. 8 décembre 1914, *D.P.* 1916. 1. 194, *JDI* 1916.1218 : « Les parties ayant décidé de régler leurs différends par “arbitrage à Londres” les juges du fond ont pu, par une interprétation légitime de leur volonté, considérer qu'elles s'étaient quant aux considérations de cet arbitrage, référées aux lois anglaises ». L'arrêt nous semble, néanmoins, particulièrement équivoque du fait de l'utilisation de l'expression « considérations de cet arbitrage ».

l'arbitrage. Dans la célèbre décision *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA*¹³⁴⁶, Lord Diplock affirma : « an arbitration clause is generally intended by the parties to operate as a choice of the proper law of the contract [...] unless there are compelling indications to the contrary in the other terms of the contract or the surrounding circumstances of the transaction »¹³⁴⁷.

692. Depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, quelles sont les solutions ? Le Rapport Giuliano-Lagarde a affirmé que la volonté des contractants pouvait être révélée par « le choix d'un lieu où les litiges doivent être tranchés par voie d'arbitrage dans des circonstances faisant apparaître que l'arbitre appliquera la loi en vigueur dans ce lieu ». Les tribunaux britanniques sont fréquemment amenés à déduire un choix du droit applicable de la désignation, par les parties, du siège de l'arbitrage¹³⁴⁸. Dans l'arrêt *Egon Oldendorff v Liberia Corp*, un choix de la loi anglaise fut, par exemple, déduit d'une clause prévoyant un arbitrage à Londres¹³⁴⁹. Un tel raisonnement n'emporte pas la conviction.

En France, la jurisprudence est beaucoup moins fournie, car lors du recours exercé à l'encontre d'une sentence, les tribunaux français ne contrôlent pas le raisonnement relatif à la détermination du droit applicable¹³⁵⁰. En conséquence, depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome, les tribunaux français n'ont pas rendu de décisions significatives à ce sujet. Il en est de même en Suisse, où la question de la portée d'une clause compromissoire fixant le siège de l'arbitrage n'a pas encore été tranchée¹³⁵¹.

693. Pour finir cet examen des indices résultant des stipulations contractuelles, examinons la question de l'utilisation d'un contrat type.

¹³⁴⁶ [1971] A.C. 572.

¹³⁴⁷ Cité in L. Collins of Mapesbury, J. Harris, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 1833.

¹³⁴⁸ *Ibid*, p. 1832 et s.

¹³⁴⁹ [1996] 1 Lloyd's Rep. 380.

¹³⁵⁰ Au contraire, au Royaume-Uni, lorsqu'un recours est exercé à l'encontre d'une sentence arbitrale, le processus de détermination du droit applicable est examiné (v. à ce sujet : M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 263).

¹³⁵¹ Th. Kadner Graziano, H. Meyle, « Swiss Perspectives on the Hague principles », *op. cit.*, p. 846.

3) Un choix déduit de l'utilisation d'un contrat type

694. Le contrat type peut être défini comme un modèle, rédigé par un tiers et utilisé par l'ensemble des membres d'une branche professionnelle pour « homogénéiser » le contenu de leurs contrats¹³⁵². En doctrine, l'utilisation d'un contrat type est souvent perçue comme étant révélatrice d'un choix du droit applicable. Plus précisément, lorsque le contrat est rédigé sous une forme standard, généralement utilisée dans le contexte d'un système de droit particulier, un choix du droit appartenant à ce système pourrait être caractérisé¹³⁵³. Messieurs Guliano et Lagarde se prononcent, par exemple, en ce sens. C'est, du reste, le raisonnement qui a été adopté par les juridictions britanniques dans l'arrêt *Amin Rasheed shipping Corp v Kuwait insurance Co*¹³⁵⁴. Selon Lord Diplock, l'utilisation d'un contrat type montrait que les parties avaient voulu soumettre leur contrat d'assurance maritime à la loi anglaise. Sous l'empire de la convention de Rome, les tribunaux britanniques ont également affirmé qu'un contrat de réassurance, rédigé sur un formulaire Lloyd's, et incorporant des clauses du marché londonien, avait tacitement été soumis au droit anglais¹³⁵⁵. En France, les décisions jurisprudentielles affirmant la valeur de cet indice sont plus rares¹³⁵⁶.

695. Que penser de ce raisonnement ? Monsieur T. Azzi a relevé qu'aujourd'hui, les contrats types comportent presque systématiquement une clause d'*electio juris*. Dès lors, selon cet auteur, si les parties « se sont inspirées du contrat type tout en mettant à l'écart sa clause d'*electio juris*, [...] l'on

¹³⁵² D. Mainguy, « Conditions générales », *J.-Cl. Contrats-Distribution*, fasc. 60, n° 2 ; E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 97 et s.

¹³⁵³ En ce sens, N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 243 ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 532. Rapprochement : H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 126. Il faut cependant bien garder à l'esprit que dans le système conçu par Batiffol, les parties ne peuvent pas directement choisir la loi applicable. Elles peuvent seulement localiser leur contrat dans un pays donné. Lorsque les parties contractantes insèrent une clause d'élection de droit au sein de leur contrat, c'est encore une forme de localisation (v. not. p. 38-39). En conséquence, quand Batiffol se prononce sur les indices que nous examinons, c'est toujours à propos de leur valeur localisatrice. Mais cette localisation dépend, au moins en partie, de la volonté des parties.

¹³⁵⁴ [1984] A.C. 50.

¹³⁵⁵ *Tieman v Magen Insurance Co Ltd* [2000], I.L.Pr. 517. En outre, en l'espèce, le contrat litigieux contenait des stipulations ayant toutes les caractéristiques de clauses rédigées à Londres conformément au droit anglais. Dans le même sens, v. *Thyrg Baltica International (UK) Ltd v Boston Compania De Seguros* [2004] EWHC 1986 ; *Gard Marine and Energy Ltd v Tunnicliffe* [2010] EWCA civ 1052 ; *Stonebridge Underwriting Ltd v Ontario Municipal Insurance Exchange* [2010] EWHC 2279. Dans ces arrêts, l'utilisation d'un contrat type est considérée comme un indice de choix, mais les tribunaux prennent le soin de relever d'autres éléments de fait corroborant cet indice. Sur cette problématique, v. J. Hill, « Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts », *op. cit.*, p. 331.

¹³⁵⁶ Civ. 19 février 1930, *Mardelé*, D.H. 1930. 228, *Rev. crit. DIP* 1930. 282, *JDI* 1931. 290. Cet arrêt, fréquemment cité, nous paraît cependant assez ambigu. V. aussi CA Paris, 26 octobre 1962, *Rev. crit. DIP* 1965. 535, note H.B.

devra en déduire qu'elles n'ont pas réussi à s'entendre sur la loi applicable »¹³⁵⁷. Au vu de cette objection, il nous semble que deux hypothèses doivent être distinguées. En premier lieu, le contrat type — c'est-à-dire le modèle contractuel dont les parties ont fait usage — comporte une clause d'élection de droit, et cette clause ne figure pas dans le contrat finalement conclu entre les parties. Dans ce cas, à l'évidence, l'utilisation du contrat type ne saurait révéler un choix tacite. Si les parties ont finalement écarté la clause d'élection de droit figurant dans le modèle initialement utilisé, un choix du droit applicable ne saurait être caractérisé. En second lieu, il est possible que le contrat type, ayant servi de modèle, ne comporte pas de clause d'élection de droit. Dans cette seconde hypothèse, à la condition que le contrat type en cause ait véritablement été élaboré en contemplation d'une législation donnée, l'utilisation d'un contrat type est un indice de choix du droit applicable.

696. Nous avons jusqu'à présent examiné les indices se rattachant aux stipulations contractuelles. Il faut désormais examiner les circonstances de la cause, c'est-à-dire l'ensemble des éléments extérieurs aux stipulations du contrat.

B) Les indices résultant des circonstances de la cause

697. Plusieurs indices s'insèrent au sein de la catégorie des circonstances extérieures au contrat. Selon certains auteurs, le recours à un officier public révélerait un choix de la loi de l'État auquel l'officier public est rattaché¹³⁵⁸. Par exemple, lorsque les contractants ont conclu un contrat devant un notaire français, il y aurait un indice en faveur d'un choix de la loi française. L'idée nous paraît digne de considération. On peut conjecturer que si les parties s'adressent volontairement à un officier public, c'est bien souvent parce que ce dernier est le dépositaire d'une expertise juridique singulière, qu'il connaît la teneur du droit de l'État l'ayant institué en tant qu'autorité. Indirectement, cela démontre que les parties voulaient que leur acte soit régi par la loi de l'État ayant institué cette autorité. Pour raisonner sur l'exemple précédemment cité, lorsque des contractants décident de conclure un contrat devant un notaire français, c'est potentiellement afin de bénéficier de sa maîtrise et de sa connaissance du droit français. Cela montre, indirectement, que les parties entendaient que leur acte soit régi par la loi française.

¹³⁵⁷ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 152.

¹³⁵⁸ Rapprochement : H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 126-127 : Là encore, précisons que du fait de son système, Batiffol se prononce sur la valeur localisatrice de cet élément.

698. À l'évidence, il est possible que les contractants aient recouru à cet officier public pour des raisons différentes. La volonté de conférer à leur contrat valeur d'acte authentique peut, par exemple, se révéler décisive¹³⁵⁹. Dès lors, envisagée en elle-même, cette circonstance du recours à un officier public paraît insuffisante. Cependant, s'il était corroboré par d'autres indices allant en ce sens, il nous semble que le recours à un officier public pourrait révéler un choix de loi tacite¹³⁶⁰. C'est, en l'occurrence, la position qui a été adoptée par la jurisprudence. Dans un arrêt du 8 juin 2010, pour caractériser un choix implicite du droit français, la Cour de cassation a notamment relevé que le contrat litigieux avait été conclu devant un notaire parisien¹³⁶¹.

699. Notre attention se portera désormais sur deux indices appelant des réflexions plus étoffées : la teneur de la loi applicable (1) et la localisation de la relation litigieuse (2). Nous chercherons à déterminer si ces indices peuvent révéler la volonté des contractants.

1) Un choix déduit de la teneur de la loi applicable

700. Au sein des indices classiquement répertoriés, deux éléments se rattachent à la teneur de la loi applicable. En premier lieu, lorsqu'un risque de nullité pèse sur le contrat international, doit-on considérer que les parties ont tacitement choisi la loi considérant le contrat comme valablement formé (a) ? En second lieu, peut-on affirmer que les contractants ont tacitement voulu soumettre leur contrat au droit le réglementant le plus minutieusement (b) ?

a) La loi validant le contrat

701. Cet indice de volonté, tiré de la teneur de la loi potentiellement applicable, pourrait hypothétiquement jouer un double rôle : un rôle *positif*, consistant à révéler un choix de la loi validant l'opération contractuelle ou, plus modestement, le rôle d'un indice *négatif*, ayant pour effet d'infirmier l'hypothèse d'un choix implicite de la loi annulant le contrat¹³⁶². Il nous paraît nécessaire de bien distinguer ces deux questions.

¹³⁵⁹ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 153.

¹³⁶⁰ Comp : T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 153.

¹³⁶¹ Com. 8 juin 2010, n° 08-16.298 ; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2010. 42, note J. Morel-Maroger ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 112, obs. M.-E. Ancel.

¹³⁶² Rapprochement : P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 119.

702. La première hypothèse est la suivante : l'une des lois en présence valide le contrat. Les lois des autres États auxquels le contrat se rattache annulent, au contraire, ce dernier. Peut-on affirmer que les parties ont tacitement choisi la loi validant le contrat litigieux ? Par exemple, une société française conclut un contrat avec une société allemande. Le droit français admet la validité du contrat. Le droit allemand, applicable à défaut de choix des parties, l'annule. Peut-on affirmer que les contractants ont tacitement choisi le droit français ? L'idée qui sous-tend une réponse affirmative est que les contractants ne pourraient avoir eu la volonté de conclure un contrat frappé de nullité. Il faudrait, dès lors, présumer que les parties ont choisi le droit admettant la validité du contrat.

703. De notre point de vue, cette analyse doit être rejetée¹³⁶³. Tout d'abord, dans toutes les hypothèses dans lesquelles l'une des parties s'estime victime d'un vice du consentement, comment concevoir que les parties aient tacitement choisi la loi réputant le contrat valide ? À l'évidence, rien ne permet de présumer que la partie étant victime d'un tel vice ait eu pour volonté de choisir une loi la privant de protection. Ensuite, en dehors des hypothèses de vices du consentement, même si les parties ont voulu conclure un contrat valide, cela ne signifie pas qu'elles ont voulu soumettre leur contrat à une loi qui répute ce contrat valide. Cela est d'autant plus vrai que les parties contractantes n'ont pas nécessairement connaissance des causes de nullité prévues par la loi applicable à défaut de choix. Or, si les parties n'avaient pas connaissance du risque d'annulation pesant sur leur contrat, rien ne permet d'affirmer qu'elles ont choisi la loi neutralisant ce risque. Ainsi, Batiffol soulignait « combien artificielle et illusoire est la conception qui voit les parties conscientes du danger de nullité et cependant ne pas désigner expressément une loi validant le contrat de sorte que le juge doit exclure la loi qui annule en se fondant sur leur volonté ! »¹³⁶⁴

¹³⁶³ Contra : B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 919 ; P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 533.

¹³⁶⁴ H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 51. Batiffol est cependant amené à ultérieurement nuancer cette affirmation (*Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 139).

Enfin, il est unanimement admis que le règlement « Rome 1 », comme les principales conventions de La Haye applicables en matière contractuelle, condamne le concept de contrat sans loi¹³⁶⁵. Or, si le juge présume — chaque fois que le contrat est exposé à un risque de nullité — que les parties ont choisi le droit validant le contrat, ne glisse-t-on pas imperceptiblement vers l'admission d'une forme de contrat sans loi ? Une *forme* de contrat sans loi, car dans la théorie du contrat sans loi, c'est la *loi choisie* qui, s'incorporant à la convention, en vient à perdre toute autorité. Ici, par un singulier renversement de perspective, ce serait la *loi applicable à défaut de choix* qui serait finalement privée d'une part assez considérable de son autorité. En définitive, présumer que les parties ont systématiquement choisi la loi validant leur contrat nous paraît à la fois artificiel et contraire à l'esprit du règlement « Rome 1 ».

704. Cependant, dans le droit jurisprudentiel antérieur à la convention de Rome, la Cour de cassation semble avoir fait droit à ce raisonnement, ou à tout le moins à un raisonnement analogue. Le célèbre arrêt *American Trading Company* peut être mentionné¹³⁶⁶. En l'espèce, un navire appartenant à la *Québec Steamship Company* déchargeait à Pointe-à-Pitre six cents sacs de farine pour le compte de l'*American Trading Company*. Les marchandises étant avariées, la société *American Trading* assigna la société *Québec Steamship* et le capitaine du navire pour obtenir des dommages-intérêts. Pour faire obstacle à l'action, la défenderesse invoqua la clause d'irresponsabilité insérée dans la charte-partie. En réponse à ce moyen de défense, la demanderesse soulignait que le contrat avait été expressément soumis à la loi de New York. Or, cette loi annulait la clause litigieuse. Dans une formule au caractère quelque peu sibyllin, la Cour de cassation affirma que même si les parties avaient expressément choisi la loi des États-Unis, « elles n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait

¹³⁶⁵ Le concept de contrat sans loi peut être entendu de deux façons très différentes. Tout d'abord, comme « un contrat détaché de toute loi étatique, porté par la seule volonté des parties et donc le régime juridique est exclusivement fixé par les stipulations contractuelles » (L. Gannagé, « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, p. 417 et s. et not p. 417-418). Ensuite, comme un contrat qui « tout en échappant à l'application d'une législation déterminée, n'en reste pas moins soumis à celle de règles non étatiques » (*Ibid*).

Sur le concept de contrat sans loi, v. également J.-M. Jacquet, thèse, *op. cit.*, p. 17 et s. ; J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.*, p. 912 et s. ; J.-P. Beraudo, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 93 et s. ; L. Peyrfitte, « Le problème du contrat sans loi », *D.* 1965, p. 113 et s. ; P. Level, « Le contrat dit sans loi », *TCFDIP* 1964-66, p. 213 et s. ; H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.* ; H. Batiffol, « Le rôle de la volonté en droit international privé », in *Arch. Phil. Droit*, 1957, p. 71 et s. et not. p. 73 et s. ; H. Batiffol, « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », in *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 271 et s. ; H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 63 et s.

¹³⁶⁶ Civ. 5 décembre 1910, *American Trading*, *Rev. dr. int.* 1911. 395 ; *JDI* 1912. 1156, *S.* 1911. 1. 129 ; GA n° 11.

pas été expressément prévu par la charte-partie ». Le résultat est clair : la validité de la clause d'irresponsabilité est affirmée. Mais le cheminement intellectuel qui conduit à ce résultat est beaucoup plus obscur. Deux interprétations de la décision ont, en effet, été suggérées.

705. Pour certains auteurs, la Cour de cassation aurait purement et simplement fait application de la théorie du contrat sans loi ; elle se serait ralliée à un subjectivisme « immodéré »¹³⁶⁷. La loi choisie par les parties serait simplement incorporée au sein de leur convention. La désignation d'une loi étrangère n'aurait pas pour effet de rendre applicables les dispositions législatives annulant le contrat litigieux ou l'une de ses clauses¹³⁶⁸. Selon cette analyse, « les dispositions de la loi choisie ne font que s'ajouter à des clauses écrites qui se suffisent à elles-mêmes ; s'incorporant au contrat, elles n'acquiescent sur celui-ci aucune autorité véritable »¹³⁶⁹. Mais une deuxième interprétation de la décision a pu être proposée. Selon cette dernière, la Cour de cassation aurait retenu l'existence d'un dépeçage implicite. Les parties contractantes auraient expressément soumis leur contrat à la loi américaine, mais elles auraient implicitement choisi de soumettre la clause d'irresponsabilité litigieuse à la loi française¹³⁷⁰. Or, comment expliquer ce dépeçage implicite ? L'idée qui sous-tend cette seconde interprétation de la décision tient à ce que les parties ne pourraient pas avoir eu la volonté de soumettre la clause litigieuse à une loi qui l'annule. Elles auraient, en conséquence, implicitement manifesté une volonté de soumettre cette stipulation à une loi différant de celle régissant le contrat principal.

706. Une seconde hypothèse doit être examinée. Les contractants semblent, *a priori*, avoir tacitement choisi une loi déterminée. Cependant, cette dernière annule le contrat. Dans une telle configuration, peut-on affirmer que les parties n'ont *pas* choisi la loi invalidant la convention ? En d'autres termes, la teneur de la loi choisie peut-elle être prise en compte pour infirmer l'hypothèse d'un choix

¹³⁶⁷ V. Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 116 ; J.-M. Jacquet, thèse, *op. cit.*, p. 23 et s. ; P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 67 ; J.-P. Be-raudo, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *op. cit.*, p. 94 ; P. Level, « Le contrat dit sans loi », *op. cit.*, p. 213 et s. et not. p. 219-220 ; L. Peyrfitte, « Le problème du contrat sans loi », *op. cit.*, p. 115 ; comp : H. Batiffol, « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », *op. cit.*, p. 272-273.

¹³⁶⁸ B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2006, p. 101.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 101.

¹³⁷⁰ V. en un sens assez similaire : P. Lagarde, « Le dépeçage en droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 656-657 ; B. Audit, « Choice of The Applicable Law By the Parties », *op. cit.*, p. 16. Comp : H. Batiffol, « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », *op. cit.*, p. 273 : « la solution positive de l'arrêt de 1910 consiste à admettre que dans un contrat soumis à une loi donnée les parties peuvent, même implicitement, soustraire à l'empire de cette loi des stipulations de leur contrat sur lesquelles pourtant la loi portait des prescriptions impératives ».

tacite qui, de prime abord, paraissait valablement caractérisé ? Par exemple, une société française conclut un contrat avec une société allemande. Le contrat en cause se réfère, dans plusieurs de ses stipulations, à la loi française. Un choix de cette dernière législation peut, de prime abord, être caractérisé¹³⁷¹. Cependant, la loi française, à la différence de la loi allemande, annule le contrat litigieux. Doit-on, en conséquence, exclure l'hypothèse d'un choix tacite et appliquer la loi désignée par l'article 4 du règlement « Rome 1 » ?

707. On serait, de prime abord, tenté de répondre par l'affirmative¹³⁷². Savigny se prononçait en ce sens : « l'application d'un droit local déterminé à une obligation repose principalement sur une présomption de soumission volontaire ; or, comment supposer la soumission volontaire à une loi qui n'admet pas la validité de l'obligation ? »¹³⁷³ Lorsque les parties ont choisi une loi qui annule le contrat, c'est — le plus souvent — parce qu'elles ignoraient la teneur des dispositions impératives appartenant à cette loi. Est-ce à dire qu'il n'y a, dans un tel cas, pas la moindre volonté des contractants ? En réalité, les parties ont bien *déclaré* une volonté : celle de soumettre leur contrat au droit choisi. Cependant, elles ont été victimes d'une forme d'erreur¹³⁷⁴. Si elles avaient connu les règles prohibitives intégrées au sein de la loi désignée, les parties contractantes n'auraient pas choisi de soumettre leur contrat à cette loi. En définitive, il existe un conflit entre la volonté réelle et la volonté déclarée¹³⁷⁵. Le choix de loi est assis sur une véritable déclaration de volonté. Cependant, la volonté réelle des contractants est au contraire inexistante, car ces derniers ont été victimes d'une forme d'erreur.

¹³⁷¹ V. *supra* n° 670.

¹³⁷² Sur cette question, v. H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 47 et s. ; Cl. Ferry, *La validité des contrats en droit international privé*, LGDJ, 1989, p. 24 et s. ; J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène-Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 727 et s. et not. p. 739 ; H. Batiffol, « La loi appropriée au contrat », *op. cit.*

¹³⁷³ F.-C. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, *op. cit.*, p. 273. Contra : J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 35.

¹³⁷⁴ On précise bien ici qu'on emploie le terme d'erreur dans un sens qui n'est pas rigoureusement identique à celui qui lui est conféré en droit des obligations. Rapprochement : V. Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 139 ; Cl. Ferry, thèse, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁷⁵ Rapprochement : H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 254.

708. Il reste alors à déterminer comment le droit positif résout ce conflit. Il est acquis que dans l'hypothèse où un choix exprès est effectué, la *lex contractus* peut annuler le contrat¹³⁷⁶. Comme cela est souligné par Monsieur S. Bollée, « bien que son titre d'application soit lié à un choix contractuel, la *lex contractus* reste conçue comme un ensemble de normes extérieur au contrat ; elle le surplombe, lui dicte ses exigences et a vocation, le cas échéant, à sanctionner leur violation »¹³⁷⁷. Cette dernière règle est fondée sur un principe de primauté de la volonté déclarée sur la volonté réelle. Contrairement à ce que les parties ont *réellement* voulu, la clause d'*electio juris* — qui n'est rien d'autre qu'une déclaration de volonté — reçoit application et déploie tous ses effets. Or, *a priori*, les motifs qui fondent cette règle affirmant la primauté de la volonté déclarée sur la volonté réelle — préservation de l'autorité de la loi choisie, condamnation du contrat sans loi — valent également pour le cas d'un choix tacite. Au terme d'une interprétation par analogie, on serait porté à affirmer que si la loi expressément choisie peut annuler le contrat, la loi ayant été tacitement désignée peut également invalider l'opération contractuelle.

709. Est-ce si sûr pourtant ? Peut-on vraiment assimiler le choix exprès et le choix tacite ? Dans l'hypothèse d'un choix exprès, la déclaration de volonté est univoque : les parties ont, sans conteste, exprimé une volonté de soumettre leur contrat au droit désigné au terme de la clause. Au contraire, dans l'hypothèse où le choix tacite paraît de prime abord caractérisé, la déclaration de volonté est généralement porteuse d'une certaine équivocité ; elle charrie avec elle un flot d'incertitudes. Faut-il alors nécessairement donner effet à cette déclaration de volonté, qui semble en outre contraire à la volonté réelle des contractants ? La réponse ne paraît pas évidente, mais de notre point de vue, l'interprétation analogique doit être privilégiée. On doit considérer que les parties peuvent tacitement soumettre leur contrat à une loi qui annule ce dernier.

¹³⁷⁶ C'est, du moins, la solution qui prévaut lorsque le litige est porté devant les juridictions étatiques. Devant l'arbitre international, les solutions sont beaucoup plus incertaines. V. à ce sujet : S. Bollée, C. Pérès, « Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre », *Rev. Arb.* 2017, p. 93 et s. ; S. Bollée, « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », *Rev. arb.* 2016, p. 676 et s. et not. p. 680 ; F. Perret, « Resolving Conflicts between Contractual Clauses and Specific Rules of the Governing Law Strict Application of the Law or Flexible Approach », in F. Bortolotti, P. Mayer (dir.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, ICC, 2014, p. 109 et s. ; P. Mayer, « La liberté de l'arbitre », *op. cit.*, p. 355 et s.

¹³⁷⁷ S. Bollée, « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », *op. cit.*, p. 680. v. aussi M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 175 : « Du subjectivisme demeure la liberté des parties de choisir la *lex contractus*, sans qu'il y ait lieu de considérer la clause de choix comme un simple indice de localisation. Mais cette liberté de choix n'est que celle de soumettre le contrat à la loi qui sied le mieux aux parties, en assumant le risque que leur choix soit peu avisé et que la loi choisie annule leur contrat ».

710. Dans l'arrêt *Zanarelli*, la Cour de cassation s'est prononcée sur une problématique assez similaire¹³⁷⁸. En l'espèce, il était question d'un contrat conclu entre un représentant de commerce italien, résidant et travaillant en Italie, et une société française. La question de la loi applicable à ce contrat fut amenée à se poser. Le pourvoi estimait que différents indices rendaient le choix de la loi française vraisemblable : conformité du contrat avec les conditions légales du statut des voyageurs et clause attribuant compétence au conseil des prud'hommes de Lyon notamment¹³⁷⁹. Cependant, en l'espèce, l'application de la loi française aurait eu pour effet d'annuler deux des stipulations du contrat litigieux.

Dans un tel contexte, un choix de la loi française pouvait-il être établi ? La Cour de cassation se retrancha derrière l'appréciation souveraine de la Cour d'appel : « observant que le contrat litigieux comportait deux dispositions qui auraient été frappées de nullité par la loi française, [...] la Cour d'appel, interprétant souverainement l'intention des parties au moment où elles ont contracté pour un travail hors de France, a pu estimer que celles-ci avaient ainsi entendu se soustraire à la loi française ». Ainsi, pour exclure l'hypothèse d'un choix de la loi française, la Cour d'appel — approuvée par la Cour de cassation — se fonda sur la teneur de cette loi.

711. Il faut maintenant examiner un second élément se rattachant à la teneur des lois en présence : le caractère manifestement plus « approprié » du contenu d'une des législations en conflit.

b) La loi comprenant les règles les plus précises

712. Parfois, l'une des législations en conflit comprend un ensemble de règles supplétives particulièrement étoffé ; elle régit plus minutieusement l'opération économique projetée par les parties¹³⁸⁰. De même, en certaines occasions, une des lois en présence peut « ignorer » le contrat en cause, alors qu'une autre le considère comme un contrat nommé. Or, dans chacune de ces deux situations, ne doit-on pas considérer que les parties ont tacitement voulu soumettre leur contrat à la législation la plus élaborée et la plus complète ?

¹³⁷⁸ Soc. 5 mars 1969, *Zanarelli*, *Rev. crit. DIP*, 1970. 280, note H. Batiffol.

¹³⁷⁹ Sur la valeur de ces indices, v. H. Batiffol, note sous soc. 5 mars 1969, *Rev. crit. DIP* 1970, p. 280 et s. ; J.-M. Jacquet, thèse, *op. cit.*, p. 38 et s.

¹³⁸⁰ V. À ce sujet, C. Kessedjian, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales) », *op. cit.*, p. 383.

713. Trois obstacles s'opposent à la prise en considération de la teneur des lois en présence. En premier lieu, un contrat déterminé ne sera jamais véritablement « ignoré » par l'une des lois en présence. Au sein de tout système juridique se trouve un droit commun des contrats sur lequel le juge pourra s'appuyer¹³⁸¹. Certes, dans certaines hypothèses, les réponses susceptibles d'être fournies par l'une des lois en présence pourront sembler plus incertaines et plus controversées. Du fait de l'absence de socle normatif suffisamment fourni, la solution à la question litigieuse devra être révélée par le jeu d'une interprétation judiciaire qui, au besoin, se fera créatrice¹³⁸², mais le contrat ne sera jamais réellement « ignoré » d'une loi en présence.

714. En deuxième lieu, lorsque l'un des systèmes juridiques en cause comporte une réglementation plus dense, cette dernière peut tout aussi bien être composée de règles supplétives que de règles impératives ayant pour effet de restreindre et de juguler la liberté des contractants. En particulier, si la loi la plus étoffée a pour effet — par le jeu d'un forçage du contrat — d'imposer aux contractants des obligations spécifiques, telles que des obligations d'information ou de sécurité, il serait hasardeux d'imputer aux parties le choix tacite de cette réglementation. Dans la mesure où le choix s'avère défavorable à l'un des contractants, il n'est pas certain que les parties soient parvenues à trouver un accord.

715. En troisième lieu, même à supposer que l'une des législations en conflit soit constitutive d'une réglementation plus dense et faite de règles supplétives, il reste assez artificiel et hasardeux de réputer les parties conscientes des avantages prêtés à cette législation. En d'autres termes, même si l'une des lois en concurrence est nettement plus appropriée pour régir l'opération projetée par les parties, ces dernières n'avaient pas nécessairement connaissance de la teneur et de la « supériorité » de cette loi. En conséquence, de notre point de vue, le fait que l'une des lois en conflit réglemente plus précisément l'un des contrats en cause ne saurait révéler un choix tacite.

¹³⁸¹ M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 195.

¹³⁸² Rapprochement : H. Batiffol, note sous civ. 29 octobre 1974, *op. cit.*

716. En revanche, l'hypothèse d'un contrat « ignoré » par l'une des lois en présence est peut-être plus sujette à discussion¹³⁸³. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a affirmé qu'un trust, mécanisme inconnu du droit français, devait être régi par la loi qui le connaît — en l'occurrence la loi américaine — et sous l'empire de laquelle les parties ont voulu se placer¹³⁸⁴. Pour ce qui est de l'hypothèse d'une loi tacitement écartée par les parties, car ne fournissant pas une réglementation suffisamment appropriée, une décision de la Cour de cassation en date du 29 octobre 1974 est parfois citée¹³⁸⁵, mais sa portée est sujette à discussion¹³⁸⁶. Dans cette dernière décision, la Cour de cassation avait fait application de la théorie de la localisation du Doyen Batiffol. Elle avait affirmé que dans la mesure où la loi saoudienne n'était pas appropriée à l'économie de la convention, les juges du fond avaient valablement pu décider d'appliquer la loi française.

717. En définitive, de notre point de vue, la teneur des lois en conflit ne devrait que très rarement être prise en considération. De même, lors de la reconstitution de la volonté tacite, la localisation de la relation juridique litigieuse devrait être indifférente.

2) *Un choix déduit de la localisation de la relation juridique*

718. Chez un certain nombre d'auteurs, les notions de localisation et de volonté tacite étaient étroitement entremêlées. Dans l'affaire des époux de Ganey, Dumoulin soutint que le régime matrimonial coutumier n'était qu'un régime conventionnel tacite et que les époux étaient censés avoir tacitement soumis ce régime à la coutume de leur domicile¹³⁸⁷. Au XV^e siècle, Rochus Curtius avait

¹³⁸³ H. Batiffol, « La loi appropriée au contrat », *op. cit.*, p. 5. Selon Batiffol, « l'exemple du contrat inconnu d'une des deux lois en présence [...] peut justifier l'inférence que le silence des parties signifie leur volonté de placer leur opération sous l'empire de l'autre loi. Il sera d'ailleurs assez rare que les termes du contrat ne justifient pas cette inférence, par l'emploi de termes empruntés à la loi qui connaît le contrat ». Pour l'hypothèse de la loi régissant de manière plus complète l'opération en cause, il relève au contraire que « la présomption de choix est beaucoup moins justifiable ». En ce sens, v. aussi P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 523-533.

¹³⁸⁴ CA Paris, 10 janvier 1970, *Rev. crit. DIP* 1971. 518, note Droz : « s'agissant d'une convention conclue en langue anglaise devant le consul des États-Unis d'Amérique, ayant pour objet des biens situés dans ce pays et *empruntant une institution propre à la loi américaine*, il est manifeste que les contractants ont entendu se placer sous l'empire de cette loi » (nous soulignons). V. aussi Trib. Mixte Saïgon, 3 novembre 1951, *Rev. Crit. DIP* 1952. 319, note A. Ponsard.

¹³⁸⁵ Civ. 29 octobre 1974, *Bull. civ.* I, n° 287 ; *Rev. Crit. DIP* 1976. 91, note H. Batiffol ; *JDI* 1975. 314, note Ph. Fouchard.

¹³⁸⁶ H. Batiffol, note sous Civ. 29 octobre 1974, *Rev. Crit. DIP* 1976. 91.

¹³⁸⁷ Sur ce sujet, v. not. B. Ancel et H. Muir Watt, « Annotations sur la consultation 53 de Du Moulin traduite en français », in *Le monde du Droit ; Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, p. 1 et s. ; B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 211 et s.

G.-A.-L. Droz, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », *RCADI* 1974, t. 143, p. 1 et s. et not. p. 11 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 258 ; V. également : P. Lagarde, « Régimes matrimoniaux », *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 2020, v. not. n° 12 ;

également affirmé qu'en contractant en un lieu donné, les parties s'étaient volontairement soumises à la loi de ce lieu¹³⁸⁸. L'idée devait se déployer et, bien des années plus tard, elle trouva un certain écho outre-Atlantique. Pour Story, « the validity of a contract is to be decided by the law of the place where it is made »¹³⁸⁹. Il ajoutait : « The ground of this doctrine, as commonly stated, is that every person, contracting in a place, is understood to submit himself to the law of the place, and silently to assent to its action upon his contract »¹³⁹⁰. Ainsi, pour Story, la volonté tacite n'était pas érigée en un rattachement autonome, mais elle était présentée comme le fondement de la solution localisatrice ayant sa faveur.

719. C'est peut-être chez Savigny que le procédé localisateur s'est trouvé le plus étroitement lié à la notion de volonté. Pour Savigny, lors de la détermination du droit applicable à un rapport de droit, l'opération de localisation est fondamentale. Dans les hypothèses de conflits, le droit applicable est celui du lieu où est localisé le siège du rapport de droit. Si la recherche des points d'ancrages par lesquels la situation juridique s'enracine au sein du territoire d'un État donné est fondamentale, l'opération de localisation ne se réduit pas à une analyse purement géographique, qui ferait fi des attentes intersubjectives des parties au rapport de droit. La loi qui, par l'entremise de la méthode de la localisation, est jugée applicable au rapport de droit est celle à laquelle les parties se seraient volontairement soumises¹³⁹¹. Chez Savigny, il n'y a pas de recherche de la volonté tacite, mais la notion de soumission volontaire — qui n'est pas sans rappeler celle de volonté tacite — vient néanmoins habiller les solutions localisatrices d'un vêtement volontariste¹³⁹². C'est dire que dans ces différents discours doctrinaux se révèlent les entrelacs de l'objectivisme et du subjectivisme.

¹³⁸⁸ V. à ce sujet : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 64 ; T. Azzi : « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 147-148.

¹³⁸⁹ J. Story, *Commentaries on the conflict of laws*, 1^{ère} édition, 1834, §242, cité par J.-H. Beale, « What Law Governs the Validity of a Contract. I », *Harvard Law Review*, nov. 1909, Vol. 23, p. 1 et s. et not. p. 9.

¹³⁹⁰ Story nuance ensuite cette affirmation, car il déclare : « It would be more correct to say, that the law of the place of the contract acts upon it, independently of any volition the parties, in virtue of the general sovereignty possessed by every nation to regulate all persons, property, and transactions within its own territory » (*Ibid*, p. 9).

¹³⁹¹ P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 209 et s. et not. p. 211-212, également cité par L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 120, note de bas de page n° 231 : « La localisation chez Savigny s'exprime surtout dans le lien spatial qui existe entre une situation juridique et une loi, il ne s'agit pas pour autant d'un phénomène purement physique. Car [...] la loi applicable en vertu d'un critère de localisation est celle à laquelle les parties se seraient soumises : la localisation comporte donc un aspect subjectif ou psychologique ».

¹³⁹² Monsieur Y. Lequette relève que « sous couvert de “soumission volontaire”, Savigny localise objectivement les rapports de droit en fonction de leur “nature” afin d'en déterminer le “siège” (Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 85).

Sur le concept de soumission volontaire, v. aussi B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 487 et s.

720. En jurisprudence, retrouve-t-on cette même imbrication des concepts de volonté tacite et de localisation ? La réponse paraît bien positive. Dans le cadre de la jurisprudence française, cette imbrication des concepts de volonté tacite et de localisation prend une forme singulière : dans nombre d'arrêts, la volonté tacite des contractants a été déduite de la localisation du contrat litigieux¹³⁹³. Il y a donc bien une compénétration des concepts de localisation et de volonté tacite. Pour le démontrer, nous examinerons successivement la jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 3 de la convention de Rome et du règlement « Rome 1 » (a) et la jurisprudence relative à la détermination de la loi applicable aux régimes matrimoniaux (b).

a) La jurisprudence relative à l'article 3 du règlement « Rome 1 »

721. Dans plusieurs arrêts, le processus de reconstitution de la volonté tacite a été fondé sur des indices de localisation. Cette tendance a été particulièrement marquée dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative au contrat de travail international. Un premier exemple, tiré d'un arrêt en date du 28 octobre 1997, permettra d'illustrer ces propos¹³⁹⁴. En l'espèce, il était question d'un salarié de nationalité française, engagé par une société française pour travailler sur un chantier au Pakistan. Le contrat ne comportait pas de clause d'élection de droit. Néanmoins, la Cour de cassation considéra que les parties avaient tacitement choisi la loi française. Pour caractériser ce choix, elle releva différents indices. Le contrat avait été conclu en France, entre une société française et un ressortissant français. Il avait pris effet en France avant le départ du salarié pour le Pakistan, et la rémunération du salarié était stipulée en francs.

L'arrêt du 29 novembre 2000 peut également être mentionné. Dans ce dernier, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que le contrat de travail avait tacitement été soumis au droit français¹³⁹⁵. Pour établir l'existence de ce choix, la Cour de cassation s'est fondée sur deux indices. D'une part, elle a relevé que l'employeur était une société de droit français. D'autre part, elle a relevé

¹³⁹³ Antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la volonté tacite des parties contractantes était souvent déduite de la localisation de leur convention. V. par exemple : Req. 7 février 1862, *S.* 1862. I. 376 : « Les contractants sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui régissent les contrats » ; Soc. 1 juillet 1964, *JDI* 1965. 128, *Rev. crit. DIP* 1966. 47, note S. Depitre : « Les juges du fond, interprétant l'intention des parties qui, toutes deux de nationalité française, avaient contracté en France en attribuant expressément compétence à une juridiction française pour connaître de leurs différends ont pu estimer qu'elles avaient entendu que leurs conventions soient régies par la loi française ».

¹³⁹⁴ Soc. 28 octobre 1997, n° 94-42.340, *D.* 1998. 57, concl. Chauvy ; *Dr. soc.* 1998. 186, note Moreau.

¹³⁹⁵ Soc. 29 novembre 2000, n° 98-41.724.

que le contrat de travail avait pris effet en France, où le salarié avait accompli un stage. Plus généralement, dans plusieurs arrêts de la chambre sociale, le choix de la loi applicable a été déduit de la localisation du contrat de travail litigieux¹³⁹⁶. La première chambre civile, qui paraissait à l'origine plus rigoureuse, a également accueilli ce type de raisonnement localisateur¹³⁹⁷.

722. En Suisse, la jurisprudence a également tendance à déduire le choix de la loi applicable de la localisation du contrat. L'arrêt du tribunal fédéral en date du 19 août 2001 le démontre¹³⁹⁸. En l'espèce, la Cour cantonale avait relevé que le contrat litigieux avait été passé en Suisse, qu'il était rédigé en français, que la monnaie était le franc suisse, que l'ouvrage devait être exécuté dans ce même pays, qu'il contenait une clause de prorogation de for au profit des juges suisses et que « les parties se référaient à la norme SIA 118 ». Elle en avait déduit l'existence d'un choix tacite de la loi suisse. Le tribunal fédéral a estimé que les indices relevés par la Cour cantonale étaient pertinents et que « s'ils n'étaient peut-être pas déterminants à eux seuls, leur cumul permettait en revanche assurément de retenir l'existence d'une élection de droit tacite en faveur de la loi suisse ».

723. Les juridictions britanniques ont, parfois, également déduit l'intention des parties de facteurs de localisation du contrat¹³⁹⁹. Ainsi, dans l'affaire *American Motorists Insurance Co (Amico) v Cellstar Corp*, les juridictions anglaises ont déduit un choix de la loi texane du fait qu'une société basée au Texas avait choisi, au nom de l'ensemble de son groupe de sociétés, de négocier une couverture mondiale au Texas avec des assureurs également basés au Texas¹⁴⁰⁰. Dans une perspective comparatiste plus globale, il a été montré que de nombreuses juridictions nationales avaient été amenées à déduire de la localisation du contrat litigieux un choix de loi tacite¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁶ Soc. 4 juillet 2001, n° 99-44.519 ; Soc. 10 février 1998, n° 95-44.449 ; Soc. 26 juin 1997, n° 94-45.173 ; CA Aix-en-Provence, 8 juin 2017, n° 15/04715 ; CA Colmar, 9 juin 2011, n° A10/02652. V. aussi, concernant des contrats de travaux conclus antérieurement à la convention de Rome : Soc. 25 janvier 2012, n° 11-11.374. V. cependant, refusant d'admettre l'existence d'un choix tacite de la loi française : Soc. 1 février 2017, n° 15-21.198, *Rev. crit. DIP* 2017. 409, note D. Sindres ; Soc. 28 mars 2012, n° 11-12.778, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seséke ; *Rev. crit. DIP* 2012. 587, note S. Corneloup.

¹³⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Rev. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel.

¹³⁹⁸ Tribunal fédéral, 19 janvier 2001, 4C.54/2000.

¹³⁹⁹ P. Torremans, J.-J. Fawcett (dir.), *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, *op. cit.*, p. 722.

¹⁴⁰⁰ [2003] EWCA Civ 206, [2003] IL Pr 22.

¹⁴⁰¹ C.-S.-A. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 5.

724. Or, une telle orientation est doublement contestable. Tout d'abord, ces solutions posent un problème méthodologique. En déduisant le choix tacite d'éléments objectifs, cette jurisprudence a pour effet de brouiller la frontière qui sépare les méthodes objectives des méthodes subjectives. C'est une question que nous examinerons plus précisément ultérieurement¹⁴⁰². Ensuite, et c'est ce qui retiendra notre attention ici, du point de vue de la recherche de la volonté tacite, ces indices de localisation nous paraissent peu probants. Ils ne sauraient aucunement révéler la volonté des contractants.

Lorsque le contrat se localise — de façon prépondérante — sur le territoire d'un État déterminé, peut-on légitimement considérer que le choix de la loi de cet État est certain ? *A priori*, une réponse négative s'impose ; il est difficile de voir en quoi des indices objectifs, afférents à la localisation du contrat, pourraient révéler un choix de la loi applicable. Certes, la localisation de la convention dépend de la volonté des contractants : ces derniers choisissent, en particulier, le lieu de conclusion et le lieu d'exécution de la convention. Mais ce sont des motifs économiques et, plus généralement, des considérations extérieures à la sphère du droit qui orientent et déterminent ces choix. Il est, dès lors, difficile de voir en quoi la localisation du contrat pourrait révéler un choix de la loi applicable.

725. Et pourtant, ces premières affirmations doivent être nuancées. En effet, lorsque la relation s'enracine au sein d'un ordre juridique déterminé, lorsque le rapport de droit litigieux se localise — de façon prépondérante — sur le territoire d'un État, les parties auront, peut-être, pensé que la loi de cet État était nécessairement applicable¹⁴⁰³. En d'autres termes, lorsque la relation juridique a des liens particulièrement étroits avec un État, les parties peuvent *s'attendre* à ce que la loi de cet État soit déclarée applicable. Supposons qu'un ressortissant français soit recruté en tant que salarié par une société chinoise. Le contrat de travail est conclu en Chine et le salarié accomplit intégralement son travail au sein de ce dernier pays. Dans la mesure où le contrat de travail est intimement lié à la Chine, il est possible que le salarié ait spontanément pensé que la loi chinoise était applicable à son contrat. En d'autres termes, et plus généralement, lorsque le contrat a des liens particulièrement étroits avec un État, les parties peuvent s'attendre à ce que la loi de cet État soit déclarée applicable.

726. Est-ce à dire que la localisation de la relation révèle un choix ? De notre point de vue, une réponse négative doit prévaloir¹⁴⁰⁴. Et pour cause, dans une situation internationale, très souvent, les

¹⁴⁰² V. *infra* n° 859.

¹⁴⁰³ Rapprochement : L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 151.

¹⁴⁰⁴ Comp : Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, p. 170 ;

parties ne se seront pas interrogées sur le droit applicable¹⁴⁰⁵. Elles n'auront, dès lors, pas eu la moindre conscience de l'applicabilité d'un droit étatique déterminé¹⁴⁰⁶. En outre, et plus fondamentalement, le seul fait que les parties aient *pensé* que la loi d'un État était objectivement applicable ne signifie pas qu'elles aient, subjectivement, *désiré* que la loi de cet État régisse leur relation¹⁴⁰⁷. Le concept même de choix implique que l'auteur d'une décision ait conscience de la pluralité d'options qui s'offrent à lui et qu'il décide, en connaissance de cause, de se saisir de l'une de ces options.

Pour qu'il y ait un *choix* de loi, il faut que les parties soient conscientes de l'internationalité du contrat et qu'elles perçoivent la concurrence des lois en présence¹⁴⁰⁸. Lorsque des contractants ont spontanément pensé qu'un droit local déterminé régissait leur convention, sans que le problème du conflit de lois ait été clairement perçu, un tel choix ne saurait en aucun cas être caractérisé. Tout au plus peut-on penser que dans certains cas, la localisation de la convention au sein d'un État entraîne une certaine conscience, plus ou moins trouble et confuse, de l'applicabilité du droit de cet État. Mais cet état de conscience ne saurait être assimilé à un choix de la *lex contractus*.

727. Dès lors, de notre point de vue, les arrêts déduisant un choix de loi tacite de la localisation du contrat litigieux reposent sur une fiction juridique. Au sens du règlement « Rome 1 », pour qu'un choix tacite puisse être pris en considération, il doit en effet être certain. Or, en l'occurrence, ici, alors même que le choix de loi est très douteux, la jurisprudence affirme son existence. En d'autres termes, la Cour de cassation fait « comme si » il existait un choix certain, alors que précisément, le choix est très douteux. La fiction ne procède donc pas d'une négation des faits — au fond, même si cela paraît

¹⁴⁰⁵ Pour une analyse plus détaillée des différents états de conscience des sujets de droit concluant un contrat international : A. Curti-Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 754 et s.

¹⁴⁰⁶ En ce sens, B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI* 1984, t. 186, p. 219 et s. et not. p. 275 : « Les particuliers qui nouent des relations juridiques au travers des frontières, ou qui se trouvent involontairement impliqués dans de telles relations, ont rarement conscience de l'existence d'un conflit de lois ».

¹⁴⁰⁷ Sur la forme, nous avons été largement influencés par une formule que Monsieur Y. Lequette emploie à propos de l'accord procédural (Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *Rev. Crit. DIP* 1989, p. 277 et s. et not. p. 309).

¹⁴⁰⁸ La doctrine suisse a souvent souligné cette idée. En ce sens, A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 291 ; A.-L. Diamond, « Harmonisation of private international law relating to contractual obligations », *RCADI* 1986, t. 199, p. 233 et s. et not. p. 256 ; M. Ronca, « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit international privé », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XX, Dalloz, 1968, p. 228 et s. et not. p. 233-234 ; J.-F. Aubert, « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisse », *Rev. Crit. DIP* 1962, p. 19 et s. et not. p. 38.

très improbable, peut-être qu'une volonté réelle existe — mais d'une négation de la réalité juridique¹⁴⁰⁹ ; négation de la réalité juridique qui réside, plus spécifiquement, dans une neutralisation du standard de preuve édicté à l'article 3 du règlement « Rome 1 ».

728. En matière de régimes matrimoniaux, on retrouve — dans le droit jurisprudentiel antérieur à la convention de La Haye du 14 mars 1978 — une fiction tout à fait similaire.

b) La jurisprudence relative aux régimes matrimoniaux

729. En matière de régimes matrimoniaux, le principe de libre choix du droit applicable est affecté par certaines ambiguïtés¹⁴¹⁰. En présence d'un choix exprès, le droit désigné par les parties est appliqué. Toutefois, en l'absence de manifestation expresse de volonté, comment déterminer la loi applicable au régime matrimonial ? C'est à ce stade que des difficultés émergent. L'examen de la jurisprudence française montre que deux conceptions différentes du choix ont existé. Dans l'arrêt *Zelcer*, la Cour de cassation a affirmé qu'« il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement [...] le statut matrimonial que les époux avaient eu, en se mariant, la volonté commune d'adopter »¹⁴¹¹. Cette conception, en vertu de laquelle le choix des parties se porterait directement sur la loi applicable, a surtout prévalu dans la jurisprudence la plus ancienne¹⁴¹². Lorsqu'elle retient une telle conception, la jurisprudence estime que par principe, les époux doivent être réputés avoir tacitement choisi la loi de l'État dans lequel ils ont établi leur premier domicile matrimonial. En d'autres termes, par principe, c'est le lieu de fixation du premier domicile des époux qui révélerait leur volonté. Les époux auraient implicitement voulu soumettre leur régime matrimonial à la loi de l'État de leur premier domicile.

730. Mais dans de nombreux arrêts, les juges ont estimé que les époux avaient, par un acte de volonté, simplement localisé leurs intérêts matériels au sein d'un État déterminé. En vertu de cette

¹⁴⁰⁹ Sur la distinction entre les deux types de fictions, v. *supra* n° 106 et s.

¹⁴¹⁰ G. Khairallah, « La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 197 et s. et not. p. 199.

¹⁴¹¹ Req. 4 juin 1935, *Zelcer*, *Rev. crit. DIP* 1936. 557, note Basdevant ; S. 1936. 1. 377, rapp. Pilon, note J.-P. Niboyet ; *DP* 1936. 1. 7, rapp. Pilon, note Savatier, *Grands arrêts*, n° 15.

¹⁴¹² Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1968, *Bull. I*, n° 342 ; *Gaz. Pal.* 1968. 1. 245 ; *Rép. Commaille* 1968. 493, note G.A.L. Droz ; Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1961, *Rev. crit. DIP* 1962. 681, note H. Batiffol ; Civ. 1^{ère}, 30 décembre 1959, 1^{ère} esp., *Rev. crit. DIP* 1961. 326, note M. Simon-Depitre.

Plus récemment, v. Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1991, n° 89-21.898, n° 90-14.203, *JCP N* 1992. II. 358, note E. Kerckhove : « à défaut de désignation de la loi applicable par les époux, ceux-ci sont présumés avoir voulu soumettre leur régime matrimonial à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils ont établi leur première résidence habituelle après le mariage ».

seconde conception, les époux ne choisissent pas directement la loi applicable ; leur choix porte uniquement sur la localisation de leurs intérêts¹⁴¹³. Dans un arrêt du 14 novembre 2006, la Cour de cassation a, par exemple, affirmé que les différentes circonstances de la cause « étaient révélatrices de la volonté des époux, au jour de leur mariage, de localiser en France leurs intérêts pécuniaires et de les faire régir par la loi française »¹⁴¹⁴. Cette affirmation se révèle à la vérité assez équivoque, car la jurisprudence fait état d'une double volonté : la volonté de localiser les intérêts pécuniaires au sein d'un État déterminé, mais aussi la volonté de « les faire régir par la loi » de cet État.

On peut effectivement penser qu'en établissant leur premier domicile dans un État, les époux ont, par un acte volontaire, objectivement localisé leurs intérêts pécuniaires au sein de cet État. Lorsqu'elle se borne à faire état d'un acte de localisation volontaire, la ligne jurisprudentielle objectiviste, inspirée de la théorie de la localisation du Doyen Batiffol, ne paraît pas contestable. En revanche, du fait que les époux ont établi leur domicile dans un État donné, on ne saurait inférer un choix de la loi de cet État¹⁴¹⁵. Lorsqu'ils décident de s'installer au sein d'un État donné, c'est le plus souvent en raison des liens sociaux noués avec des ressortissants de cet État, ou en raison d'opportunités professionnelles. En tout état de cause, ce qui enclenche le processus de fixation du domicile, ce n'est pas la loi applicable à ce dernier, mais des considérations d'une tout autre nature, extérieures au monde du droit. Par une série de décisions, certes volontaires, les parties se meuvent au sein d'une sphère d'intérêts qui est étrangère à celle du droit international privé. Si les époux ont établi leur premier domicile matrimonial au sein d'un État, cela peut, tout au plus, entraîner une conscience plus ou moins vague de l'applicabilité d'un droit étatique déterminé. Mais de cette *conscience*, on ne saurait inférer un *choix* du droit applicable. La caractérisation du choix implicite de la loi applicable ne peut pas être fondée sur la fixation du premier domicile matrimonial, pas plus que sur tout autre critère localisateur. Et

¹⁴¹³ B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴¹⁴ Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-12.253, *Bull. I*, n° 472. V. aussi, dans un sens assez similaire : Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, n° 93-15.337, *Bull. I*, n° 368 ; *Rev. crit. DIP* 1995. 319, note M. Revillard ; Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, n° 90-14.203, *JCP N* 1992. II. 177, note E. Kerckhove ; *Defrénois* 1992. 35, note M. Revillard ; Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1986, n° 84-17.500, *Bull. civ. I*, n° 256 ; *D.* 1986. IR 442.

¹⁴¹⁵ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 263 : « Comment raisonnablement soutenir que si l'on applique au régime matrimonial la loi du premier domicile commun des époux, c'est parce que ceux-ci ont voulu implicitement se soumettre à la loi de ce lieu ? » Comp : G. Khairallah, « La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, p. 199.

l'on affirmera, avec Batiffol, que si l'on « veut fonder les solutions de droit sur des réalités et non sur des fictions, il faut trouver autre chose que la volonté tacite »¹⁴¹⁶.

731. En conclusion de cette section, l'examen du droit positif aura montré que ce dernier accueille différentes formes d'élection de droit tacite. Dans certaines décisions, l'allégation d'un choix tacite du droit applicable n'emporte que difficilement la conviction. Ce sera par exemple le cas lorsqu'un choix de loi tacite est déduit de la localisation du contrat litigieux. Ce sera encore le cas si le choix d'un droit non étatique est, par application de la théorie du choix négatif, déduit du fait que les parties ne sont pas parvenues à trouver un accord sur l'application d'un droit étatique déterminé. Dans de telles circonstances, le prétendu choix de la loi applicable repose sur une fiction de volonté.

732. Mais dans d'autres décisions, au contraire, le choix tacite que les juges prétendent dégager est assis sur des signes objectifs de volonté probants ; l'hypothèse d'une volonté des parties est accréditée par l'existence d'un faisceau d'indices convergents. Par exemple, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juin 2010, le contrat litigieux avait été conclu devant un notaire associé à Paris, il comportait des « références traditionnelles du droit français », se référait à l'article 877 du Code civil français et attribuait compétence aux tribunaux de Paris¹⁴¹⁷. La Cour affirma que les parties avaient tacitement choisi la loi française. De notre point de vue, dans une telle situation, il existait effectivement de sérieuses raisons de penser que les contractants avaient tacitement choisi le droit français.

733. Cela suffit à démontrer que le concept de volonté tacite ne saurait être réduit à un artifice conceptuel. Les accords tacites intervenus durant la procédure appellent une analyse très différente : ces derniers reposent presque systématiquement sur des fictions juridiques.

¹⁴¹⁶ H. Batiffol, note sous civ. 1^{ère}, 7 novembre 1961, *Rev. crit. DIP* 1962, p. 682 et s. et not. p. 684. Du même auteur, v. également, note sous Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 99 et s. et not. p. 101.

V. également : P. Lalive, « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit international privé. Rapport général », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1968, p. 171 et s. et not. p. 175 : « Ce prétendu choix implicite de la loi applicable est [...] un mythe ».

Droz avait également relevé que les rédacteurs de la convention de la Haye de 1992 avaient souhaité « bannir le recours à la volonté implicite des époux qui depuis Dumoulin a[vait] causé tant de ravages dans la pratique et la jurisprudence françaises, obligeant parfois les avocats, notaires et juges à utiliser le marc de café ou la boule de cristal » (« Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux », *Rev. Crit. DIP* 1992, p. 631 et s. et not. p. 670).

¹⁴¹⁷ Com. 8 juin 2010, n° 08-16.298 ; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2010. 42, note J. Morel-Maroger ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 112, obs. M.-E. Ancel.

Section 2 : L'accord tacite conclu durant le procès

734. Les contours de la catégorie étudiée au titre de cette section dépendent, pour une large partie, d'un critère temporel¹⁴¹⁸. Notre analyse sera, en effet, focalisée sur des actes juridiques bilatéraux conclus durant le procès. Plus exactement, elle portera sur des actes juridiques bilatéraux dont la formation est postérieure au déclenchement d'une procédure judiciaire. Par commodité de langage, nous emploierons fréquemment le terme « d'accord tacite contentieux »¹⁴¹⁹. À travers cette dernière expression, nous visons tout accord tacite conclu durant le procès. Ces actes juridiques paraissent de prime abord assez divers ; ils n'ont pas tous le même objet. Mais si ces actes juridiques conclus durant la procédure judiciaire sont nombreux et diversifiés (sous-section 1), ils appellent une analyse unitaire. Au terme de cette dernière, nous chercherons à montrer que ces accords tacites reposent sur un consentement factice (sous-section 2).

Sous-section 1 : Multiplicité des accords tacites conclus durant le procès

735. Un premier type d'accord peut être brièvement présenté : la prorogation tacite du délai de l'arbitrage¹⁴²⁰. La Cour de cassation a affirmé que « la loi française n'exige pas, en matière internationale que les pouvoirs des arbitres soient enfermés, à défaut de délai conventionnel, dans un délai légal »¹⁴²¹. En conséquence, pour l'accomplissement de leur mission, les arbitres ne sont pas tenus par un quelconque délai légal. Cependant, les parties à la convention d'arbitrage peuvent elles-mêmes fixer les délais. Les arbitres seront alors tenus de respecter les délais conventionnels fixés par les parties, et en cas de non-respect de ces derniers, les arbitres s'exposeraient à différents types de sanctions. La sentence pourrait en particulier être annulée. Néanmoins, l'article 1463, alinéa 2 du Code civil prévoit que le délai de l'arbitrage peut être prorogé par un accord des parties, et la Cour de

¹⁴¹⁸ Nous serons amenées ultérieurement à préciser et à nuancer cette affirmation.

¹⁴¹⁹ C'est une expression qui est notamment employée par Monsieur T. Azzi : « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 157.

¹⁴²⁰ Sur cette question, v. Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 825 et s. ; J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 414 et s. ; E. Loquin, « Le temps dans l'arbitrage », in *Le temps et le droit*, Dalloz, 2014, p. 5 et s. et not. p. 9 et s.

¹⁴²¹ Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *Rev. arb.* 1995. 88, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 1994. 680, note D. Cohen. En matière d'arbitrage interne, l'article 1463, alinéa 1 du Code de procédure civile prévoit que « [s]i la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois à compter de sa saisine ». Néanmoins, en matière d'arbitrage international, ce texte n'est pas applicable, car il n'est pas visé par l'article 1506 3° du Code de procédure civile (v. à ce sujet : Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 702).

cassation estime que lorsque les parties participent activement et sans réserve aux opérations d'arbitrage au-delà du délai initialement stipulé, il y a une prorogation tacite du délai¹⁴²². Du point de vue de la vraisemblance de la volonté imputée aux parties, la solution nous paraît assez convaincante.

736. Quoi qu'il en soit, le mécanisme de la prorogation tacite ne nous paraît pas être celui appelant les réflexions les plus étoffées et nous nous intéresserons désormais à d'autres types d'accord. Afin de ménager la clarté de notre exposé, nous présenterons successivement les actes tacites relatifs au droit applicable (I) et les actes tacites relatifs à la compétence juridictionnelle (II).

I) Les accords tacites relatifs au droit applicable

737. Pour que l'analyse du droit positif soit exhaustive, deux types d'accords doivent de nouveau être distingués : l'accord procédural tacite, reposant sur l'éviction d'une règle de conflit de lois (A), et l'accord entraînant l'éviction d'une règle matérielle internationale (B).

A) L'éviction d'une règle de conflit de lois

738. La question de l'accord procédural est solidaire de celle de l'office du juge. Lorsque les parties sont restées silencieuses, le juge doit-il relever, de sa propre initiative, la problématique du conflit de lois ? La question a donné lieu à une évolution jurisprudentielle célèbre, sur laquelle il n'est pas besoin de s'appesantir¹⁴²³. Nous nous bornerons à rappeler les solutions actuelles¹⁴²⁴. L'office du juge dépend de la source de la règle de conflit applicable. Lorsqu'elles sont d'ordre public, les règles

¹⁴²² V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-26.180 ; civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, n° 03-15.223 ; *Rev. arb.* 2006, p. 429, note P. Pic ; civ. 2^{ème}, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2000. 635, note E. Tay-Pamart.

¹⁴²³ Cette évolution est, en effet, retracée par l'ensemble des manuels de droit international privé : v. par exemple, B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 309 et s. ; D. Bureau, H. Wuir Watt, *Droit international privé, Tome II, op. cit.*, p. 459 et s.

¹⁴²⁴ Pour une analyse beaucoup plus approfondie de la problématique : v. par exemple : D. Moya, *L'autorité des règles de conflits de lois. Réflexions sur l'incidence des considérations substantielles*, IRJS Éditions, 2020 ; B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996. V. également : S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », in *L'application du droit étranger*, Société de législation comparée, 2018, p. 75 et s. ; M.-L. Niboyet, « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? — Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015, p. 19 et s. ; S. Corneloup, « L'application de la loi étrangère », *Rev. int. dr. comp.*, 2014, p. 361 et s. ; T. Azzi, « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 647 et s. ; P. Mayer, « Le juge et la loi étrangère », *Rev. suisse dr. Internat et europ.*, 1991, p. 481 et s. ; Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *op. cit.* ; P. Mayer, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDP 1975-1977*, p. 233 et s. Dans une perspective comparatiste, v. Y. Nishitani (dir.), *Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ?*, Springer, 2017.

de conflits issues du droit de l'Union européenne sont applicables d'office. La Cour de cassation a en effet déclaré que le juge est tenu « de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle une règle de conflit de lois lorsqu'il est interdit d'y déroger, même si les parties ne les ont pas invoquées »¹⁴²⁵. Pour les règles de conflit qui ne sont pas issues de textes européens, l'office du juge dépend de la disponibilité des droits litigieux. Lorsque ces droits sont indisponibles, le juge doit appliquer la règle de conflit de lois d'office, même si les parties n'ont pas expressément invoqué cette dernière¹⁴²⁶. Si les droits sont disponibles, au contraire, le juge n'est soumis à aucune obligation¹⁴²⁷.

739. Une certaine autonomie est, en outre, concédée aux parties. La Cour de cassation a affirmé que lorsque les droits des parties sont disponibles, ces dernières « peuvent demander l'application d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit »¹⁴²⁸. Les plaideurs qui souhaiteraient que le litige soit tranché par application d'une loi différant de la *lex causae* peuvent ainsi conclure un accord procédural. Le concept d'accord procédural est générateur d'innombrables difficultés¹⁴²⁹. Il n'est pas question de revenir sur l'ensemble de ces difficultés qui ont, au demeurant, déjà donné lieu à des

¹⁴²⁵ Civ. 1^{ère}, 26 mai 2021, n° 19-15.102, *D.* 2021. 1522, note J. Guillaumé ; *Rev. crit. DIP* 2021. 850, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 2021. 854, obs. L. Usunier ; *RTD com.* 2021. 800, obs. Passa ; *JCP* 2021, n° 733, note L. d'Avout. V. plus récemment : Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2023, n°22-15.146, *Rev. crit. DIP* 2024. 142, obs. D. Bureau ; *D.* 2024. 937, obs. S. Clavel.

¹⁴²⁶ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-14.666 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n° 10-16.482, *D.* 2011. 1618 ; Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 97-16.684, *Rev. crit. DIP* 1999. 708, note H. Muir Watt.

¹⁴²⁷ Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, n° 05-19.838, *Bull. civ. I*, n° 522 ; Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1991, n° 90-11.520, *Sarkis*, *Rev. crit. DIP* 1992. 314, note H. Muir Watt ; Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, n° 89-14.285, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991. 558, note M.L. Niboyet-Hoegy ; *Grands arrêts*, n° 71 et s.

¹⁴²⁸ Civ. 1^{ère}, 19 avril 1988, *Robo*, *Rev. crit. DIP* 1989. 68, note H. Batiffol ; *D.* 1998, somm. 345, obs. B. Audit.

¹⁴²⁹ La notion de disponibilité des droits litigieux, qui conditionne la licéité de l'accord procédural, recèle d'innombrables incertitudes (v. à ce sujet B. Fauvarque-Cosson, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125 et s. et not. p. 128). Il est largement admis que le critère de distinction est « fuyant » et « difficilement maniable » (S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *op. cit.*, p. 79). Au demeurant, l'appréciation de la libre disponibilité des droits doit-elle se faire en contemplation de la *lex fori* ou de la *lex causae* ? Les parties peuvent-elles simplement renoncer à la règle de conflit du for, ou peuvent-elles par un commun accord désigner une loi étrangère, autre que la *lex fori* ? Voilà autant de questions qui ont nourri les débats doctrinaux relatifs à l'accord procédural.

études approfondies¹⁴³⁰. Nous montrerons que l'accord procédural doit être distingué de l'accord de fond (1) et que l'accord procédural peut être tacite (2).

1) *La notion d'accord procédural*

740. Pour distinguer l'accord procédural et l'accord de fond, le moment de conclusion de l'acte juridique en question ne constitue pas le seul critère pertinent. L'objet de l'acte, qui est lui-même directement façonné par la volonté des parties, doit également être pris en considération. Même s'ils sont relatifs au choix du droit applicable, l'accord de fond et l'accord procédural n'ont pas exactement le même objet. Madame B. Fauvarque-Cosson a souligné qu'alors que « l'accord de fond est *constitutif* de la règle de conflit qui intègre dans son présupposé le choix de la loi applicable, l'accord procédural, *élusif*, évince la règle de conflit, qui devient ainsi supplétive lorsque les droits sont disponibles »¹⁴³¹. Dans l'hypothèse de l'accord de fond, les parties ont choisi la loi applicable à un rapport de droit. Leur choix de loi a, dès lors, vocation à produire des effets pour l'ensemble des litiges qui pourraient résulter de ce rapport de droit. Au contraire, l'accord procédural constitue une désignation de la loi applicable à l'instance en cours. Le choix de loi résultant d'un accord procédural produira uniquement des effets pour la résolution du litige en cours. Si le rapport de droit génère un nouveau différend, l'accord procédural intervenu au cours d'un précédent procès ne sera pas pris en considération¹⁴³².

741. En conséquence, face à un acte juridique conclu durant le procès, le juge devra examiner la volonté des parties¹⁴³³. Si la volonté des parties était orientée vers une désignation du droit applicable à l'ensemble des litiges, présents ou futurs, susceptibles de dériver d'un même rapport de droit, il

¹⁴³⁰ Sur ces questions, v. not. B. Fauvarque-Cosson, thèse, *op. cit.*, p. 241 et s. ; C.-A. Arrue Montenegro, thèse, *op. cit.*, p. 287 et s. ; D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 587 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 263 et s. ; M.-N. Jobard-Bachelier, « De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international, en présence même d'éléments d'extranéité », *Gaz. Pal.* 2001, p. 13 et s. ; H. Muir Watt, « Sur l'actualité de la jurisprudence Roho : de la licéité de l'accord procédural en matière de conflits de lois », *Justices* 1997, n° 6, p. 264 et s. ; P. Mayer, « Le juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p. 488 et s. ; Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *op. cit.*, p. 300 et s.

¹⁴³¹ B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *op. cit.*, p. 268 (c'est l'auteur qui souligne). V. aussi B. Fauvarque-Cosson, thèse, *op. cit.*, p. 249-250.

¹⁴³² P. Lagarde, « Loi applicable aux exclusions de garantie dans les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », note sous Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 316 et s. et not. p. 321-322 ; S. Corneloup, « L'application de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 371 ; B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *op. cit.*, p. 267 ; B. Ancel, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*, p. 735-736.

¹⁴³³ En ce sens, mais évoquant uniquement cette analyse comme une analyse *possible* : P. Lagarde, « Loi applicable aux exclusions de garantie dans les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *op. cit.*, p. 322.

s'agit d'un accord de fond. Si elles ont voulu conclure un accord dont les effets sont cantonnés au seul litige, il s'agit d'un accord procédural. Le critère de distinction sera parfois difficile à manier. En outre, un arrêt récent de la Cour de cassation a pour effet d'obscurcir la distinction précitée. La Cour a en effet déclaré que l'accord procédural « avait vocation à produire effet tant pour l'instance en partage au cours de laquelle il était intervenu que pour celle, engagée ensuite par [le demandeur], qui n'en était que la conséquence »¹⁴³⁴. Si la solution peut sembler opportune, elle se traduit par un certain brouillage des catégories conceptuelles.

2) *La notion d'accord procédural tacite*

742. L'accord procédural fut, à l'origine, fondé sur l'article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile¹⁴³⁵. Or, ce texte dispose que le juge « ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, *en vertu d'un accord exprès* et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Dès lors que l'accord procédural était fondé sur l'article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile, il devait être exprès. Cependant, ce fondement fut critiqué¹⁴³⁶ et la Cour de cassation cessa de se référer à ce texte. Le rejet de l'article 12, alinéa 3 ouvrait ainsi la voie à l'admission d'un accord procédural tacite. C'est, de fait, la solution qui fut adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Hannover international*¹⁴³⁷. Dans cette décision, la Cour de cassation affirma que l'accord procédural pouvait résulter de la concordance des conclusions des parties. Lorsque ces dernières avaient invoqué dans leurs conclusions respectives la loi française, elles avaient tacitement choisi cette loi¹⁴³⁸.

743. Au Royaume-Uni, des solutions plus radicales prévalent. Si l'une des parties souhaite que le tribunal applique le droit étranger, elle doit invoquer ce droit. Sauf exception, le juge ne peut pas faire

¹⁴³⁴ Civ. 1^{ère}, 10 février 2021, *Rev. crit. DIP* 2021. 837, note S. Fulli-Lemaire ; *JCP* 2021. 403, note E. Fongaro.

¹⁴³⁵ Civ. 1^{ère}, 19 avril 1988, *Roho*, précité.

¹⁴³⁶ D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *op. cit.*, p. 587 et s. ; H. Muir Watt, « Sur l'actualité de la jurisprudence Roho : de la licéité de l'accord procédural en matière de conflits de lois », *op. cit.* V. aussi, mais évacuant la question beaucoup plus rapidement : P. Mayer, « Le juge et la loi étrangère », *op. cit.*, p. 488.

¹⁴³⁷ Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *Rev. Crit. DIP* 1997 514, note B. Fauvarque-Cosson, *JDI* 1997. 804, note D. Bureau.

¹⁴³⁸ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 10 février 2021, précité ; com. 1^{er} octobre 2013, n° 12-17.067 ; Civ. 1^{ère}, 28 février 2006, n° 03-14.058 (parfois interprété comme retenant un accord procédural tacite) ; Civ. 1^{ère}, 1 juillet 1997, *Karl Ibold*, *Rev. crit. DIP* 1998. 60, note P. Mayer. En comparaison, v. l'article 9 du projet de Code de droit international privé. Sur cette disposition, v. le rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel, p. 24 ; C. Reydellet, « Office du juge et diligences des parties dans le projet de Code de droit international privé », *Gaz. Pal.* 30 mai 2023, p. 14 et s.

application d'office du droit étranger¹⁴³⁹. En d'autres termes, même si l'élément d'extranéité est très apparent, les parties ont le choix d'introduire ou non le droit étranger. Le juge n'a ni le pouvoir ni le devoir de le faire d'office¹⁴⁴⁰. Pour justifier cette solution, les auteurs anglais invoquent parfois l'existence d'un accord implicite en faveur de la loi du for : « if [the application of foreign law] has no advantage to the parties, and therefore no one pleads it, an implied choice of the law of the forum by the parties to the dispute is being made »¹⁴⁴¹.

744. En Suisse, les solutions sont plus complexes et plus nuancées, et l'approche du tribunal fédéral est de notre point de vue particulièrement intéressante. Si les deux parties invoquent le même droit durant le procès, un accord tacite sera parfois établi. Cependant, la simple invocation de la *lex fori* ne débouche pas nécessairement sur le constat d'une élection de droit tacite. Le tribunal fédéral a, en effet, affirmé qu'un accord tacite ne pouvait être établi « que lorsque les parties ont eu conscience que la question du droit applicable se posait, qu'elles ont voulu la régler et ont exprimé cette volonté. Si les plaideurs n'y ont pas pensé, il ne suffit pas qu'ils se prévalent du droit interne pour pouvoir en déduire une élection de droit »¹⁴⁴². Pour le tribunal fédéral, « tout comme une élection de droit expresse, une élection de droit tacite suppose la conscience et la volonté de soumettre le contrat à une loi déterminée »¹⁴⁴³.

¹⁴³⁹ V. Ruiz Abou-Nigm, "United Kingdom: The Traditional Approach to Foreign Law in Civil Litigation in the Legal Systems of the United Kingdom", in Y. Nishitani (dir.), *Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ?*, Springer, 2017, p. 361 et s. et not. p. 362 et p. 382.

¹⁴⁴⁰ R. Fentiman, "Foreign Law in English Courts", *LQR* 1992, p. 142 et s. et not. p. 149. V. aussi M.L. Niboyet, « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁴¹ V. Ruiz Abou-Nigm, "United Kingdom: The Traditional Approach to Foreign Law in Civil Litigation in the Legal Systems of the United Kingdom", *op. cit.*, p. 365.

V. aussi R. Fentiman, "Choice of law in Europe: uniformity and integration", *Tulane Law Review* 2008, p. 2021 et s. et not. p. 2033 : "The traditional freedom of litigants not to plead foreign law ensures that English law applies in many disputes by default. In the common law at least, it is by no means certain that either party will rely upon foreign law to found its claim or defence. The consequence is that the *lex fori* generally applies by *implicit choice as the lex causae*" (nous soulignons).

Rapprochement : J.M. Carruthers, "Party autonomy in the legal relation regulation of adult relationship: What place for party choice in private international law?", *op. cit.*, not. p. 885 : "It is important to bear in mind, however, that parties are able to exercise considerable influence by way of indirect choice, through private agreement between two or more individuals, or by unilateral actings. An example of the former is the tactical choice of law which occurs when parties in UK courts decide not to lead evidence of foreign law, with the result that the law of the forum applies by default".

¹⁴⁴² Tribunal fédéral, 4 décembre 2009, 4A_394/2009, cons. 3.2. Pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence suisse relative à cette question, v. P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 62 et s.

¹⁴⁴³ P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 64. V. aussi *Ibid.*, p. 104 : « Une élection de droit tacite, en particulier si elle se fonde sur la référence commune des plaideurs à une loi donnée, doit être consciente : les deux parties, sachant que la question de la loi applicable se pose, doivent ainsi avoir exprimé une volonté avec l'intention de résoudre la question de droit international privé ».

745. Pour en revenir au droit français, si la concordance des conclusions des parties peut entraîner la mise à l'écart de la règle de conflit de lois, elle peut également déboucher sur l'éviction d'une règle matérielle internationale.

B) L'éviction d'une règle matérielle

746. En présence d'une convention internationale, procédant à l'unification des règles substantielles applicables à certains rapports de droit transnationaux, la problématique de l'office du juge se présente en des termes différents¹⁴⁴⁴. Dès lors qu'un litige relève du champ d'application d'une convention « unifiante », cette dernière est applicable d'office¹⁴⁴⁵. La reconnaissance d'accords procéduraux tacites a cependant parasité et compromis la portée de cette obligation procédurale. Les décisions jurisprudentielles ayant reconnu ces accords procéduraux sont intervenues en matière de vente internationale. En se fondant sur la supplétivité des dispositions de la Convention de Vienne, la Cour de cassation a tempéré la rigueur de l'obligation d'application d'office pesant sur les juridictions du fond. Elle a en effet estimé qu'en s'abstenant d'invoquer les dispositions de la convention, les parties auraient tacitement manifesté leur volonté d'exclure l'application de ce texte¹⁴⁴⁶. En d'autres termes, les juges de cassation ont affirmé que lorsque les parties n'avaient pas invoqué la Convention de Vienne, un accord tacite était caractérisé. Du fait de cet accord, les juridictions ne devaient pas appliquer la Convention ; le litige devait être résolu par la simple application du droit interne de la vente¹⁴⁴⁷.

Dans un arrêt du 25 octobre 2005, pour caractériser l'exclusion de la Convention de Vienne, les juges de cassation ont pris le soin de préciser que les parties avaient connaissance du caractère international des ventes qu'elles avaient conclues. De prime abord, cette dernière affirmation donnait à

¹⁴⁴⁴ Pour une présentation synthétique de cette question, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, Tome II, op. cit.*, p. 478-479 ; J.-B. Racine, « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales », in *L'application du droit étranger*, Société de législation comparée, 2018, p. 19 et s. et not. p. 22. Pour une analyse plus approfondie, v. L. Spagnolo, "Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG", *op. cit.*, p. 477 et s.

¹⁴⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Soc. Herbex Produtos c. Soc. Cogemar et autres*, D. 2007. 530, obs. C. Witz, RTD. civ. 2006. 268, obs. P. Remy-Corlay, RTD. com. 2006. 249, obs. P. Delebecque ; civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, D. 2001. 3607, note C. Witz ; *Ibid*, 2591, obs. V. Avena-Robardet ; RTD. com. 2001. 1052, obs. J.-M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP* 2002. 93, note H. Muir Watt ; civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, JCP 1996. II. n° 22734, note H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 1996. 460, note D. Bureau ; D. 1996, Jur. 334 s., note Cl. Witz.

¹⁴⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, précité ; Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, précité.

¹⁴⁴⁷ Toutefois, la Cour de cassation a affirmé qu'en « présence de conclusions invoquant à la fois les dispositions du code civil et celles de la convention de Vienne, [la Cour d'appel] ne pouvait en déduire la volonté des parties d'exclure l'application de cette convention » (Com. 3 novembre 2009, D. 2010. 924, obs. Cl. Witz ; JDI 2010. 496, note J.-M. Jacquet).

penser que le simple fait de ne pas invoquer la convention était insuffisant ; il fallait que d'autres indices viennent corroborer la volonté des parties¹⁴⁴⁸. Cependant, nous montrerons ultérieurement que la précision était dépourvue de toute portée concrète¹⁴⁴⁹.

747. Que l'exclusion de la Convention de Vienne puisse résulter d'une manifestation tacite de volonté ne paraît pas contestable¹⁴⁵⁰. S'il est vrai que l'article 6 de la convention n'admet pas expressément que l'exclusion puisse être tacite, les travaux préparatoires donnent à penser qu'une telle exclusion est possible¹⁴⁵¹. Similairement, rien ne s'oppose à ce que les parties contractantes puissent, par un accord qui serait postérieur à la conclusion du contrat, écarter la Convention de Vienne. Ce qui est discutable, c'est de déduire l'exclusion tacite d'une simple abstention des parties, car nous verrons qu'un tel comportement est pour le moins équivoque et ne saurait révéler la volonté des parties¹⁴⁵².

748. Il reste maintenant à présenter des accords tacites contentieux qui, pour avoir une physionomie d'ensemble assez proche de ceux que nous venons d'évoquer, ont un objet et un régime différent : les accords tacites relatifs à la compétence juridictionnelle.

II) Les accords tacites relatifs à la compétence juridictionnelle

749. Le terme de compétence juridictionnelle fera ici l'objet d'une acception assez large. Par l'usage de ce terme, en effet, nous songeons à la fois à la compétence d'un juge étatique et à celle d'un juge arbitral. Nous envisagerons prioritairement le mécanisme de la prorogation tacite de compétence

¹⁴⁴⁸ D. Bureau, « L'exclusion tacite de la Convention de Vienne doit être consciente », note sous civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 373 et s. et not. p. 379.

¹⁴⁴⁹ D. Bureau, « L'exclusion tacite de la Convention de Vienne doit être consciente », *op. cit.*, p. 379. Comp : J.-B. Racine, « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales », *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁵⁰ Cl. Witz, « Vente internationale : l'office du juge face au pouvoir des plaideurs d'écarter le droit uniforme et jeu combiné de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Vienne », *D.* 2001, p. 3607 et s. et not. p. 3610 ; B. Audit, « Vente », *op. cit.*, n° 89.

¹⁴⁵¹ F. Ferrari, « Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *op. cit.*, p. 347-348 ; N. Watté, A. Nuyts, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *op. cit.*, p. 418 ; Cl. Witz, « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties », *op. cit.*, p. 108.

¹⁴⁵² À l'évidence, les parties ne peuvent écarter que des conventions internationales dont les dispositions sont supplétives. Par exemple, en matière de crédit-bail international, ou en matière d'affacturage, il y a lieu de penser que les Conventions d'Ottawa relatives à cette question pourraient également être écartées par le jeu d'un accord tacite intervenu durant le procès. Pour les conventions dont les dispositions sont impératives, toute forme d'accord procédural est, au contraire, inéluctablement exclue. Par exemple, dès lors que la Convention de Genève sur le transport maritime de marchandises est applicable, les juges doivent l'appliquer d'office et, pour s'en dispenser, ils ne sauraient se retrancher derrière un prétendu accord procédural.

(A), à la suite de quoi nous nous prononcerons sur la notion de renonciation à la convention d'arbitrage (B).

A) La prorogation tacite de compétence

750. Pour correctement appréhender le mécanisme de la prorogation tacite de compétence, il faut distinguer la matière civile et commerciale (1) et la matière familiale (2)¹⁴⁵³.

1) *En matière civile et commerciale*

751. Dans son article 26, le règlement « Bruxelles 1 bis » prévoit que lorsque le défendeur comparet et ne conteste pas la compétence de la juridiction saisie¹⁴⁵⁴, ce dernier est compétent. La prorogation tacite de compétence est souvent analysée comme un accord conclu durant le procès¹⁴⁵⁵. Le demandeur saisit un juge, *a priori* incompétent. Le défendeur comparet devant ce même juge et ne conteste pas sa compétence. En se comportant ainsi, les parties au litige accepteraient la compétence du juge saisi ; elles auraient renoncé à se prévaloir de l'incompétence de la juridiction saisie. C'est l'analyse qui, sur le fondement du règlement Bruxelles 1 bis, a été retenue par la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière juridiction a en effet considéré que l'article 26 de ce règlement s'applique « dans les cas où le juge a été saisi en méconnaissance des dispositions dudit règlement et implique que la comparution du défendeur puisse être considérée comme une *acceptation tacite* de la compétence du juge saisi »¹⁴⁵⁶. Elle a également affirmé que la prorogation tacite « est fondée sur un choix délibéré des parties au litige relatif à cette compétence »¹⁴⁵⁷. La Cour de justice a également

¹⁴⁵³ En droit international privé commun, à notre connaissance, les solutions ne sont pas véritablement fondées sur ce concept de prorogation tacite de compétence. Sur cette question, v. H. Gaudemet-Tallon, « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *op. cit.*, n° 205.

¹⁴⁵⁴ Pour une description plus précise des exigences conditionnant le déploiement de l'article 26, v. H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *op. cit.*, p. 241 et s.

¹⁴⁵⁵ V. par exemple : H. Gaudemet-Tallon, M.-E. Ancel, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2018, p. 259 : « La compétence du tribunal est prorogée en vertu d'un contrat tacite entre les deux parties ». V. aussi A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, « Article 26 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *European Commentaries on Private International Law*, Ottoschmidt, 2016, p. 670 : « submission is an agreement between two parties in a juridical relationship. By this agreement, both parties determine the court that will have international jurisdiction the controversy faced by the parties. The above mentioned agreement is implicit ».

¹⁴⁵⁶ CJUE, 17 mars 2016, *Taser international Inc.*, aff. C. 175-15, *Rev. crit. DIP* 2016. 684, note C. Chalas ; CJUE, 27 février 2014, *Cartier parfums lunettes et Axa Corporate Solutions assurances*, aff. C-1/13 ; CJUE, 20 mai 2010, *Bilas*, aff. C-111/ 09, D. 201. actu. 1492 ; *Rev. crit. DIP* 2010. 575, note E. Pataut ; *RTD eur.* 2010. 927, obs. M. Douchy-Oudot et S. Guinchard ; *Procédures* 2010, n° 341, note C. Nourissat ; *ibid.* 2011. Chron. 2, n° 3, obs. Raschel ; *Europe* 2011, n° 261, note L. Idot.

¹⁴⁵⁷ CJUE, 11 septembre 2014, *A. c/B. et a.*, aff. C-112/ 13, *Rev. crit. DIP* 2015. 904, note P. Callé.

précisé que même si les parties sont liées par une clause d'élection de for, il peut y avoir prorogation tacite de compétence. Par l'entremise de l'accord conclu durant le procès, les parties renonceraient au bénéfice de la convention d'élection de for¹⁴⁵⁸. La manifestation de volonté postérieure — *ratione temporis* — chasse et prévaut sur la manifestation de volonté antérieure.

752. Des limites enserrant toutefois le déploiement du mécanisme de la prorogation tacite de compétence. Tout d'abord, l'article 27 du règlement « Bruxelles 1 bis » prévoit que lorsque les juridictions d'un autre État membre sont exclusivement compétentes, le juge saisi doit se déclarer d'office incompétent. Ensuite, l'article 28, point 1, prévoit qu'en cas de défaut du défendeur, la juridiction saisie se déclare d'office incompétente. Enfin, l'article 26, point 2, prévoit que lorsque le défendeur est un consommateur, un salarié ou une personne protégée au titre des dispositions sur les contrats d'assurance, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence est encadré. Avant de se déclarer compétente, la juridiction doit s'assurer que le défendeur est pleinement informé de son droit de contester la compétence, ainsi que des conséquences pouvant dériver de sa comparution¹⁴⁵⁹.

753. En droit suisse, la même règle est consacrée. Il est prévu, à l'article 6 de la loi fédérale sur le droit international privé, qu'« en matière patrimoniale, le tribunal devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent, à moins qu'il ne décline sa compétence dans la mesure où l'art. 5, al. 3, le lui permette ». Cette règle est présentée, par la loi fédérale elle-même, comme une hypothèse d'acceptation tacite.

754. En matière familiale, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence a un rôle plus réduit.

¹⁴⁵⁸ CJCE, 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh*, JDI, 1981. 903, obs. A. Huet ; *Rev. crit. DIP*, 1982. 143, note H. Gaudemet-Tallon, v. not le pt. 11.

¹⁴⁵⁹ Nous reviendrons sur cet aspect dans notre seconde partie, v. *infra* n° 1139.

2) En matière familiale

755. En matière familiale, les différents règlements européens procédant à l'édiction de règles de compétence internationale imposent au juge de se déclarer d'office incompetent¹⁴⁶⁰. En conséquence, pour l'ensemble des litiges tombant dans le giron de ces règlements, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence ne peut jouer qu'un rôle assez subsidiaire. Par principe, il ne saurait y avoir de prorogation tacite de compétence. Par exception, cependant, l'article 9 du règlement « Succession » envisage une hypothèse dans laquelle la comparution du défendeur a pour effet de purger le vice affectant la procédure¹⁴⁶¹. Néanmoins, le mécanisme ne pourra jouer que dans des cas très spécifiques¹⁴⁶².

De même, l'article 8 du règlement sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux prévoit que la juridiction d'un État membre dont la loi est applicable — en vertu de certaines dispositions du règlement — est compétente si le défendeur comparait devant cette juridiction sans en contester la compétence¹⁴⁶³. Mais là encore, la portée du mécanisme est assez circonscrite. En matière d'obligations alimentaires, le juge doit également soulever d'office son incompetence¹⁴⁶⁴. Cependant, l'article 5 prévoit que la compétence de la juridiction devant laquelle le défendeur comparait, sans en contester la compétence, est prorogée. Ces deux règles paraissent contradictoires. Si la simple comparution du

¹⁴⁶⁰ Ainsi, le règlement Bruxelles 2 bis prévoit, en son article 17, que « la juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente ». V. sur ce sujet M.-L. Niboyet, « Office du juge : la vérification et l'exercice de la compétence », *Dr. et patr.* 2005, n° 138, p. 75 et s.

V. aussi l'article 18 du règlement « Bruxelles 2 ter », l'article 15 du règlement « Succession » et l'article 15 du règlement sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹⁴⁶¹ Ainsi, cette disposition prévoit que « lorsque, au cours de la procédure devant une juridiction d'un État membre exerçant la compétence en vertu de l'article 7, il apparaît que toutes les parties à ladite procédure n'étaient pas parties à l'accord d'élection de for, la juridiction continue d'exercer sa compétence si les parties à la procédure qui n'étaient pas parties à l'accord comparaissent sans contester la compétence de la juridiction ». Sur ce texte, v. A. Bonomi, « article 9 », in A. Bonomi, P. Wautelet (dir.), *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 225 et s.

¹⁴⁶² Pour que le mécanisme de la prorogation se déploie, deux conditions cumulatives doivent être réunies. En premier lieu, il faut que la juridiction saisie le soit en vertu de l'article 7 du règlement « succession », et plus précisément, que la juridiction ait été saisie en vertu d'une convention d'élection de for. En second lieu, il faut que les plaideurs qui n'étaient pas parties à l'élection de for ne contestent pas la compétence de la juridiction saisie. Lorsque ces deux conditions sont réunies, les litigants qui n'étaient pas parties à la convention de for sont réputés avoir tacitement accepté la compétence de la juridiction saisie.

¹⁴⁶³ Sur ce texte, v. E. Lein, « Article 8 », in A. Bonomi, P. Wautelet (dir.), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, Bruylant, 2021, p. 449 et s. ; S. Corneloup, « Article 8 », in S. Corneloup, V. Egéa, E. Gallant, F. Jault-Seseke (dir.), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples*, Société de législation comparée, 2018, p. 113 et s.

¹⁴⁶⁴ Article 10 du règlement.

défendeur entraîne une prorogation tacite de compétence, cela signifie que le juge ne peut — sauf cas de défaut du défendeur — soulever d'office son incompétence¹⁴⁶⁵.

756. Nous allons maintenant présenter un mécanisme très similaire à la prorogation tacite de compétence : la renonciation à la convention d'arbitrage.

B) La renonciation à la convention d'arbitrage

757. Les parties à la convention d'arbitrage peuvent librement renoncer à cette dernière¹⁴⁶⁶. Il est, en effet, unanimement admis que la renonciation peut être tacite, pour peu qu'elle soit dépourvue de toute équivoque¹⁴⁶⁷. La jurisprudence française estime que lorsque le demandeur saisit une juridiction étatique et que le défendeur se défend au fond sans contester sa compétence, une telle renonciation est caractérisée¹⁴⁶⁸. En d'autres termes, la jurisprudence considère qu'en saisissant une juridiction étatique, le demandeur aurait manifesté sa volonté de renoncer au bénéfice de la convention d'arbitrage¹⁴⁶⁹. Pareillement, en comparaisant devant cette juridiction étatique, le défendeur manifesterait sa volonté de renoncer à l'arbitrage¹⁴⁷⁰. En revanche, lorsque le demandeur saisit le juge des référés pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires, il ne renonce pas au bénéfice de la convention d'arbitrage¹⁴⁷¹.

758. C'est une solution qui est très largement admise. L'article 8 de la loi type de la CNUDCI prévoit, en effet, que « le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle

¹⁴⁶⁵ A. Boiché, « Les règles de compétence judiciaire », in *Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union*, *AJ fam.* 2009, p. 107 et s. et not. p. 111. En un sens assez similaire, mais un peu plus nuancé : C. Nourissat, « Le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Procédures* juin 2009, étude 5, not. n° 7.

¹⁴⁶⁶ Quant à cette question, v. Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 679 et s. ;

¹⁴⁶⁷ CA Paris, 7 avril 2015, *Rev. arb.* 2015. 1216 ; CA Paris, 15 octobre 2013, *Rev. arb.* 2013. 1077 ; CA Paris, 21 janvier 2010, *Rev. arb.* 2010. 339, note F.-X. Train.

¹⁴⁶⁸ Civ 1^{ère}, 6 juin 1978, *Rev. arb.* 1979. 230, note P. Level. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que la renonciation s'étend à la demande reconventionnelle formée par l'autre partie. Plus récemment, v. CA Paris, 7 avril 2015, n° 15/00512, *Gaz. Pal.* 20 juin 2015, n° 171, obs. Bensaude.

¹⁴⁶⁹ Civ. 1^{ère} 6 juin 1978, *JDI* 1978. 908, note B. Oppetit ; *Rev. arb.* 1979. 230, note P. Level ; CA Paris, 7 juillet 1994, *Rev. arb.* 1995. 107, note S. Jarvin.

¹⁴⁷⁰ CA Paris, 7 juin 1984, *Rev. arb.* 1984. 504, note E. Mezger ; Civ. 1^{ère}, 17 juin 1975, *Rev. arb.* 1976. 189, note E. Loquin.

¹⁴⁷¹ Civ. 1^{ère}, 29 janvier 2014, *Rev. arb.* 2017. 903, note Th. Dufour. La solution est aujourd'hui énoncée par l'article 1449, alinéa 1 du Code de procédure civile.

soumet ses premières conclusions quant au fond du différend ». Dès qu'il aura présenté ses premières conclusions au fond, le défendeur sera privé du droit de se prévaloir de la convention d'arbitrage. Cependant, l'article 8 ne se réfère aucunement au concept de renonciation ; il pose fort opportunément une règle objective et décorrélée de la volonté des parties.

759. En Suisse, l'article 7 de la loi fédérale sur le droit international privé prévoit que « si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que [...] le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve ». Il est acquis que lorsque le demandeur saisit une juridiction étatique et que le défendeur ne soulève pas d'objection quant à la compétence, les parties renoncent à la convention d'arbitrage¹⁴⁷². Au Royaume-Uni, les solutions sont plus complexes et plus nuancées. Tout d'abord, sur le plan terminologique, les auteurs anglais parlent de « *repudiation* » et non de renonciation¹⁴⁷³. Ensuite, les tribunaux britanniques estiment qu'une partie peut mettre fin à la convention d'arbitrage en engageant une procédure judiciaire en violation de ses termes¹⁴⁷⁴. Cependant, il faut que les circonstances démontrent que la partie en question n'a plus l'intention d'être liée par la convention d'arbitrage¹⁴⁷⁵.

760. Quelle que soit la perspective adoptée, la renonciation à la convention d'arbitrage — ainsi que nombre des prétendus accords étudiés au titre de cette section — repose sur un consentement factice.

Sous-section 2 : Facticité des accords tacites conclus durant le procès

761. Les accords tacites étudiés au titre de cette section sont régis par des ensembles normatifs différents. Tout d'abord, l'accord procédural tacite et la renonciation à la convention d'arbitrage sont, en tant que mécanismes procéduraux, régis par la *lex fori*. Ensuite, la prorogation tacite de compétence est régie par le règlement Bruxelles 1 bis, et en matière familiale, par les différents règlements européens applicables. Son analyse critique ne peut être effectuée qu'en contemplation des dispositions de ces règlements ; dispositions qui forment, du moins pour partie, un système autonome et dissocié du droit français. Enfin, l'exclusion de la Convention de Vienne est fondée sur l'article 6 de cette

¹⁴⁷² D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, *op. cit.*, p. 128 ; G. Kaufmann-Kohler, A. Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁴⁷³ D. Sutton, J. Gill, M. Gearing, *Russell on Arbitration*, *op. cit.*, § 2-112.

¹⁴⁷⁴ *BEA Hotels NV v Bellway LLC* [2007] EWHC 1363.

¹⁴⁷⁵ D. Sutton, J. Gill, M. Gearing, *Russell on Arbitration*, *op. cit.*, § 2-112.

dernière. L'existence d'un accord relatif à l'exclusion de la convention doit, corrélativement, être appréciée de façon autonome¹⁴⁷⁶. Pour caractériser cet accord élastique, l'interprète devra se référer aux dispositions de cette convention¹⁴⁷⁷. Si cet éclatement des sources normatives ne facilite pas nos investigations, nous pensons que ces différents actes tacites peuvent pourtant être rapprochés et qu'une analyse unitaire peut être développée.

762. Les différents accords tacites conclus durant le procès peuvent, en effet, être analysés comme des actes abdicatifs. C'est dire qu'ils produisent des effets analogues à ceux engendrés par des renonciations tacites¹⁴⁷⁸. On peut considérer que, par l'entremise de l'accord procédural tacite, les parties renoncent au droit d'invoquer la règle de conflit¹⁴⁷⁹. De même, on peut considérer qu'avec la prorogation tacite de compétence, les parties renoncent au droit d'invoquer la règle de compétence internationale. Madame S. Corneloup a d'ailleurs souligné qu'« il est possible de voir dans la compétence fondée sur la comparution du défendeur un équivalent fonctionnel (le pendant judiciaire) de la technique de l'accord procédural »¹⁴⁸⁰. On pourrait, enfin, considérer que lorsque les parties excluent l'application d'une convention « unifiante », elles renoncent à se prévaloir des dispositions de cette convention.

763. Si par leur objet, ou par leurs effets, les accords tacites contentieux étudiés au titre de cette section se rapprochent de renonciations, ils n'en diffèrent pas moins par leur mode de formation ; ils ne sont pas le produit d'une manifestation de volonté unilatérale, mais procèdent d'un véritable accord de volontés. Il n'en reste pas moins qu'ils appellent une analyse critique qui, à bien des égards,

¹⁴⁷⁶ Il est vrai qu'une autre analyse demeure possible. On pourrait considérer que la caractérisation d'un accord conclu durant le procès constitue un problème procédural qui, comme tel, devrait être régi par la *lex fori*. Cependant, une telle analyse nous paraît contestable, car elle a pour effet de compromettre l'objectif d'application uniforme de la convention de Vienne. Sur les différentes analyses possibles, v. L. Spagnolo, "Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG", *op. cit.*, not. p. 484 et s.

¹⁴⁷⁷ En ce sens, v. I. Schwenzer, U.-G. Schroeter, *Schlechtriem & Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, *op. cit.*, p. 119 ; S. Cornelius Manner, M. Schmitt, "Article 6", *op. cit.*, p. 77 ; L. Spagnolo, "Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG", *op. cit.*, p. 489 et p. 507.

¹⁴⁷⁸ V. *supra* n° 149 et s.

¹⁴⁷⁹ Cette analyse pourrait toutefois être discutée. En effet, l'objet de l'accord procédural n'est pas parfaitement fixé. On peut se demander si la liberté dont les parties font usage est exercée « au niveau conflictuel ou matériel » (Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *op. cit.*, p. 315). Deux analyses sont alors concevables. Soit l'on considère que la liberté des parties est exercée au niveau conflictuel : on considérera que l'accord procédural résulte d'une renonciation à la règle de conflit. Soit l'on considère que la liberté des parties est exercée au niveau matériel. Selon cette dernière analyse, les parties pourraient renoncer « à la règle de droit substantiel qui régit le droit subjectif litigieux » (D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *op. cit.*, p. 587 et s. et not. p. 606).

¹⁴⁸⁰ S. Corneloup, « article 8 », *op. cit.*, p. 116.

est similaire à celle que nous avons développée à propos des renonciations¹⁴⁸¹. À l'exception de la prorogation tacite du délai de l'arbitrage, les accords tacites conclus durant le procès reposent, en effet, sur des fictions de volonté (I) et ils sont fondés sur des fictions juridiques (II).

I) Des accords fondés sur une fiction de volonté

764. Trop souvent, si les parties sont inactives, cela tient à ce qu'elles ne connaissent pas les règles de droit international privé. Leur attitude ne procède pas d'un véritable choix (A). Du reste, si dans certains cas, les parties ont effectivement manifesté leur volonté de ne pas *exercer* un droit, elles n'ont aucunement manifesté leur volonté de *renoncer* à ce dernier (B).

A) Des accords déduits d'une ignorance

765. Avant d'affirmer que les parties ont fait un choix, il faut s'assurer que ces dernières ont véritablement perçu la pluralité des options qui s'offrent à elles et qu'elles ont, en toute conscience, décidé de se saisir de l'une de ces options. Le concept même de choix présuppose que l'auteur de ce dernier ait conscience des différentes possibilités qui s'offrent à lui et qu'il décide, en connaissance de cause, de jeter son dévolu sur l'une de ces possibilités¹⁴⁸². Dans le cadre du procès, différentes alternatives s'offrent aux parties. Elles peuvent solliciter l'application de la loi française ou elles peuvent invoquer la loi étrangère. Elles peuvent contester la compétence du juge saisi ou accepter sa compétence. Mais les parties ont-elles seulement entrevu l'éventail des possibilités qui s'offraient à elles ? Il y a lieu de penser que trop souvent, les litigants n'ont pas envisagé chacune des options dont ils disposaient¹⁴⁸³. Quand un plaideur ignore le champ des possibilités qui s'offrent à lui, quand il se conforme spontanément à la seule position lui paraissant concevable, il n'y a pas de choix et il n'y a pas de volonté.

766. Dans le cas de l'accord procédural tacite, nous pensons que trop souvent, si les parties se réfèrent dans leurs conclusions au droit français, cela signifie qu'elles ont pensé que la loi française

¹⁴⁸¹ V. *supra* n° 213 et s.

¹⁴⁸² Le petit Robert, 2011, « choix » : « action de choisir, décision par laquelle on donne préférence à une chose, une possibilité en écartant les autres ».

¹⁴⁸³ Rapprochement : T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 157 : « Certes, on ne peut exclure que les deux parties souhaitent réellement se soumettre à une loi qui n'est pas désignée par la règle de conflit ou au droit interne de la vente plutôt qu'à la convention de Vienne, ou encore à un juge qui devrait normalement être incompétent. Mais, compte tenu de la complexité des mécanismes de droit international privé, il est également possible que l'une d'elles, sinon les deux, ignore l'existence de l'alternative qui lui est offerte ».

était objectivement applicable¹⁴⁸⁴. Or, ce n'est pas parce que les parties ont *pensé* que la loi française était nécessairement applicable qu'elles ont *voulu* que le juge tranche le litige par application de cette loi¹⁴⁸⁵. Deux raisons peuvent expliquer que les parties aient pensé que la loi française était nécessairement applicable. Tout d'abord, il est possible que les parties — notamment si elles ne sont pas représentées par un avocat — aient totalement fait abstraction des questions de droit international privé jaillissant de l'internationalité du litige. Dans cette hypothèse, l'accord de volontés est, à l'évidence, inexistant, car les parties n'ont pas fait de *choix*, elles n'ont aucunement entrevu l'éventail des possibilités qui s'offraient à elles ; elles ont pensé que le juge français appliquerait nécessairement la loi française.

Ensuite, il est possible que les parties aient bien vu le problème de la détermination du droit applicable, mais qu'elles aient pensé, par suite d'une erreur de raisonnement, que la loi française était nécessairement « compétente ». En d'autres termes, du fait d'un mauvais maniement des règles de droit international privé — erreur de qualification ou de localisation de l'élément de rattachement, par exemple —, des plaideurs ont pu penser que la loi française était nécessairement applicable. Nous nous risquons à penser que de telles erreurs sont loin d'être rares, car même si les parties au procès sont représentées par un avocat, ce dernier n'est pas nécessairement un spécialiste de droit international privé, parfaitement rompu à la technique conflictualiste¹⁴⁸⁶.

767. Lorsqu'un accord relatif à l'exclusion de la Convention de Vienne est caractérisé, le même obstacle théorique émerge. Lorsque les conclusions des parties ont été rédigées en contemplation du droit français interne, cela tient, bien souvent, au fait que les parties ont pensé que ce droit était objectivement et nécessairement applicable. Là encore, deux raisons peuvent expliquer une telle

¹⁴⁸⁴ Comp : C.-A. Arrue Montenegro, thèse, *op. cit.*, p. 297-298.

¹⁴⁸⁵ Rapprochement : L. Stark, *L'internationalité en droit international privé*, thèse, Dijon, 2020, p. 121 ; B. Fauvarque-Cosson, thèse, *op. cit.*, p. 264 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 263 ; S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *op. cit.*, p. 86 ; M.-L. Niboyet, « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », *op. cit.*, p. 32 ; B. Fauvarque-Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *op. cit.*, p. 270 ; Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *op. cit.*, p. 309-310 ; P. Lalive, « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit international privé. Rapport général », *op. cit.*, p. 186.

¹⁴⁸⁶ Rapprochement : « Les parties ne s'étant prévaluées que de la loi française, certaines décisions ont estimé que leurs conclusions convergentes pourraient s'analyser en un accord procédural sur l'application de la *lex fori*. Ce qui présuppose une volonté des parties en ce sens. Le litige international ne met-il cependant en présence que des plaideurs avisés, conseillés par les avocats de grands cabinets passés maîtres dans l'art et les subtilités du droit international privé » (D. Bureau, H. Muir Watt, *Droit international privé, Tome I, op. cit.*, p. 484.

croissance. En premier lieu, il est possible que les parties aient purement et simplement ignoré l'existence de la Convention de Vienne. En second lieu, il est possible qu'elles aient pensé — à tort — que leur litige tombait en dehors du champ d'application de cette convention¹⁴⁸⁷. Quoi qu'il en soit, dans chacune de ces deux hypothèses, les parties n'ont aucunement exprimé une volonté de voir le droit français appliqué. La *croissance* en l'applicabilité d'un certain droit ne saurait être assimilée à une *volonté* de voir ce droit appliqué.

Dans l'arrêt du 25 octobre 2005, avant de caractériser l'accord élastique, la Cour de cassation a affirmé que les parties avaient connaissance du caractère international des ventes conclues¹⁴⁸⁸. Cette dernière précision donnait à penser que pour que l'accord élastique soit caractérisé, il fallait que les parties aient bien conscience de l'internationalité du contrat litigieux. Mais quoi qu'il en soit, même si elles ont conscience de l'internationalité de la vente, cela ne veut pas dire qu'elles ont connaissance de l'existence et de l'applicabilité de la Convention de Vienne. Les parties peuvent très bien être conscientes de l'internationalité du contrat tout en ignorant que la Convention de Vienne est applicable¹⁴⁸⁹.

768. Pour la prorogation tacite de compétence, la même difficulté surgit. Trop souvent, si le défendeur n'a pas contesté la compétence du juge saisi, cela tient au fait qu'il ignorait qu'il disposait de cette possibilité de contester la compétence. Dans certains cas, on peut penser que les parties ne se sont aucunement interrogées sur le problème de la compétence internationale¹⁴⁹⁰. On peut également conjecturer que dans certaines hypothèses, le défendeur a cru, du fait d'une erreur de raisonnement, que le juge saisi était nécessairement compétent.

¹⁴⁸⁷ Cl. Witz, « Vente internationale : l'office du juge face au pouvoir des plaideurs d'écarter le droit uniforme et jeu combiné de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Vienne », *op. cit.*, p. 3611 ; F. Ferrari, « Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *op. cit.*, p. 351. Rapprochement : J.B. Racine, « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales », *op. cit.*, p. 23. ; L. Spagnolo, « Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG », *op. cit.*, p. 517-518 ; F. Ferrari, « Exclusion et inclusion de la CVIM », *op. cit.*, p. 406.

¹⁴⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Soc. Herbex Produtos c. Soc. Cogemar et autres*, D. 2007. 530, obs. C. Witz, RTD. civ. 2006. 268, obs. P. Remy-Corlay, RTD. com. 2006. 249, obs. P. Delebecque.

¹⁴⁸⁹ D. Bureau, « L'exclusion tacite de la Convention de Vienne doit être consciente », *op. cit.*, p. 379-380 ; Cl. Witz, « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », D. 2007 p. 530 et s. et not. p. 533. Rapprochement : G. Cerqueira, N. Nord, « Retour sur le silence des parties à propos de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *op. cit.*, n° 14.

¹⁴⁹⁰ E. Pataut, « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparait sans soulever d'exception d'incompétence », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 575 et s. et not. p. 583. Rapprochement : V. Heuzé, « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », in *Mélanges P. Mayer*, 2015, p. 295 et s. et not. p. 308.

769. En définitive, il y a lieu de penser que pour de nombreux litiges, l'accord tacite contentieux procède d'une simple ignorance. Bien davantage qu'un choix délibéré, il est le produit d'une erreur des parties. Pour certains procès, cependant, les plaideurs sont bien conseillés ; ils ont bien connaissance des prérogatives qui sont à leur disposition et ils sont conscients de l'ensemble des options qui s'offrent à eux. Du reste, lorsque les plaideurs ont inséré dans leur contrat une clause d'élection de droit ou une clause de choix de for, on peut présumer qu'ils ont bien connaissance de l'internationalité du litige et de leur droit d'invoquer cette stipulation à leur profit.

770. Lorsque les plaideurs sont conscients de l'internationalité du litige et de l'ensemble des conséquences en découlant, peut-on affirmer que l'accord tacite contentieux repose sur un véritable accord de volontés ? Il n'en est rien.

B) Des accords déduits de la volonté de ne pas exercer un droit

771. Les accords tacites conclus durant le procès reposent toujours sur le même schéma de formation. Une partie dispose du droit d'invoquer une prérogative juridique déterminée. Elle comparait devant le juge, sans invoquer cette prérogative. Peut-on affirmer que les parties ont tacitement renoncé à se prévaloir de cette prérogative ? Une réponse négative doit être retenue, car même si elles ont connaissance du droit à leur disposition, les parties ont uniquement manifesté leur volonté de ne pas *exercer* leur droit ; elles n'ont aucunement manifesté leur volonté de *renoncer* à ce dernier. Ce n'est pas parce que deux plaideurs décident, à un « instant t » du procès, de ne pas invoquer une prérogative juridique qu'elles souhaitent abdiquer cette dernière.

772. Ce n'est pas parce que deux plaideurs s'abstiennent d'invoquer la règle de conflit qu'ils souhaitent abandonner leur droit d'invoquer cette règle. Le simple parallélisme des comportements ne peut pas être assimilé à une rencontre des volontés. Même si l'on admet que les parties ont exprimé leur volonté de ne pas se prévaloir de la règle de conflit, elles n'ont aucunement exprimé leur volonté de se lier, pas plus qu'elles n'ont exprimé leur volonté de lier le juge. Monsieur P. Mayer a ainsi souligné qu'« un accord suppose une rencontre de volontés [...]. Une rencontre implique l'intention de se lier sur une position commune, et par là même — puisque tel est ici l'objet du prétendu accord — l'intention de lier le juge. Or, ce n'est pas parce que deux personnes ont pris une position identique

qu'elles sont censées s'engager l'une envers l'autre à s'y tenir, et qu'elles veulent contraindre le juge à la respecter»¹⁴⁹¹.

773. Cette analyse peut être appliquée à l'ensemble des accords tacites conclus durant le procès. Ce n'est pas parce que les litigants décident de ne pas invoquer les dispositions de la Convention de Vienne qu'ils veulent abandonner leur droit d'invoquer ces dispositions. Dans ce contexte, lorsque la question du droit applicable a été passée sous silence, rien ne permet de penser que les litigants aient exprimé une volonté de se lier et de se placer sous l'empire du principe de force obligatoire des conventions¹⁴⁹². De même, ce n'est pas parce que le défendeur, à un moment déterminé du procès, a choisi de ne pas invoquer la convention d'arbitrage qu'il souhaite renoncer au droit d'invoquer cette dernière. Ce n'est pas parce que le plaideur a manifesté sa volonté de ne pas invoquer l'incompétence qu'il souhaite abdiquer son droit de se prévaloir de la règle de compétence internationale.

774. L'ensemble des accords tacites que nous avons analysés reposent sur une confusion fondamentale. Du simple fait qu'un plaideur a — au mieux — manifesté sa volonté de ne pas exercer un droit déterminé, le juge en infère que ce plaideur a voulu renoncer à ce droit. En réalité, dès lors que les plaideurs manifestent leur volonté de ne pas invoquer une prérogative étant à leur disposition, le droit objectif s'empare de cette manifestation de volonté, pour la réifier et pour lui faire produire des effets qui sont tout autre que ceux recherchés par les litigants. Dans cette configuration,

« la volonté initiale intervient comme le bras qui fait tourner la manivelle ou le doigt qui appuie sur le déclic de l'appareil photographique pour mettre en mouvement tout un mécanisme obéissant à des règles impérieuses qui lui sont propres et qui échappent désormais, d'ailleurs, la plupart du temps, à la volonté de celui qui l'a provoqué, de même que l'apprenti sorcier de la ballade de Goethe n'est plus maître de l'action des éléments par lui imprudemment déchaînés »¹⁴⁹³.

775. Faute d'une volonté valablement exprimée par les plaideurs, les accords tacites conclus durant le procès reposent sur une fiction juridique.

¹⁴⁹¹ P. Mayer, « Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural », *Rev. Crit. DIP* 1998, p. 60 et s. et not. p. 67.

¹⁴⁹² Rapprochement : L. Spagnolo, "Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG", *op. cit.*, p. 515. Cet auteur montre que dans un tel contexte procédural, il n'y a ni offre, ni acceptation.

¹⁴⁹³ J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français, tome V, op. cit.*, p. 6. On précisera qu'ici, on reprend la belle formule de Niboyet, mais on s'écarte de ce qui, sur le fond, est soutenu par cet auteur.

II) Des accords fondés sur une fiction juridique

776. Pour chacun des accords étudiés au titre de cette section, l’auteur de la norme fait « comme si » il se bornait à prendre acte de la manifestation de volonté des parties alors qu’il édicte, en réalité, une règle objective et décorrélée de la volonté des litigants. Dans ce contexte, la volonté tacite n’est, une nouvelle fois, qu’un subterfuge dont une autorité normative fait usage afin de créer une fiction de contrat ; elle n’est rien d’autre qu’un artifice conceptuel constitutif d’une fiction juridique¹⁴⁹⁴. À travers la consécration des accords tacites contentieux, la Cour de cassation a indirectement nié l’exigence d’un comportement non équivoque ; exigence qui conditionne pourtant la formation de tout acte juridique (A). Dissimulé sous le fard d’une terminologie consensualiste, c’est un mécanisme de déchéance qui frappe les parties (B).

A) La négation de l’exigence d’un comportement non équivoque

777. Les différents accords tacites contentieux sont présentés par la jurisprudence ou par le législateur comme de véritables conventions qui, comme telles, procéderaient d’un véritable accord de volontés. Dès lors, la consécration de ces accords tacites contentieux se traduit par une atteinte aux exigences textuelles qui encadrent et structurent le processus de formation de l’acte juridique. L’article 1113 du Code civil prévoit qu’une manifestation de volonté doit résulter d’un comportement non équivoque. Dans son article 6, la Convention de Vienne prévoit que les parties peuvent exclure l’application de la Convention. Mais lorsqu’on lit les travaux préparatoires, on voit que selon les rédacteurs, l’exclusion de la Convention de Vienne était subordonnée à l’expression d’une volonté non équivoque¹⁴⁹⁵. Bref, ces deux textes posent, *a minima*, l’exigence d’une manifestation de volonté claire et non équivoque.

¹⁴⁹⁴ Rapprochement : Th. Kadner Graziano, “Freedom to choose the applicable law in tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation”, in W. Binchy, J. Ahern (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime*, Leiden, 2009, p. 113 et s. et not. p. 120 : “In this as well as in many other cases, the courts inferred from the parties’ silence on the issues of the applicable law that they had made a tacit choice of the law of the forum . [...] In reality, courts and lawyers still forget about the impact of private international law on a regular basis and, in particular, the possible application of a foreign law. Inferring a choice of law from mere silence would therefore be a pure fiction in the majority of cases”.

À propos de l’accord procédural tacite, v. aussi : P. de Vareilles-Sommières, « Glossaire de l’application judiciaire de la loi étrangère », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485 et s. et not. p. 487-488 : « il paraît difficile de parler d’accord implicite, car on ne voit pas en quoi le silence des parties sur la loi applicable pourrait “impliquer” une volonté commune de leur part de se référer à la loi française du juge saisi ».

¹⁴⁹⁵ V. *supra* n° 619.

778. Or, lorsque deux parties se réfèrent dans leur conclusion à la loi française, leur comportement est pour le moins équivoque. Pourtant, la Cour de cassation n'en affirme pas moins qu'il existe un accord procédural tacite, ce qui équivaut à une négation de l'exigence figurant à l'article 1113 du Code civil. Il en est de même lorsque la renonciation à la convention d'arbitrage est déduite de la seule comparution du défendeur. Le comportement de ce dernier est pour le moins équivoque. La Cour de cassation admet, cependant, l'existence d'un acte juridique tacite.

779. De même, lorsque les parties s'abstiennent d'invoquer les dispositions de la Convention de Vienne, leur comportement est ambigu. Et pourtant, la Cour de cassation considère qu'il existe un accord tacite. Il y a une négation de l'exigence figurant implicitement à l'article 6 de la Convention de Vienne. Pour le mécanisme de la prorogation tacite de compétence, l'analyse pourrait éventuellement être plus nuancée, car l'exigence d'un comportement non équivoque n'est pas directement posée par le règlement « Bruxelles 1 bis ».

780. Par l'entremise de cette négation des principes structurant la formation de l'acte juridique, la Cour de cassation a édifié des règles procédurales nouvelles propres au procès mettant en jeu un contentieux international.

B) La création d'une règle procédurale nouvelle

781. Sous couvert de la recherche de la volonté tacite, la Cour de cassation et le législateur européen ont forgé une règle nouvelle ; une règle dont l'énoncé pourrait être le suivant : tous les moyens relatifs au droit applicable ou à la compétence internationale doivent être soulevés *in limine litis*. Lorsqu'ils sont invoqués trop tardivement, les moyens relatifs au droit applicable et à la compétence internationale sont jugés irrecevables. En réalité, lorsqu'ils agissent à contretemps, les litigants sont frappés par un mécanisme de déchéance.

Nous avons vu antérieurement que le concept de déchéance était particulièrement difficile à cerner¹⁴⁹⁶. Si nous avons malgré tout décidé de l'employer, c'est que la déchéance se distingue radicalement du concept d'abdication conventionnelle. Loin d'être un produit de sa volonté, la déchéance est imposée au déchu ; elle constitue une sanction prononcée à titre autoritaire à l'encontre d'un sujet de droit. Dans chacune des hypothèses étudiées au titre de cette section, le plaideur — parce qu'il n'agit

¹⁴⁹⁶ V. *supra* n° 245.

pas avec suffisamment de diligence ou avec suffisamment de probité — est privé de son droit d’invoquer un moyen relatif au droit applicable ou à la compétence internationale.

Conclusion du chapitre 4

782. L'accord tacite conclu avant le procès et l'accord tacite conclu durant ce dernier doivent être distingués. Lorsqu'il est antérieur au procès, l'accord tacite peut parfaitement résulter d'un authentique processus de reconstitution de la volonté des parties contractantes. Dans nombre de décisions, le juge aura procédé à une « véritable » recherche de la volonté des contractants. Certes, lorsqu'il sera amené à reconstituer un choix tacite, l'interprète ne parviendra jamais à avoir une certitude absolue ; la volonté des parties ne saurait être connue de façon absolument certaine. Cependant, l'examen de la jurisprudence démontre que le standard d'une certitude raisonnable paraît occasionnellement atteint.

Aux fins de reconstitution d'un choix tacite, trois types d'indices peuvent être distingués. Tout d'abord, certains indices de volonté paraissent de notre point de vue particulièrement probants. Lorsque le contrat se réfère à des dispositions d'une loi déterminée, ou lorsqu'il prévoit l'application d'une convention collective, des indices de volonté particulièrement forts sont établis. Ensuite, certains indices de volonté ont une moindre portée. Lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, la stipulation d'une clause d'élection de for ou d'une clause compromissoire, le fait que le contrat soit « inconnu » de l'une des lois en présence, le recours à un officier public ou, dans certains cas, l'utilisation d'un contrat type peuvent valablement être pris en considération. Mais de notre point de vue, en eux-mêmes et envisagés isolément, ces indices ne sauraient aucunement révéler un véritable choix de loi implicite. Enfin, lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, certains éléments de fait ne devraient pas être pris en considération. Les indices de localisation du contrat, le fait que la loi objectivement applicable annule la convention, ou la langue dans laquelle le contrat a été rédigé sont — relativement au choix tacite — dépourvus de toute valeur probatoire ; ils ne sauraient aucunement révéler une volonté des parties contractantes.

783. À l'exception de la prorogation tacite du délai de l'arbitrage, les accords tacites prétendument conclus durant le procès sont le produit de fictions de volonté. Durant l'instance, les parties n'étaient pas nécessairement conscientes de l'ensemble des options dont elles disposaient. Le seul fait qu'elles se soient conformées à la seule position leur paraissant concevable ne constitue pas un choix. Par exemple, les parties n'avaient pas nécessairement conscience de l'applicabilité d'une loi étrangère. Dans ce contexte, le seul fait qu'elles aient invoqué la loi française dans leurs conclusions ne révèle

pas un choix. Au demeurant, si les plaideurs ont, dans certains cas, effectivement manifesté leur volonté de ne pas *exercer* le droit dont ils disposaient, ils n'ont pas exprimé leur volonté de *renoncer* à ce dernier. Par exemple, ce n'est pas parce que le défendeur décide de ne pas invoquer la règle de compétence internationale qu'il souhaite renoncer au droit d'invoquer cette règle. Du reste, et plus subsidiairement, ces accords sont très largement déduits de l'inertie et du silence des plaideurs. Lorsqu'un litige est porté devant le juge, un conflit a éclaté entre les parties ; il y a généralement un affrontement entre deux plaideurs dont les intérêts sont antagonistes. Que les parties parviennent, dans de telles conditions, à trouver un accord n'est pas impossible, mais plus difficilement concevable. En conséquence, au cours du procès, le juge ne devrait pas trop aisément présumer l'existence d'un accord tacite.

Conclusion du titre 2

784. Au sein de ce titre 2, nous avons distingué deux types d'accord tacite. Parfois, le constat d'un accord tacite débouche sur une extension du champ d'application d'une clause de choix de loi ou de for. L'extension d'une telle stipulation peut se réaliser dans trois « directions » : *ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione materiae et ratione personae* (double extension). L'extension *ratione materiae* survient, par exemple, lorsqu'une clause de choix de for visant uniquement le contentieux relatif à l'exécution du contrat est étendue à l'égard du contentieux relatif à la validité de ce dernier. L'extension *ratione personae* est établie lorsqu'une clause de choix de for est étendue à l'égard d'une personne qui n'en est pas le signataire. Par exemple, la clause de choix de for, figurant dans un contrat conclu par une société mère est, par le jeu d'un accord tacite, étendue à l'égard d'une filiale ayant participé à l'exécution de ce contrat. Enfin, la double extension résulte d'une extension *ratione materiae* et d'une extension *ratione personae*. Une telle extension surviendrait, par exemple, si la clause d'élection de droit figurant dans un contrat de prêt était étendue à l'égard d'un contrat de cautionnement.

785. En matière d'arbitrage, la jurisprudence française est particulièrement favorable au jeu de l'extension de la clause compromissoire. Par la grâce de la volonté tacite, la clause d'arbitrage a été dotée d'un rayonnement considérable, d'une effectivité sans cesse renforcée, aboutissant à une concentration de l'ensemble du contentieux devant l'arbitre. Mais cet essor se fait, bien souvent, au prix d'une dénaturation de la volonté des parties. Pour les clauses d'élection de for et les clauses d'élection de droit, la jurisprudence française se montre plus frileuse, plus réticente ; l'extension est moins souvent retenue.

786. L'accord tacite peut également être indépendant de toute extension d'une stipulation expresse. Cette catégorie couvre un ensemble d'hypothèses hétéroclites, une multitude d'actes hétérogènes. De ce fait, il n'est pas facile de formuler des conclusions. Le constat qui peut être fait est, cependant, le suivant : l'examen de la jurisprudence démontre que les choix de lois implicites sont parfois déduits d'indices de volonté peu significatifs. Corrélativement, la jurisprudence française est souvent amenée à découvrir des choix de loi tacites dans des hypothèses où la volonté des parties paraît assez incertaine. Par exemple, toutes les fois que le choix de loi est déduit d'indices de localisation du contrat, la volonté des parties est très douteuse. De même, lorsque le contentieux est enclenché, la jurisprudence française est fréquemment amenée à caractériser des accords tacites dans des

hypothèses où, pourtant, il n'existe aucun signe objectif de volonté probant. L'accord procédural tacite, ou la prorogation tacite de compétence reposent, par exemple, sur des fictions de volonté.

Conclusion de la partie 1

787. Cette première partie était centrée sur la systématisation du droit positif. Lors de l'examen de chacune des solutions fondées sur la volonté tacite, nous nous sommes interrogés sur la solidité et la consistance de la volonté imputée aux parties, sur la vraisemblance du consentement tacite dont l'existence est alléguée. Trois types de solutions ont été distingués.

788. Dans certaines décisions jurisprudentielles, l'allégation d'une volonté tacite n'est qu'une fiction, un subterfuge dont le juge use pour parvenir à la consécration d'une solution jugée opportune. Il n'y a pas de véritable recherche de la volonté tacite, ou à tout le moins, le raisonnement sur lequel la reconstitution de la volonté tacite est assise ne convainc aucunement. Ainsi, les renonciations tacites prétendument intervenues après l'enclenchement du contentieux procèdent de fictions de volonté. De même, dans certaines décisions, l'extension de la clause d'arbitrage à un non-signataire repose sur une fiction juridique. Lorsque la Cour de cassation a estimé que la clause d'arbitrage insérée dans un contrat d'entreprise pouvait être étendue à l'égard d'un contrat de sous-traitance, ou lorsqu'elle a déduit des choix implicites de *la lex contractus* de la simple localisation du contrat litigieux, elle s'est également fondée sur des fictions de volonté. Enfin, de notre point de vue, les accords tacites prétendument conclus durant le procès — en particulier l'accord procédural tacite, la prorogation tacite de compétence ou l'accord par lequel les parties écarteraient l'application de la Convention de Vienne — reposent sur des fictions.

789. Au contraire, dans certaines décisions, il y a une véritable recherche de la volonté des contractants. Le juge ne parviendra jamais à reconstituer une volonté réelle certaine, mais l'acte juridique tacite, dont l'existence est consacrée, est fondé sur des indices objectifs de volonté probants. Par exemple, lorsque des parties sont en relations d'affaires continues, qu'un opérateur a, à de nombreuses reprises, transmis à son partenaire contractuel un document au dos duquel figurent ses conditions générales, il est parfois raisonnable de considérer que ce dernier a, par son silence prolongé, tacitement accepté les conditions générales lui ayant été transmises. Lorsqu'un contrat prévoit que l'ensemble du contentieux relatif à l'exécution du contrat doit être porté devant un juge déterminé, il est raisonnable de penser que les parties ont voulu que ce juge soit également compétent pour se

prononcer sur le contentieux de la validité du contrat. Enfin, lorsqu'un contrat se réfère, dans plusieurs de ces stipulations, aux dispositions d'une loi nationale donnée, il est légitime de penser que les parties ont tacitement choisi cette loi.

790. Dans une dernière série de décisions, l'analyse est plus difficile à mener, car si le raisonnement sur lequel la reconstitution de la volonté tacite est assise est contestable, et si la volonté des parties demeure assez incertaine, il serait peut-être excessif d'affirmer l'existence d'une fiction juridique. Lorsque la Cour de cassation estime que l'État ayant consenti à l'arbitrage a renoncé à se prévaloir de son immunité de juridiction, y compris devant le juge de l'exequatur, la recherche de volonté qui sous-tend la solution n'emporte pas entièrement la conviction. De même, lorsqu'un État accepte que l'ensemble des litiges l'opposant à son cocontractant soient résolus par la voie d'un arbitrage CCI, il est difficile d'en inférer que l'État a renoncé à son immunité d'exécution.

Lorsque l'on examine les solutions consacrées par la Cour de cassation en matière de clause d'arbitrage pas référence, on a également du mal à se déprendre du sentiment qu'un certain affaïssement des exigences de preuve du consentement à l'arbitrage est actuellement à l'œuvre en droit français. Il en est de même lorsque l'acceptation d'une clause d'élection de for est directement déduite de l'existence d'usages du commerce international relatifs à la forme de cette dernière. Dans les groupes de contrats conclus entre les mêmes parties, le raisonnement débouchant sur l'extension de la clause compromissoire est également contestable. Pour autant, il serait, peut-être, excessif d'affirmer que ces dernières solutions reposent sur des fictions juridiques.

791. L'ensemble des solutions que nous avons examinées ont jusqu'à présent été passées au crible d'une analyse critique qui était en elle-même et envisagée isolément insuffisante. Pour que notre examen soit parachevé, il faut maintenant envisager les fonctions de la volonté tacite.

Deuxième partie : Les différentes fonctions de la volonté tacite

792. L'analyse qui sera développée au titre de cette seconde partie sera marquée par un changement de focale, par un déplacement du centre de gravité de nos investigations. À des développements de nature essentiellement technique, centrés sur l'évaluation de la réalité et de la consistance de la volonté imputée aux parties, vont succéder des développements relatifs aux fonctions de la volonté tacite et à l'identification des politiques juridiques impulsées sur ce fondement¹⁴⁹⁷. Afin que l'analyse critique initiée dans la première partie de ce travail soit parachevée, cette identification des fonctions dévolues à la volonté tacite nous paraît nécessaire¹⁴⁹⁸.

Comme on a pu le souligner, « les institutions et les règles de droit ne sont pas des créations gratuites de l'esprit, leur raison d'être n'est pas intellectuelle ou esthétique, mais pratique. Leur but est de répondre à un certain besoin de la vie sociale. C'est à la lumière de ce but qu'il faut les étudier, les critiquer, les façonner »¹⁴⁹⁹. Au regard de cette considération nouvelle — celle du but poursuivi, de l'objectif politique qui est à la racine de la norme —, les solutions fondées sur des fictions de volonté, qui paraissaient de prime abord si contestables, pourraient se révéler *opportunes*¹⁵⁰⁰. À l'inverse, les décisions judiciaires fondées sur la reconstitution de signes objectifs de volonté sérieux pourraient, tout en étant défendables du point de vue de la technique juridique, potentiellement engendrer des conséquences pratiques particulièrement malheureuses¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁷ V. à cet égard, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* Il revient au maître de Vienne d'avoir si brillamment mis en lumière l'opposition de la science du droit et de la politique juridique. Kelsen écrit que la théorie pure du droit « se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique » (*Ibid.*, p. 1). Aujourd'hui, cette opposition de la science du droit et de la politique juridique est très connue. Pour une analyse synthétique : v. M. Troper, « Science du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1392 et s.

¹⁴⁹⁸ Cette tâche induit son lot de difficultés, car comme l'affirmait Batiffol, « il n'est pas toujours facile de démêler les objectifs exacts poursuivis par une législation et encore moins sans doute par une jurisprudence » (H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 195).

¹⁴⁹⁹ P. Coulombel, « Force et but dans la pensée juridique de Jhering », *op. cit.*, p. 624.

¹⁵⁰⁰ S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 172 : « La fiction juridique n'est pas un artifice gratuit, mais l'expression d'un "jugement de valeur", puisqu'en méconnaissant ou travestissant la réalité, elle tend à écarter de façon ponctuelle les conséquences injustes ou incommodes de l'application d'une règle figurant au sein de l'ordonnement juridique ».

¹⁵⁰¹ V. sur ce point les observations formulées dans le chapitre préliminaires, not. n° 115 et s.

793. En étudiant les fonctions de la volonté tacite, nous ne pourrions que difficilement faire l'économie de réflexions plus abstraites ayant trait aux objectifs qui inspirent les règles de droit international privé. L'étude des fonctions de la volonté tacite vient s'encaster au sein d'une analyse théorique relative aux finalités du droit international privé. Or, la détermination de la place susceptible d'être respectivement accordée à chacune de ces finalités n'est pas chose aisée. Comme le relève Madame L. Gannagé, une telle démarche « est fondamentalement tributaire d'un certain nombre d'orientations idéologiques voire philosophiques qui varient naturellement en fonction des auteurs »¹⁵⁰².

794. Si l'entreprise initiée au titre de cette partie peut paraître périlleuse, cependant, elle n'est aucunement originale. Par l'entremise d'écrits doctrinaux comme ceux de Jhering¹⁵⁰³, ou de Holmes¹⁵⁰⁴, le fonctionnalisme et ses différents avatars — finalisme et téléologisme¹⁵⁰⁵ — ont fait irruption sur la scène doctrinale française ; ils ont sans conteste, acquis droit de cité¹⁵⁰⁶. En droit international privé, du fait du pouvoir d'attraction et de l'influence considérable exercés par les écrits de Batiffol, qui était partisan d'une analyse téléologique¹⁵⁰⁷, les études doctrinales préconisant une

¹⁵⁰² L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, t. 357, 2013, p. 223 et s. et not. p. 383. V. aussi Ch. Guillard, *Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction, Étude de droit international privé*, thèse, Paris 2, 2021, p. 31 : « le caractère juste ou non des objectifs poursuivis par les normes juridiques peut difficilement faire l'objet d'une évaluation scientifique ».

¹⁵⁰³ V. en particulier, R. Jhering, *L'évolution du droit*, *op. cit.*

¹⁵⁰⁴ V. par exemple : O.-W. Holmes, "The Path of the Law", *Harvard Law Review* 1897, *op. cit.*, p. 469 : "It is true that a body of law is more rational and more civilized when every rule it contains is referred articulately and definitely to an end which it subserves, and when the grounds for desiring that end are stated or are ready to be stated in words". Sur la pensée de Holmes, v. les belles observations de H. Hart : « Diamonds and String: Holmes on the Common Law », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford Press, 1983, p. 278 et s.

V. aussi l'article célèbre et très critique de F.-S. Cohen : "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia law review* 1935, p. 809 et s.

¹⁵⁰⁵ Au sein de cette constellation conceptuelle pourrait aussi être évoqué le conséquentialisme. Cependant, ce dernier concept n'a pas exactement le même sens. D'après une approche conséquentialiste, « une solution sera jugée bonne ou mauvaise non pas exclusivement par rapport à sa conformité à une norme abstraite ou son rattachement à un précédent, mais en fonction de ses conséquences économiques et sociales » (« La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, p. 512-513).

¹⁵⁰⁶ Sur le développement du téléologisme, qui s'est notamment opéré par l'entremise du concept d'intérêts, v. Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 61 et s.

¹⁵⁰⁷ *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, par ex. p. 228 : « Les buts qui se dégagent de la teneur du droit positif sont un élément premier de la recherche. Sans eux, le juriste ne saurait même pas quels problèmes se posent ».

approche finaliste se sont multipliées¹⁵⁰⁸. À l'évidence, le conceptualisme juridique n'a pas été totalement évacué ; mais du moins conviendra-t-on que, sous l'assaut des critiques qui lui ont été assénées¹⁵⁰⁹, il ne règne plus en maître¹⁵¹⁰.

795. Pour identifier les fonctions de la volonté tacite, il faudra s'appuyer sur les résultats des investigations entreprises au titre de la première partie. Nous chercherons, en effet, à démontrer que les objectifs qui inspirent les solutions fondées sur des fictions de contrat sont assez différents de ceux inspirant les solutions fondées sur une « véritable » recherche de volonté. Plus précisément, aux fins d'identification des fonctions de la volonté tacite, la triple distinction retenue au titre de la première partie doit de nouveau être mobilisée.

En premier lieu, la recherche d'une « véritable » volonté a répondu à un objectif de réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de l'impératif de sécurité juridique. Elle a puisé sa source et sa raison d'être au sein d'un objectif de sauvegarde des prévisions des parties. En effet, lorsque les parties sont parvenues à trouver un accord, fût-il tacite, faire abstraction de ce dernier risquerait de briser leurs légitimes attentes. En arrière-plan de la recherche de la volonté tacite se trouve, ainsi, un impératif conflictuel traditionnel¹⁵¹¹.

¹⁵⁰⁸ Dans les thèses récentes, v. par exemple l'étude de Monsieur E. Farnoux : *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions*, LGDJ, 2022, not. p. 3 et s. où l'auteur présente l'approche fonctionnelle qui sera retenue.

Dans les contributions doctrinales plus anciennes, v. la belle assertion de Yntema : « La conception selon laquelle les problèmes de droit, y compris ceux que soulèvent les conflits de lois, devraient être abordés sous leurs aspects de politique sociale et non comme de simples exercices de maniement déductif ou intuitif de principes abstraits de justice, représente une vue moderne sur la pratique du droit » (H.-E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1959, p. 1 et s. et not p. 14).

Le terme de « fonction » a également été employé par Madame H. Muir Watt : *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Paris 2, 1985. Les réflexions de Madame Muir Watt se situaient, cependant, à un échelon d'abstraction supérieur à celui des développements qui vont suivre.

¹⁵⁰⁹ Le conceptualisme juridique a, en particulier, été l'objet de l'ironie mordante de Jhering. V. « In the Heaven for Legal Concepts: À Fantasy », *Temple Law Quarterly* 1985, p. 799 et s. Sur la pensée de Jhering, v. H. Hart, « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », *op. cit.*

¹⁵¹⁰ Comp : P.-E. Audit, « Une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel dans le Droit », *Revue de droit d'Assas* 2018, p. 29 et s. ;

Selon Madame H. Muir Watt, « le juriste contemporain garde sa foi sinon en l'infaillibilité du législateur, ni même en la place cardinale de la loi, du moins dans les vertus d'une méthodologie logico-déductive qui signale à la fois une certaine sacralisation de l'ordre juridique formel et le maintien des distances avec le chaos de la réalité sociale » (« La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, p. 512).

¹⁵¹¹ Contra : J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », *op. cit.*, p. 737 : « les justifications qui ont été données de cette règle de conflit [le principe d'autonomie] reposent d'ailleurs, à la base, sur des considérations substantielles : il importe de tenir compte des "prévisions", des "expectatives", des "attentes légitimes", voire de la "volonté des parties" ».

En deuxième lieu, les fictions de volonté ont été un instrument de réalisation d'objectifs se rattachant à la justice matérielle et à l'efficacité procédurale. L'instrumentalisation de la volonté tacite a souvent répondu à des impératifs nouveaux, qui ne ressortissent en rien à la justice de droit international privé. Les fictions constituées par l'entremise du concept de volonté tacite ont été l'un des instruments par lesquels la justice matérielle et les impératifs contemporains de rationalisation de la procédure ont pénétré au sein du droit international privé contemporain. À la différence des normes fondées sur une véritable recherche de la volonté tacite, les solutions fondées sur des fictions ont même, assez souvent, directement entravé la réalisation de la justice de droit international privé. En outre, si elles ont parfois favorisé la protection des légitimes attentes des parties au rapport de droit, ce n'était aucunement systématique.

Au risque d'empiéter sur nos développements ultérieurs, nous donnerons immédiatement un exemple illustratif. Nous avons vu qu'en matière de contrat de travail, la jurisprudence française a parfois découvert des choix implicites de la loi française dans des situations où la volonté des parties paraissait, pourtant, particulièrement douteuse¹⁵¹². Par l'entremise de ces fictions de volonté, la jurisprudence française a cherché à parvenir, à tout prix, à l'application de la loi la plus protectrice du salarié. Ce faisant, elle a impulsé une politique juridique de renforcement de la protection du salarié français engagé dans un rapport de travail international. En se fondant sur des fictions de volonté, les tribunaux français ont cherché à réaliser un objectif *substantiel*.

En troisième lieu, il existe un certain nombre de solutions jurisprudentielles qui, sans être fondées sur des fictions, reposent sur un processus de reconstitution de la volonté des parties qui est contestable. Pour ces solutions, le constat qui peut être formulé est celui d'une certaine indétermination des finalités poursuivies. Si ces solutions peuvent répondre à un impératif de protection des attentes légitimes, bien souvent, ce dernier ne constitue pas leur but premier et leur justification fondamentale. Là encore, nous montrerons que l'affaiblissement des exigences probatoires encadrant le processus de reconstitution du consentement a souvent répondu à des impératifs procéduraux et substantiels qui sont extérieurs à la justice de droit international privé.

¹⁵¹² V. *supra* n° 721 et s.

796. Ce sont les lignes de force de notre démonstration, mais de nombreuses nuances et précisions seront apportées par la suite. En outre, pour dissiper tout risque de confusion, il faut immédiatement formuler une précision : une « véritable » recherche de la volonté tacite n'a pas pour unique effet de renforcer la protection des attentes des parties. Elle peut également avoir pour conséquence de favoriser la réalisation de *l'objectif matériel ou procédural poursuivi par les parties*¹⁵¹³. Par exemple, il est possible que des parties aient voulu centraliser le contentieux pouvant dériver de leur relation, mais qu'elles aient, à cette fin, maladroitement exprimé leur volonté. Dans une telle situation, la recherche de la volonté tacite favorisera la réalisation de l'objectif procédural — la centralisation du contentieux — que les parties avaient poursuivi. Ou encore, il est possible qu'un opérateur ait désigné comme applicable, au sein de ces conditions générales, une loi dont la teneur lui paraissait particulièrement appropriée. Dans une telle situation, en établissant une acceptation tacite de ces conditions générales, le juge favorisera la réalisation de l'objectif matériel poursuivi par les parties¹⁵¹⁴.

Cependant, il faut voir ce qui sépare les solutions fondées sur des fictions et les solutions fondées sur de véritables manifestations de volonté. Lorsqu'il y a une véritable recherche de la volonté tacite, le juge se borne, en quelque sorte, à *ratifier* le projet des parties. Lorsqu'il se fonde sur une fiction juridique, c'est le juge ou le législateur qui, autoritairement, *impose* un résultat matériel ou procédural donné. Or, c'est ce dernier phénomène juridique qui est le plus intéressant et le plus original.

797. En définitive, nous montrerons que les solutions jurisprudentielles fondées sur un travail de reconstitution d'une véritable manifestation de volonté répondent à un impératif conflictuel (Titre I). À la suite de quoi, nous chercherons à démontrer que les normes juridiques procédant de fictions de volonté sont inspirées par des objectifs matériels et procéduraux qui sont extérieurs à la justice de droit international privé (Titre II). Ce sont là, évidemment, de simples tendances. Un certain nombre d'exemples — qui seront ultérieurement identifiés — viendront contredire ou nuancer ces affirmations.

¹⁵¹³ En effet, et nous reviendrons ultérieurement sur ce point, il est classiquement affirmé que « dès lors que les parties choisissent, elles le font en fonction de leurs intérêts et dans cette mesure la règle de conflit [le principe d'autonomie] a un caractère substantiel » (H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, 1994, Dalloz, p. 181 et s. et not. p. 183-184, c'est l'auteur qui souligne). En ce sens, v. aussi J.-M. Jacquet : « La théorie de l'autonomie de la volonté », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 1 et s. et not. p. 7 et p. 13.

¹⁵¹⁴ En pratique ici, c'est essentiellement le projet matériel poursuivi par le stipulant — l'auteur des conditions générales — qui sera favorisé.

Titre 1 : Les objectifs de réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de la sécurité juridique

798. C'est, peut-être, un péché que de se référer à cette notion de justice conflictuelle, si fuyante, si mystérieuse¹⁵¹⁵. Cependant, si l'opposition de la justice matérielle et de la justice de droit international privé a souvent été mise en cause, nous pensons que les internationalistes ne sont jamais parvenus à totalement s'en détacher. Et de fait, nous croyons que la distinction peut projeter une certaine lumière sur le droit international privé contemporain, qu'elle est pourvue d'un pouvoir explicatif qui, à bien des égards, est demeuré intact¹⁵¹⁶. Toutefois, s'il est vrai que les rapports unissant le droit interne et le droit international privé ne sauraient être pensés sur le mode du cloisonnement et de l'étanchéité de leurs sphères respectives, de même, la justice conflictuelle et la justice matérielle ne sauraient être appréhendées sous le prisme de l'opposition et de l'antinomie¹⁵¹⁷. S'il convient de distinguer ces deux types de justice, il ne faut pas les opposer.

¹⁵¹⁵ Comme cela est souligné par Monsieur R. Michaels, "Most scholars seem to suggest that conflict of laws should be about conflicts justice, but sometimes tempered by substantive justice. [...] [However], we do not really have a proper discussion of what conflicts justice would mean" (R. Michaels, "Private International Law and the Question of Universal Values", in F. Ferrari, D.-P. Fernández Arroyo (dir.), *Private international law: contemporary challenges and continuing relevance*, Elgar, 2019, p. 148 et s. et not. p. 170).

¹⁵¹⁶ V. Par exemple, en matière environnementale, Ch. Guillard, « Protection de l'environnement et justice conflictuelle : une nouvelle équation pour le droit international privé ? », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 251 et s. En matière familiale, v. Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*

V. aussi : H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 173 et s.

¹⁵¹⁷ En ce sens, v. déjà Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, not. p. 363 ; R. Banu, "Conflicting Justice in Conflict of Laws", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 461 et s.

799. Pour Monsieur P. Mayer, la « justice de droit international privé consiste à rendre applicable la loi sur laquelle les parties, et dans certaines matières les tiers, ont fondé leurs prévisions »¹⁵¹⁸. La justice de droit international privé n'est, sans doute, pas réductible à l'objectif de protection des prévisions des parties. Cependant, comme cela est souligné par Monsieur Mayer, il nous semble que l'impératif de respect des légitimes attentes des parties ressortit à la justice conflictuelle, qu'il en constitue l'un des traits les plus saillants. Les parties ne doivent pas être soumises à un droit dont elles ne pouvaient anticiper l'application et ne sauraient être attirées devant un juge dont elles ne pouvaient raisonnablement prévoir la compétence. Si l'on a juxtaposé, au sein de notre intitulé, les termes de justice conflictuelle et de sécurité juridique, c'est que le concept de justice conflictuelle est surtout utilisé en matière de conflits de lois¹⁵¹⁹. S'il peut éventuellement être mobilisé pour appréhender les conflits de juridictions¹⁵²⁰, il ne peut que plus difficilement être employé en matière d'arbitrage international.

800. L'objet de ce titre est de démontrer que du point de vue de la justice conflictuelle, les décisions judiciaires étant fondées sur une véritable recherche de la volonté tacite ne sont pas nécessairement indéfendables. Plus précisément, du point de vue de la justice conflictuelle, la recherche de la volonté implicite des parties peut se révéler vertueuse, car elle aboutit à la préservation des attentes légitimes des contractants étant spontanément nées au moment de la constitution du rapport de

¹⁵¹⁸ P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 168.

Monsieur D. Sindres note également que la règle de conflit de lois « aurait [...] pour objet la réalisation d'une "justice de droit international privé", fondée sur le respect des prévisions des parties et sur l'harmonie internationale des solutions », laquelle vise à évincer les situations « boiteuses » (« Contrat, principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé », in R. Sefton-Green, L. Usunier (dir.), *La concurrence normative. Mythes et réalité*, Société de législation comparée, 2014, p. 171 et s. et not. p. 174).

V. également : B. Haftel, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, p. 1477 et s. et not. p. 1478 : la réalisation de la justice de droit international privé dépendrait de l'aptitude des rattachements consacrés « à féconder les attentes légitimes des parties tout en préservant les intérêts des ordres juridiques étatiques en cause et ceux de la société internationale ».

Dans un sens assez similaire, v. G. Goldstein, « L'exception de prévisibilité », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 3 et s. et not. p. 8.

¹⁵¹⁹ Rapprochement : H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 173 : « La poursuite de ces deux objectifs [justice conflictuelle et justice matérielle] se manifeste surtout s'agissant de la détermination de la loi applicable. On pourrait sans doute déceler aussi ces préoccupations en matière de conflits de juridictions, mais de façon moins nette ».

¹⁵²⁰ En ce sens, Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 307 et s.

V. aussi P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, not. p. 127 : « Si la justice de droit international privé commande en général que la loi appliquée soit celle qui présente les liens les plus étroits avec la situation juridique, ou à tout le moins que soit réservée l'application de cette dernière loi au moyen d'une clause d'exception, cette même justice de droit international privé demande que la situation soit soumise à un tribunal ou à une autorité qui ne soit pas dépourvue de lien avec elle ».

droit¹⁵²¹. Cependant, tout en ayant pour effet de protéger les légitimes attentes des parties, la recherche de la volonté tacite peut compromettre l'objectif de prévisibilité des solutions. La raison provient du fait que les solutions fondées sur le concept de volonté tacite sont casuistiques. S'il veut réellement reconstituer la volonté tacite des parties, le juge est généralement tenu de prendre en considération un ensemble de circonstances de faits. Les parties ne peuvent jamais prédire, avec certitude, si un choix tacite sera ou non caractérisé par le juge. Le processus de reconstruction d'un accord tacite est, en conséquence, générateur d'incertitudes pouvant briser l'objectif de prévisibilité des solutions.

801. Préservation des attentes légitimes d'un côté, atteinte à l'impératif de prévisibilité des solutions de l'autre ; cela peut paraître contradictoire. Le paradoxe, pourtant, n'est qu'apparent et se dissipe, du moins pour partie, si l'on introduit une distinction entre la prévisibilité ante-normative et la prévisibilité post-normative. Nous aurons l'occasion de revenir ultérieurement sur l'ensemble des facteurs expliquant ce paradoxe. La distinction de la prévisibilité post-normative et ante-normative n'est que l'un des facteurs d'explication.

Selon Monsieur B. Remy, la prévisibilité post-normative « suppose que les justiciables, dès lors qu'ils ont entrepris de prendre connaissance de la règle de droit, soient en mesure de déterminer avec un degré satisfaisant de certitude quelle est leur situation juridique ou quels comportements il leur est demandé d'adopter pour satisfaire aux exigences de l'ordre juridique »¹⁵²². La prévisibilité ante-normative renvoie, au contraire, aux convictions et aux croyances que les parties auront spontanément acquises, et ce, avant d'avoir consulté la règle de conflit¹⁵²³. Or, assez souvent, lorsque les parties

¹⁵²¹ De ce point de vue, v. P. Mayer, « Intervention », *TCFDIP* 2010-2012, p. 179 : « Je me suis demandé s'il n'y avait pas des cas, certes rares, où on serait en présence d'une volonté tacite qu'il serait mauvais de méconnaître parce que le but est de ne pas surprendre les parties ; or peut-être les surprendrait-on en ne tenant pas compte de cette volonté non-expresse ».

En ce sens, v. aussi : Th. Kruger, « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », *op. cit.*, p. 308.

¹⁵²² B. Remy, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois — Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 791 et s. et not. p. 792.

La notion de prévisibilité ante-normative, qui a été très clairement mise en exergue dans l'article précité, affleurerait déjà dans la thèse de Monsieur Remy. Ainsi, ce dernier écrit que « c'est ici dans les idées de croyance dans l'application d'une loi et de sécurité que se cristallise l'intérêt des parties. Cette sécurité est garantie lorsque la loi appliquée correspond à la loi que les parties croyaient applicable. C'est ainsi dans les représentations des cas d'application des normes que les destinataires sont susceptibles de concevoir que l'auteur de la norme de droit international privé peut trouver l'un des fondements des règles qu'il s'apprête à élaborer. Il convient de souligner, si l'on veut voir dans la croyance des parties dans l'application d'une règle donnée le fondement et non une conséquence des règles de droit international privé, que cette croyance peut être préalable à l'existence ou à la consultation des différentes règles de droit international privé proposées par les différents ordres juridiques » (*Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, p. 73-74).

¹⁵²³ Sur cette distinction, v. aussi : E. Farnoux, thèse, *op. cit.*, p. 181 et s. ; Y. Pré, *L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, thèse, Paris 1, 2022, not. p. 160 et s. ;

auront tacitement exprimé leur volonté, elles auront spontanément et avant toute consultation de la règle de conflit pensé que serait attribuée compétence à la loi ou au juge élu¹⁵²⁴. Cependant, après avoir consulté la règle de conflit, elles découvriront que leur choix ne sera pas nécessairement pris en considération et qu'un voile d'incertitudes entoure leur situation juridique.

Par exemple, les deux parties contractantes ont inséré dans leur contrat une clause d'élection de for au profit des juges français. Pour les besoins de la démonstration, supposons que les deux parties aient, initialement, et du fait d'une mauvaise connaissance des règles de droit international privé, pensé que l'insertion de cette clause attributive de juridiction allait automatiquement entraîner l'application du droit français. Dans une telle configuration, elles *s'attendent* à ce que le droit français soit déclaré applicable. Cependant, à la suite de l'éclosion du contentieux, elles découvriront que l'insertion d'une clause d'élection de for n'équivaut pas à un choix de loi. Le choix tacite n'étant, dans une telle situation, pas certain d'être caractérisé, les parties contractantes sont finalement exposées à une succession d'incertitudes : la *lex contractus* devient imprévisible.

802. En définitive, nous souhaitons montrer qu'une « véritable » recherche de la volonté tacite peut se révéler avantageuse, car elle a pour effet de favoriser la protection des attentes des parties (chapitre 1). Cependant, cette recherche a également pour corrélat de mettre en péril l'objectif de prévisibilité des solutions (chapitre 2). Il faut toujours garder à l'esprit que dans ce premier titre, nous étudierons uniquement les fonctions des solutions fondées sur une *véritable recherche de la volonté tacite* et non les solutions résultant de fictions de volonté.

¹⁵²⁴ Nous serons, par la suite, amenés à préciser notre point de vue à ce sujet.

Chapitre 1 : Un objectif de protection des attentes partiellement réalisé

803. L'objectif de protection des légitimes prévisions des parties commande l'application de la loi ou la reconnaissance de la compétence des juridictions en lesquelles les parties ont légitimement cru¹⁵²⁵. En matière de conflit de lois, l'impératif de protection des attentes légitimes doit conduire le juge à appliquer la législation que les parties auront légitimement estimé « compétente ». En matière de conflit de juridictions, il commande d'admettre la compétence d'une juridiction que les parties auront légitimement estimé telle¹⁵²⁶. En arrière-plan du concept d'attentes légitimes¹⁵²⁷ affluent un certain nombre de termes connexes. Au sein de cette constellation terminologique, gravitent ainsi les termes de croyances légitimes¹⁵²⁸, de prévisions des parties¹⁵²⁹, d'espérances légitimes¹⁵³⁰, d'expectatives ou encore de confiance légitime¹⁵³¹. Dans la suite de ces développements, ces termes doivent être tenus pour équivalents. Tracer des distinctions entre ces expressions aurait, du fait de l'introduction de ces subdivisions théoriques byzantines, pour seul corrélat d'ajouter une couche d'opacité supplémentaire.

¹⁵²⁵ Y. Pré, thèse, *op. cit.*, not. p. 23-24.

¹⁵²⁶ Sur la notion d'attentes légitimes en droit international privé, mais dans une perspective très différente de la nôtre : P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, p. 156 et s. ; P.-E. Nygh, "The reasonable expectations of the parties as a guide to choice of law in contract and in tort", *RCADI*, t. 251, 1995, p. 269 et s.

V. également, dans la littérature anglo-américaine relative au contrat (interne) : J.-M. Feinman, "Good Faith and Reasonable Expectations", *Arkansas Law Review* 2014, p. 525 et s. et not. p. 534 et s. ; C. Mitchell, "Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, p. 639 et s. ; B.-H. Kuklin, "The Justification for Protecting Reasonable Expectations", *Hofstra Law Review* 2001, p. 863 et s.

¹⁵²⁷ P. Lockiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321 et s. ; J. Calais-Auloy, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 et s.

¹⁵²⁸ J.-L. Souriaux, « La croyance légitime », *JCP G* 1982. I. 3058.

¹⁵²⁹ V. not Y. Pré, thèse, *op. cit.*

¹⁵³⁰ V. par exemple, J.-B. Walter, *L'espérance légitime*, Institut Universitaire Varenne, 2011.

¹⁵³¹ Th. Genicon, « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013, p. 336 et s. ; H. Muir Watt, « Reliance et définition du contrat », in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57 et s. V. aussi les articles fondateurs de E. Levy, mais qui en réalité ne se rattachent qu'assez indirectement à notre analyse : E. Levy, « Responsabilité et contrat », *RCLJ* 1899, p. 361 et s. ; E. Levy, « Les droits sont des croyances », *RTD civ.* 1924, p. 59 et s.

804. Ce concept d'attentes légitimes est présent dans différentes branches du droit privé français. Mais c'est peut-être en matière contractuelle qu'il occupe la place la plus éminente¹⁵³². « Acte de prévision »¹⁵³³, le contrat est générateur d'attentes légitimes ; la configuration de l'*instrumentum*, l'insertion des différentes clauses par lesquelles les contractants entendent modeler leur situation contractuelle et les différents actes matériels intervenus au titre de la relation alimentent et nourrissent les attentes des contractants¹⁵³⁴. Comme cela est souligné par Monsieur Th. Genicon, « qu'est-ce qui suscite plus une confiance légitime qu'un contrat ? Qu'est-ce qui nourrit plus légitimement les attentes, les projections, les anticipations du créancier qu'un engagement contractuel ? »¹⁵³⁵ D'aucuns ont même considéré que le but du droit des contrats était la protection et la promotion des attentes créées par la convention¹⁵³⁶.

805. De façon similaire, en droit international privé, les différentes clauses que les contractants auront insérées au sein de l'*instrumentum* auront, quant à la compétence internationale et au droit applicable, favorisé l'émergence et la cristallisation de leurs attentes¹⁵³⁷. Différentes stipulations ont pour effet de nourrir les attentes des parties ; elles concourent à modeler les représentations mentales des contractants. La conclusion d'un accord, fût-il seulement tacite, a pour effet d'alimenter les croyances des parties. Du fait de la conclusion de l'accord, ces dernières acquerront la conviction

¹⁵³² V. par exemple l'article 1166 du Code civil.

¹⁵³³ H. Lecuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s.

Pour Hauriou, le contrat est « la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits en les intégrant d'avance dans un acte de prévision » (*Principes de droit public*, 1^{ère} édition, 1910, Dalloz, 2010, p. 206).

Selon Ripert, « le contrat, en opérant des mutations dans le patrimoine ou en prévoyant des livraisons de marchandises et des prestations de services assure à un créancier une situation future et le garantit contre les circonstances qui s'opposeraient à sa satisfaction. Contracter, c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir » (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, LGDJ, 1949, p. 151).

Comp : R. Libchaber, « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz 2005, p. 226 et s. et not. p. 218.

¹⁵³⁴ Madame C. Mitchell considère que les attentes légitimes des contractants reposent sur trois "bases" ("*three possible bases for reasonable expectations*"). Tout d'abord, il y a une base « institutionnelle » : le contrat écrit et le droit des contrats. Ensuite, il y a une base empirique : transactions antérieures et usages notamment. Enfin, il y a une base normative : ce sont les principes moraux de valeur générale que les contractants s'attendent à voir respecter (C. Mitchell, "Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law", *op. cit.*).

¹⁵³⁵ Th. Genicon, « Contrat et protection de la confiance », *op. cit.*, n° 11.

¹⁵³⁶ B.-J. Reiter, J. Swan, "Contracts and the Protection of Reasonable Expectations" in B.J. Reiter and J. Swan (dir.), *Studies in Contract Law*, 1980, p. 1 et s. et not. p. 6, cité in C. Mitchell : "Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law", *op. cit.*, p. 649 ; J.-M. Feinman, "Good Faith and Reasonable Expectations", *op. cit.*, p. 549 et 569.

¹⁵³⁷ Rapprochement : Y. Pré, thèse, *op. cit.*, not. p. 187.

qu'un ordre juridique donné sera — dans sa compétence juridictionnelle ou législative — jugé « compétent ».

806. En conséquence, du point de vue du juge qui est amené à trancher une question de droit international privé, la reconstruction de la volonté tacite est un instrument de protection des attentes des parties : c'est un instrument utile (Section 1). Pour montrer que le processus de reconstitution de la volonté tacite peut véritablement se révéler vertueux, il restera à déterminer si, aux fins de l'accomplissement de cette finalité de préservation des légitimes prévisions des parties, d'autres instruments seraient susceptibles d'être employés. De notre point de vue, dans nombre d'hypothèses, la reconstruction d'un accord tacite est le seul moyen de protection des attentes des parties dont le juge peut légitimement user. Au regard de l'impératif de respect des prévisions des parties, la recherche de la volonté tacite constitue, ainsi, un mécanisme irremplaçable (Section 2).

Section 1 : La volonté tacite, instrument utile

807. Nous serons, tout d'abord, amenés à présenter une série de situations contentieuses dans lesquelles la reconstitution de la volonté implicite des parties est susceptible d'aboutir à la protection de leurs prévisions. Cela nous permettra de nous interroger sur le degré de réalisation de l'objectif de protection des légitimes attentes des parties. En d'autres termes, nous chercherons à déterminer si l'objectif de protection des expectatives des parties est pleinement atteint (sous-section 1). Afin que les bienfaits résultant du processus de reconstitution de la volonté tacite soient établis, il restera alors à démontrer que le respect des attentes légitimes constitue un objectif fondamental (sous-section 2).

Sous-section 1 : Le degré de réalisation de l'objectif de protection des attentes

808. Nous avons, à plusieurs reprises, affirmé que la reconstitution de la volonté tacite était un instrument de protection des attentes des parties. Pour le démontrer, une analyse plus serrée est nécessaire. Seul l'examen de solutions juridiques précises et circonscrites permettra de mettre en lumière les véritables bienfaits et les limites du processus de reconstitution de la volonté tacite. Il ne nous paraît pas utile d'envisager l'ensemble des hypothèses dans lesquelles le processus de reconstitution d'une volonté implicite concourt à la réalisation de cet impératif de protection des expectatives des parties.

Nous nous bornerons à évoquer, à titre d'illustration, une série de situations spécifiques dans lesquelles l'initiation d'un processus de reconstitution de la volonté tacite peut être opportune. Cette analyse montrera que le degré de réalisation de l'objectif de protection des prévisions des parties dépend du degré de vraisemblance de la volonté imputée à ces dernières. Plus la volonté que le juge prétend constater est certaine¹⁵³⁸, plus la protection des attentes des parties sera assurée. Nous présenterons, tout d'abord, des situations dans lesquelles la reconstitution d'un accord tacite se révèle particulièrement opportune (I). Nous présenterons, ensuite, les situations appelant une analyse plus nuancée (II).

¹⁵³⁸ Étant entendu qu'une certitude absolue est inatteignable. V. *supra* n° 650.

I) Les cas de réalisation totale de l'objectif

809. Lorsque le contrat se réfère aux dispositions d'un ordre juridique donné (A) ou lorsqu'il comprend une clause d'arbitrage imparfaitement rédigée (B), la reconstitution d'une volonté implicite des contractants est très opportune. La réalisation de l'objectif de protection des prévisions est presque assurée¹⁵³⁹.

A) Le contrat se référant aux règles d'un ordre juridique donné

810. Pour Monsieur J.-M. Jacquet, « s'il convient d'appliquer aux contrats internationaux la loi qu'auront désignée les parties, la raison en est qu'il ne faut pas frustrer les parties, auteurs et signataires de leur contrat, en appliquant sans raison valable (et précisément il n'y a pas de raison valable) à ceux-ci une loi dont les parties n'auraient pas envisagé l'application »¹⁵⁴⁰. Or, du point de vue de la préservation des prévisions des contractants, que l'accord auquel ils sont parvenus soit exprès ou tacite est assez indifférent¹⁵⁴¹. Lorsque les parties seront parvenues à trouver un véritable accord quant à la loi applicable, ce dernier doit être pris en considération. Si le juge refusait de procéder à la recherche de la volonté implicite, s'il décidait d'appliquer immédiatement l'article 4 du règlement « Rome 1 », les prévisions des contractants risqueraient d'être brisées. Une telle démarche pourrait, en effet, aboutir à l'application d'une loi différant de celle ayant été tacitement choisie¹⁵⁴², ce qui aurait pour corrélat de détruire les attentes des contractants¹⁵⁴³. Or, lorsque le contrat se réfère aux dispositions d'un système juridique donné, il y a de sérieuses raisons de penser qu'un accord tacite existe.

¹⁵³⁹ Le terme de « réalisation totale » insérée dans notre intitulé est peut-être un peu trop fort.

¹⁵⁴⁰ J.-M. Jacquet, « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », *op. cit.*, p. 738.

V. aussi M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », *op. cit.*, p. 253.

V. cependant, Y. Pré, thèse, *op. cit.*, p. 316 : « La clause de choix de la loi n'est qu'un indice des prévisions des parties et, *a fortiori*, de leur légitimité ».

¹⁵⁴¹ V. à cet égard, V. Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 129 : il est possible de « subordonner à l'existence d'une clause expresse de choix de la loi le jeu du principe d'autonomie. Mais parce que les justifications que l'on propose de celui-ci — savoir essentiellement le respect des légitimes attentes des parties — valent tout autant lorsqu'un tel choix est clairement exprimé et lorsqu'il est seulement implicite, faire dépendre son efficacité d'une simple question de forme serait assurément illégitime ».

¹⁵⁴² Contra : T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161 : « Le rattachement n'est pas vraiment à sa place. On en voudra pour preuve le fait que, généralement, l'issue du raisonnement sera la même que l'on raisonne en termes de choix tacite ou d'absence de choix ».

¹⁵⁴³ V. aussi G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 217 : « Just as a hypothetical intention imputed to the parties may jeopardise the legitimate expectation of the parties, so too will the refusal to give effect to the real (albeit tacit) intention of the parties ». Rapprochement : B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 916.

811. L'analyse de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 26 février 2020 permettra de s'en convaincre¹⁵⁴⁴. En l'espèce, un salarié français avait été recruté par une société française pour travailler au sein d'une société suisse. Le salarié fut licencié pour insuffisance professionnelle ; licenciement qu'il fut ensuite amené à contester. Or, en l'espèce, plusieurs indices tendaient à montrer que les parties avaient tacitement soumis leur contrat au droit français. En premier lieu, le contrat de travail litigieux se référait expressément à l'article L. 212-15-1 du Code du travail français¹⁵⁴⁵. En deuxième lieu, il prévoyait que le salarié était soumis à l'accord du 3 mars 1993 des cadres de direction des sociétés d'assurances, qui est constitutif « d'une convention collective française élaborée sous l'empire du droit du travail français »¹⁵⁴⁶. En troisième lieu, le courrier par lequel l'employeur avait convoqué le salarié à son entretien préalable de licenciement se référait expressément aux articles L. 1232-2 et suivants du Code du travail.

La Cour d'appel de Versailles retint l'existence d'un choix tacite du droit français. Si elle n'avait pas procédé à la recherche de la volonté tacite, la Cour aurait fait application de l'article 8 du règlement « Rome 1 », qui prévoit qu'« à défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail ». En l'espèce, elle aurait donc retenu l'application de la loi suisse. Du point de vue de l'impératif de préservation des légitimes prévisions des parties, la solution aurait été peu satisfaisante.

Dans un certain nombre de situations litigieuses, l'extension de la clause d'arbitrage favorise également la protection des attentes légitimes des parties.

B) Le contrat comportant une clause d'arbitrage imparfaitement rédigée

812. Envisageons maintenant l'hypothèse dans laquelle une clause d'arbitrage, insérée au sein d'un contrat, vise uniquement les litiges relatifs à l'exécution de ce dernier. Dans une telle situation, peut-on considérer que les parties ont, pour tous les litiges relatifs à sa validité, tacitement attribué

¹⁵⁴⁴ CA Versailles, 26 février 2020, n° 17/02931.

¹⁵⁴⁵ Sur la valeur de cet indice, V. *supra* n° 670 et s.

¹⁵⁴⁶ Sur la valeur de cet indice, V. *supra* n° 674 et s.

compétence au juge élu ¹⁵⁴⁷? Par exemple, une clause compromissoire prévoit qu'un tribunal arbitral siégeant à Paris sera compétent pour trancher « tous les litiges relatifs à l'exécution du contrat ». Ce tribunal arbitral sera-t-il également compétent pour se prononcer sur les questions relatives à la validité de cette convention ? Nous avons précédemment montré que la jurisprudence française n'était pas clairement fixée. Cependant, en certaines occurrences, nos tribunaux se sont prononcés en faveur de l'extension de la clause compromissoire ¹⁵⁴⁸. Les tribunaux anglais et suisses semblent, dans de telles hypothèses, également favorables à l'extension des clauses d'arbitrage ¹⁵⁴⁹.

813. Or, à la lumière de l'impératif de protection des légitimes prévisions des parties, l'extension de la clause d'arbitrage constitue de notre point de vue une solution opportune. On peut conjecturer que dans une large majorité d'hypothèses, l'insertion d'une clause au libellé si restrictif est le produit d'une mauvaise appréhension d'un contentieux dont les parties ne distinguent pas les différentes composantes. Tout laisse à penser que lorsque les parties ont inséré dans leur contrat une clause compromissoire, elles avaient en réalité pour volonté de centraliser le contentieux contractuel devant l'arbitre ¹⁵⁵⁰. *A fortiori*, elles se seront *attendues* à ce que le tribunal arbitral soit compétent pour se prononcer sur l'ensemble des différends susceptibles de les opposer. Une interprétation littérale de la clause d'arbitrage aurait trop souvent pour effet de compromettre les espérances légitimes des parties. Ces dernières découvriraient que le contentieux contractuel, qu'elles pensaient avoir unifié, est en réalité scindé en deux. La solution a, en outre, pour effet de favoriser la centralisation du contentieux et paraît donc très opportune.

814. Pour autant, et bien évidemment, le processus de reconstitution de la volonté tacite ne constitue pas une panacée. Dans d'autres situations, la volonté des parties que le juge prétend reconstituer étant plus incertaine, les attentes des parties sont plus difficiles à identifier.

¹⁵⁴⁷ Pour des exemples jurisprudentiels assez similaires, v. les arrêts précités : Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2004, n° 02-13.675, *Rev. arb.* 2004. 446 ; Paris, 24 mai 2016, *Rev. arb.* 2017. 617 ; Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.* 1996. 143, obs. Derains ; *RTD com.* 1996. 653, obs. Loquin.

¹⁵⁴⁸ V. *supra* n° 429.

¹⁵⁴⁹ V. *supra* n° 430-431.

¹⁵⁵⁰ V. *supra* n° 437 et s.

II) Les cas de réalisation partielle de l'objectif

815. Lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, deux risques ne peuvent pas être occultés. Tout d'abord, même si les parties sont parvenues à trouver un accord quant au droit applicable, dans bien des cas, cet accord sera impossible à prouver. En d'autres termes, dans nombre de situations, l'accord tacite des parties, bien qu'*existant*, sera — faute d'indices de volonté suffisants — impossible à caractériser. Ensuite, du fait d'une erreur du juge, un accord tacite *inexistant* pourrait possiblement être caractérisé. Dans la mesure où l'accord tacite ne saurait jamais être reconstitué de façon absolument certaine, le juge sera parfois amené à caractériser un accord tacite dans des situations où ce dernier était en réalité inexistant.

Le risque sera d'autant plus prégnant que le juge aura tendance à se fonder sur des indices de volonté de faible valeur¹⁵⁵¹. Dans chacune de ces deux hypothèses, les attentes des contractants risquent d'être compromises¹⁵⁵². Afin de prolonger ces interrogations sur les limites du processus de reconstitution de la volonté tacite, nous reviendrons sur la question de la désignation implicite de la loi applicable à une obligation non contractuelle (A) et sur la problématique de l'acceptation tacite (B). Dans chacune de ces deux hypothèses, même s'il y a reconstitution d'un accord tacite, la protection des attentes des parties n'est pas garantie.

A) Le choix du droit applicable à une action délictuelle

816. L'hypothèse maintenant examinée est celle dans laquelle les contractants ont inséré dans leur contrat une clause d'*electio juris* visant uniquement le contentieux contractuel¹⁵⁵³. Par exemple, le contrat comporte une clause prévoyant que « la présente convention est régie par le droit français ». Si une action délictuelle est initiée par l'une des parties à l'encontre de son cocontractant, doit-on

¹⁵⁵¹ À propos de l'interprétation de l'article 3 du règlement Rome 1 : N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, not. p. 231 « le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé pose, concernant la question du choix tacite, deux exigences : d'une part, que soit reconnu le choix effectué par les parties (afin précisément de ne pas déjouer leurs prévisions), mais, d'autre part, que ne soient pas imposées aux parties les conséquences d'un choix qu'elles n'auraient pas effectué ».

¹⁵⁵² Rapprochement : G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 5 : « the notion of inferring an actual intention is based upon making assumptions that may or may not be correct. This may have undesirable consequences for the parties to the contract, as their reasonable expectations will not necessarily be portrayed in the inferences drawn by the court ». V. aussi *ibid*, p. 213.

¹⁵⁵³ Sur cette hypothèse, v. *supra* n° 448 et s.

considérer que cette action est régie par le droit désigné au terme de la clause¹⁵⁵⁴? Et surtout, à supposer que l'on réponde par l'affirmative, le processus de reconstitution d'un choix tacite permet-il de protéger les attentes des parties contractantes? Monsieur S. Bollée a souligné que « dans l'hypothèse où les parties ont pris le soin de désigner la loi applicable au contrat, l'interprétation la plus plausible de leur volonté est qu'elles ont voulu désigner la loi compétente pour régir l'ensemble des obligations, contractuelles ou non, susceptibles de naître dans le cadre de l'exécution du contrat »¹⁵⁵⁵.

817. C'est à cette même conclusion que sont parvenus les juges de la Cour suprême de Californie :

« When a rational businessperson enters into an agreement establishing a transaction or relationship and provides that disputes arising from the agreement shall be governed by the law of an identified jurisdiction, the logical conclusion is that he or she intended that law to apply to all disputes arising out of the transaction or relationship. We seriously doubt that any rational businessperson, attempting to provide by contract for an efficient and business-like resolution of possible future disputes, would intend that the laws of multiple jurisdictions would apply to a single controversy having its origin in a single, contract-based relationship »¹⁵⁵⁶.

818. Dès lors, on peut conjecturer que les parties se seront généralement *attendues* à ce que le droit choisi au terme de la clause d'*electio juris* régisse l'ensemble du contentieux gravitant autour de ce dernier¹⁵⁵⁷. Monsieur R. Fentiman affirme ainsi qu'en matière délictuelle : « a pre-existing relationship

¹⁵⁵⁴ Sur l'autonomie de la volonté en matière délictuelle : Sur l'autonomie de la volonté en matière délictuelle, v. par exemple : O. Boskovic, « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639 et s. ; C. Hahn, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II : L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *op. cit.* Dans la littérature anglophone : A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 390 et s. ; G.-P. Calliess (dir.), *Rome Regulations: Commentary*, 2nd Édition, Wolters Kluwer, 2014, p. 699 et s. ; S. Symeonides, « Party autonomy in Rome I and II from a comparative Perspective », in K. Boele-Woelki et al. (dir.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 513 et s. et not. p. 540 et s. ; Th. Kadner Graziano, « Freedom to choose the applicable law in tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation », in W. Binchy, J. Ahern (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime*, Leiden, 2009, p. 113 et s. ; M. Zhang, « Party autonomy in non-Contractual obligations: Rome II and its impacts on choice of law », *Seton Hall Law Review* 2009, p. 861 et s. ; T.-M. De Boer, « Party autonomy and its limitations in the Rome II regulation », *Yearbook of private international law* 2007, p. 19 et s.

¹⁵⁵⁵ S. Bollée, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », *op. cit.*, 2014, p. 119 et s. p. 125 (c'est l'auteur qui souligne). Rapprochement : A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 393.

¹⁵⁵⁶ *Nedlloyd Lines B.V. v. Superior Court*, 834 P.2d 1148 (Cal. 1992), cité in J.-F. Coyle, « The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses », *Wash. L. Rev.* 2017, p. 631 et s. et not. p. 667 et s. Available at : <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol92/iss2/4>

¹⁵⁵⁷ En ce sens, A. Mills, « The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation », in J. Ahern, W. Binchy (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to non-contractual obligations*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 133 et s. et not. p. 148 : « The primary objective of these rules [Article 4 § 3 and articles 14] is, of course, to meet the expectations of the parties ».

[such as a contractual relationship] matters because it creates a shared expectation that the law regulating the relationship will govern torts arising therefrom»¹⁵⁵⁸. Cela nous paraît d'autant plus exact que les parties auront, le plus souvent, bien des difficultés à distinguer les actions délictuelles découlant du contrat et les actions proprement contractuelles. Pour les contractants, l'insertion d'une clause d'*electio juris* au sein de l'*instrumentum* aura souvent contribué à la formation d'attentes légitimes. Ne distinguant pas les différentes composantes — contractuelle ou délictuelle — du contentieux en relation avec la convention, les parties contractantes auront généralement pensé que l'ensemble des actions gravitant autour du noyau contractuel seraient soumises au droit élu au titre de la clause d'*electio juris*.

819. Pourtant, dans de telles situations contentieuses, une irréductible part d'incertitudes demeure présente : il nous semble que la solution qui est la plus favorable à la protection des légitimes prévisions des parties ne s'imposera jamais avec la force de l'évidence¹⁵⁵⁹. Au regard de l'impératif de protection des expectatives des parties contractantes, l'extension de la clause d'élection de droit à l'ensemble du contentieux en relation avec le contrat — fût-il de nature délictuelle — est peut-être la solution la moins mauvaise¹⁵⁶⁰, mais ce n'est aucunement une solution indiscutable.

820. Plus délicate encore est la problématique de l'acceptation d'une clause d'élection de for insérée dans des conditions générales.

¹⁵⁵⁸ R. Fentiman, "The Significance of Close Connection", in J. Ahern, W. Binchy (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to non-contractual obligations*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 85 et s. et not. p. 103.

¹⁵⁵⁹ Rapprochement : Monsieur J.-M. Feinman, observe de façon plus générale, à propos des contrats internes : "Sometimes expectations arise from express representations or promises; other times they are implicit in words, conduct, or setting. Because these expectations in litigated cases always are defined by the courts retrospectively, they inevitably may be somewhat hypothetical" ("Good Faith and Reasonable Expectations", *op. cit.*, p. 535, nous soulignons).

¹⁵⁶⁰ Précisons le sens de cette affirmation. L'extension de la clause d'élection de droit constitue, *du point de vue de la protection des attentes des parties*, une solution opportune. Cela étant, au regard d'autres impératifs, cette dernière solution peut au contraire être contestée. En particulier, comme cela est souligné par Monsieur S. Symeonides : "Before the dispute arises, the parties (assuming they are otherwise contractually related) usually do not – or should not – contemplate a future tort, and the parties do not know (a) who will injure whom, or (b) the nature or severity of the injury. An unsophisticated party (or a party in a weak bargaining position) may uncritically or unwittingly sign a choice-of-law agreement, even when the odds of that party becoming the victim are much higher than the odds of that party becoming the tortfeasor. Thus, pre-dispute agreements may facilitate the exploitation of weak parties" (S. Symeonides, « Party autonomy in Rome I and II from a comparative Perspective », *op. cit.*, p. 541).

Les risques pointés par cet auteur sont cependant inhérents au jeu de l'autonomie de la volonté en matière délictuelle. Ce qui est contestable, ce n'est pas tant que l'extension de la clause d'élection de droit soit susceptible d'être fondée sur la volonté tacite, ce qui est contestable, c'est que l'autonomie de la volonté soit consacrée en matière délictuelle, et plus précisément que soit admis la validité d'un accord d'*electio juris* intervenu avant la survenance du délit.

B) L'acceptation tacite d'une clause d'élection de for

821. Lorsque des relations d'affaires nourries et continues ont préexisté à la conclusion du contrat litigieux, une acceptation tacite pourra parfois être reconstituée. Plus précisément, lorsqu'un opérateur du commerce international a régulièrement transmis à son partenaire contractuel ses conditions générales¹⁵⁶¹, sans que ce dernier formule une quelconque objection, la jurisprudence considère qu'une acceptation tacite de cet ensemble de clauses pré-rédigées peut potentiellement être caractérisée. Par voie de conséquence, la clause d'élection de for figurant au sein de ces conditions générales peut être réputée avoir été tacitement acceptée par le contractant ayant réceptionné lesdites conditions générales¹⁵⁶².

822. Du point de vue de la protection des attentes légitimes des contractants, une telle solution est-elle opportune ? Il nous semble qu'une réponse nuancée doit être apportée. Pour correctement appréhender cette question, il faut successivement envisager le point de vue du stipulant — le contractant ayant rédigé et transmis les conditions générales — (1) et celui de l'adhérent, qui a réceptionné ces dernières (2)¹⁵⁶³.

1) *Le point de vue du stipulant*

823. Rappelons la teneur de l'hypothèse étudiée. Il existe un courant d'affaires ancien et continu, sur le fondement duquel le stipulant a régulièrement transmis à son partenaire contractuel des conditions générales. Au sein de ces dernières est insérée une clause d'élection de for. Dans une telle configuration, il nous semble que le stipulant a légitimement pu penser que l'adhérent avait, du fait de son silence prolongé, accepté les conditions générales en question. Corrélativement, le stipulant pouvait légitimement s'attendre à ce que le juge élu au titre de la clause d'élection de for figurant dans les conditions générales se déclare compétent. Sous l'influence conjuguée du silence de l'adhérent et de

¹⁵⁶¹ Les conditions générales peuvent être définies comme « des clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire (A. Seube, « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 621 et s. et not. p. 622). Pour une définition plus précise, v. F. Limbach, thèse, *op. cit.*, p. 12 et s.

¹⁵⁶² V. *supra* n° 318 et s.

¹⁵⁶³ Ces termes d'adhérent et de stipulant sont classiquement utilisés par les spécialistes de droit civil. V. par exemple F. Limbach, thèse, *op. cit.*, p. 1.

l'écoulement du temps, les croyances et les convictions du stipulant se seront affermies ; elles se seront consolidées. Par la grâce du processus de reconstitution de l'acceptation tacite, les attentes du stipulant ne seront pas compromises.

824. L'arrêt du 9 janvier 1996, que nous avons précédemment présenté, permettra d'illustrer notre précédente affirmation¹⁵⁶⁴. Dans cette décision de la Cour de cassation, le fournisseur avait transmis à l'acquéreur plusieurs centaines de documents contractuels. Ces documents comportaient chaque fois la même clause attributive de juridiction. L'acquéreur — ici en position d'adhérent potentiel — n'avait jamais formulé la moindre objection. Dans une telle situation, le silence de l'acquéreur était de nature à alimenter les croyances du stipulant. Dans la mesure où l'adhérent n'avait jamais émis de réserves, le stipulant pouvait légitimement penser que son partenaire contractuel avait accepté les conditions générales en question.

825. En définitive, la reconstitution d'une acceptation tacite est favorable à la protection des attentes du stipulant. Cela paraît d'autant plus important que l'usage de conditions générales répond à un objectif de standardisation des relations contractuelles. Dans un contexte international, les contractants interagissant avec l'opérateur peuvent potentiellement être domiciliés au sein d'États très différents. Dans ce contexte, les conditions générales constitueront un instrument de rationalisation et de standardisation des relations contractuelles transcendant les frontières nationales qui, à bien des égards, peut paraître salubre¹⁵⁶⁵. En usant de ce document d'adhésion, le stipulant cherchera à centraliser la résolution des litiges qui pourraient l'opposer à ses différents contractants¹⁵⁶⁶. Le fait qu'un opérateur puisse, contrairement à ses expectatives, être exposé aux affres d'un éclatement du contentieux n'est guère satisfaisant.

826. Pour que l'examen de cette question de l'acceptation tacite soit complet, nous devons maintenant examiner le point de vue de l'adhérent.

¹⁵⁶⁴ Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 175, obs. J. Huet.

¹⁵⁶⁵ Rapprochement A. Seube, « Les conditions générales des contrats », *op. cit.*, p. 622 : « Les raisons de ce succès [celui des conditions générales] sont diverses : la standardisation des marchandises et des services qu'offre un commerçant implique une *standardisation des contrats* qui simplifient les échanges et favorise leur accélération » (nous soulignons).

¹⁵⁶⁶ V. à cet égard : P. Deumier, « Clause attributive de juridiction : les spécificités du droit commun et du droit de l'Union européenne réunies par la spécificité d'une adhésion peu conventionnelle », *op. cit.*, p. 965 : « pour les opérateurs du commerce international recourant à des opérations standardisées avec des cocontractants de tous horizons, elles [les clauses d'élection de for] permettent le rassemblement du contentieux ».

2) *Le point de vue de l'adhérent*

827. Peut-on considérer que l'adhérent pouvait prévoir et anticiper la compétence du juge élu au titre des conditions générales ? Il pouvait, sans doute, s'attendre à ce que les conditions générales — envisagé comme un bloc de stipulations « indivisibles » — produisent des effets à son encontre. Mais il y aurait un certain artifice à prétendre qu'il pouvait anticiper la compétence du juge élu. En effet, trop souvent, l'adhérent n'aura pas lu les conditions générales et il n'aura pas connaissance de la clause d'élection de for insérée au sein de ces dernières. Par suite, l'adhérent n'aura aucunement été en mesure d'anticiper la compétence du juge élu. Bien évidemment, il peut arriver que l'adhérent ait véritablement pris connaissance des conditions générales et des clauses qui sont intégrées au sein de ces dernières. Mais, du moins, la clause d'élection de for risque de passer inaperçue. Si les conditions générales attribuent compétence à un juge n'ayant aucun lien avec la situation objective, la lésion infligée aux légitimes espérances de l'adhérent sera d'autant plus avérée et d'autant plus grave¹⁵⁶⁷. Ressurgit alors un problème séculaire : le contrat deviendrait un instrument d'exploitation du faible par le fort¹⁵⁶⁸.

828. Néanmoins, que l'acceptation soit expresse ou tacite est à cet égard assez indifférent. Même si l'adhérent a expressément accepté les conditions générales dans lesquelles la clause est insérée, il est probable qu'il n'ait pas pris connaissance de l'ensemble des stipulations intégrées au sein de ces

¹⁵⁶⁷ Potentiellement, il peut même y avoir une atteinte au droit d'accès effectif à un juge. En effet, en présence d'une partie faible, l'inégalité existant entre les contractants peut conduire une partie faible à accepter une clause qui la prive d'un juge effectivement accessible. Sur cette problématique, v. L. Pailler, « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 33 et s.

V. aussi la comparaison assez amusante de Monsieur M. De Fontmichel : « Les clauses processuelles [catégorie qui comprend notamment les clauses de choix de for] peuvent être comparées à des carcajous. Le carcajou est un animal [...] solitaire et, en apparence, inoffensif. [...] Mais en réalité il est d'une férocité surprenante et peut blesser gravement l'homme. La clause processuelle est un carcajou juridique. Personne n'y prête vraiment attention du fait de son aspect neutre et isolé dans le contrat, et pourtant elle peut conduire à entraver le droit d'agir en justice d'une partie. Or, le droit d'agir en justice est celui qui conditionne l'effectivité de toutes les obligations et droits substantiels qui naissent du contrat » (M. De Fontmichel, « L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G*, doct. 583, n° 3).

¹⁵⁶⁸ Problème séculaire, mais qui s'est sans doute amplifié au moment de la révolution industrielle. Comme cela est souligné par Batiffol, à cette époque, « le développement de la grande industrie a fait apparaître sous un éclairage plus cru que la liberté contractuelle entre personnes économiquement inégales aboutissait à l'oppression du faible par le fort » (*Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., p. 73).

dernières¹⁵⁶⁹. Le risque que la clause d'élection de for n'ait pas été lue et que, par suite, elle soit demeurée totalement inaperçue n'est pas moins fort que dans l'hypothèse d'une acceptation tacite. Ce qui pose un problème, donc, ce n'est pas tant qu'une clause insérée dans des conditions générales puisse être acceptée tacitement. Ce qui est problématique, c'est qu'une clause d'élection de for ayant été insérée dans des conditions générales puisse produire des effets à l'encontre de l'adhérent. Du point de vue de l'impératif de protection des légitimes prévisions de l'adhérent, cette solution peut sembler contestable.

829. Madame H. Gaudemet-Tallon a développé une analyse différente. Pour l'éminente auteure :

« le fait que les parties aient fréquemment contracté sur la base de ces conditions générales laisse présumer que celle à qui on les oppose en a pris connaissance [...] et que, si elle ne l'a pas fait, elle s'est rendue coupable de négligence et ne peut échapper à une clause qu'une diligence normale lui aurait permis de connaître »¹⁵⁷⁰.

L'affirmation est séduisante, mais nous paraît sujette à discussion. Nous avons eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises, les conditions générales sont souvent très longues ; elles comprennent de nombreux articles ; les stipulations qui en forment le corps sont souvent multiples. Le langage dans lequel ces clauses sont rédigées est, au demeurant, fréquemment aride : c'est le langage du technicien, celui de l'ingénierie contractuelle ; un langage qui est propre à déstabiliser nombre de ceux qui, quoique rompus à la pratique des affaires, ignorent les arcanes de la technique juridique.

830. Lorsqu'un contractant reçoit — même sur une base régulière — des conditions générales, il nous semble contestable de présumer qu'il a pris connaissance de l'ensemble des stipulations s'intégrant au sein de ces dernières. Il nous paraît également assez sévère d'affirmer que s'il ne l'a pas fait, il se serait rendu coupable de négligence. À tout le moins, avant de l'affirmer, il nous paraît souhaitable d'examiner les circonstances propres à l'espèce : longueur des relations nouées entre les parties, longueur des conditions générales, caractère apparent de la clause, aridité et clarté du style de rédaction,

¹⁵⁶⁹ Sur les risques que l'inégalité entre les parties peut entraîner, v. X. Kramer, E. Themeli, « The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum », *op. cit.*, not. p. 31. Ces auteurs n'évoquent pas explicitement le problème de l'acceptation d'une clause d'élection de for insérée dans des conditions générales. Leur réflexion est plus globale.

¹⁵⁷⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Des conditions de validité d'une clause attributive de juridiction », *op. cit.*, p. 734.

etc. C'est seulement après l'examen de l'ensemble des circonstances qu'il serait éventuellement possible d'affirmer qu'il y a une négligence coupable. En cette matière, si dépendante des faits, il nous paraît plus prudent de bannir les jugements de valeur trop généraux.

831. En définitive, qu'une stipulation aussi fondamentale que la clause d'élection de for puisse être insérée dans des conditions générales et qu'elle soit, dans de telles conditions, réputée valide peut sembler problématique. Protection des attentes du stipulant et souci de standardisation des relations contractuelles d'un côté ; protection des attentes de l'adhérent et impératif de protection de la partie faible de l'autre¹⁵⁷¹. Il était difficile de concilier ces impératifs antagonistes. Le choix de privilégier un intérêt plutôt que l'autre est nécessairement politique. Le législateur européen et la Cour de justice de l'Union européenne ont privilégié la protection des attentes du stipulant, mais la solution n'était pas évidente.

832. Quoi qu'il en soit, à travers ces différents exemples, nous avons vu qu'une « véritable » recherche de la volonté implicite est, souvent, favorable à la protection des attentes des parties. Pour que les avantages résultant de la recherche de la volonté tacite soient établis, il reste à déterminer s'il est véritablement important de protéger les attentes des parties.

Sous-section 2 : L'importance de l'objectif de protection des attentes

833. L'impératif de protection des attentes légitimes constitue l'une des facettes du principe de sécurité juridique¹⁵⁷². En droit international privé, l'objectif de protection des expectatives des parties est généralement présenté comme un impératif cardinal¹⁵⁷³. Pour Messieurs Mayer, Heuzé et Remy, « l'objectif essentiel du droit international privé est la *sécurité*, et non pas la justice ; il doit fournir non la réglementation la plus juste ou la mieux adaptée, mais celle dont l'application en l'espèce est la plus

¹⁵⁷¹ Rapprochement : Se prononçant sur la problématique de l'acceptation des conditions générales, Monsieur F. Limbach relève le souci de prendre en considération « d'une part, le désir du stipulant de rationaliser la masse de ses relations contractuelles et, d'autre part, l'attente légitime de l'adhérent de pouvoir se renseigner sur la teneur exacte de ses droits et ses obligations au moment d'une éventuelle conclusion du contrat (F. Limbach, thèse, *op. cit.*, p. 2).

¹⁵⁷² V. à cet égard : Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, not. p. 46 ; J.-R. Maxeiner, "Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2007, p. 541 et s. et not. p. 549.

¹⁵⁷³ P. Lagarde, « Préface », in M.-N. Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984, p. VI.

conforme aux prévisions des parties »¹⁵⁷⁴. Aux États-Unis, le paragraphe 6 du *Second Restatement* prévoit que lors de la résolution du conflit de lois, la protection des attentes des parties est l'un des facteurs à prendre en considération¹⁵⁷⁵.

834. Au demeurant, nombre des plus belles constructions théoriques ayant été édifiées par la doctrine internationaliste furent inspirées par ce souci de protection des attentes des parties au rapport de droit. Que l'on songe, par exemple, à la théorie de l'ordre public atténué¹⁵⁷⁶ ou à la promotion de la méthode de la reconnaissance des situations juridiques¹⁵⁷⁷. Si l'objectif d'harmonie internationale des solutions est également à la racine de ces constructions, il n'en demeure pas moins que « l'harmonie internationale des solutions ne constitue pas une finalité d'ordre esthétique. Elle est d'abord au service des personnes privées. Il s'agit d'éviter de voir déjouées leurs prévisions légitimes en faisant en sorte que leur situation reçoive un traitement identique quel que soit le juge qui en est saisi »¹⁵⁷⁸. En matière d'arbitrage international, dans la mesure où « l'arbitre tient son pouvoir de juger du seul

¹⁵⁷⁴ P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 35 (ce sont les auteurs qui soulignent).

V. aussi P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 172 : « En fait non seulement le critère de rattachement, mais la nature des raisons pour lesquelles on le choisit sont divers, et variables selon les matières concernées. L'une des raisons principales est l'aptitude du critère à traduire la croyance spontanée des parties impliquées dans la relation quant à l'applicabilité d'une certaine loi ; ainsi il est certain qu'en matière de droits réels immobiliers il ne vient pas à l'idée qu'une autre loi que celle du lieu de situation de l'immeuble puisse s'appliquer ».

¹⁵⁷⁵ Section 6 : « the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include [...] the protection of justified expectations ».

¹⁵⁷⁶ V. par exemple, L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP* 2006-2008, Pedone, 2009, p. 205 et s. et not. p. 212 et 221.

¹⁵⁷⁷ P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547 et s. et not. p. 562 où l'auteur évoque l'idée de protection des attentes légitimes. En ce sens, v. aussi S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *op. cit.* et not. p. 320.

V. d'ailleurs l'article 5, alinéa 3 du projet de Code de droit international privé : « Exceptionnellement, une situation constituée ou constatée dans un acte public dressé à l'étranger, conformément au droit de cet État, avec lequel cette situation présentait des liens étroits au moment de son établissement, peut être reconnue en France, afin de respecter les prévisions légitimes des parties, et sous réserve de sa conformité à l'ordre public international ».

Dans une perspective plus critique : D. Sindres, « Les "Situations étrangères" et le devenir du conflit de lois », in H. Muir Watt, L. Biziková, A. Brandão de Oliveira Fernández Arroyo, M. Ma (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 681 et s. et not. p. 686 : la méthode de la reconnaissance peut « manquer son but : rien ne garantit en effet que la loi désignée par les règles de droit international privé de l'ordre juridique de cristallisation soit celle à laquelle les parties se croyaient spontanément soumises » ; L. d'Avout, « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP* 2014-2016, Pedone, 2017, p. 215 et s. Monsieur d'Avout relève, néanmoins, que la « dérogation à la loi normalement compétente [qui procéderait de la mise en œuvre d'une exception de reconnaissance] suppose [...] établie la teneur des lois en conflit ; elle est commandée par le souci d'éviter une violation caractérisée des attentes des parties » (p. 233).

¹⁵⁷⁸ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 390. En ce sens, v. aussi B. Ancel, « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 491 et s. et not. p. 493 : « L'harmonie internationale des solutions n'est qu'une fin intermédiaire ordonnée à un objectif ultérieur : la sécurité juridique ».

consentement des parties »¹⁵⁷⁹, le souci de protection des légitimes attentes des contractants est encore plus prégnant¹⁵⁸⁰.

835. Pourtant, les raisons pour lesquelles il conviendrait de protéger les prévisions des parties à un rapport de droit sont plus rarement exposées¹⁵⁸¹. L'interrogation qui sera explorée dans les développements qui vont suivre peut, ainsi, être formulée en ces termes : pourquoi les attentes des parties, ayant éclos au moment de la formation du rapport de droit, mériteraient-elles d'être protégées¹⁵⁸²? Monsieur B. Remy a soutenu que les attentes des contractants ne méritaient pas, en elles-mêmes, d'être protégées. Selon cet auteur, s'il convient de protéger les légitimes prévisions des parties, c'est qu'il y a, en arrière-plan, un impératif de préservation de l'autorité du droit¹⁵⁸³. Pour Monsieur Remy, en effet, si les parties se trouvaient trop souvent exposées à l'application d'une loi dont elles ne pouvaient anticiper l'application, cela aurait pour effet de porter atteinte à l'autorité du droit. Cette analyse est séduisante. Cependant, il nous semble, à tout le moins dans certaines matières, que les prévisions des parties contractantes mériteraient, *pour elles-mêmes*, d'être protégées. Pour le démontrer, il faut distinguer le conflit de lois (I) et les questions de compétence internationale (II).

I) L'importance de l'objectif en matière de conflit de lois

836. Afin de souligner l'importance de l'objectif de sauvegarde des prévisions des parties, seront étudiées, à titre d'exemple, la matière contractuelle et la matière matrimoniale. Le choix de ces deux matières n'est pas totalement innocent. Dans d'autres branches du droit international privé, l'impératif de protection des prévisions des parties n'est sans doute pas pourvu de la même importance. Que l'on songe, par exemple, à la question du divorce où cet impératif paraît plus secondaire. Reste que l'analyse de la matière contractuelle (A) et de la matière matrimoniale (B) permettra de prendre conscience de l'importance de cet objectif de protection des attentes des parties au rapport de droit.

¹⁵⁷⁹ CA Paris, 14 octobre 1977, *D.* 1978. 298, note J. Robert ; *Gaz. Pal.* 1977. 2. 604.

¹⁵⁸⁰ P. Mayer, "The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator", *op. cit.*, p. 58 : "When it is possible to reasonably ascertain the parties' expectations, these should be taken into account, as [...] is in harmony with the contractual origin of the arbitrators' powers. It also excludes any suspicion of arbitrariness".

¹⁵⁸¹ Cela n'est pas très surprenant, car comme cela a été souligné par Monsieur Kuklin : « Theoretical analysis aside, there is a tendency to equate the dashing of reasonable expectations with injustice. To put it bluntly, as a matter of brute fact, people believe it is unjust for their reasonable expectations to be disappointed and that's that » ("The Justification for Protecting Reasonable Expectations", *op. cit.*, p. 877.

¹⁵⁸² V. cependant, B.-H. Kuklin, "The Justification for Protecting Reasonable Expectations", *op. cit.* Mais cet auteur ne se prononce pas sur la question de la protection des attentes en droit international privé.

¹⁵⁸³ B. Remy, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois — Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *op. cit.*, p. 794-795.

A) En matière contractuelle

837. En matière contractuelle, l'objectif de protection des attentes légitimes constitue un impératif cardinal. Cela tient à deux raisons complémentaires. En premier lieu, la *lex contractus* détermine les risques juridiques pesant sur les contractants. Elle indique, en effet, quelles sont les conséquences de la nullité contractuelle¹⁵⁸⁴, l'ampleur du préjudice réparable¹⁵⁸⁵, les sanctions prononcées en cas d'inexécution¹⁵⁸⁶, l'intensité et l'ampleur des obligations de garantie susceptibles de peser sur les contractants¹⁵⁸⁷ et la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité¹⁵⁸⁸. Si le juge décidait d'appliquer une loi ayant pour effet de compromettre les légitimes prévisions des parties contractantes, ces dernières pourraient possiblement découvrir qu'elles sont exposées à des conséquences juridiques très graves, ayant jusqu'alors été inaperçues.

838. Un tel résultat serait malheureux et directement contraire au principe de sécurité juridique qui, précisément, véhicule « l'idéal de fiabilité d'un droit [...] qui permet aux sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements et qui *respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation* »¹⁵⁸⁹. Opérant dans un environnement économique hostile et concurrentiel, les agents économiques ont besoin de maîtriser et de pouvoir anticiper les risques juridiques qui pèsent sur eux. Lorsqu'ils se réalisent, en effet, les risques juridiques se transforment en des pertes économiques et financières pouvant se révéler considérables. Ainsi, la lésion infligée aux légitimes attentes des parties se traduit, plus concrètement, par un anéantissement de tout

¹⁵⁸⁴ En ce sens, F. Ferrari, « Article 12 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome I Regulation*, Ottoschmidt, 2017, p. 717 et s. et not. p. 734. La solution résulte des articles 10 et 12 du règlement Rome 1.

¹⁵⁸⁵ Règlement « Rome I », article 12 : « La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment : [...] l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent ».

¹⁵⁸⁶ Règlement « Rome I », article 12 : « La loi applicable au contrat en vertu du présent règlement régit notamment : [...] les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la gouvernent ».

Le rapport Giuliano-Lagarde précise que « L'expression "conséquences de l'exécution" a trait aux conséquences que la loi ou le contrat font découler de l'inexécution d'une obligation contractuelle, qu'il s'agisse de la responsabilité de la partie à laquelle l'inexécution est imputable ou qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution et de la résolution du contrat pour inexécution ».

¹⁵⁸⁷ v. à ce sujet : civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, n° 87-13.020, *Rev. crit. DIP* 1990. 316, note P. Lagarde ; *JDI* 1990. 415, note Ph. Kahn : « La loi applicable à la vente [...] régit la validité et la portée des clauses d'exclusion de garantie ».

¹⁵⁸⁸ En ce sens, F. Ferrari, « article 12 », *op. cit.*, p. 727 ; J.-D. Lüttringhaus, « article 12 », in F. Ferrari (dir.), *Rome I Regulation*, Sellier european law publishers, not. 409 ; P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 270-271.

¹⁵⁸⁹ Th. Piazzon, thèse, *op. cit.*, p. 62.

l'effort d'anticipation des gains et des pertes économiques potentiels. L'application d'une loi imprévue peut, en outre, venir bouleverser l'économie contractuelle, notamment lorsque cette loi répute non-écrite des clauses de non-responsabilité ou de non-garantie.

839. En second lieu, la *lex contractus* vient préciser la façon dont le contrat doit être exécuté. En conséquence, du fait de leur croyance en l'applicabilité d'une législation particulière, les parties contractantes ont pu être portées à réaliser un certain nombre d'actes ou, au contraire, à s'abstenir de l'accomplissement de certains actes juridiques ou matériels qui — du point de vue de l'exécution du contrat — s'avèrent particulièrement significatifs. Précisons le sens de cette dernière affirmation. L'article 12 du règlement « Rome 1 » prend le soin d'affirmer que la *lex contractus* régit « l'exécution des obligations ». Dissipant toute ambiguïté, le rapport Giuliano-Lagarde a, en outre, précisé que l'expression d'exécution des obligations embrassait « l'ensemble des conditions *résultant de la loi ou du contrat*, suivant lesquelles la prestation qui caractérise toute obligation doit être exécutée »¹⁵⁹⁰.

840. Cette dernière affirmation n'est pas surprenante, car les obligations qui pèsent sur les contractants ne résultent pas uniquement de *l'instrumentum*. Même s'il est le produit d'une ingénierie juridique particulièrement sophistiquée, le contrat ne constitue jamais un système clos et autosuffisant ; une réglementation contractuelle extérieure aux parties se surajoute à *l'instrumentum*, elle en comble les lacunes¹⁵⁹¹, précise le sens des obligations consignées au sein de ce dernier et impose aux parties un certain nombre de devoirs qui ne découlent pas de *l'instrumentum* et de la volonté exprimée par les contractants. Il y a déjà plus d'un siècle, Durkheim avait déclaré : « sans doute, l'acte initial est toujours contractuel ; mais il a des suites, même immédiates, qui débordent plus ou moins les cadres du contrat. Nous coopérons parce que nous l'avons voulu, *mais notre coopération volontaire nous crée des devoirs*

¹⁵⁹⁰ (nous soulignons). V. également F. Ferrari, « article 12 », *op. cit.*, p. 725 : « The law identified by means of the provisions of the Rome I Regulation does not only govern the main obligations, but also the ancillary obligations imposed by the law or the contract ».

¹⁵⁹¹ C'est là l'effet des règles supplétives qui ont pour fonction de trancher les questions que les contractants n'auraient pas envisagé. V. à cet égard : B. Fauvarque-Cosson, H. Kötz, C. Signat, D. Galbois-Lehalle, *Droit européen des contrats*, 1^{ère} édition, Sirey, 2019, p. 131 et s.

que nous n'avons pas voulu»¹⁵⁹². Une analyse du Code civil français confirme parfaitement cette analyse¹⁵⁹³. La disposition qui est sans doute la plus emblématique et la plus révélatrice est l'article 1194 du Code civil, qui prévoit que «les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi»¹⁵⁹⁴.

841. Dans nombre de systèmes juridiques, le contrat est complété par des clauses qui, par la grâce de la loi, se fondent et s'intègrent dans la convention¹⁵⁹⁵. En droit anglais, des clauses implicites sont ainsi incorporées au *negocium*¹⁵⁹⁶. Dans cette catégorie des clauses implicites, on trouve notamment des stipulations importées au sein du contrat par le seul effet de la législation¹⁵⁹⁷. Dans le nouveau Code civil belge, il est prévu à l'article 5.71. que «le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée». Il en est de même en droit luxembourgeois¹⁵⁹⁸ et en droit espagnol¹⁵⁹⁹.

842. En définitive, on comprend bien pourquoi la *lex contractus* a vocation à déterminer le contenu des obligations contractuelles. Par conséquent, dès lors que le juge appliquera une loi ayant pour effet de briser les légitimes attentes des contractants, ces derniers se trouveront potentiellement assujettis à des obligations dont ils ignoraient l'existence. Un exemple permettra de s'en convaincre. Un contrat

¹⁵⁹² E. Durkheim, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 192. V à cet égard M. Plouviez, «Durkheim et l'histoire du droit contractuel. Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté», *Droit & Philosophie* 2012, p. 231 et s. Au sein du contrat, Durkheim distingue le proprement contractuel et le non contractuel. Le proprement contractuel est le produit direct des libres volontés individuelles. Le non contractuel est ce qui s'impose aux volontés individuelles : c'est la réglementation du contrat qui est d'origine sociale.

¹⁵⁹³ Dans le droit civil du bail, une disposition se révèle particulièrement éloquent. L'article 1719 du Code civil prévoit que «le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : 1° De délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent. [...] ; 2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée [...]».

¹⁵⁹⁴ Sur ce texte, et plus généralement, sur le problème de la détermination du contenu contractuel, v. par exemple, Ph. Jacques, thèse, *op. cit.* V également A. Etienney de Sainte Marie, «L'«interprétation créatrice» : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat», *op. cit.*

¹⁵⁹⁵ P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, 1^{ère} édition, Larcier, 2015, p. 591 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, H. Kötz, C. Signat, D. Galbois-Lehalle, *Droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 129 et s. : ces auteurs s'intéressent notamment au droit allemand.

¹⁵⁹⁶ E. Peel, Treitel, *The Law of contract*, *op. cit.*, n° 6-032.

¹⁵⁹⁷ E. Peel, Treitel, *The Law of contract*, *op. cit.*, n° 6-032 ; E. McKendrick, *Contract law*, *op. cit.*, p. 168.

¹⁵⁹⁸ L'article 1135 du Code civil luxembourgeois prévoit que «les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature». V. à ce sujet : P. Ancel, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, *op. cit.*, p. 591 et s.

¹⁵⁹⁹ L'article 1258 du *Código civil* prévoit que les contrats obligent non seulement à l'exécution de ce qui a été expressément convenu, mais aussi à toutes les conséquences qui, selon leur nature, sont conformes à la bonne foi, aux usages et à la loi».

de prestation de service comporte une clause d'*electio juris*, stipulant que l'ensemble des litiges relatifs à la *validité* du contrat seront tranchés par application de la loi de l'État A. Pour les besoins de la démonstration, supposons que la formulation de cette clause procède d'une erreur de l'avocat qui l'a rédigée.

Les parties voulaient que l'ensemble des questions relatives à l'exécution de leur contrat soient régies par la loi de l'État A. Lors de l'exécution de ce dernier, elles se sont conformées aux dispositions de la loi de cet État. Supposons maintenant qu'un litige émerge et que le juge, refusant de procéder à une recherche de la volonté tacite, fasse application de la loi de l'État B. Potentiellement, cela signifie que les parties pourraient se trouver assujetties à des obligations dont elles ignoraient l'existence, et l'un des contractants pourrait être jugé responsable de l'inexécution d'une obligation dont il ignorait l'existence. On conviendra que le résultat est peu satisfaisant.

843. De même, en matière matrimoniale, l'impératif de protection des prévisions des parties paraît central.

B) En matière matrimoniale

844. L'application au régime matrimonial d'une loi ayant pour effet de briser les légitimes attentes des parties est susceptible de provoquer l'annulation des actes juridiques conclus par les époux. Supposons que deux époux, ressortissants d'un État A, dans lequel ils se sont mariés, aient établi leur première résidence dans ce dernier pays. Ils ont vécu pendant plusieurs années dans cet État avant de s'installer en France. Dans une telle configuration, il est possible que les époux aient spontanément pensé qu'ils étaient soumis à la loi de l'État A. Or, pour les besoins de la démonstration, supposons que la loi de cet État ne connaisse pas l'institution du régime matrimonial et qu'elle répute, par conséquent, les époux séparés de biens. Si un juge français décidait de soumettre le régime matrimonial à la loi française, cela aurait pour effet d'anéantir les croyances légitimes des époux. Un tel résultat serait pour le moins fâcheux. Découvrant qu'ils sont — du point de vue de l'ordre juridique français — réputés communs en biens, les époux apprendront que nombre des actes juridiques qu'ils ont pu accomplir sont exposés à un risque de nullité.

845. En effet, pour les époux soumis au régime de la communauté légale, l'article 1424 du Code civil dispose que « les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits

sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité»¹⁶⁰⁰. En d'autres termes, cette disposition prévoit que pour les actes d'aliénation ou de constitution de droits réels relatifs à certains biens, leur commun accord est une condition de validité de l'acte¹⁶⁰¹. En l'absence de ce commun accord, l'acte peut être frappé de nullité¹⁶⁰². Que les époux découvrent inopinément que les actes qu'ils ont accomplis, en se conformant aux dispositions d'une loi qu'ils pouvaient légitimement croire applicable, sont susceptibles d'être frappés de nullité est malheureux¹⁶⁰³.

846. À l'aune de ces exemples, qui pourraient être multipliés et déclinés à l'infini, se mesure l'importance de l'objectif de protection des attentes légitimes. C'est pourquoi la recherche de la volonté tacite, en ce qu'elle favorise la protection des prévisions des parties, présente certains avantages pouvant difficilement être évacués. Ce constat formulé à propos du conflit de lois vaut — dans une certaine mesure au moins — également pour le conflit de juridictions.

II) L'importance de l'objectif en matière de compétence internationale

847. En matière de compétence, l'objectif de préservation des expectatives des parties n'a peut-être pas la même importance qu'en matière de conflit de lois. Néanmoins, cet objectif est loin d'être négligeable. Cela tient à deux raisons principales. En premier lieu, en arrière-plan du concept assez abstrait d'atteinte aux légitimes prévisions des parties, se trouve l'idée que les opérateurs du commerce international pourraient découvrir qu'ils sont exposés à des coûts économiques imprévus. En effet,

¹⁶⁰⁰ V. également l'article 1422 du Code civil : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, disposer entre vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté. Ils ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers ».

Et l'article 1425 : « Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté. Les autres baux sur les biens communs peuvent être passés par un seul conjoint et sont soumis aux règles prévues pour les baux passés par l'usufruitier ».

¹⁶⁰¹ Sur cette question, v. par exemple : R. Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, 11^{ème} édition, LGDJ, 2019, p. 192 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, N. Peterka, *Droit des régimes matrimoniaux*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2021, p. 206 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, *Régimes matrimoniaux*, 8^{ème} édition, 2019, p. 396 et s.

¹⁶⁰² L'article 1427, alinéa 1 du Code civil prévoit, en effet, que « si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation ».

¹⁶⁰³ Il nous semble qu'indirectement, l'article 26, point 3 du règlement sur les régimes matrimoniaux témoigne — en cette matière — de l'importance de l'objectif de protection des attentes légitimes. Ce texte prévoit que par exception et si l'un des époux le demande, le juge compétent « peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point a), régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que : a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point a) ; et b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux ».

si les attentes des parties sont ignorées, un litigant pourrait inopinément découvrir qu'il doit plaider dans un pays étranger à celui de son domicile. Le résultat est malheureux. Le cortège de coûts et de difficultés pouvant découler d'un procès à l'étranger est loin d'être indifférent : frais de déplacement, nécessité de trouver des avocats locaux, difficultés linguistiques... Qu'un plaideur puisse, contrairement à ses attentes, apprendre qu'il devra faire face à de tels coûts et à une telle perte de temps est malheureux. En outre, le coût du service public de la justice peut varier selon les pays¹⁶⁰⁴. Il est donc possible qu'une partie soit, de nouveau, et contrairement à ses croyances légitimes, tenue de faire face à des dépenses dont elle n'avait aucunement entrevu l'ampleur.

848. En second lieu, comme cela a été souligné par Madame Ph. Blajan, « la fixation de la compétence juridictionnelle — par les règles spécifiques qui concernent cette question — fixe [...] corrélativement l'applicabilité d'autres règles qui se proposent de régler d'autres questions telles que la solution du conflit de lois et, par voie de conséquence, la substance du droit applicable au fond »¹⁶⁰⁵. Tout d'abord, le système de droit international privé applicable — règles de conflits, lois de police, exception d'ordre public international — dépend du juge compétent¹⁶⁰⁶. Si les attentes des parties ne sont pas prises en considération, elles pourront potentiellement se trouver exposées à l'application d'un système de droit international privé qu'elles pensaient inapplicable¹⁶⁰⁷. Ensuite, les règles de procédure applicables dépendent directement du juge saisi¹⁶⁰⁸. Lorsque les prévisions légitimes des parties sont ignorées, ces dernières peuvent être soumises à des règles procédurales dont elles n'avaient pas anticipé l'application.

¹⁶⁰⁴ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 343.

¹⁶⁰⁵ Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 11.

¹⁶⁰⁶ Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 11.

¹⁶⁰⁷ Ce qui peut, au demeurant, là encore, générer des coûts économiques que les parties n'avaient pas anticipés.

¹⁶⁰⁸ V. par exemple, Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 11.

849. Dans le cadre de cette section, l'analyse développée aura montré que, du point de vue de l'impératif de protection des légitimes attentes, la recherche de la volonté tacite est souvent opportune. Certes, le degré de réalisation de l'objectif de protection des légitimes prévisions est susceptible de variation. Toutes les hypothèses ayant été envisagées n'appelaient pas exactement la même analyse. Reste qu'on entrevoit que le concept de volonté tacite peut constituer un instrument de protection des attentes des parties. Or, l'objectif précité est important et digne de considération. C'est dire que la recherche de la volonté tacite peut être vertueuse. Il reste, cependant, à déterminer si — en vue de la réalisation de cet objectif de sauvegarde des prévisions des parties — d'autres mécanismes juridiques ne pourraient pas être employés.

Section 2 : La volonté tacite, instrument irremplaçable

850. La reconstruction d'une volonté tacite est un instrument de sauvegarde des attentes des parties. Mais n'est-ce pas un procédé qui, sur le plan théorique, se révèle excessivement coûteux ? Les auteurs les plus hostiles à la volonté tacite ont souvent fait observer que le processus de reconstitution de cette volonté provoquait des recherches d'intentions proprement divinatoires¹⁶⁰⁹. Sur le plan théorique, la recherche de la volonté implicite serait un procédé artificiel et peu satisfaisant. En arrière-plan de cette critique, se dissimule en creux le malaise que le juriste peut éprouver quand, tenu aux recherches d'intentions, il se heurte à l'opacité du for intérieur et à l'hermétisme de la subjectivité.

851. Il nous semble que ces critiques, qui recèlent sans doute une part de vérité, mériteraient d'être nuancées. Mais quoi qu'il en soit, pour l'heure, bornons-nous à prendre acte de ces dernières. Les interrogations qui, dès lors, seront examinées dans la suite de ces développements, peuvent être formulées en ces termes : afin de protéger les légitimes attentes des parties, le juge pourrait-il utiliser d'autres instruments ? Et dans l'affirmative, ces instruments seraient-ils plus satisfaisants ? Le problème auquel nous faisons face est donc celui de la fin et des moyens. Nous avons montré que l'objectif de protection des attentes des parties était digne de considération. Il reste, cependant, à déterminer si la volonté tacite constitue, aux fins de la réalisation de cet objectif, le meilleur instrument susceptible d'être employé.

852. Afin de répondre à cette interrogation, il faut distinguer, d'une part, le conflit de lois et, d'autre part, le conflit de juridictions et l'arbitrage international. Dans les hypothèses que nous avons évoquées ayant trait à la compétence internationale ou à l'arbitrage, la reconstitution de la volonté tacite constitue, *de lege lata*, le seul instrument à la disposition du juge. Par exemple, nous avons montré que lorsque le juge se prononce sur la portée d'une clause d'élection de for ou d'une clause d'arbitrage,

¹⁶⁰⁹ En ce sens, T. Azzì, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, not. p. 162.

V. aussi J. Deprez, « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *RJS* 1998, p. 25 et s. et not. n° 7 : « [L]a Convention de Rome (article 3, al. 1) prend soin de poser qu'à défaut de clause expresse "le choix de la loi par les parties doit résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause". Mais cette exigence de certitude n'est pas autrement définissable et peut être comprise de façon plus ou moins rigoureuse, puisqu'elle-même est affaire d'appréciation. Elle n'évite donc pas le risque d'interprétations divinatoires ».

V. enfin : Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 269 et s. et not. p. 285-286 : « Lorsque le juge doit découvrir une volonté tacite ou présumée, voire hypothétique, la recherche d'intention est une tâche difficile et divinatoire. Rien n'est plus difficile à interpréter que le silence et la méthode conflictualiste accuse mieux qu'ailleurs ses défauts ».

il doit prioritairement rechercher la volonté réelle des contractants¹⁶¹⁰. S'il veut étendre une clause de choix de for à l'égard d'un contentieux qui n'est pas expressément visé par cette dernière, il est — au moins dans un premier temps — contraint de rechercher la volonté tacite.

853. Il est vrai que si le juge estime que la commune intention des parties « ne peut être décelée », il pourra légitimement recourir à une méthode d'interprétation objective. Le contrat s'interprétera, alors, « selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation »¹⁶¹¹. Il n'en reste pas moins que la recherche de la volonté tacite devrait, *de lege lata*, constituer le premier temps du raisonnement. Dans les hypothèses d'acceptation tacite des clauses de choix de for que nous avons évoquées, une même analyse s'impose. Lorsque les parties sont unies par des relations d'affaires habituelles, si l'on veut parvenir à justifier la compétence du juge élu, le processus de reconstruction d'une volonté implicite est, *de lege lata*, le seul moyen à disposition de l'interprète.

854. Cependant, en matière de conflit de lois, l'analyse se révèle plus difficile à mener. Aux fins de la réalisation de l'objectif de préservation des légitimes attentes des parties, deux instruments entrent en effet en concurrence : la volonté tacite et la clause d'exception. Il a parfois été affirmé que la volonté tacite et la clause d'exception constituaient deux instruments interchangeables ou qu'à tout le moins, la clause d'exception pourrait aisément se substituer à la volonté tacite. Selon Monsieur T. Azzi, « les deux mécanismes font largement double emploi »¹⁶¹². Nous croyons que cette dernière affirmation, qui peut se prévaloir d'un certain nombre d'arguments, doit être nuancée. Afin de le montrer, un détour par la théorie générale du droit international privé nous paraît utile.

855. La question de la délimitation des domaines respectifs de ces deux instruments, qui pourrait de prime abord sembler exclusivement technique, est un sous-produit d'une interrogation qui a trait aux méthodes de résolution du conflit de lois. La clause d'exception n'est, en effet, que l'une des déclinaisons particulières de la méthode de la localisation ; elle n'est que l'une des traductions possibles de la technique localisatrice. Au fil de ces développements, nous serons dès lors amenés à nous interroger sur ce qui distingue deux méthodes de résolution du conflit de lois : la localisation objective

¹⁶¹⁰ V. *supra* n° 417.

¹⁶¹¹ Article 1188 du Code civil. V. *supra* n° 93 et s.

¹⁶¹² T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161. Rapprochement : M. Penadés Fons, « Commercial Choice of Law in Context - Looking Beyond Rome-1 », *The Modern Law Review* 2015, p. 241 et s. et not. p. 244 : « [T]he strong reliance on a global analysis of the terms of the contract and the circumstances of the case under both implied choice and the escape clause makes them functional equivalents ».

et la reconstitution de la volonté tacite. Lorsque les méthodes de la localisation objective et de la reconstitution d'une élection de droit tacite auront été clairement distinguées, il sera aisé de voir ce qui sépare la reconstitution d'un choix tacite et la mise en œuvre de la clause d'exception. Plus exactement, de notre point de vue, les cas dans lesquels un choix de loi tacite peut valablement être caractérisé ne devraient pas nécessairement être les mêmes que ceux dans lesquels le jeu de la clause d'exception est susceptible d'être déclenché.

856. Afin de le montrer, il faut tout d'abord revenir sur les causes de la confusion, c'est-à-dire sur les facteurs ayant alimenté les discours doctrinaux relatifs à la substituabilité et à l'interchangeabilité des deux instruments juridiques (sous-section 1). Ensuite, *de lege ferenda*, on proposera un certain nombre de remèdes à cette confusion (sous-section 2).

Sous-section 1 : Volonté tacite et clause d'exception : les sources de la confusion

857. La clause d'exception désigne un mécanisme permettant au juge saisi d'écarter la loi normalement applicable au profit de celle présentant des liens plus étroits avec la situation litigieuse¹⁶¹³. Elle est souvent présentée comme une application du principe de proximité¹⁶¹⁴. La clause d'exception est constitutive d'un mécanisme localisateur s'intégrant au sein de la règle de conflit¹⁶¹⁵, en ce sens qu'elle fait « emploi d'un critère objectif, qui connecte la situation privée au territoire et à travers lui au droit

¹⁶¹³ P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 2 ; P. Berlioz, « La clause d'exception », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 189 et s. et not. p. 189 ; P. Remy-Corlay, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 37 et s. Sur la clause d'exception, v. également : A.-E. Von Overbeck, « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI* 1982, t. 176, p. 9 et s. et not. p. 186 et s. ; C.-S. Okoli, G. Arishe, « The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation », *JPIL* 2012, p. 513 et s. ; S. Symeonides, « Exceptions Clauses in American Conflict of Laws », *American Journal of Comparative Law* 1994, p. 813 et s.

¹⁶¹⁴ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.* Sur ce principe, v. aussi, dans une perspective critique : C. Kessedjian, « Le principe de proximité vingt ans après », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 507 et s. ; E. Farnoux, thèse, *op. cit.* (le principe de proximité est envisagé, chez cet auteur, en matière de compétence internationale).

¹⁶¹⁵ On parle ici de mécanisme localisateur, et non de règle de conflit localisatrice, car certains auteurs ont considéré que la clause d'exception ne constituait pas une véritable règle de conflit. V. par exemple P. Berlioz, « La clause d'exception », *op. cit.*, p. 199 : « La clause d'exception n'est pas une règle de conflit, c'est un mécanisme complémentaire de la règle de conflit, destiné à en affiner exceptionnellement l'application ».

d'un État (et en principe d'un seul), sans tenir formellement compte des volontés individuelles exprimées quant au droit applicable »¹⁶¹⁶. Première manifestation de ce mouvement contemporain de flexibilisation qui traverse le droit international privé contemporain¹⁶¹⁷, la clause d'exception est désormais intégrée au sein de plusieurs règlements européens : en matière contractuelle¹⁶¹⁸, en matière délictuelle¹⁶¹⁹ ou en matière de succession¹⁶²⁰. En Suisse, le mécanisme de la clause d'exception est également consacré. L'article 15 de la loi fédérale sur le droit international privé prévoit, en effet, que « le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ». Le mécanisme correcteur consacré au sein de cette disposition est d'autant plus important qu'il a une portée générale : il couvre plusieurs matières¹⁶²¹. On trouve des dispositions semblables dans le Code civil du Québec¹⁶²², dans la loi belge¹⁶²³ ou encore, entre autres exemples, dans la loi néerlandaise¹⁶²⁴. La technique n'est pas non plus inconnue du droit anglais. En matière délictuelle, une forme de clause d'exception est en effet à la disposition du juge britannique¹⁶²⁵.

¹⁶¹⁶ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 116-117.

¹⁶¹⁷ Mouvement très décrit en doctrine, v. par exemple : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 255 et s. ; P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 299 et s. ; J.-D. Gonzales Campos « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé : cours général », *RCADI* 2002, t. 287, p. 9 et s. et not. 214 et s.

Dans la doctrine de langue anglaise : P. Haye, « Flexibility versus predictability and uniformity », *RCADI* 1990, t. 226, p. 282 et s. ; K. Roosevelt, « Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws », in F. Ferrari & D. Fernández Arroyo (dir.), *Private International Law : Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar, 2019, p. 6 et s. ; S. Symeonides, « Exceptions Clauses in American Conflict of Laws », *op. cit.* ; P.-H. Neuhaus, « Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 28, n° 4, New Trends in the Conflict of Laws, 1963, p. 795 et s.

Pour une analyse approfondie du concept de flexibilité, v. aussi : L.-C. Wolff, « Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron ? », *Journal of Private International Law* 2014, p. 431 et s.

¹⁶¹⁸ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 4 § 3.

¹⁶¹⁹ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, article 4 § 3.

¹⁶²⁰ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012, Article 21, § 2.

¹⁶²¹ A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 108 et s.

¹⁶²² Article 3082 du Code civil.

¹⁶²³ Loi portant le Code de droit international privé, article 19.

¹⁶²⁴ G. Goldstein, « L'exception de prévisibilité. Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois ? », *op. cit.*, p. 5-6.

¹⁶²⁵ Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, section 12.

858. Dans la suite de ces développements, nous nous focaliserons sur l'analyse de la matière contractuelle, car c'est en ce domaine que le plus grand nombre de décisions a été rendu. L'examen de la jurisprudence française montre que les critères provoquant le déclenchement de la clause d'exception sont similaires à ceux relevés aux fins de la caractérisation d'un choix tacite¹⁶²⁶. Cette indifférenciation des critères susceptibles de provoquer l'enclenchement de ces deux mécanismes a naturellement eu pour corrélat d'alimenter les discours doctrinaux relatifs à la substituabilité et à la fongibilité des deux instruments. Cet état du droit positif n'a pourtant rien de nécessaire ; il est le produit d'une double dénaturation. La notion de volonté tacite a, sous l'influence de la jurisprudence, été dévoyée (I) et le mécanisme de la clause d'exception a, dans une certaine mesure au moins, également été l'objet d'une dénaturation (II).

I) Le dévoiement de la notion de volonté tacite

859. Au sein de la jurisprudence française, un mouvement « d'objectivation de la volonté tacite » peut être observé (A). Par ces termes d'objectivation de la volonté tacite, nous visons la tendance consistant à déduire un choix tacite de la localisation du contrat litigieux. Ce type de raisonnement appelle les plus vives réserves (B).

A) La description du phénomène jurisprudentiel étudié

860. Dans nombre d'arrêts, un choix du droit applicable a été déduit de la localisation de la relation juridique litigieuse. Nous avons en particulier montré qu'en matière de contrat de travail international, cette ligne jurisprudentielle avait prospéré¹⁶²⁷. La volonté tacite a été déduite d'indices objectifs, tels que les lieux de conclusion et d'exécution du contrat, le domicile des parties et leur nationalité¹⁶²⁸. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 23 avril 2013, ce raisonnement a été poussé à son terme¹⁶²⁹. La Cour a, en effet, affirmé que le contrat de travail litigieux « présent[ait] des liens

¹⁶²⁶ Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, p. 177 ; A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 389. V. aussi, L. Gama, mais qui ne se place pas du point de vue de l'application du règlement Rome I : "Tacit Choice of Law in the Hague Principles", *op. cit.*, p. 350 : "In establishing under the Hague Principles the law tacitly chosen by the parties, the judge or the arbitrator may consider a wide range of elements, both subjective and objective, that help to reveal the parties' real intent. Such elements will be often similar to those used in determining the applicable law in the absence of choice, especially in the common law context— that is, the proper law of the contract".

¹⁶²⁷ V. *supra* n° 721.

¹⁶²⁸ Sur ce mouvement jurisprudentiel, v. N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, not. p. 239 et s.

¹⁶²⁹ CA Versailles, 23 avril 2013, n° 12/02725.

plus étroits avec la France, la commune intention des parties étant de voir ce contrat soumis à la loi française compte tenu du lien de subordination entre le salarié et la société de droit français, de la langue employée, le salaire étant toujours versé par la société » française. Au sein d'une même assertion, se trouvent mêlées des références aux liens les plus étroits et à la commune intention des parties. L'arrêt a fort heureusement été cassé. Cependant, la Cour de cassation n'a pas véritablement condamné ce raisonnement fondé sur une objectivation de la volonté tacite¹⁶³⁰.

861. Ainsi qu'on l'a précédemment relevé, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui semblait auparavant plus rigoureuse, a désormais accueilli ce type de raisonnement localisateur. Dans un arrêt du 29 septembre 2021¹⁶³¹, pour caractériser un choix tacite du droit applicable, les juges de cassation se sont, notamment, fondés sur des critères de localisation : lieu de conclusion du contrat, de provenance des produits, de paiement des commissions, ou encore monnaie de paiement utilisée dans les accords antérieurs des parties.

862. Sous l'impulsion de ce mouvement jurisprudentiel émerge ainsi une forme de résurgence de la théorie de la localisation Batiffolienne. Il serait, peut-être, plus exact de dire que ce n'est qu'un succédané de la théorie de Batiffol qui refait surface. Pour ce dernier, les parties ne choisissaient pas le droit applicable ; elles choisissaient uniquement la localisation du contrat¹⁶³². En particulier, la clause d'*electio juris* n'était, en elle-même, qu'un indice de localisation de leur convention¹⁶³³. L'une des conséquences de cette approche était que le processus de détermination du droit applicable à un contrat international était nécessairement unitaire : les indices de localisation de la convention et les indices de volonté devaient simultanément être pris en considération. La théorie de Batiffol, dont le règlement « Rome 1 » prend le contrepied, était ainsi une théorie moniste. Aujourd'hui, lors du processus de reconstitution de la volonté tacite, se mêlent objectivisme et subjectivisme, localisation et reconstitution de la volonté des contractants. Plus précisément, comme cela a été souligné par Monsieur D. Bureau, « là où, selon le doyen Batiffol, la volonté se voyait assigner un rôle localisateur, la localisation du contrat servirait ici à déterminer la volonté des parties, semblant renouer avec une controverse d'ordre méthodologique mêlant subjectivisme et objectivisme en des termes que l'on croyait

¹⁶³⁰ Soc. 28 octobre 2014, n° 13-20.025

¹⁶³¹ Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Rev. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel

¹⁶³² H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 38-39.

¹⁶³³ H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 39.

dépassés de longue date »¹⁶³⁴. Une certaine forme de monisme a ainsi tendance à prévaloir ; monisme qui est des plus contestables.

B) L'appréciation du phénomène jurisprudentiel étudié

863. Ce mouvement jurisprudentiel encourt une double critique. Tout d'abord, nous l'avons souligné, la localisation du contrat ne saurait révéler une quelconque volonté des parties¹⁶³⁵. Ensuite, et c'est ce qui retiendra davantage notre attention ici, le type de raisonnement préconisé par la jurisprudence pose un problème méthodologique. Pour identifier le droit applicable au contrat international, deux méthodes sont concevables : une méthode subjective, fondée sur la reconstitution de la volonté des parties, et une méthode objective, fondée sur la localisation du contrat. En droit positif, ces deux méthodes concurrentes coexistent. Par principe, c'est une méthode subjective qui prévaut. En vertu de l'article 3 du règlement « Rome 1 », le contrat international est, en effet, régi par la loi choisie par les parties. Cependant, en l'absence d'un choix de loi certain, c'est une méthode objective — fondée sur la localisation du centre de gravité de la relation litigieuse — qui doit prévaloir. Le système de résolution du conflit de lois édifié par le règlement « Rome 1 » est ainsi scindé en deux : c'est un système dualiste.

864. De prime abord, la frontière qui sépare ces deux méthodes de résolution du conflit de lois semble particulièrement nette et bien tracée. Les sphères d'application des articles 3 et 4 paraissent, de prime abord, parfaitement circonscrites. Et pourtant, lorsque les juges déduisent la volonté des parties de la localisation de leur convention, ils introduisent — selon la formule de Monsieur T. Azzi — une « véritable zone grise située entre le choix et le non-choix »¹⁶³⁶. En déduisant le choix tacite d'éléments localisateurs, cette jurisprudence a pour effet de brouiller la frontière qui sépare les méthodes objectives et les méthodes subjectives¹⁶³⁷. La localisation du contrat et la recherche de l'inten-

¹⁶³⁴ V. aussi : D. Bureau, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 417.

¹⁶³⁵ V. *supra* n° 724 et s.

¹⁶³⁶ T. Azzi : « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161. V. aussi N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 240-241.

¹⁶³⁷ D. Sindres, « Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 409 et s. et not. p. 423 : « L'identification d'un choix tacite de lois s'opère de surcroît fréquemment au profit de la loi qui, compte tenu des « circonstances de la cause », présente avec le contrat les liens les plus étroits. Ressurgit ainsi, par l'entremise du choix tacite de loi, l'hypothèse d'un choix localisateur, qui contredit la teneur dualiste de la règle de rattachement ». V. aussi N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, not. p. 240-241.

tion des parties s'entremêlent au sein d'une même opération intellectuelle. Sous l'influence de la jurisprudence se sont opérées une transfiguration et une véritable dénaturation du concept de volonté tacite. Le procédé de reconstruction du choix tacite s'est transmué en une règle de conflit objective et flexible, qui n'est pas sans rappeler la clause d'exception, figurant à l'article 4 du règlement « Rome 1 ».

865. Le rapprochement de ces deux mécanismes est d'autant plus tentant qu'un mouvement parallèle de subjectivation de la clause d'exception a accompagné le processus d'objectivation de la volonté tacite.

II) Le dévoiement de la notion de clause d'exception

866. Par les termes de « subjectivation de la clause d'exception », nous visons le raisonnement consistant, lors de la mise en œuvre de ladite clause, à prendre en considération des indices susceptibles de révéler l'intention des contractants. C'est un type de raisonnement qui peut prévaloir dans certains arrêts (A). Or, ce raisonnement est des plus discutables (B).

A) La description du phénomène jurisprudentiel étudié

867. Lors de l'identification de ces « liens manifestement plus étroits », qui conditionne l'application de la clause d'exception, quels sont les critères pris en compte ? Des auteurs ont relevé que « des éléments qui invitent à spéculer sur les intentions des contractants — tels que la langue du contrat, la nationalité des parties, une clause attributive de compétence, voire une clause compromissoire — apparaissent encore fréquemment dans la motivation des décisions de justice »¹⁶³⁸. Il nous semble que cette affirmation peut être nuancée. Dans la majorité des décisions de justice, en effet, le déclenchement de la clause d'exception est justifié par des indices propres à révéler la localisation du contrat.

868. Plus exactement, lorsqu'ils se prononcent sur la mise en œuvre de la clause d'exception, que ce soit pour en faire application ou pour l'écarter, les juges prennent notamment en considération la

¹⁶³⁸ M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 228.

nationalité des parties¹⁶³⁹, le lieu de conclusion du contrat¹⁶⁴⁰, le lieu d'exécution de la prestation caractéristique¹⁶⁴¹ ou des prestations secondaires¹⁶⁴², le lieu de résidence, de domiciliation ou d'établissement des parties¹⁶⁴³, ou encore la monnaie utilisée¹⁶⁴⁴. Or, ce sont bien des indices localisateurs, qui sont susceptibles de révéler le centre de gravité de l'opération économique dont le contrat est le vêtement juridique¹⁶⁴⁵. On regrettera simplement que la langue de rédaction du contrat et des échanges précontractuels soit, comme en matière de volonté tacite, fréquemment relevée par les juges du fond¹⁶⁴⁶. De notre point de vue, cet élément n'est que très faiblement révélateur de la volonté des parties¹⁶⁴⁷. De même, il n'est aucunement pertinent du point de vue de la localisation du contrat et ne devrait pas être pris en considération au titre de la clause d'exception¹⁶⁴⁸.

869. Cependant, il est exact que dans certaines décisions, l'application de la clause d'exception est fondée sur des critères subjectifs. L'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 13 mai 2015 témoigne

¹⁶³⁹ Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609, *RDC* 2005. 1181, note Bureau ; *LPA* 2006, n° 66, p. 6, obs. F. Jault ; CA Bordeaux, 28 octobre 2021, n° 18/06128.

¹⁶⁴⁰ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, *D.* 2015. 2356, note Abadie et Lasserre Capdeville ; *D.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2015. 1188, note P. Berlioz ; *Rev. crit. DIP* 2016. 132, note H. Muir-Watt et D. Bureau ; *RTD com.* 2016. 590, obs. Ph. Delebecque ; Soc. 15 avril 2015, n° 13-23.150 ; Com. 19 octobre 2010, n° 09-69.246, *D.* 2011. Pan. 1377, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011. 2434, obs. L. d'Avout ; *RTD com.* 2011. 668, obs. Delebecque ; *RJ com.* 2011. 280, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2011. 935, note J.B. Racine ; CA de Lyon, 18 février 2004, n° 2003/00993.

¹⁶⁴¹ Soc. 13 octobre 2016, n° 15-16.872 ; *RDT* 2017. 66, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP S* 2016. 1406, note Ph. Coursier ; Soc. 15 avril 2015, n° 13-23.150 ; Civ. 3^{ème}, 23 septembre 2014, n° 11-20.972 et 11-23.948 ; Soc. 19 janvier 2011, n° 09-66.797 ; CA Douai, 25 juin 2020, n° 18/05294 ; CA Lyon, 18 février 2004, n° 2003/00993.

¹⁶⁴² V. par exemple : TGI de Poitiers, 22 décembre 1999, *M. J. Mayer c. M. et Mme Deshoulières*, *Rev. crit. DIP* 2001. 670, note P. Remy-Corlay.

¹⁶⁴³ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, précité ; Soc. 15 avril 2015, n° 13-23.150 ; Soc. 19 janvier 2011, n° 09-66.797 ; Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609, précité ; CA Paris, 10 juin 2020, n° 19/10808 ; CA Versailles, 6 février 1991, n° 2559/9 ; *Rev. crit. DIP* 1991. 745, note P. Lagarde ; *JDI* 1992. 125, note J. Foyer ; *JCP G* 1992. II. 21 972, note F. Osman ; *D.* 1992. 174, note J. Mondoloni.

¹⁶⁴⁴ V. par exemple : Soc. 13 octobre 2016, n° 15-16.872 ; précité ; Soc. 15 avril 2015, n° 13-23.150 ; Civ. 3^{ème}, 23 septembre 2014, n° 11-20.972 et 11-23.948 ; Soc. 19 janvier 2011, n° 09-66.797 ; Com. 19 octobre 2010, n° 09-69.246, précité ; Soc. 23 mars 2005, précité ; CA Bordeaux, 28 octobre 2021, n° 18/06128 ; CA Lyon, 18 février 2004, n° 2003/00993 ; TGI de Poitiers, 22 décembre 1999, précité.

¹⁶⁴⁵ Il est vrai que l'on pourrait, peut-être, davantage questionner la pertinence du critère de la nationalité. En matière contractuelle, il n'est pas certain que ce critère soit véritablement pertinent. En ce sens, P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 469.

¹⁶⁴⁶ V. par exemple : Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, précité ; Soc. 15 avril 2015, n° 13-23.150 ; Civ. 3^{ème}, 23 septembre 2014, n° 11-20.972 et 11-23.948 ; Com. 19 octobre 2010, n° 09-69.246, précité ; Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609, précité ; CA Bordeaux, 28 octobre 2021, n° 18/06128 ; CA Versailles, 6 février 1991, précité.

¹⁶⁴⁷ V. *supra* n° 666-667.

¹⁶⁴⁸ En ce sens, P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 469.

parfaitement de ce mouvement de « subjectivation » de la clause d'exception. Dans cet arrêt, un contrat de travail avait été conclu entre un ressortissant français et la société *De Bejarry International*. À la suite de l'éclosion du litige, la question de la loi applicable à ce contrat de travail fut amenée à se poser¹⁶⁴⁹. L'employeur se prévalait de l'application de la loi vietnamienne au motif que le contrat de travail avait été exécuté au Vietnam et qu'il n'existait pas de liens plus étroits avec un autre pays. Le salarié affirmait qu'un choix de la loi française était caractérisé. Afin de démontrer l'existence de ce choix tacite, le salarié relevait, en particulier, qu'une clause attribuant compétence aux tribunaux français avait été stipulée et que le contrat en question se référait à des dispositions du Code du travail français.

La réponse de la Cour d'appel est assez déconcertante. Elle ne se prononce pas sur l'existence d'un choix tacite de la loi française. Les juges d'appel se contentent d'affirmer « que si, comme le soutient l'appelante, la compétence des tribunaux français n'implique pas nécessairement l'application du droit français, il convient de retenir qu'il résulte tant des dispositions de ce contrat que des circonstances de la cause que la relation contractuelle et le litige ont un lien très étroit avec le droit français puisque c'est à ce droit que font appel toutes les dispositions du contrat ». La solution est relativement opaque. La clause d'élection de for est, semble-t-il, l'un des éléments provoquant l'application du mécanisme de la clause d'exception. Plus généralement, le jeu de la clause d'exception serait justifié par le fait que les dispositions du contrat feraient appel au droit français. Comme telle, et sans précision complémentaire, l'assertion est frappée d'ambiguïté. Est-ce à dire que le déclenchement de la clause d'exception est justifié par le fait que le contrat se réfère à des dispositions de la loi française ? C'est l'interprétation de la décision qui paraît la plus vraisemblable.

Si cette interprétation devait se révéler exacte, la subjectivation de la clause d'exception serait alors avérée. Devant la Cour de cassation, l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes a été cassé, mais sans que ce raisonnement de subjectivation de la clause d'exception ne soit véritablement remis en cause¹⁶⁵⁰. Dans d'autres décisions des juges du fond, on retrouve ce même processus de subjectivation de la clause d'exception : au titre de la mise en œuvre de ce dernier mécanisme, des indices subjectifs, propres à révéler la volonté des parties, sont pris en considération¹⁶⁵¹. Ainsi, comme en matière de

¹⁶⁴⁹ CA Rennes, 13 mai 2015, n° 13/05901.

¹⁶⁵⁰ Soc. 1 février 2017, n° 15-21.198.

¹⁶⁵¹ CA Rouen, 20 février 2020, n° 17/03803.

volonté tacite, s'observe une forme de rémanence de la théorie Batiffolienne de la localisation¹⁶⁵². Néanmoins, l'examen de la jurisprudence démontre que le mouvement de subjectivation de la clause d'exception est discret et beaucoup moins net que ne l'est le processus d'objectivation de la volonté tacite prévalant au sein de la jurisprudence française.

870. Au Royaume-Uni a émergé un mouvement prétorien de subjectivation de la clause d'exception qui est plus palpable et plus marqué que celui prévalant au sein de la jurisprudence française. Monsieur M. Penadés Fons a ainsi montré qu'une approche unifiée avait été développée par les juridictions britanniques. Au terme de cette approche, les juges anglais estiment que les indices susceptibles de révéler un choix implicite sont les mêmes que ceux pouvant justifier l'activation de la clause d'exception. Certes, au titre de la mise en œuvre de la clause d'exception, des indices proprement localisateurs — comme le lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat¹⁶⁵³, la monnaie utilisée¹⁶⁵⁴, le lieu des négociations ou de la formation du contrat¹⁶⁵⁵ — sont pris en considération. Cependant, la stipulation d'une clause de résolution des litiges¹⁶⁵⁶, l'utilisation d'un contrat type¹⁶⁵⁷, et le recours à une terminologie propre à un système juridique donné¹⁶⁵⁸ sont également susceptibles de révéler ce constat de « liens manifestement plus étroits », qui provoque l'application de la clause d'exception.

871. C'est dire qu'un véritable courant de subjectivation de la clause d'exception se laisse observer. Ce courant est des plus contestables et appelle les plus vives réserves.

¹⁶⁵² M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 228.

¹⁶⁵³ V. par exemple : *Commercial Marine Piling Ltd v Pierse Contracting Ltd* [2009] EWHC 2241 (TCC), [2010] 1 All ER (Comm) 1087, pt. 33 et s. ; *Samcrete Egypt Engineers v Land Rover Exports Ltd* [2001] EWCA Civ 2019, [2002] CLC 533 pt 48 ; *Definitely Maybe (Touring) Ltd v Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH* [2001] 1 WLR 1745, pt. 15.

¹⁶⁵⁴ *Definitely Maybe (Touring) Ltd v Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH*, précité, v. not. les pt. 8 et 16.

¹⁶⁵⁵ *Lincoln National Life Insurance Co v Employers Reinsurance Corp* [2002] EWHC 28 (Comm), [2002] Lloyd's Rep 853, pt. 24.

¹⁶⁵⁶ *Golden Ocean Group Ltd v Salgaocar Mining Industries & Anr* [2012] EWCA Civ 265, [2012] 1 WLR 3674, pt. 52. Plus exactement, dans cette affaire, la clause d'élection de for figurant dans le contrat principal a été prise en compte pour déterminer le droit applicable à l'égard d'un contrat accessoire de garantie.

¹⁶⁵⁷ *Lincoln National Life Insurance Co v Employers Reinsurance Corp* [2002], précité, v. not. le pt. 23 : dans cette affaire, les juges anglais ont plus exactement relevé l'élément suivant : "All the contracts [...] were made in the usual manner of the London market, that is, by the signature of a slip which summarised the essential terms of the contract".

¹⁶⁵⁸ *CGU International Insurance Plc v Szabo CGU Intl Insurance Plc v Ashleigh V Szabo & ors* [2002] 1 All ER (Comm) 83, pt. 33.

B) L'appréciation du phénomène jurisprudentiel étudié

872. Les éléments susceptibles de révéler la volonté tacite peuvent-ils valablement être pris en considération au titre de la clause d'exception ? La stipulation d'une clause d'élection de for, le renvoi du contrat à un droit national donné, la référence à une convention collective peuvent-ils révéler ce constat de « liens manifestement plus étroits », qui entraîne l'application de la clause d'exception ? Une réponse négative doit prévaloir. Les indices proprement subjectifs — ceux susceptibles de révéler un véritable choix tacite — ne devraient pas être pris en considération au titre de la clause d'exception. Tout d'abord, un argument tiré de la lettre du texte peut être avancé en ce sens. L'article 3 du règlement « Rome 1 » prévoit que pour apprécier si un choix de loi tacite existe, les « dispositions du contrat » et les « circonstances de la cause » doivent être prises en considération. Au contraire, l'article 4 § 3 du règlement « Rome 1 » prévoit que pour apprécier l'existence de liens manifestement plus étroits, l'interprète doit se référer aux « circonstances de la cause ». Une lecture comparée des articles 3 et 4 du règlement donne ainsi à penser que lors de la mise en œuvre de la clause d'exception, les dispositions du contrat — clause d'élection de for, référence à un droit national donné, etc. — ne devraient pas être prises en considération.

873. Ensuite, et plus fondamentalement, la prise en considération d'indices subjectifs nous paraît contraire à l'esprit du règlement « Rome 1 ». Nous l'avons dit, le système conflictuel édifié par le règlement « Rome 1 » est dualiste. Lorsqu'il doit trancher un conflit de lois, le juge doit prioritairement se prononcer sur l'existence d'un choix de loi exprès ou tacite. Cependant, en l'absence d'un choix certain, le juge doit procéder à la localisation du contrat. D'un côté, l'article 3 consacre le principe d'autonomie de la volonté et en fixe les contours. De l'autre, l'article 4 édicte une série de règles applicables en l'absence de choix. Les différentes règles figurant aux articles 4 § 1 et 4 § 2 du règlement « Rome 1 » sont, sans conteste, des règles localisatrices. Dès lors, la clause d'exception, qui apparaît à la suite de ces règles, doit également être analysée comme un mécanisme localisateur¹⁶⁵⁹. La clause d'exception a pour fonction de corriger une localisation qui, procédant d'une règle générale et abstraite, se révélerait *in casu* défectueuse. En conséquence, de notre point de vue, les indices subjectifs ne devraient pas être pris en considération, car ils ne révèlent aucunement la localisation du contrat.

¹⁶⁵⁹ M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 228 : « la clause d'exception intervient dans le sillage de règles visant à déterminer la *lex contractus* de façon objective. [...] [L]es tribunaux ne devraient porter leur attention que sur des circonstances aptes à établir un rattachement "objectif". En toute hypothèse, il faut éviter de retomber dans les travers de la quête d'une volonté hypothétique des parties »

874. En définitive, l'analyse du droit positif menée au titre de cette sous-section a démontré que des mouvements jurisprudentiels d'objectivation de la volonté tacite et de subjectivation de la clause d'exception s'étaient croisés et avaient contribué à alimenter le sentiment d'une fongibilité et d'une relative indifférenciation des deux mécanismes. Est-ce à dire que la clause d'exception et le procédé de reconstitution de la volonté tacite seraient nécessairement interchangeables ? Une réponse négative doit prévaloir.

Sous-section 2 : Volonté tacite et clause d'exception : les remèdes à la confusion

875. *De lege lata*, les indices susceptibles de provoquer le jeu de la clause d'exception *sont* similaires à ceux susceptibles de révéler un choix tacite. Cependant, de notre point de vue, les indices susceptibles d'être pris en considération au titre de l'article 3 du règlement « Rome 1 » ne *devraient* pas être les mêmes que ceux pris en compte lors de la mise en œuvre de la clause d'exception¹⁶⁶⁰. *De lege ferenda*, le procédé de reconstruction d'une volonté implicite et la clause d'exception pourraient retrouver une véritable autonomie et une sphère d'application qui leur serait propre. Dans bien des situations contentieuses, la reconstruction d'un choix de loi implicite est le seul instrument de sauvegarde des attentes des parties dont le juge peut user, car la mise en œuvre de la clause d'exception aboutirait à une atrophie des concepts existants.

876. Afin de le montrer, nous reviendrons prioritairement sur la distinction des deux méthodes précédemment évoquées : la localisation objective et la reconstitution d'un choix de loi implicite (I). Une fois qu'un critère de distinction des deux méthodes aura été suggéré, il sera aisé de montrer que les indices susceptibles de révéler un choix tacite devraient être différents de ceux pouvant révéler un lien caractérisé (II).

¹⁶⁶⁰ En un sens assez similaire, v. S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 587 et s. et not. p. 593 et s.

I) Vers une meilleure distinction des méthodes de résolution du conflit de lois

877. Pour localiser une situation juridique, il convient de « déterminer le système juridique avec lequel la situation considérée a les liens les plus intimes »¹⁶⁶¹. La localisation implique ainsi d'identifier l'ordre juridique sur le territoire duquel la situation s'enracine de façon prépondérante¹⁶⁶². Il convient de rechercher comment une situation juridique — qui, en elle-même, est une pure abstraction — est amenée à se manifester physiquement, comment elle peut s'incarner dans le monde sensible¹⁶⁶³. Les frontières séparant le procédé localisateur et le processus de reconstruction d'un choix de loi implicite paraissent, de prime abord, particulièrement nettes et bien tracées. Identification du centre de gravité du rapport de droit d'un côté, reconstitution de l'intention des parties à ce rapport de droit de l'autre. Entre ces deux méthodes, quoi de commun ? Et pourtant, cette opposition doit être fortement nuancée. Les méthodes objectives et les méthodes subjectives ne s'opposent pas (A), mais elles doivent pourtant être distinguées (B).

878. Les développements apparaissant au sein de ce paragraphe pourront, de prime abord, paraître éloignés de l'idée de protection des légitimes attentes, qui apparaît au sein de l'intitulé de ce chapitre. Mais il nous semble que ce détour est, *in fine*, intéressant pour montrer que la volonté tacite et la clause d'exception doivent être différenciées et que dans certaines situations contentieuses, la

¹⁶⁶¹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 220. Sur la notion de localisation, v. not. L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 115 et s. ; Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 78 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 173 et s. ; B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *op. cit.*, not. p. 211 et s.

V. aussi Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 149 et s. ; P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 231 et s. ; B. Audit, « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », in *TCFDIP* 1988, p. 59 et s. et not. p. 66-67.

Dans la littérature en langue anglaise, v. également : G. Goldstein, "Objective, Subjective and Imperative Localization in the Resolution of Conflict of Laws", *Yearbook of Private International Law* 2022/2023, volume XXIV, p. 18 et s. et not. p. 21 et s.

¹⁶⁶² Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 81 et s. : La localisation implique d'identifier le « milieu social dans lequel la situation s'insère de manière prépondérante ».

¹⁶⁶³ Rapprochement : B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *op. cit.*, not. p. 272-273 : « puisque le rapport de droit n'est pas une réalité tangible, mais une construction de l'esprit, sa localisation va s'opérer à partir des éléments matériels qu'il prend en considération ou des événements qui lui donnent naissance ».

Ce problème est particulièrement prégnant en matière contractuelle : H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 36 : « La localisation d'un contrat s'est révélé une notion équivoque parce qu'un contrat est une abstraction qui, comme telle, n'occupe pas de place dans l'espace et ne s'y manifeste que par des événements multiples : conclusion et exécution, celle-ci à son tour pouvant se dérouler en des lieux différents ».

V. aussi Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, *op. cit.*, p. 198.

reconstitution d'un choix tacite est le seul instrument de sauvegarde des attentes des parties pertinent dont le juge peut user.

A) Reconstitution d'une volonté tacite et localisation : une distinction ténue

879. Du point de vue du conflit de lois, les méthodes objective et subjective ne s'opposent pas frontalement. L'opération de localisation se traduit par la recherche d'une implantation géographique prépondérante, mais elle est aussi guidée par un souci de préservation des légitimes attentes des parties¹⁶⁶⁴. Lorsque le rapport de droit s'inscrit, de façon prépondérante, au sein de l'orbite d'un ordre juridique donné, les parties ont pu avoir une certaine *conscience* de l'applicabilité du droit de cet ordre juridique ; elles ont pu *s'attendre* à ce que le droit de cet État soit déclaré applicable¹⁶⁶⁵. Le ressortissant étranger qui achète un immeuble situé sur le territoire français peut, par exemple, s'attendre à ce que le droit français régie la vente immobilière. C'est notamment ce qui explique qu'à défaut de choix, un contrat de vente immobilière soit localisé au lieu de situation de l'immeuble¹⁶⁶⁶. Savigny a puissamment contribué à mettre en lumière ce phénomène. Substitué au fondement de la souveraineté, le respect des attentes des parties fut placé sur le devant de la scène des conflits de lois¹⁶⁶⁷. Or, le critère de l'attente légitime relève, à l'évidence, de la subjectivité ; c'est la psyché des parties au rapport de droit qui est en cause.

¹⁶⁶⁴ P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 238 et s.

¹⁶⁶⁵ En ce sens, Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 81 : l'appel à la proximité « est de nature à satisfaire les intérêts des personnes privées dans la mesure où l'application de la loi du milieu social dans lequel la situation s'insère de manière prépondérante est de nature à répondre à leur attente et à leur éviter l'intervention d'un droit dont l'application serait pour elles tout à fait inattendue ».

V. aussi : M. Laazouzi, « Proximité et prévisibilité », in C. Nourissat, L. Pailler (dir.), *Un système de droit international privé de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2023, p. 243 et s. et not. p. 248-249.

¹⁶⁶⁶ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Article 4 § 1, c).

¹⁶⁶⁷ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 120 : « Les explications politiques ou publicistes des rattachements anciens, reconduits, sont transformés en des fondements psychologiques (« soumission volontaire » des personnes privées à l'autorité de la loi) : l'attente commune des parties justifie ainsi la soumission des immeubles à la loi de situation ».

V. Aussi P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 211 : « Il est affirmé pour la première fois [par Savigny], implicitement mais systématiquement, que la localisation ne peut être une opération se déroulant en fonction de données purement objectives, mais que l'expectative des intéressés doit être prise en considération. La "soumission volontaire" apparaît ainsi comme l'aspect subjectif de la localisation, et pour la première fois il est mis en relief qu'il doit y avoir une certaine correspondance entre détermination de la loi applicable selon des critères de localisation objectifs et l'expectative des parties ».

880. Pour prolonger ces remarques, il faut faire mention de l'analyse de Monsieur L. d'Avout, qui a mis en lumière les liens pouvant exister entre le procédé de la localisation objective et la recherche de la volonté tacite. Ainsi, s'interrogeant sur le *doing business*, cet auteur souligne que

« l'action économique en un lieu donné constitue à l'état brut une localisation privée, une forme de présence territoriale, même immatérielle, justifiant l'applicabilité du droit local au comportement de l'opérateur, voire à son organisation même. [...] [L'] agissement économique réitéré en un lieu donné, la présence territoriale durable à visée productive ou commerciale, suppose une conscience de l'applicabilité du droit local ; *ce qui se rapproche d'une élection de droit tacite ou au moins atteste un assentiment général aux contraintes juridiques locales* »¹⁶⁶⁸.

C'est une idée que l'on retrouve, à plusieurs reprises, sous la plume de Monsieur L. d'Avout. Ainsi, ce dernier relève que l'entreprise décidant de commercialiser ses produits ou services sur le territoire d'un État donné accède au marché de cet État. Or, cette participation au marché constitue un acte de présence territorial volontaire et conscient. Dès lors,

« la compétence consécutive du droit local pour discipliner cette participation est *escomptée* de chacun, même dépourvu de formation juridique. [...] Pour reprendre les formulations ancestrales de Savigny, la participation consciente d'un professionnel aux opérations d'un marché étranger marque la "soumission volontaire" de celui-ci et des rapports de droit naissant de son activité au droit local du pays correspondant »¹⁶⁶⁹.

881. C'est dire qu'en droit international privé, les méthodes objective et subjective ne s'opposent pas frontalement. Il faut pourtant les distinguer, car comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, le fait qu'un opérateur du commerce international *s'attende* à ce qu'un droit donné régie sa situation juridique ne signifie pas qu'il ait *la volonté* de se soumettre à ce droit¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁸ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 150 (nous soulignons).

¹⁶⁶⁹ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 156-157 (nous soulignons).

V. aussi, L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 166 : « tandis qu'il y a, parfois, présence économique fortuite sur un territoire, il n'y a jamais d'établissement économique inconscient d'un opérateur dans un pays donné. La raison tient au fait que l'établissement suppose un degré d'organisation minimale de l'activité économique localement implantée et que la vocation durable de l'organisation fait présumer, chez son auteur, la connaissance et l'acceptation du droit local ».

¹⁶⁷⁰ Rapprochement : A. Curti-Gialdino, « La volonté des parties en droit international privé », *op. cit.*, p. 755-756.

B) Reconstitution d'une volonté tacite et localisation : une distinction nécessaire

882. Pour correctement distinguer ces deux méthodes, il faut tout d'abord se délester du concept de soumission volontaire, qui peut alimenter la confusion (1). Il sera ensuite possible de proposer un critère de distinction des deux méthodes (2).

1) *Le rejet de la notion de soumission volontaire*

883. Savigny estimait que l'application du droit étranger reposait sur une « soumission volontaire ». L'illustre romaniste affirmait que « le droit local applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé »¹⁶⁷¹. La soumission à un droit déterminé — dont il est ici question — n'est que médiate et indirecte ; le choix des parties ne se porte pas sur le droit applicable lui-même. Ce sont uniquement les éléments objectifs pris en considération par la règle de conflit, tels que la nationalité ou le domicile qui, étant placés sous l'empire de la volonté du sujet de droit, seraient révélateurs de cette soumission volontaire.

884. Néanmoins, selon l'analyse savignienne, lorsqu'une personne privée engagée dans des rapports internationaux est exposée aux effets découlant de l'application d'une législation étrangère, elle devrait y voir là un effet de sa volonté. Savigny donne l'exemple de l'acquisition d'un immeuble. L'acheteur d'un immeuble situé dans un pays étranger était libre de ne pas l'acquérir. Dès lors qu'il a procédé à cette acquisition, il a corrélativement accepté l'application du droit local régissant l'immeuble¹⁶⁷². Tel qu'il apparaît dans les écrits de Savigny, le concept de soumission volontaire ne paraît pas si éloigné de celui de volonté tacite. À raisonner ainsi, on en viendrait presque à considérer que l'ensemble des solutions aux conflits de lois sont adossées à des volontés tacites.

885. Ainsi présenté, le concept de soumission volontaire se révèle contestable. En de multiples occurrences, Batiffol a récusé la pertinence de cette notion¹⁶⁷³. Pourtant, l'illustre internationaliste

¹⁶⁷¹ F.-C. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁷² L'analyse ainsi développée n'est pas sans rappeler celle de Rousseau. Ce dernier affirme, en effet, que « tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse l'être, l'assujettir sans son aveu [...] ». Quand l'État est institué le consentement est dans la résidence ; habiter le territoire c'est se soumettre à la souveraineté » (Rousseau, *Du contrat social*, Éditions Nathan, 1998, p. 115). C'est Batiffol qui établit ce lien entre l'œuvre de Rousseau et l'œuvre de Savigny : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 84, note de bas de page n° 1.

¹⁶⁷³ V. not. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 84 et s.

« s’est toujours réclamé de la méthode de Savigny »¹⁶⁷⁴ et par de nombreux aspects, il est l’héritier et le continuateur de l’œuvre de ce dernier¹⁶⁷⁵. Mais au sujet de la notion de soumission volontaire, Batiffol se sépare de Savigny. Que l’on en juge :

« Savigny a posé le problème. Il regarde la soumission volontaire à une loi comme la base de toute règle de conflit : si ma propriété immobilière est soumise à la loi de la situation du bien, je dois reconnaître l’effet de ma volonté, du moment que j’ai acquis ce bien volontairement, et si j’en ai hérité, du moment que je l’ai conservé. On sourit : j’ai voulu l’immeuble et j’ignorais la loi. C’est le législateur qui m’impose son application »¹⁶⁷⁶.

Dans l’immense majorité des situations de mobilité, le changement de nationalité, de domicile ou le déplacement d’un bien sont motivés par des facteurs individuels, sociaux, familiaux ou économiques, mais aucunement par la perspective de la loi « compétente »¹⁶⁷⁷. Si l’individu a franchi la frontière, le plus souvent, ce n’était pas dans le but de se soumettre à un droit nouveau. On ne prétend aucunement que Savigny ait ignoré ces données du problème. Ce dernier distinguait d’ailleurs explicitement les notions de volonté contractuelle et de soumission volontaire :

« La soumission volontaire qui nous occupe nous apparaît tantôt comme unilatérale [...], tantôt comme résultant du concours de plusieurs volontés [...]. Dans ce dernier cas on pourrait être tenté de la regarder comme un contrat, c’est-à-dire comme un contrat tacite. Mais ce point de vue ne serait pas entièrement juste. Tout contrat implique une volonté positive dont les parties ont clairement conscience. Or, dans le cas dont il s’agit une telle volonté n’existe pas nécessairement. Mais une règle générale de droit fondée sur un besoin réel suppose cette volonté, tant qu’une volonté contraire n’est pas formellement exprimée »¹⁶⁷⁸.

Ce que nous soutenons, cependant, c’est que si l’expression de soumission volontaire est élégante et parlante, et si elle recèle un pouvoir de séduction, qui est sans doute à même d’expliquer sa large diffusion au sein de la doctrine internationaliste, elle peut également induire en erreur. Il faut insister sur le fait que la volonté qui aura été exprimée — à travers un changement de domicile, de

¹⁶⁷⁴ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁷⁵ L. d’Avout, « L’entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 123.

¹⁶⁷⁶ H. Batiffol, « La loi appropriée au contrat », *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁷⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 85. Batiffol conclut : « il ne me semble donc pas exact de prétendre que d’une manière générale l’application d’une loi donnée dépend de la volonté des parties en ce qu’il appartiendra à celle-ci de se “soumettre volontairement à son empire” » (*Ibid*, p. 86).

¹⁶⁷⁸ F.-C. Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, *op. cit.*, p. 111-112. Sur cet aspect de la pensée de Savigny, v. J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.*, p. 50.

nationalité, ou encore à travers le déplacement d'un meuble — n'a, en dehors de l'hypothèse de la fraude à la loi ou de circonstances très particulières, pas été exprimée en vue de la création d'un effet juridique.

2) *La proposition d'un critère de distinction des deux méthodes*

886. Lorsque, conscientes de l'applicabilité du droit d'un État donné, les parties se rendent volontairement présentes sur le territoire de cet État, elles vont, dans une certaine mesure, « accepter » l'application du droit de ce dernier. Néanmoins, celui qui, d'une façon ou d'une autre, se rend présent sur le territoire d'un État étranger n'a pas véritablement manifesté de volonté de se soumettre au droit de ce dernier État. De notre point de vue, « l'acceptation » des contraintes locales, dérivant de l'enracinement de la situation juridique au sein d'un territoire donné, ne saurait être assimilée à une élection de droit tacite. L'assentiment du sujet de droit, son acceptation de la discipline juridique locale, est perçu comme un contrepoids — quasiment nécessaire et inéluctable — à sa présence territoriale.

887. Sauf fraude à la loi, le choix du sujet de droit est motivé par les *bénéfices extrajuridiques* — économiques, sociaux ou familiaux — découlant de sa présence sur le territoire étranger. S'il accepte de se soumettre à un droit étranger, c'est uniquement pour jouir des bénéfices économiques ou sociaux qu'il tirera de sa présence sur le territoire étranger. Au contraire, l'élection de droit, fût-elle tacite, procède d'une déclaration de volonté qui est *directement orientée vers la production d'effets juridiques et vers la soumission à un droit déterminé*. Les bénéfices escomptés par les parties ayant élu un droit donné, fût-ce tacitement, sont des *bénéfices juridiques*¹⁶⁷⁹.

Un exemple permettra de s'en convaincre. Une entreprise française décidant de créer une filiale ou un établissement stable aux États-Unis pour y écouler sa production a peut-être conscience de l'applicabilité du droit de cet État. En un sens, elle a bien « accepté » l'application de la réglementation américaine. Pour autant, la volonté de l'opérateur économique en question n'était pas orientée vers la production d'effets juridiques ; elle n'était pas dirigée vers la soumission au droit des États-Unis. La volonté de cet agent économique était orientée vers la captation de la clientèle de cet État ; c'est la conquête du marché étranger qui est le but poursuivi par l'agent, le motif impulsif et déterminant ayant inspiré son choix. Les profits attendus sont donc des *bénéfices économiques*.

¹⁶⁷⁹ Bénéfices juridiques qui, de façon médiate, peuvent se transformer en bénéfices économiques. Mais cela n'estompe en rien notre distinction.

Rien de tel ne se produit quand deux opérateurs économiques décident de soumettre leur contrat, par le truchement d'une clause d'*electio juris*, fût-elle seulement tacite, à un droit déterminé. Les deux contractants — ou la partie en position de force lors des négociations — attendent des *bénéfices juridiques*, et non des profits sociaux ou économiques. Si les parties soumettent leur convention au Code civil français, leur choix, fût-il tacite, est motivé par des considérations purement juridiques, et la volonté des parties contractantes est *directement orientée vers la désignation de la loi applicable* au rapport de droit en cause.

888. On comprend donc bien ce qui sépare les méthodes objectives et les méthodes subjectives. C'est ce qui explique que de notre point de vue, la clause d'exception — qui se présente comme une déclinaison particulière de la méthode de la localisation — doit être différenciée de la volonté tacite.

II) Vers une meilleure délimitation des indices associés à chaque mécanisme

889. Nous listerons les indices pouvant respectivement être pris en considération lors de la mise en œuvre de la clause d'exception et lors de la caractérisation d'un choix de loi tacite. Pour ce faire, nous envisagerons les hypothèses les plus simples (A), puis nous nous prononcerons sur les hypothèses les plus complexes (B).

A) Les hypothèses les plus simples

890. Nous envisagerons successivement la question de la détermination du droit applicable à un contrat isolé (1) et la question de la détermination du droit applicable à une succession (2).

1) La détermination du droit applicable à un contrat isolé

891. L'hypothèse la plus simple est celle du contrat isolé, du contrat qui ne s'inscrit pas au sein d'un ensemble contractuel. Les propositions que nous allons formuler découlent assez directement de l'analyse critique de la jurisprudence qui a précédemment été initiée. De notre point de vue, les indices pris en considération lors de la recherche d'un choix tacite ne devraient pas être les mêmes que ceux pris en compte lors de la mise en œuvre de la clause d'exception. Les indices qui, selon nous, sont véritablement susceptibles de révéler un choix tacite sont les suivants : référence du contrat à des dispositions d'une loi nationale déterminée, renvoi du contrat à l'application d'une convention collective, stipulation d'une clause d'élection de for ou d'une clause compromissoire, le fait que le

contrat soit inconnu de l'une des lois en présence, le recours à un officier public et dans certains cas, l'utilisation d'un contrat type¹⁶⁸⁰. Chaque fois que ces éléments permettront d'accréditer l'hypothèse d'une volonté des parties, le juge devra procéder à la reconstruction d'un choix implicite.

Dans cette situation, la volonté tacite constitue — aux fins de la réalisation de l'objectif de préservation des expectatives des parties — le meilleur instrument pouvant être employé par le juge. Par exemple, si le contrat se réfère à plusieurs reprises à une législation nationale donnée, un choix de loi tacite devrait — de notre point de vue — être caractérisé. Dans une telle hypothèse, il nous semble que l'usage de la clause d'exception serait inapproprié. De la même façon, si un contrat de travail comporte une clause attribuant compétence aux tribunaux français et qu'il se réfère à une convention collective du droit français, un choix tacite pourrait *a priori* être caractérisé¹⁶⁸¹. Là encore, dans une telle hypothèse, le juge ne devrait pas utiliser la clause d'exception.

892. Quels sont les indices susceptibles d'être pris en considération au titre de la clause d'exception ? Ce sont l'ensemble des indices susceptibles de révéler la localisation du contrat, c'est-à-dire l'ensemble des éléments pouvant montrer que le contrat s'inscrit, de façon prépondérante, au sein du territoire d'un État déterminé. Dès lors, les éléments qui, selon nous, devraient être pris en compte au titre de l'article 4 § 3 du règlement « Rome 1 » sont — sans prétention d'exhaustivité — les suivants : lieu d'exécution de la prestation caractéristique, lieu d'exécution des autres prestations, lieu de résidence ou du moins d'implantation de chaque partie, lieu de la conclusion du contrat, lieu du déroulement des négociations, monnaie utilisée et intervention d'un tiers dans l'exécution du contrat¹⁶⁸².

¹⁶⁸⁰ V. *supra* n° 665 et s.

Par comparaison, v. G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 247.

¹⁶⁸¹ Sous réserve d'un examen de l'ensemble des circonstances d'espèces.

¹⁶⁸² M.-E. Ancel, P. Deumier, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 228-229. V. aussi T. Azzi, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169 et s., not. p. 2173 : « Les lieux de conclusion et d'exécution du contrat ainsi que le domicile et la nationalité des parties pourront par exemple être pris en compte ».

Comp : P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 374 et s. et p. 469. Madame Remy-Corlay revient sur le problème de la distinction de la clause d'exception et de la volonté tacite et ses conclusions sont, en l'occurrence, très différentes. Elle estime notamment que lors de la mise en œuvre de la clause d'exception, l'insertion d'une clause de juridiction doit être considérée.

Du point de vue de la reconstitution d'un choix tacite, ces éléments sont au contraire dépourvus de pertinence¹⁶⁸³.

2) *La détermination du droit applicable à une succession*

893. De façon similaire, en matière successorale, les indices susceptibles de révéler la volonté tacite devraient être différents de ceux pris en considération au titre de la clause d'exception. Le choix de la loi applicable pourra notamment être révélé par la présence d'une clause d'élection de for, par la référence à des dispositions d'une loi nationale donnée, par l'usage d'un vocabulaire propre à un système juridique spécifique ou par un renvoi opéré par le testament à une institution étrangère, tel qu'un trust¹⁶⁸⁴.

Lors de la mise en œuvre de la clause d'exception, qui est consacrée à l'article 21 § 2 du règlement « succession », des circonstances très diverses pourront être prises en considération : lieu de résidence des parties, lieu du décès du *de cuius*, nationalité du défunt, lieu de situation des biens inclus dans la succession... Quoi qu'il en soit, seuls les indices localisateurs devront être considérés. Et pour cause, la clause d'exception apparaît dans le sillage d'une règle de conflit objective, qui prévoit que la succession est régie par la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt. Elle vise, là encore, à corriger une localisation qui, au cas particulier, se révélerait défectueuse. C'est ce qui explique que, lors de sa mise en œuvre, les indices subjectifs soient indifférents.

894. Dans chacune des deux situations analysées — contrat isolé et succession —, il est facile d'identifier les indices devant être associés à chacun des mécanismes. Cependant, deux situations différentes sont plus difficiles à appréhender.

¹⁶⁸³ En ce sens, C.-S.-A. Okoli, "The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective", *op. cit.*, p. 22 : "objective connecting factors, like the place of performance, place of concluding the contract, the parties' place of residence, and payment currency should generally be accorded no weight in implying a choice of law, as they are not concerned with the parties' intentions. Instead, these factors are more appropriate for determining the applicable law in the absence of choice".

¹⁶⁸⁴ Sur cette problématique du choix tacite en matière successorale : M. Lopez De Tejada, « Le choix implicite de la loi applicable à la succession », *JCP N* 2021, p. 1135 et s.

B) Les hypothèses les plus complexes

895. Nous nous prononcerons sur la problématique de la détermination du droit applicable aux actions délictuelles en relation avec le contrat (1) et sur la question de la détermination du droit applicable à un groupe de contrats (2).

1) *La détermination du droit applicable aux actions délictuelles en relation avec le contrat*

896. En premier lieu, envisageons la problématique de l'extension d'une clause d'élection de droit insérée dans un contrat à l'égard d'un contentieux délictuel qu'elle ne vise pas expressément. En son article 14, le règlement « Rome 2 » exige que le choix de la loi applicable aux obligations non contractuelles résulte de « façon certaine des circonstances ». Cette disposition prévoit un standard de preuve particulièrement exigeant. Du fait de ce standard de preuve, si contraignant, on peut avoir quelques réticences à fonder l'extension de la clause d'élection de droit à l'égard des obligations non contractuelles sur le concept de volonté tacite. Nous avons préalablement souligné qu'en dehors de circonstances assez particulières, il était difficile de démontrer que les parties avaient, de façon certaine, décidé de soumettre les litiges délictuels en relation avec le contrat à l'empire de la loi élue au titre de la convention¹⁶⁸⁵.

897. Dès lors, pour parvenir à ce même résultat, il peut — de prime abord — paraître préférable de se tourner vers la clause d'exception consacrée à l'article 4 § 3 du règlement « Rome 2 »¹⁶⁸⁶. En d'autres termes, lorsque l'unification du droit applicable aux actions contractuelles et délictuelles paraît désirable, on pourrait être tenté de mobiliser la clause d'exception. En effet, cette disposition prévoit que le « lien manifestement plus étroit [du fait dommageable] avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un

¹⁶⁸⁵ V. *supra* n° 448 et s.

¹⁶⁸⁶ Sur le rôle conféré à la clause d'exception dans le règlement Rome II, v. A. Dickinson, *The Rome II Regulation : the law applicable to non-contractual obligations*, *op. cit.*, n° 4.84 ; G.-P. Calliess (dir.), *Rome Regulations: Commentary*, *op. cit.*, p. 517 et s. ; C.-S. Okoli, G. Arishe, "The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation", *op. cit.*, p. 535 et s. ; R. Fentiman, "The Significance of Close Connection", *op. cit.*, p. 85 et s. ; Th. Kadner Graziano, "Freedom to choose the applicable law in tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation", *op. cit.*, p. 124 et s. Plus généralement, sur l'application de la clause d'exception en matière délictuelle, P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 511 et s.

lien étroit avec le fait dommageable en question ». Même si une relation contractuelle préexiste, le déclenchement de la clause d'exception ne devrait pas être automatique¹⁶⁸⁷.

898. Mais quoi qu'il en soit, aux fins de réalisation de l'objectif de protection des légitimes attentes des parties, la clause d'exception est susceptible d'être utilisée¹⁶⁸⁸. Cependant, sur un plan plus théorique, il convient de noter que dans l'hypothèse examinée, l'usage de la clause d'exception ne va pas de soi. Précisément, cela reviendrait à ce que la clause d'élection de droit figurant dans le contrat sous-jacent, qui constitue un indice *subjectif*, soit indirectement prise en considération lors de l'application de la clause d'exception. Or, le simple fait que le contrat sous-jacent comporte une clause d'élection de droit n'exerce aucune influence sur la localisation du délit. En définitive, s'il est contestable de fonder l'extension de la clause d'élection de droit à l'égard des obligations non contractuelles sur le concept de volonté tacite — parce que la volonté des parties est concevable, mais incertaine —, il est également discutable de fonder cette extension sur la clause d'exception. Aucun des deux instruments n'est parfaitement satisfaisant.

899. En présence d'un groupe de contrats, la ligne de partage semble également assez difficile à tracer.

2) *La détermination du droit applicable à un ensemble contractuel*

900. En second lieu, envisageons la problématique de l'extension de la clause d'élection de droit dans un ensemble contractuel. Les autorités européennes semblent plutôt favorables au jeu de la clause d'exception. Le considérant 20 du règlement Rome 1 prévoit que pour déterminer si la clause d'exception doit être appliquée, « l'existence de liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres

¹⁶⁸⁷ La Cour de justice, suivant les conclusions de son avocat général, a affirmé que l'existence d'une relation contractuelle préexistant entre les parties « ne suffi[sait] pas, en elle-même, à exclure l'application de la loi applicable en vertu de l'article 4, paragraphes 1 ou 2, et ne permet[tait] pas l'application automatique de la loi du contrat à la responsabilité non contractuelle » (CJUE, 10 mars 2022, aff. C-498/20, *Bull. Joly sociétés*, juin 2022. 53, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2022. 562 ; *Rev. sociétés* 2022. 693, note M. Menjucq ; *Rev. crit. DIP* 2022. 606, note D. Bureau ; *D.* 2022. 1773, obs. L. d'Avout ; *Europe*, Mai 2022, comm. 184, obs. L. Idot ; *Rev. proc. coll.*, Septembre 2022, comm. 71, obs. Th. Mastrullo ; *GPL* 27 septembre 2022. 32, obs. G. Cesare Giorgini).

¹⁶⁸⁸ C'est, d'ailleurs, ce qui est expressément affirmé par l'exposé des motifs de la Commission, accompagnant la proposition du règlement Rome II : « En conduisant à l'application d'une loi unique à l'intégralité de leurs relations juridiques, cette solution respecte les attentes légitimes des parties et répond au souci d'une bonne administration de la justice ».

contrats » doit être prise en considération¹⁶⁸⁹. La Cour de justice a également affirmé que pour déterminer si la clause d'exception doit être mise en œuvre, « il convient notamment de prendre en compte l'existence de liens étroits du contrat en cause avec un ou plusieurs autres contrats faisant partie, le cas échéant, de la même chaîne de contrats »¹⁶⁹⁰. Au contraire, à notre connaissance, le recours à la volonté tacite n'a jamais été expressément promu par les autorités européennes¹⁶⁹¹.

901. Cependant, là encore, lorsque la question qui se présente est celle de l'extension d'une clause d'élection de droit, l'usage de la clause d'exception ne va pas de soi. Fonder cette extension sur l'article 4 § 3 reviendrait à considérer que la clause d'élection de droit insérée au sein d'un contrat lié, qui est un indice *subjectif*, un indice de volonté, doit être prise en considération au titre de la clause d'exception. Et, de toute évidence, le fait qu'un contrat lié comporte une clause d'*electio juris* n'a aucune incidence sur la localisation du contrat litigieux.

902. Dans l'arrêt *Samcrete*, la *Court of Appeal* a exprimé cette idée en des termes plus radicaux¹⁶⁹². Le litige était relatif à la détermination du droit applicable à un contrat de garantie. Au terme de ce dernier, une société égyptienne s'était engagée à garantir les sommes dues au titre d'un contrat de distribution conclu par une société tierce. Ce contrat de distribution comportait une clause d'*electio juris*, en faveur de la loi anglaise. Du point de vue de l'article 4 de la convention de Rome, quelle était la valeur de cette clause d'*electio juris* ? Pouvait-elle exercer une influence sur la détermination du droit applicable au contrat de garantie ?

Saisi en premier lieu, le juge de la *Mercantile Court* de Birmingham a considéré que la clause d'élection de droit insérée dans le contrat de distribution constituait, aux fins de l'identification du pays

¹⁶⁸⁹ Sur cette question, v. P. Remy-Corlay, thèse, *op. cit.*, p. 470 et s. ; S. Corneloup, « Choix de loi et contrats liés », *op. cit.*, not. p. 302 et s. ; T. Azzi, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 2173-2174. Dans la doctrine anglophone, v. C.-S. Okoli, « The Significance of the Doctrine of Accessory Allocation as a Connecting Factor under Article 4 of the Rome I Regulation », *Journal of private international law* 2013, p. 449 et s.

¹⁶⁹⁰ CJUE, 23 octobre 2014, aff. C-305/13, *Haeger & Schmidt GmbH c/ Mutuelles du Mans assurances LARD*, D. 2015. 136, obs. Ph. Delebecque et J.-A. Lévy ; D. 2015. 1294, obs. H. Kenfack ; *RJ com.* 2015. 450, obs. P. Berlioz.

¹⁶⁹¹ Seul le rapport Giuliano-Lagarde prévoit que lors du processus de reconstitution de la volonté tacite des parties, l'existence d'un contrat lié est un indice susceptible d'être pris en considération.

¹⁶⁹² *Samcrete Egypt Engineers v Land Rover Exports Ltd* [2001] EWCA Civ 2019, [2002] CLC 533.

auquel la convention de garantie était le plus étroitement liée, un indice décisif¹⁶⁹³. La *Court of Appeal* prit le contrepied de ce raisonnement :

« It seems plain to me that, having accepted the position that the choice of (English) law under Article 3 was not established, the judge erred in treating the choice of law clause in the distributorship contract as largely determinative under Article 4. In so doing, she appears to have overlooked the change of focus required when moving from one to the other »¹⁶⁹⁴.

En définitive, il nous semble que lorsque l'unification du droit applicable à un groupe de contrats paraît désirable, l'usage de la clause d'exception n'est pas nécessairement incontestable.

903. Quoi qu'il en soit, il existe une série d'hypothèses où, sans conteste, l'extension de la clause d'élection de droit à l'égard de l'ensemble des conventions s'intégrant au sein du groupe devrait être fondée sur la reconstitution d'un choix tacite, et non sur la clause d'exception. Dans certaines situations contentieuses, la caractérisation d'un choix tacite est sans conteste préférable. Dans un ensemble contractuel, il est possible que les parties aient effectivement eu la volonté de soumettre l'ensemble de leurs conventions à l'empire d'une loi unique. Cette volonté de centralisation du droit applicable peut être révélée par un faisceau d'indices, par une multitude de circonstances de fait qui viendraient s'adjoindre à la présence de l'ensemble contractuel : clauses d'élection de for, renvoi à une législation donnée, etc. Par exemple, un contrat de distribution comporte une clause d'élection de droit en faveur du droit français. Un contrat de vente, conclu en application du contrat de distribution, ne comporte pas de clause d'*electio juris*, mais il se réfère dans plusieurs de ses stipulations au Code civil français. Dans une telle hypothèse, une série d'indices *subjectifs* démontrent que les parties avaient la volonté d'unifier le droit régissant les conventions s'intégrant au sein de l'ensemble contractuel. La reconstitution d'un choix tacite est l'instrument le plus satisfaisant et le moins artificiel.

¹⁶⁹³ *Ibid*, pt 17 : "The fact that the underlying contract guaranteed itself has an express choice law clause and submission to jurisdiction is plainly a highly material consideration when determining with which country the contract is most closely connected".

¹⁶⁹⁴ *Ibid*, pt. 44.

Conclusion du chapitre 1

904. Les investigations menées au titre de ce premier chapitre étaient centrées sur les solutions fondées sur une « véritable » recherche de la volonté tacite. Elles auront montré que du point de vue de la protection des légitimes attentes des parties au rapport de droit, la reconstitution de la volonté tacite peut être opportune. Dans nombre de situations, en effet, la reconstitution d'un « véritable » choix tacite débouche sur la désignation d'une loi que les parties auront spontanément estimée applicable à leurs rapports. De même, la recherche de la volonté tacite permet de protéger les prévisions que les parties ont acquises quant à la compétence internationale.

905. Le degré de réalisation de l'objectif de protection des prévisions des parties est fonction du degré de certitude de la volonté tacite ainsi reconstituée. Plus la volonté imputée aux parties est certaine et plus la protection des attentes des parties sera assurée. Or, en droit international privé, l'objectif de protection des légitimes attentes des parties a souvent été érigé au rang d'impératif premier et cardinal. Premier versant du principe de sécurité juridique, le respect des légitimes expectatives est, en effet, une préoccupation fondamentale. L'idée qui sous-tend ce principe tient à ce que les parties ne sauraient être exposées à des conséquences juridiques qu'elles n'avaient jamais anticipées.

906. Les services rendus par le concept de volonté tacite sont d'autant plus incontestables que dans bien des cas, aucun autre instrument juridique ne pourrait être mobilisé. Ainsi, en présence de relations d'affaires habituelles, la reconstitution de l'acceptation tacite d'une clause de choix de for est le seul instrument de protection des légitimes attentes des contractants à la disposition du juge. De la même façon, lorsque la problématique de l'extension d'une clause de choix de for est en cause, seule la volonté tacite peut être mobilisée.

Certes, en matière de conflits de lois, deux instruments entrent *a priori* en concurrence : la volonté tacite et la clause d'exception. Cependant, les deux mécanismes gagneraient à être mieux distingués. La clause d'exception a pour fonction de corriger une localisation qui, dans le cas litigieux soumis au juge, s'avérerait inappropriée. Il en résulte que, lors de sa mise en œuvre, seuls des indices localisateurs devraient être pris en considération. Par exemple, lorsqu'un contrat se réfère, dans plusieurs de ses stipulations au Code civil français, la clause d'exception ne saurait être appliquée. La reconstruction d'un choix de loi implicite est le seul instrument dont le juge peut légitimement faire usage. Lorsqu'un

contrat de travail comporte une clause d'élection de for au profit des tribunaux français et qu'il désigne comme applicable une convention collective du droit français, la clause d'exception ne devrait pas être appliquée. La reconstitution d'un accord tacite des contractants est le seul instrument de protection des attentes mobilisable.

907. Cependant, si une véritable recherche de la volonté tacite peut favoriser la réalisation de l'objectif de protection des légitimes attentes, elle rend aussi les solutions conflictuelles plus imprévisibles.

Chapitre 2 : Un objectif de prévisibilité des solutions entravé

908. C'est la prévisibilité, cette deuxième facette du principe de sécurité juridique¹⁶⁹⁵, qui sera désormais l'objet des présents développements. Lorsque la règle est obscure ou inconnue, qu'elle entre en contradiction avec d'autres normes, lorsqu'elle se réfère à des concepts flous et indéterminés, ou lorsque le juge dispose — lors de sa mise en œuvre — d'un large pouvoir discrétionnaire, le sujet de droit est exposé à une forme d'insécurité juridique. L'insécurité en question tient à ce que les solutions qui, en cas d'éclosion d'un litige, seraient susceptibles d'être adoptées par un tribunal sont imprévisibles¹⁶⁹⁶.

909. Tel qu'il est entendu au sein de ce chapitre, le concept de prévisibilité renvoie, ainsi, à un impératif de prévisibilité des *solutions judiciaires*. Il est, en conséquence, indissolublement lié à la perspective d'un contentieux. Cette dernière affirmation ne signifie aucunement que le problème de l'imprévisibilité des solutions ne se présente que lorsqu'un contentieux a d'ores et déjà émergé. Dans bien des cas, le contentieux est latent, il n'existe qu'en puissance et se présente, dans l'esprit des parties, comme une simple potentialité. Notre affirmation signifie simplement qu'est toujours en cause un acte d'anticipation, par le sujet de droit, de la teneur de la décision qui sera adoptée par la juridiction saisie en cas de contentieux. L'atteinte portée à l'objectif de prévisibilité des solutions correspond au

¹⁶⁹⁵ G.-P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », in A. Bonomi, E.-C. Ritaine, G.-P. Romano (dir.), *La Convention de Lugano : passé, présent et devenir : Actes de la 19e Journée de droit international privé*, Schulthess, 2007, p. 165 et s. et not. p. 168 : « La sécurité juridique est [...] presque invariablement associée à ce que l'on dénomme *prévisibilité du droit* : ce n'est que dans la mesure où le droit est *prévisible* pour les justiciables que ceux-ci bénéficient de cet "état de grâce" que leur apporte le sentiment de sécurité » (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁶⁹⁶ Sur les notions de sécurité juridique et d'imprévisibilité, v. par exemple : Th. Piazzon, thèse, *op. cit.* ; R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 63 et s. ; G.-P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », *op. cit.*, p. 167 et s. ; B. Teyssié, « L'impératif de sécurité juridique », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 985 et s.

Dans la doctrine de langue anglaise : Th. Kruger, "The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases", *op. cit.*, p. 294 et s. où l'auteur se place dans une perspective très générale ; P. Popelier, « Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker », *Legisprudence* 2008, p. 47 et s. ; J.-R. Maxeiner, « Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law », *Hous. J. Int'l L.* 2008, p. 27 et s. ; J.-R. Maxeiner, "Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2007, p. 541 et s. ; A. d'Amato, « Legal Uncertainty », *California Law Review* 1983, Vol. 71, n° 1, p. 1 et s. On notera que la démonstration menée dans ce dernier article, si célèbre et si souvent cité, est pour le moins éloignée des canons académiques français. Au demeurant, la démonstration menée — directement inspirée de l'analyse économique du droit — peine à convaincre, car le présupposé implicite sur lequel repose tout l'article tient à ce que les justiciables calculeraient — avant toute prise de décisions — les coûts et les gains attendus du procès. Cette réduction du justiciable à un être purement rationnel, froid, placide et calculateur n'est pas sans artifice et n'emporte pas notre conviction. Du reste, la réflexion de l'auteur n'est pas fondée sur des données empiriques et se réduit, en conséquence, à une série de spéculations.

fait que les solutions qui seraient susceptibles d'être adoptées par un tribunal en cas de contentieux ne peuvent être prédites — avec un degré de certitude raisonnable — par le sujet de droit.

910. Au sein de la doctrine française, l'imprévisibilité des solutions est généralement présentée comme l'un des plus grands maux pouvant frapper le système juridique¹⁶⁹⁷. Du moins, l'impératif de prévisibilité est-il presque systématiquement érigé au rang d'impératif premier¹⁶⁹⁸. Dans un article célèbre, Rivero avait ainsi écrit que

« [l']individu ne se sent protégé par le droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi il a, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des Temples la Règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité »¹⁶⁹⁹.

911. En droit international privé, le problème de la prévisibilité des solutions est particulièrement prégnant¹⁷⁰⁰. Les sujets de droit qui franchissent les frontières nationales sont exposés à une série d'incertitudes. En raison de l'internationalité de la situation, ils ignorent *a priori* quelles seront les lois et les juridictions « compétentes ». Les règles de compétence et de conflit de lois ont pour fonction

¹⁶⁹⁷ Ce souci de préservation de l'impératif de prévisibilité des solutions est l'une des raisons expliquant le déferlement des critiques adressées au contrôle de proportionnalité *in concreto*, qui est désormais exercé par la Cour de cassation. Par l'intermédiaire de ce contrôle, le juge est en effet habilité à écarter l'application d'une loi qui, au cas particulier, porterait une atteinte disproportionnée à l'égard d'un droit fondamental. Selon ses détracteurs, un tel contrôle serait de nature à gravement compromettre l'objectif de prévisibilité des solutions. Sur cette controverse passionnante qui, en creux, révèle parfaitement l'importance qu'une grande partie de la doctrine française accorde à la sécurité juridique et à la prévisibilité des solutions, v. par exemple : F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511 et s. ; F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 et s. ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 et s. ; P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD. civ.* 2016, p. 70 et s. ; P.-Y. Gautier, « Eloge du syllogisme », *JCP G* 2015, act. 902 ; B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 et s.

¹⁶⁹⁸ Aux États-Unis, l'importance accordée au principe de sécurité juridique paraît moindre, ou à tout le moins, nombre d'auteurs semblent se résigner à ce que les solutions judiciaires soient pour partie imprévisibles (v. à ce sujet J.-R. Maxeiner, "Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy", *op. cit.*, p. 543).

Un auteur aussi illustre que Holmes a même écrit : "[T]he logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man" (Holmes, "The Path of the Law", *Harvard Law Review* 1897, p. 457 et s., reproduit in *Harv. L. Rev* 1996-1997, p. 991 et s. et not. p. 998).

¹⁶⁹⁹ « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *op. cit.*, p. 6. V. aussi : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 277 : « Il importe justement de relever que l'un des objectifs immédiats que réclame le bien commun sous le premier de ses aspects est une relative certitude dans les solutions : pour que les relations sociales se nouent et se développent aisément, un minimum de prévisibilité est la requête première ».

¹⁷⁰⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 299.

de réduire les incertitudes pesant sur ceux qui franchissent les frontières nationales ; c'est un objectif vers lequel elles doivent tendre. Pillet, déjà, affirmait que « le droit international privé a[vait] pour premier objet d'établir la certitude du droit privé dans les relations internationales »¹⁷⁰¹.

Les auteurs contemporains abondent généralement en ce sens. Monsieur Mayer affirme ainsi que « les règles de conflit de lois [...] ont pour objectif même d'assurer la prévisibilité »¹⁷⁰². Monsieur d'Avout relève, quant à lui, que « la prévision non contentieuse et [...] l'élaboration de solutions du conflit de lois sans saisine d'une autorité étatique ou juridictionnelle déterminée [...] — idéale, même en dehors des rapports d'affaires — s'impose à quiconque entend conduire une activité économique à travers les frontières, en en rationalisant et si possible en en minorant les risques juridiques propres »¹⁷⁰³. Les citations doctrinales pourraient être multipliées, tant les auteurs français ou étrangers s'accordent le plus souvent pour voir dans l'objectif de prévisibilité des solutions l'une des premières finalités à satisfaire¹⁷⁰⁴.

912. Les différents instruments de droit international privé européens insistent également sur l'importance de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions¹⁷⁰⁵. Le seizième considérant du règlement « Rome 1 » affirme que « les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité »¹⁷⁰⁶. Le trente-septième considérant du règlement « succession » affirme qu'« [a]fin de permettre aux citoyens de profiter, en toute sécurité juridique, des avantages offerts par le marché intérieur, le présent règlement devrait leur permettre de connaître à l'avance la loi applicable à leur

¹⁷⁰¹ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 15. V. aussi : W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657 et s. et not. p. 668.

¹⁷⁰² P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 170.

¹⁷⁰³ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 69.

¹⁷⁰⁴ Madame Gaudemet-Tallon considère que « les règles de conflits de lois et de conflits de juridictions doivent [...] indiquer de façon certaine la loi applicable, le ou les tribunaux compétents » (« Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 299). Monsieur J.-M. Jacquet évoque de son côté le « besoin impérieux de prévisibilité ressenti par les opérateurs du commerce international » (« Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.* 2010, p. 445 et s. et not. p. 457). On notera cependant qu'aux États-Unis, les tenants de la doctrine des intérêts gouvernementaux n'ont peut-être pas accordé autant d'importance à l'objectif de prévisibilité des solutions (V. à cet égard Th. Kruger, « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », *op. cit.*, p. 332 et s.). On notera également qu'au cours des différentes périodes de l'histoire du droit international privé, l'importance de l'objectif de prévisibilité des solutions a pu varier (P.-H. Neuhaus, « Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws », *op. cit.*).

¹⁷⁰⁵ Sur l'importance de la sécurité juridique au sein de la législation de l'Union européenne, v. Th. Kruger, « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », *op. cit.*, p. 344 et s.

¹⁷⁰⁶ V. aussi le considérant 6 du règlement Rome 1.

succession ». Du côté du règlement « Bruxelles 1 bis », même son de cloche : en son quinzième considérant, le règlement affirme également que « les règles de compétence devraient présenter un haut degré de prévisibilité »¹⁷⁰⁷. La lecture des considérants des différents instruments européens donne ainsi à penser que la prévisibilité des solutions constitue, aux yeux des autorités européennes, le premier *desiderata*, la première condition d'un plein épanouissement des relations internationales¹⁷⁰⁸.

913. Or, précisément, si la recherche de la volonté tacite a pour effet de renforcer la protection des légitimes attentes des parties, elle a également pour corrélat de compromettre la prévisibilité des solutions¹⁷⁰⁹. Dans bien des hypothèses, les parties ignorent si le juge retiendra ou non l'existence d'un choix de loi ou de for tacite. Cela est d'autant plus remarquable qu'aux fins de justification du principe d'autonomie de la volonté, le souci de prévisibilité des solutions est généralement le premier

¹⁷⁰⁷ V. aussi CJUE, 25 octobre 2012, C-133/11, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.* Pan. 2293, obs. S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2013. 501, note H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2013. 166, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2013, n° 13, note C. Nourissat ; *Europe* 2012, n° 519, note L. Idot, pt. 33 : « [L]e règlement n° 44/2001 poursuit un objectif de sécurité juridique qui consiste à renforcer la protection juridique des personnes établies dans l'Union européenne, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attrait ».

¹⁷⁰⁸ Dans le règlement « régime matrimonial », les considérants 15, 36, 43, 49 et 72 mentionnent l'objectif de prévisibilité. Dans le règlement « Rome II », v. les considérants 6 et 16. Dans le règlement « Rome III », v. les considérants 9, 21, 23. Dans le règlement « obligations alimentaires », v. le considérant 19.

¹⁷⁰⁹ V. à cet égard, H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 262-263 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 160. Comp : A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 341.

argument avancé : l'insertion de clauses relative au choix de for ou au droit applicable aurait pour vertu de rendre les solutions conflictuelles prévisibles¹⁷¹⁰.

914. L'argument nous paraît exact¹⁷¹¹, mais il ne vaut que si les parties ont expressément affirmé leur volonté. Quand le choix n'est que tacite, il prête généralement à discussion et les solutions qui en découlent deviennent imprévisibles. Pour apprécier la réalité et l'ampleur des services qui — du point de vue de la justice conflictuelle — sont véritablement rendus par le concept de volonté tacite, notre regard doit désormais se porter sur l'atteinte à l'objectif de prévisibilité des solutions. Nous

¹⁷¹⁰ V. not. L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 202 : « Le conflit de lois crée le désordre, l'hésitation contentieuse et pré-contentieuse, parfois même l'anarchie lorsqu'il y a contradiction irréductible des règles en présence [...]. La réponse d'un droit désireux de procurer un minimum de sécurité aux sujets franchissant les frontières — et de les encourager le cas échéant à la réitération de ces franchissements — est de réduire, par la soumission volontaire, la diversité des lois potentiellement applicables à l'unicité. E pluribus, unum : le conflit international des lois objectivement concernées par le cas, avant qu'une sélection soit opérée par les parties, disparaît ou est significativement estompé par l'effet de la désignation contractuelle du droit que les parties considèrent le mieux placé ».

V. également : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 409 ; C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 336 et s. ; M. Giuliano, « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *op. cit.*, p. 212 ; P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 116 ; J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.*, p. 240 ; J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.*, p. 918-919 ; Y. Lequette, « De la "proximité" au "fait accompli" », *op. cit.*, p. 490 ; R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *op. cit.*, not. p. 283.

En matière de clause d'élection de for, v. Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 452 ; A. Sinay-Cytermann, « L'efficacité renforcée des clauses attributives de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 663 ; M. Laazouzi, « Avant-propos », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 9 et s. et not. p. 9 ; B. Remy, « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011, p. 51 et s. et not. p. 52-53 ; P.-E. Nygh, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 2-3 ; C.-S. Adesina Okoli, A. Yekini, « Implied jurisdiction agreements in international commercial contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 322. Rapprochement : T. Hartley, *Choice-of-Court Agreements Under the European and International Instruments*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷¹¹ Il convient cependant de nuancer l'analyse. En effet, en matière contractuelle, une prolifération de ces lois d'application nécessaire peut être observée. Selon Monsieur V. Heuzé, « la règle — (les règles ?) — de conflit applicable aux contrats est également [...] subsidiaire, en ce que, plus que toute autre sans doute, elle doit très souvent s'effacer au profit des règles d'application immédiate » (thèse, *op. cit.*, p. 3). Et pour cause, « l'application des lois de police, du for, mais aussi sous certaines conditions, étrangères, est considérée comme le contrepoint indispensable du principe d'autonomie (J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.*, p. 921-922 ; H. Muir Watt, « Discours sur les Méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *op. cit.*, p. 196 ; P. Mayer, « Les lois de police », *TCFDIP* 1988, p. 105 et s. et not. p. 108 ; P. Mayer, « Lois de police », in *Rep. Dr. Int.* Dalloz, v. not. n° 26). S'il y a autant de lois de police en matière contractuelle, c'est notamment parce que le principe d'autonomie de la volonté a été consacré. Pour que l'autorité de la loi ne soit pas trop directement compromise, des règles impératives, jugées particulièrement importantes, devaient nécessairement être érigées au rang de lois de police. Ce constat fait d'ailleurs écho à une observation de Monsieur L. d'Avout, qui relève l'existence d'une « loi universelle de droit international privé qui veut que : plus le rattachement d'une situation ou institution se libéralise, plus le domaine de la loi désignée se rétrécit ou bien se trouve concurrencé par les velléités d'application de lois tierces » (L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 259 ; en un sens assez similaire, v. aussi B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 184). En conséquence, en matière contractuelle, le gain de prévisibilité qui paraissait de prime abord acquis avec l'admission d'une désignation volontaire de la loi applicable pourrait bien être *in fine* perdu. Car le domaine de la *lex contractus*, désormais, est perforé par l'application de ces lois d'application nécessaire ; il s'étiole, se rétrécit et se contracte. Or, l'application des lois de police « a le plus souvent pour conséquence de ruiner les légitimes attentes des parties » (thèse, *op. cit.*, p. 4).

serons tout d'abord amenés à décrire et à mesurer l'ampleur de la lésion infligée à l'impératif de prévisibilité des solutions (Section 1). À la suite de quoi, il sera possible, *de lege ferenda*, de s'interroger sur d'éventuels remèdes, susceptibles de limiter cet état d'imprévisibilité chronique (Section 2). Rappelons que l'analyse qui est développée au titre du présent chapitre ne porte que sur les solutions fondées sur une « véritable » recherche de la volonté des parties et non sur les solutions fondées sur des fictions de volonté.

Section 1 : Description de l'imprévisibilité régnant actuellement

915. Le droit international privé est naturellement amené à appréhender des situations dans lesquelles règne l'incertitude. Lorsque la situation juridique est internationale, en effet, les parties ignorent *a priori* l'identité du droit régissant leurs rapports¹⁷¹². Pour Monsieur L. d'Avout, le conflit de lois désigne « la situation d'écartèlement dans laquelle se trouve un individu ou un rapport de droit privé exposé à différents commandements juridiques, non coordonnés, car émanant de souverains ou entités dotées d'un pouvoir autonome de législation »¹⁷¹³. Du fait de cette situation de concurrence existant entre les lois en présence¹⁷¹⁴, le sujet de droit se trouve potentiellement exposé à des commandements contradictoires et aux feux croisés de législations divergentes.

916. Face à cette pathologie — le conflit de lois —, la règle de conflit constitue le premier remède¹⁷¹⁵. Par l'entremise de la règle de conflit, la situation de nature internationale, affectée par l'éclatement et la pluralité des législations en présence¹⁷¹⁶, est ramenée à une situation interne, soumise au joug d'une législation unique. Néanmoins, pour que les parties puissent — avant toute saisine d'une autorité judiciaire ou administrative — connaître les droits dont elles sont titulaires et les obligations auxquelles elles sont assujetties, le droit national que la règle de conflit désigne comme applicable se

¹⁷¹² Madame S. Francq parle à cet égard de « l'adversité caractéristiques des relations internationales ». Elle relève que ces « relations impliquent une incertitude quant à la détermination de la loi et de la juridiction compétente, ce qui en aval produit une indétermination du contenu juridique de la relation ou de la situation » (« Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique », in *TCFDIP 2016-2018*, Pedone, 2019, p. 153 et s. et not. p. 159).

V. également : E. Loquin, « Sécurité juridique et relations internationales », in *La sécurité juridique*, Larcier, 2008, p. 467 et s. et not. p. 467. Rapprochement : J.-B. Racine, « Brefs propos sur la notion de besoins du commerce international/Brief reflections on the needs of international trade », *International Business Law Journal* 2019, p. 375 et s. et not. p. 378 : « Les opérateurs du commerce international sont encore confrontés à une myriade de normes différentes, à une grande disparité de régimes juridiques potentiellement applicables. Il y a du chaos dans le droit du commerce international ».

¹⁷¹³ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 65.

¹⁷¹⁴ V. à ce titre la belle définition de Pillet : « Qu'est-ce qu'un conflit de lois ? On désigne sous ce nom les hypothèses dans lesquelles un même rapport de droit, se rattachant par ses divers côtés à plusieurs législations, fait surgir un doute sur le point de savoir quelle loi lui doit être appliquée. Par les circonstances dans lesquelles ce rapport est né ou a acquis son développement, il a suscité la concurrence de lois diverses ; ces lois pouvant, à des titres différents, prétendre à être observées, elles paraissent se combattre : on dit pour ce motif qu'il y a conflit » (*Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 24).

¹⁷¹⁵ On reprend ici la terminologie utilisée par Monsieur L. d'Avout. V. à cet égard, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, not. p. 1 ; L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 64 : « Rationnellement, le conflit de lois est un problème particulier, et non la solution de ce problème ; si l'on veut, une maladie et non une médication ».

¹⁷¹⁶ E. Loquin, « Sécurité juridique et relations internationales », *op. cit.*, p. 469.

doit d'être aisément identifiable. Or, lorsque la recherche de la volonté tacite intervient, la loi applicable — comme d'ailleurs le juge compétent — est parfois difficile à déterminer. Il y a alors une atteinte à l'impératif de prévisibilité des solutions.

917. Nous chercherons, tout d'abord, à identifier les causes de cette atteinte à l'impératif de prévisibilité des solutions. En d'autres termes, le premier temps de l'analyse sera focalisé sur la question suivante : pourquoi la recherche de la volonté tacite rend-elle les solutions des conflits de lois et de juridictions imprévisibles (sous-section 1) ? Il sera, ensuite, possible de s'interroger sur les conséquences découlant de cette atteinte à l'impératif de prévisibilité des solutions conflictuelles. Nous essaierons de montrer que, loin de se réduire à un slogan abstrait, l'imprévisibilité des solutions affecte très directement les parties au rapport de droit (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les causes de l'atteinte à l'impératif de prévisibilité

918. Si la recherche de la volonté tacite est créatrice d'insécurité juridique, cela tient à deux raisons complémentaires. Tout d'abord, en matière de reconstitution d'une volonté implicite, une approche casuistique a tendance à prévaloir (I)¹⁷¹⁷. Ensuite, en raison des divergences jurisprudentielles ayant émergé, les incertitudes pesant sur les parties se sont trouvées amplifiées (II).

I) Une jurisprudence casuistique

919. Le processus de reconstitution de la volonté implicite est tributaire d'un examen de l'ensemble des faits et circonstances ayant accompagné la naissance et le développement de la relation juridique litigieuse. Lorsqu'il retient l'existence d'un accord tacite, le juge est fréquemment amené à relever un faisceau d'indices convergents¹⁷¹⁸. Au risque de légèrement forcer le trait, on dira que chaque cas appelle une analyse singulière et que la jurisprudence relative à cette question ne peut être

¹⁷¹⁷ Sur la notion de casuistique, mais le prisme d'analyse est en réalité assez différent du nôtre, v. F.-X. Testu, « Casuistique », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 169 et s. ; F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p. 118 et s.

¹⁷¹⁸ Sur ce concept, v. par exemple : O. Tholozan, « Raisonnement juridique casuistique et faisceau d'indices. L'exemple de la subordination juridique », *RRJ* 2018-5 — Cahiers de méthodologie juridique, accessible à l'adresse suivante : https://cmj.univ-amu.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/05/CMJ-2018-5-219-232_RAISONNEMENT_JURIDIQUE_CASUISTIQUE.pdf

que casuistique¹⁷¹⁹. Dans la mesure où le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation, la solution qui sera apportée à la question de droit international privé est difficile à anticiper¹⁷²⁰.

920. Il ne nous a pas semblé utile de revenir sur l'ensemble des hypothèses dans lesquelles la recherche de la volonté tacite provoque une certaine casuistique. Mais pour illustrer notre analyse, jusqu'à présent développée en des termes relativement abstraits, nous nous interrogerons successivement sur la casuistique découlant de l'admission du choix de loi tacite (A) et sur celle découlant de l'admission d'une acceptation tacite des clauses d'élection de for (B).

A) La casuistique découlant de l'admission du choix de loi tacite

921. Nous avons vu que selon l'article 3 du règlement « Rome 1 », le choix de la *lex contractus* peut être tacite¹⁷²¹. De même, après avoir précisé que le *de cuius* peut décider de soumettre sa succession à la loi de l'État de sa nationalité, l'article 21 du règlement « succession » prévoit qu'un tel choix peut être tacite¹⁷²². Or, l'admission du choix de loi implicite est génératrice d'incertitudes¹⁷²³. En effet, la caractérisation d'un tel choix présuppose qu'une évaluation globale de l'ensemble des termes du contrat et des circonstances de la cause ait été entreprise¹⁷²⁴. Lorsque les juridictions françaises sont ame-

¹⁷¹⁹ M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 154 : ces auteurs relèvent qu'en matière de reconstitution d'un choix de loi tacite, la « casuistique, si elle nuit à la sécurité juridique, est inévitable dès lors qu'il est question de sonder la volonté des parties. Celle-ci peut s'exprimer de manière différente selon la compétence juridique, les habitudes, voire la culture desdites parties ».

¹⁷²⁰ V. de ce point de vue G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, 213. L'auteur relève qu'un juge qui sera amené à se prononcer sur l'existence d'un choix de loi implicite disposera inévitablement d'un certain pouvoir d'appréciation.

¹⁷²¹ V. *supra* n° 649 et s.

¹⁷²² V. *supra* n° 658 et s.

¹⁷²³ En matière successorale, v. en un sens assez similaire : C. Nourissat, M. Revillard, « Le notaire français et le règlement "successions" », *Defrénois*, 15 octobre 2015, p. 985 et s. et not. p. 993 ; L. Perreau-Saussine, « Le nouveau règlement européen sur les successions : un délicat équilibre entre juridique et judiciaire », *Europe* 2013, étude 6, not. n° 18 ; M. Goré, « La professio Juris », *op. cit.*, n° 9 ; S. Godechot-Patris, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfaction et craintes », *op. cit.*, p. 2465 ; P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *op. cit.*, p. 721.

¹⁷²⁴ Rapprochement : P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 194-195 : « La caractérisation d'un choix non-ouvertement formulé doit donc reposer sur un indice ou, mieux encore, sur un faisceau d'indices [...]. Quant aux indices pertinents, il est périlleux de donner des indications générales en la matière, chaque contrat étant unique, de même que les circonstances qui l'entourent. De plus, la qualité des parties constitue un paramètre important pour pondérer les éléments qui seront avancés comme indices [...]. Le secteur en cause doit également être pris en compte, car les pratiques y sont très variables » ; M. Penadés Fons, « Commercial Choice of Law in Context - Looking Beyond Rome 1 », *op. cit.*, p. 245. L'auteur relève que la clause d'exception et la recherche du choix implicite sont des mécanismes qui s'appuient sur une interprétation et une évaluation au cas par cas.

nées à retenir l'existence d'un choix tacite, elles relèvent généralement un faisceau d'indices. Néanmoins, les indices relevés à l'appui de la caractérisation du choix de loi implicite ne sont aucunement hiérarchisés. La valeur et le poids de chaque indice demeurent totalement indéterminés. Les résultats sur lesquels cette évaluation globale de l'ensemble des circonstances propres au cas litigieux est susceptible de déboucher sont, dès lors, peu prévisibles¹⁷²⁵.

922. La casuistique à l'œuvre en cette matière peut d'autant plus librement s'épanouir que le contrôle de la Cour de cassation se limite aux cas de dénaturation de l'écrit. Du fait du caractère très factuel de la question, la Cour de cassation se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁷²⁶. Or, en raison de cette « démission » de la juridiction suprême et de l'absence d'interprétation unificatrice, la jurisprudence se révèle fragmentaire et se réduit à une collection de décisions d'espèce¹⁷²⁷. Cette absence de contrôle contribue à rendre les solutions du conflit de lois plus imprévisibles. En 1953, Wengler, déjà, écrivait que « l'inconvénient du rattachement selon l'autonomie de la volonté est, on le sait, qu'à défaut d'une détermination expresse par les parties du droit applicable, il faut rechercher leur volonté "tacite", laquelle est fort incertaine »¹⁷²⁸. Plus récemment, Monsieur T. Azzi a montré que « [l]e choix tacite [...] prête systématiquement à discussion. Le rattachement recèle ainsi d'inépuisables virtualités contentieuses qu'un plaideur de mauvaise foi cherchera toujours à exploiter »¹⁷²⁹. Pour le montrer, raisonnons sur des exemples plus précis.

¹⁷²⁵ En ce sens, Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 445 et s. ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 160 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 262-263 ; P. Lalive, « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit international privé. Rapport général », *op. cit.*, p. 187 ; C.-S.-A. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 3.

¹⁷²⁶ Sur le fait que la caractérisation d'un choix de loi implicite n'est pas soumise à un véritable contrôle de la Cour de cassation, v. N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, not. p. 241 ; D. Bureau, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 410 et s. et not. p. 416.

¹⁷²⁷ On pourrait, d'ailleurs, se demander si en cette matière il y a véritablement formation d'une jurisprudence. Si la jurisprudence désigne l'ensemble des règles dégagées par les juges à l'occasion de leur activité judiciaire, alors on serait plutôt incliné à considérer qu'en matière de volonté tacite, il n'y a pas de véritable jurisprudence, mais un simple contentieux en perpétuelle ébullition. De ce contentieux résulte une décevante collection de décisions d'espèce. Sur les différentes acceptions de la notion de jurisprudence, v. par exemple Ph. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 et s.

¹⁷²⁸ W. Wengler, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. crit. DIP* 1952, p. 595 et s. et *Rev. crit. DIP* 1953, p. 33 et s. et not. p. 54.

¹⁷²⁹ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161.

923. L'examen de la jurisprudence française tend plutôt à montrer que la seule présence d'une clause attribuant compétence aux juges d'un État déterminé ne suffit pas à révéler l'existence d'un choix de la loi de cet État¹⁷³⁰. Il faut que d'autres indices viennent confirmer et accréditer l'hypothèse d'un choix de la loi de l'État du juge élu. Ce qui peut accréditer une telle analyse, c'est que chaque fois que les juridictions françaises retiennent l'existence d'un choix de loi implicite, la stipulation d'une clause d'élection de for n'est que *l'un* des indices relevés¹⁷³¹.

Mais, en l'état du droit positif, il existe un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles il est difficile d'anticiper la solution qui serait retenue. Supposons, par exemple, que le contrat litigieux comporte une clause attribuant compétence aux tribunaux français et qu'il ait, en outre, été conclu devant un notaire français. Serait-il possible de considérer que dans une telle hypothèse, le choix résulte de façon certaine des dispositions du contrat et des circonstances de la cause ? Supposons, encore, que le contrat litigieux comporte une clause d'élection de for et qu'il soit, en outre, lié à une convention conclue entre les mêmes parties et ayant été expressément soumise au droit français ? Un choix tacite du droit français devrait-il être caractérisé ? Cela nous paraît assez probable, mais du fait de l'impressionnisme de la jurisprudence, les réponses à ces questions demeurent assez incertaines et les incertitudes gravitant autour de la valeur exacte susceptible d'être attribuée à la présence d'une clause attributive de juridiction ne sont pas près d'être dissipées.

924. Pour raisonner sur un deuxième exemple, les juridictions françaises estiment que lorsqu'un contrat de travail se réfère à une convention collective, s'intégrant au sein du droit d'un État déterminé, il y a un indice en faveur du choix de la loi de cet État¹⁷³². Cependant, au regard de la jurisprudence existante, le poids exact de cet indice est impossible à déterminer. Supposons qu'un contrat de travail international stipule qu'une convention collective française est applicable. Pour les besoins de la démonstration, imaginons que l'application de cette convention collective soit le seul indice disponible en faveur de la loi française. Le juge saisi considérera-t-il qu'un choix de la loi française est caractérisé ? Supposons, encore, qu'un contrat de travail international se réfère à une convention collective française et qu'il comporte, en outre, une clause d'élection de for en faveur des juridictions

¹⁷³⁰ V. *supra* n° 679.

¹⁷³¹ V. ainsi : Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Ren. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel ; Com. 8 juin 2010, n° 08-16.298 ; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2010. 42, note J. Morel-Maroger ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 112, obs. M.-E. Ancel.

¹⁷³² V. *supra* n° 674 et s.

françaises. Un choix de loi tacite pourrait-il être établi ? Cela paraît assez probable. Reste que les solutions qui seraient apportées dans de tels cas sont, là encore, assez incertaines.

925. En matière d'acceptation tacite, une même casuistique a tendance à prévaloir.

B) La casuistique découlant de l'admission de l'acceptation tacite des clauses d'élection de for

926. Les clauses d'élection de for ont pour vertu de renforcer la sécurité juridique, de rendre les solutions du conflit de juridictions plus prévisibles. Néanmoins, lorsqu'une telle clause n'a pas fait l'objet d'une acceptation expresse, les solutions deviennent incertaines. Le surcroît de prévisibilité que la clause d'élection de for devait apporter n'est finalement pas obtenu¹⁷³³. Sur le fondement de l'article 25 du règlement « Bruxelles 1 bis »¹⁷³⁴, les juridictions françaises ont en effet estimé que lorsqu'un contractant avait régulièrement communiqué à son partenaire ses conditions générales, sans que ce dernier ne formule d'objection, une acceptation de la clause d'élection de for ayant été insérée au sein de cet ensemble de clauses pré-rédigées pouvait potentiellement être établie. Le contractant ayant, à la suite de la réception desdites conditions générales, conservé le silence est réputé avoir accepté la clause attributive de juridiction ayant été insérée au sein de ces dernières¹⁷³⁵. Sur le fondement du droit international privé commun, les tribunaux français retiennent des solutions similaires¹⁷³⁶.

¹⁷³³ D'un point de vue plus général, il a été relevé que les clauses d'élection de for « sont le siège d'un paradoxe. D'un côté, leur vocation est de permettre aux parties d'identifier le juge compétent, en toute sécurité et de façon immédiate. D'un autre côté, elles sont en pratique le siège de contentieux relativement abondants. Et les règles sont parfois malaisées à appréhender » (*Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel sur le projet de Code de droit international privé*, 2022, p. 51).

V. aussi : M. Barba, « Des clauses attributives stipulées au sein de conditions générales », note sous civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.927 et 22-12.916, *op. cit.*, p. 832 : « Instrument au service de la prévisibilité juridique et de la commodité procédurale, la clause attributive de juridiction devrait obéir à un régime juridique bien déterminé, "sécurisé" à tous égards. Or il est fréquent de relever que c'est bien plutôt l'"insécurité juridique" qui l'affecte ». Monsieur Barba relève, en particulier, que dans le cadre du règlement « Bruxelles 1 bis », « la détermination des conditions de validité de telles clauses n'est pas [...] parfaitement réalisée tant du point de vue du fond que de la forme ».

Rapprochement : D. Sindres, « Les actions indemnitaires sanctionnant la violation de l'attribution de compétence », in Malik Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de juridiction : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 203 et s. et not. p. 203.

¹⁷³⁴ L'article 25 du règlement Bruxelles 1 bis prévoit que « la convention attributive de juridiction est conclue [...] sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ».

¹⁷³⁵ V. *supra* n° 320.

¹⁷³⁶ V. *supra* n° 322.

927. Cela étant, pour que le consentement tacite soit caractérisé, une appréciation de l'ensemble des circonstances de fait est nécessaire. Différents facteurs devront être pris en considération. En premier lieu, pour que le consentement tacite soit établi, il faut que les parties soient unies par des relations d'affaires habituelles. Il est nécessaire que les parties aient d'ores et déjà été liées par un certain nombre de contrats. Mais précisément, pour que des relations d'affaires habituelles existent, quel est le nombre de transactions requis ¹⁷³⁷? Faut-il que les parties aient d'ores et déjà été liées par deux, par trois, par quatre contrats? La principale difficulté qui se matérialise est, ainsi, celle du seuil à partir duquel le juge pourra légitimement considérer que des relations d'affaires habituelles se sont cristallisées. Lors de l'établissement du caractère habituel des relations d'affaires, une certaine casuistique prévaut et paraît d'ailleurs assez inévitable.

928. En deuxième lieu, pour que l'acceptation tacite soit établie, il faut que la clause soit lisible. La jurisprudence estime qu'une stipulation qui est imprimée en des caractères minuscules est illisible, et par voie de conséquence, l'acceptation de cette dernière est exclue ¹⁷³⁸. Le graphisme de la stipulation litigieuse s'immisce dans l'équation de l'acceptation tacite. Toute la difficulté est alors de différencier les hypothèses dans lesquelles la clause est sans conteste illisible de celles dans lesquelles la clause, quoiqu'imprimée en de petits caractères, est susceptible d'être lue, comprise et déchiffrée. Une marge d'appréciation et de subjectivité étant de mise, certaines hypothèses pourront nourrir des discussions. La problématique de la lisibilité de la clause étant, en outre, constitutive d'une pure question de fait, elle est, par la force des choses, abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est dire que la problématique du graphisme de la clause contribue à accroître l'imprévisibilité des solutions relatives à l'acceptation tacite.

929. En troisième lieu, la problématique de la langue de la clause d'élection de for est génératrice d'incertitudes. Nous avons vu que par principe, la langue de rédaction de la stipulation n'était pas prise en considération. *A priori*, quelle que soit sa langue de rédaction, la clause d'élection de for est réputée avoir été acceptée par l'adhérent ¹⁷³⁹. Cependant, on peut se demander si la jurisprudence

¹⁷³⁷ A. Huet, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », *op. cit.*, p. 509 ; B. Remy, « À quelles conditions le paiement d'une facture renvoyant à une clause d'élection de for contenue dans des conditions générales vaut-il acceptation de celle-ci ? », *op. cit.*, p. 323 : « les conditions générales auxquelles renvoient les factures sont-elles acceptées par le paiement intervenant à l'occasion du deuxième contrat, du troisième, du quatrième... » ?

Dans le même sens, en droit interne, N. Coviaux, thèse, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷³⁸ V. *supra* n° 373 et s.

¹⁷³⁹ V. *supra* n° 387.

serait prête à pousser cette idée jusqu'à son terme. L'utilisation d'une langue telle que le mandarin, le russe ou le coréen serait-elle jugée indifférente ? Ce n'est pas évident¹⁷⁴⁰. Au demeurant, si les juridictions françaises estiment majoritairement que la langue de rédaction de la clause est indifférente, d'autres décisions se prononcent en sens contraire¹⁷⁴¹. Du fait de l'absence de consensus relatif à cette question, l'imprévisibilité des solutions se trouve amplifiée.

930. Mais alors, on touche du doigt un autre phénomène : celui des divergences jurisprudentielles et du morcellement du droit international privé.

II) Une jurisprudence divisée

931. Les divergences jurisprudentielles peuvent être observées à deux niveaux différents : au niveau national (A) et au niveau de l'Union européenne (B)¹⁷⁴². Dans les deux cas, elles rendent le droit international privé plus incertain.

A) Les divergences opposant les juridictions d'un même État membre

932. Dans le cadre des présents développements, nous nous intéresserons aux contradictions existant au sein d'un même ordre juridique : en l'occurrence l'ordre juridique français¹⁷⁴³. S'il est vrai que le droit doit revêtir la forme d'un système et qu'il ne doit pas se réduire à une simple collection de règles maladroitement juxtaposées, alors, les contradictions et les divergences jurisprudentielles existant au sein d'un même ordre juridique ne peuvent qu'être condamnées¹⁷⁴⁴. La condamnation ainsi fulminée ne tient pas à des motifs esthétiques. Parce qu'elles rendent le droit français illisible et

¹⁷⁴⁰ On peut songer au cas suivant. Que le lecteur nous pardonne de rentrer dans des considérations aussi prosaïques, mais la problématique de la volonté tacite est intimement liée à une analyse des faits. Supposons qu'une entreprise chinoise transmette à son cocontractant français une « version papier » de ses conditions générales. La langue de rédaction des conditions générales est le mandarin. Comme les conditions générales existent uniquement en version papier, « un copier-coller » est impossible, ce qui rend le processus de traduction plus complexe. Devrait-on considérer que la clause a, malgré tout, été tacitement acceptée ?

¹⁷⁴¹ V. *supra* n° 388.

¹⁷⁴² V. en ce sens, N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, not. p. 234 et s. ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 158-159.

¹⁷⁴³ Pour une définition particulièrement rigoureuse de la notion de divergence jurisprudentielle, v. F. Zenati, « La notion de divergence de jurisprudence », in P. Ancel (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 53 et s.

¹⁷⁴⁴ Sur cette problématique, v. les réflexions nuancées de A. Jeammaud, « L'ordre, une exigence du droit ? », in P. Ancel (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 15 et s.

plus incertain, ces contradictions alimentent l'insécurité juridique régnant aujourd'hui¹⁷⁴⁵. Or, en matière de volonté tacite, des divergences jurisprudentielles ont vu le jour. Certaines se sont résorbées : on songe, en particulier, aux divergences jurisprudentielles relatives à l'interprétation de l'article 3 du règlement « Rome 1 » (1). Mais d'autres, pour l'heure, subsistent : ainsi en est-il en matière d'interprétation des clauses d'arbitrage (2).

1) Les divergences jurisprudentielles relatives à l'interprétation du règlement « Rome 1 »

933. Il a été démontré que dans le cadre de l'interprétation de l'article 3 du règlement « Rome 1 », la première chambre civile de la Cour de cassation et la chambre sociale avaient retenu des solutions divergentes¹⁷⁴⁶. Dans un arrêt du 12 juillet 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation avait, en effet, affirmé que le choix de la loi applicable devait être « explicite »¹⁷⁴⁷. C'était retenir une interprétation de l'article 3 du règlement « Rome 1 » qui était particulièrement restrictive et — du point de vue de la lettre du texte — assez contestable¹⁷⁴⁸. L'article 3 du règlement « Rome 1 » exige que le choix de loi soit certain, mais il ne fait pas mention de l'exigence d'un choix explicite.

934. Sous l'effet de cette décision jurisprudentielle, le standard de preuve de la certitude, pourtant déjà très contraignant, se trouvait durci et renforcé par une interprétation prétorienne amplifiante. Or, au même moment, la chambre sociale de la Cour de cassation était prête à découvrir des choix de lois implicites dans des hypothèses où la volonté des parties était pour le moins douteuse. En particulier, comme nous l'avons souligné, la chambre sociale avait tendance à déduire la volonté des contractants de la localisation du contrat de travail litigieux. En réalité, nous montrerons que les so-

¹⁷⁴⁵ Rapprochement : F. Zenati, « La notion de divergence de jurisprudence », *op. cit.*, p. 55 : « L'approche philosophique conduit par ailleurs, en contrepoint, à ne pas perdre de vue que l'unité du droit s'inscrit dans une perspective relevant aussi des fins du droit. La disparité des pratiques judiciaires et la contradiction des solutions [...] sont [...] ennemies de la sécurité en nuisant à la prévisibilité des décisions de justice et en légitimant l'arbitraire du juge ».

V. aussi : G.-P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », *op. cit.*, p. 186 : « Les antinomies normatives sont, a-t-on pu écrire, la négation même de la sécurité juridique ».

¹⁷⁴⁶ N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 237 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, *JDI* 2006. 985, note A. Sinay-Cytermann ; *Rev. crit. DIP* 2006. 94, note P. Lagarde ; *D.* 2006. 1498, obs. P. Courbe et F. Jault-seske ; *Dr. et patr.* 2005 113, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2/2006.503, obs. D. Bureau.

¹⁷⁴⁸ En ce sens, quoi peut-être un plus nuancé, v. P. Lagarde, « De la loi applicable à un contrat de courtoisie matrimonial », *Rev. crit.* 2006, p. 94 et s. ; D. Bureau, « Entre consommation et intermédiation : la loi applicable au courtoisie matrimonial », *RDC* 2006, p. 503 et s. Comp : N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 234-235.

lutions de la chambre sociale reposaient sur des fictions et étaient orientées vers un objectif matériel¹⁷⁴⁹. Mais quoi qu'il en soit, la contradiction existant entre les positions des deux chambres était patente.

935. Cependant, il y a lieu de penser que la solution consacrée dans l'arrêt du 12 juillet 2005 n'est plus constitutive du droit positif. Dans une décision du 29 septembre 2021¹⁷⁵⁰, les juges de la première chambre civile de la Cour de cassation ont implicitement remis en cause cette exigence d'un choix explicite¹⁷⁵¹. Ils ont considéré que la volonté tacite pouvait être déduite d'indices localisateurs. Au contraire, lors des dernières années, la chambre sociale et les juridictions du fond compétentes en matière de contrat de travail ont semblé moins promptes à admettre l'existence de choix de loi implicites. Un rapprochement des deux chambres semble ainsi à l'œuvre.

936. Reste que la divergence ayant pendant un temps opposé la chambre civile et la chambre sociale de la Cour de cassation ne contribuait pas à simplifier le problème de l'appréhension de la volonté tacite. Rendant le droit français plus fragmentaire, plus incohérent et plus opaque, la scission s'étant opérée au sein de la Cour de cassation renforçait l'insécurité juridique. Quant à l'interprétation des clauses d'arbitrage, des problèmes similaires ont vu le jour.

2) *Les divergences jurisprudentielles relatives à l'interprétation des clauses d'arbitrage*

937. Comme nous l'avons vu, des clauses compromissaires, imparfaitement rédigées, visent parfois uniquement le contentieux relatif à *l'exécution et à l'interprétation* du contrat¹⁷⁵². Dans une telle hypothèse, l'arbitre est-il compétent pour se prononcer sur des questions relatives à la *validité* de la convention ? Dans un arrêt du 15 janvier 2004, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de l'extension de la clause compromissoire à l'égard de l'ensemble du contentieux contractuel. En l'espèce, cette dernière stipulation prévoyait que l'ensemble des litiges relatifs à « l'interprétation, à l'exécution ou à la résiliation du contrat » seraient soumis à une procédure d'arbitrage. En se fondant sur la volonté « clairement exprimée » des parties, la Cour d'appel de Paris avait considéré que l'arbitre

¹⁷⁴⁹ V. *infra* n° 1158 et s. Ce qui était à l'origine de la divergence, c'était que l'une des chambres recherchait « véritablement » la volonté, alors qu'une autre se fondait sur des fictions.

¹⁷⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Rev. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel

¹⁷⁵¹ En ce sens, D. Bureau, « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 416.

¹⁷⁵² V. *supra* n° 428 et s.

était également compétent pour statuer sur la validité du contrat¹⁷⁵³. La Cour de cassation avait ensuite confirmé cet arrêt et réaffirmé le pouvoir d'appréciation souverain dont les juges du fond jouissaient aux fins de l'interprétation des clauses d'arbitrage¹⁷⁵⁴. Cependant, le 24 mai 2016, la Cour d'appel de Paris s'est au contraire prononcée à l'encontre de l'extension d'une clause d'arbitrage. Pour cette juridiction, la clause d'arbitrage, visant uniquement les litiges pouvant survenir « dans l'application du présent contrat », ne s'appliquait pas à l'égard des différends relatifs à la validité de ce dernier¹⁷⁵⁵.

938. Ces deux décisions sont difficiles à concilier¹⁷⁵⁶, mais une considération pratique est, peut-être, susceptible d'expliquer la divergence : le souci d'éviter l'annulation de la sentence. Dans la sentence ayant donné lieu à l'arrêt du 15 janvier 2004, en effet, l'arbitre avait estimé qu'il était compétent pour se prononcer sur la validité du contrat. Le demandeur au recours en annulation affirmait que, ce faisant, l'arbitre avait excédé sa mission. En conséquence, en estimant que la clause d'arbitrage pouvait être étendue à l'égard du contentieux de la validité du contrat, les juridictions françaises ont rejeté le recours en annulation.

Au contraire, dans la sentence ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 24 mai 2016, l'arbitre avait estimé qu'il n'était *pas* compétent pour se prononcer sur la question de la validité du contrat. Le demandeur au recours en annulation affirmait, en conséquence, que l'arbitre aurait dû s'estimer compétent. Dès lors, en jugeant que la clause d'arbitrage ne pouvait *pas* être étendue à l'égard d'un litige relatif à la validité du contrat, la Cour d'appel de Paris a pu rejeter le recours en annulation ; résultat qui, en opportunité, est défendable. Il est possible que la politique de faveur à l'arbitrage et l'objectif de neutralisation des causes d'annulation des sentences aient guidé les juridictions françaises et qu'elles soient à l'origine de cette contradiction¹⁷⁵⁷. Quoi qu'il en soit, ce qu'il est important de noter est que la contrariété existant entre ces décisions rend le droit de l'interprétation des clauses d'arbitrage illisible et amplifie l'insécurité juridique régnant aujourd'hui.

¹⁷⁵³ CA Paris, 17 janvier 2002, *Rev. arb.* 2002. 202.

¹⁷⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2004, n° 02-13.675, *Rev. arb.* 2004. 446.

¹⁷⁵⁵ CA Paris, 24 mai 2016, *Rev. arb.* 2017. 617.

¹⁷⁵⁶ Il serait tentant d'affirmer que la décision de la Cour de cassation doit prévaloir sur celle de la Cour d'appel de Paris, que c'est elle qui fixe le droit positif. Mais dans la mesure où, en matière d'interprétation, la Cour de cassation se retranche derrière le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, cette dernière analyse doit être rejetée.

¹⁷⁵⁷ Car comme cela a été souligné par Monsieur S. Bollée, « favoriser dans — presque — toute la mesure du possible l'efficacité des sentences est bien le projet qui anime notre droit de l'arbitrage international » (S. Bollée, thèse, *op. cit.*, p. 214).

939. Plus grave et plus préoccupant encore est le problème des divergences relatives à l'interprétation des règlements européens et qui opposent des juridictions d'États membres différents. Ces dernières ont pour effet de contrarier la réalisation de deux des objectifs les plus fondamentaux du droit international privé ; deux objectifs qui en réalité n'en font qu'un : l'harmonie internationale des solutions et la prévisibilité du droit applicable¹⁷⁵⁸.

B) Les divergences opposant des juridictions d'États membres différents

940. Les divergences jurisprudentielles nées de la pluralité des interprétations de l'article 3 du règlement « Rome 1 » seront maintenant étudiées. Nous touchons ici à l'un des problèmes les plus graves et les plus préoccupants de notre discipline : celui de l'harmonie internationale des solutions¹⁷⁵⁹. Ce dernier problème sera tout d'abord envisagé dans toute sa généralité (1). Il sera ensuite possible de montrer que la recherche de la volonté tacite peut compromettre la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions et, médiatement, rendre les solutions du conflit de lois imprévisibles (2).

1) Propos liminaires sur la problématique de l'harmonie internationale des solutions

941. L'impératif d'harmonie internationale des solutions commande qu'une même relation juridique soit appréciée de façon identique par l'ensemble des ordres juridiques avec lesquels elle entre en contact¹⁷⁶⁰. Sur le plan du conflit de lois, l'harmonie internationale des solutions ne sera réalisée que si l'ensemble des ordres juridiques s'accordent pour appliquer une même loi à l'égard d'un même

¹⁷⁵⁸ Pour Monsieur E. Jayme, « l'harmonie des décisions constitue l'objectif central du droit international privé » (« Identité culturelle et intégration : le droit international post-moderne », *RCADI* 1995, t. 251, p. 9 et s. et not. p. 89).

¹⁷⁵⁹ Sur cette notion, v. parmi d'innombrables références : S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022, p. 97 et s. Dans la littérature anglophone, v. R. Fentiman, "Choice of law in Europe: uniformity and integration", *op. cit.* et dans une perspective très critique : F.-K. Juenger, « Jurisdiction, Choice of Law and the Elusive Goal of Decisional Harmony », in *Law and Reality – Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 137 et s.

¹⁷⁶⁰ V. à cet égard Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 69 : l'harmonie internationale des solutions implique « que le même rapport juridique soit traité de la même façon dans les différents ordres juridiques avec lesquels il entretient des liens, que la même relation soit « uniformément évaluée » dans tous les pays concernés ».

V. également Y. Lequette « De la "proximité" au "fait accompli" », *op. cit.*, not. p. 483 : l'harmonie internationale des solutions « vise à l'unité des solutions lorsque la même question est posée concurremment dans les ordres juridiques concernés et à la continuité des solutions lorsqu'elle y est posée successivement ».

rapport juridique¹⁷⁶¹. Or, en raison de la multiplicité et de la relativité des systèmes de droit international privé, en raison de la pluralité et de la diversité des règles de conflit, l'harmonie internationale des solutions est sans cesse compromise.

942. Le problème est décrit en ces termes par Monsieur S. Bollée :

« L'enfer du choix ; tel est le lot ordinaire du droit international privé, auquel il appartient de départager les points de vue concurremment exprimés par divers ordres juridiques sur une même situation. D'une difficulté parfois décourageante, la tâche est de surcroît ingrate, car les résultats qui viennent récompenser son accomplissement sont inéluctablement frappés d'une tare de relativité spatiale, en l'état de l'indépendance et du particularisme des systèmes étatiques de droit international privé »¹⁷⁶².

943. Or, il importe de relever que la disharmonie est source d'insécurité : elle rend les solutions conflictuelles imprévisibles, car la loi qui sera déclarée applicable au rapport de droit dépendra de l'identité du juge saisi¹⁷⁶³. C'est, du reste, ce qui est affirmé par le sixième considérant du règlement « Rome 1 » : « Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges [...] que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite ».

¹⁷⁶¹ V. à cet égard : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 258 : « Quand deux pays estiment simultanément leurs lois respectives applicables à une même question, il n'y a pas répartition, mais concurrence de compétences ; et on ne peut parler d'un ordre satisfaisant ».

¹⁷⁶² S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *op. cit.*, p. 308. V. aussi P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 8 : « la diversité d'un pays à l'autre des systèmes des solutions de conflits de lois » serait « le plus sérieux écueil qu'affronte le droit international privé ».

¹⁷⁶³ Comme cela fut naguère souligné par Pillet, « [t]out droit suppose ses préceptes connus à l'avance de ceux qui ont à en subir l'effet. [...] Cette restriction se trouve compensée par la certitude qu'elle donne aux intérêts particuliers. S'il en était autrement, le droit, au lieu d'être une garantie, ne serait qu'un piège et, loin de rassurer les intérêts commis à sa garde, apparaîtrait contre eux comme une menace de plus. Il en est fatalement ainsi avec la pluralité des systèmes de droit international privé. Les parties ne peuvent pas savoir de science certaine devant quel tribunal elles pourront être appelées à débattre leurs intérêts ; les questions de compétence dépendent de circonstances nombreuses, changeantes, impossibles à prévoir. Elles ignorent donc aussi la loi qui les régira et se trouvent par-là dans l'impossibilité de se mettre en règle par avance avec les prescriptions de cette loi » (*Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 98). V. aussi H. Muir Watt, « Discours sur les Méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *op. cit.*, p. 182 : « la rupture [de l'harmonie internationale des solutions] est porteuse de discontinuité et d'imprévisibilité dans la vie internationale des particuliers ».

V. aussi R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *op. cit.*, not. p. 282-283 : en définissant l'objectif de « prévisibilité des résultats », il donne en réalité une définition de ce qui — dans la doctrine française — est désigné par l'expression d'harmonie internationale des solutions : « Predictability of results includes the ideal that, the decision in the litigation on a given set of facts should be the same regardless of where the litigation occurs, so that « forum shopping » will benefit neither party ».

944. Face à ce risque de disharmonie, cette donnée première sur laquelle la science des conflits de lois doit être érigée, les internationalistes ont développé un arsenal méthodologique et conceptuel très élaboré : renvoi¹⁷⁶⁴, théorie des droits acquis¹⁷⁶⁵, et méthode de la reconnaissance unilatérale des situations¹⁷⁶⁶ qui, supposément, contribueraient à la réalisation de l'objectif précité.

945. Sur un plan plus politique, pour résoudre ce problème de l'harmonie internationale des solutions, les États se sont concertés et ont élaboré des conventions internationales afin d'unifier les règles de conflit de lois¹⁷⁶⁷. C'est la conférence de La Haye qui, première impliquée, entra dans l'arène. Les conventions élaborées sous ses auspices, espérait-on, permettraient un rapprochement des législations de droit international privé. Les règles de conflits seraient unifiées et l'harmonie internationale des solutions réalisée¹⁷⁶⁸. Reste qu'une difficulté subsistait : si les législations de droit international privé étaient pour partie unifiées, les tribunaux nationaux restaient seuls maîtres de l'interprétation des conventions élaborées sous l'égide de la conférence de La Haye. En raison de potentielles disparités dans l'interprétation des conventions, l'unification des règles de droit international privé demeurait entravée.

¹⁷⁶⁴ Certains auteurs estiment que le renvoi favoriserait la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions. V. par exemple J. Derruppé, « Plaidoyer pour le renvoi », *TCFDIP* 1967, p. 181 et s. et not. p. 192 et s. ; H.-E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *op. cit.*, p. 22.

V. aussi civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-26.661 : « la résolution du conflit de lois par l'application des solutions issues du droit allemand, lesquelles désignent la loi française, permet d'assurer la cohérence entre les décisions quelles que soient les juridictions saisies par la mise en œuvre de la théorie du renvoi ».

¹⁷⁶⁵ Sur cette théorie, v. par exemple : P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 415 et s. ; Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, not. p. 496 et s.

¹⁷⁶⁶ Voir les références citées antérieurement : *supra* n° 834.

¹⁷⁶⁷ Comme cela est souligné par Monsieur S. Fulli-Lemaire, « [l']idée qu'une approche multilatérale, c'est-à-dire concertée entre États, constitue le plus sûr procédé pour réaliser l'harmonie internationale des solutions, le seul procédé peut-être, n'est pas nouvelle dans la doctrine de droit international privé, puisqu'elle remonte au moins aux travaux de Savigny et de Mancini » (*Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, *op. cit.*, p. 109).

¹⁷⁶⁸ On notera avec intérêt les espoirs qui, à l'aube du siècle précédent, furent placés par Pillet dans la conférence de la Haye : « Les projets de traités élaborés à La Haye sont, à cet égard, d'un grand enseignement. [...] Il est désormais permis d'attendre des traités l'unification du droit international privé. [...] Il est donc permis d'affirmer que ni l'expérience du passé ni le spectacle des choses présentes ne sont propres à faire conclure à l'impossibilité de l'établissement d'un système général de droit international privé, et il demeure toujours vrai que notre science doit, pour remplir son office social, offrir, à défaut, de l'unité de législation impossible à réaliser, l'unité dans le régime destiné à coordonner et à harmoniser les législations divergentes » (*Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 100-101 [nous soulignons]). Le propos n'est pas sans contraster avec l'analyse qui, près d'un siècle plus tard, fut développée par Monsieur Y. Lequette (« Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI* 1994, t. 246, p. 9 et s.)

946. Avec le développement du droit international privé de l'Union européenne, un nouveau seuil fut franchi. La Cour de justice de l'Union européenne serait chargée de l'interprétation des conventions et règlements européens et les risques de divergences jurisprudentielles seraient ainsi neutralisés. L'unification des règles législatives serait couplée à une harmonisation des jurisprudences des différents États membres et le processus d'unification du droit international privé serait ainsi parachevé. C'était, du moins, ce que les promoteurs de la construction européenne escomptaient.

947. Au risque d'avancer un point de vue trop politique, le bilan de cette œuvre d'unification impulsée par l'Union européenne nous paraît — du point de vue de l'harmonie internationale des solutions — très positif¹⁷⁶⁹. Mais des limites subsistent¹⁷⁷⁰. Le processus d'unification des règles de droit international privé est, en particulier, tributaire du bon vouloir des juridictions nationales. Pour que les divergences soient neutralisées, il faut que les juridictions nationales interrogent la Cour de justice de l'Union européenne. En d'autres termes, pour que le processus d'unification des règles de droit international privé soit parachevé, il faut — entre autres choses — que les juridictions nationales fassent usage du renvoi préjudiciel¹⁷⁷¹.

948. Or, précisément, en matière de volonté tacite, les juridictions nationales n'ont que très rarement interrogé la Cour de justice. Des divergences d'interprétation n'ont pas manqué d'apparaître, emportant avec elles les espoirs de réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions que portait le règlement « Rome 1 ».

¹⁷⁶⁹ Ce qui ne signifie pas que le développement d'un droit international privé de l'Union européenne soit incontestable. De nombreux auteurs ont à cet égard été extrêmement critiques. Sur la controverse, v. par exemple : S. Clavel, « Le droit international privé européen est-il "honoré", retour sur une controverse doctrinale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 119 et s. ; I. Barrière Brousse, « Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 347 et s. ; L. d'Avout, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *op. cit.* ; Y. Lequette, « De Bruxelles à La Haye (actes II), Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 503 et s.

Sur le développement du droit international privé de l'Union européenne, v. aussi : P. de Vareilles-Sommières, « La communautarisation du droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 781 et s.

¹⁷⁷⁰ Sur ces limites, v. H. Gaudemet-Tallon, « Unité et diversité : quelques mots de droit international privé européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 387 et s. et not. 392 : « Les textes européens, destinés à assurer l'unité de diverses branches du droit international privé, doivent, pour atteindre leur but, être interprétés de la même façon dans tous les États membres de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne assure cette interprétation uniforme grâce à la technique des questions préjudicielles. Est-ce à dire qu'il ne subsiste pas encore une certaine diversité dans l'application des textes ? Une étude systématique des jurisprudences des États membres montrerait que demeurent des différences ».

¹⁷⁷¹ V. à cet égard l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2) *Volonté tacite et harmonie internationale des solutions*

949. Les principales divergences jurisprudentielles se laissant aujourd’hui observer ont trait à la notion de « choix résultant de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Précisément, comment ces divergences jurisprudentielles se manifestent-elles ? Au Royaume-Uni, la seule présence d’une convention d’élection de for est souvent assimilée à un choix de la loi de l’État du juge élu¹⁷⁷². Plus surprenant encore, à en croire les juridictions britanniques, la stipulation d’une clause compromissoire révélerait un choix de la loi de l’État du siège de l’arbitrage¹⁷⁷³. Monsieur J. Hill a ainsi affirmé : « What is clear from the cases is that the courts will, almost as a matter of course, conclude that the parties have chosen English law to govern the contract if, in that contract, they have chosen either English jurisdiction or arbitration in England »¹⁷⁷⁴. En France, les solutions relatives aux clauses d’élection de for et aux clauses d’arbitrage paraissent beaucoup plus nuancées¹⁷⁷⁵. Selon Madame M. Scherer, les juridictions allemandes retiendraient une approche intermédiaire¹⁷⁷⁶.

950. Plus généralement, plusieurs études doctrinales ont démontré que les juridictions britanniques étaient beaucoup plus promptes que leurs homologues français à découvrir des choix de loi implicites¹⁷⁷⁷. Les tribunaux anglais ont, ainsi, souvent été critiqués pour leur laxisme. Ces derniers auraient trop souvent été amenés à caractériser des choix implicites de la loi anglaise. Monsieur M. Penadés Fons a, en effet, analysé un échantillon de 34 décisions anglaises ayant admis un choix de loi

¹⁷⁷² V. *supra* n° 683.

¹⁷⁷³ V. *supra* n° 691-692.

¹⁷⁷⁴ J. Hill, “Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts”, *op. cit.*, p. 329.

¹⁷⁷⁵ V. à cet égard : G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, p. 45 : “the English and German courts have been liberal in inferring a choice of law from the presence of a jurisdiction or localized arbitration clause, while French courts were reluctant to draw this conclusion”. V. *supra* n° 678 et s.

¹⁷⁷⁶ M. Scherer, « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L’exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d’arbitrage », *op. cit.*, p. 253 et s.

¹⁷⁷⁷ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 158 ; N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*

Dans la littérature anglophone : A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 332 et s. ; C.-S. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 3. V. aussi le livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, point 3.2.4.2

implicite ou ayant fait application de la clause d'exception. Sur ces 34 décisions, 29 retenaient l'application de la loi anglaise¹⁷⁷⁸. En définitive, la jurisprudence anglaise paraît bien affectée par un biais *lex foriste*.

951. Ces divergences jurisprudentielles n'ont rien de très surprenant. En effet, la Cour de justice n'a jamais été amenée à se prononcer sur cette notion. Du fait de l'inertie des juridictions nationales, qui n'ont pas fait usage du renvoi préjudiciel, l'apparition de divergences jurisprudentielles paraissait assez inévitable. Les différentes juridictions des États membres appliquent certes un même texte : l'article 3. Cependant, ce dernier se réfère à une notion vague et indéterminée : celle d'un choix résultant de façon certaine des dispositions du contrat et des circonstances de la cause. Or, chaque juridiction saisie dispose a priori d'une grande latitude pour conférer à ce terme le sens qui lui paraît le plus approprié¹⁷⁷⁹. Le phénomène est bien connu : plus la législation européenne sera bâtie sur des concepts fuyants et aux contours indécis, et plus l'unification du droit international privé sera difficile à atteindre. Dans une telle situation, en effet, il est clair que l'harmonisation des textes n'équivaut pas à l'unification du droit. Pour que cette dernière soit réalisée, il faut que les textes ayant été unifiés soient, au surplus, interprétés de la même façon par l'ensemble des juridictions des États membres de l'Union européenne.

952. Au demeurant, les divergences jurisprudentielles observées aujourd'hui font écho à des disparités textuelles¹⁷⁸⁰. Alors que, dans sa version française, la convention de Rome affirmait que le choix devait « résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause », la version anglaise faisait mention d'un choix démontré avec une *certitude raisonnable*¹⁷⁸¹. De façon assez spectaculaire, les rédacteurs du règlement « Rome 1 » ne sont pas parvenus à neutraliser ces divergences textuelles. Alors que la version française de ce texte continue de se référer à un choix certain,

¹⁷⁷⁸ M. Penadés Fons, « Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome », *op. cit.*, p. 258.

¹⁷⁷⁹ Rapprochement : M. Penadés Fons, « Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome », *op. cit.*, p. 245 : « In the case of implied choice, respect for the principle of party autonomy is in practice subject to the availability of sufficient evidence to clearly demonstrate that the choice was made. Therefore, the real dividing line between articles 3 and 4 is not drawn according to the existence of a choice of law, but to the existence of a demonstrable choice of law. This evidentiary obstacle becomes the first threat to equality of outcome across the EU, since the evaluation of evidence of consent is necessarily left to the courts of Member States ».

¹⁷⁸⁰ N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 230 ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 159. Dans la littérature de langue anglaise, v. A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷⁸¹ « The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case ».

la version anglaise pose uniquement l'exigence d'un choix *clairement démontré*¹⁷⁸². Il est difficile de déterminer si ce sont ces disparités textuelles qui ont causé les divergences jurisprudentielles aujourd'hui observables¹⁷⁸³. Ce qui paraît certain, toutefois, c'est que le standard de preuve apparaissant dans les versions anglaises de la convention de Rome et du règlement « Rome 1 » peut potentiellement légitimer le laxisme des juridictions britanniques.

Les tribunaux des différents États membres de l'Union européenne ont, ainsi, consacré des solutions divergentes. Il en résulte qu'au sein de l'espace européen, un accord tacite considéré comme existant par le juge anglais pourrait bien être considéré comme inexistant par le juge français. Dans une telle situation, et dès lors que les parties ou l'une d'entre elles ignorent l'identité du juge qui, *in fine*¹⁷⁸⁴, sera saisi par le demandeur, les solutions conflictuelles deviennent imprévisibles¹⁷⁸⁵. Ces divergences jurisprudentielles ont donc pour effet de briser l'unité du droit international privé de l'Union européenne¹⁷⁸⁶ et de mettre en péril la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions. Corrélativement, le problème de l'imprévisibilité du droit applicable se trouve amplifié.

953. Pour Monsieur M. Penadés Fons, cependant, les critiques adressées aux juridictions britanniques devraient être nuancées¹⁷⁸⁷. En effet, cet auteur relève qu'assez fréquemment, lorsque ces dernières sont amenées à déterminer la loi applicable, c'est au stade de l'appréciation de leur compétence¹⁷⁸⁸. Il en est ainsi, par exemple, lorsque les juridictions britanniques doivent, en vertu de l'article 7, point 1, du règlement « Bruxelles 1 bis », localiser le lieu d'exécution de l'obligation servant de

¹⁷⁸² “The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case”.

¹⁷⁸³ Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, point 3.2.4.1. : « Il convient de noter que certaines traductions de la Conventions (sic.) semblent plus souple (sic.) que d'autres et il n'est pas impossible que cette différence soit à l'origine d'interprétations divergentes ».

¹⁷⁸⁴ Ce qui n'est pas rare, car en matière contractuelle, les parties disposent d'une option de compétence. V. l'article 7, point 1 du règlement « Bruxelles 1 bis ».

¹⁷⁸⁵ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 158.

¹⁷⁸⁶ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 158 : « Les différents textes internationaux et européens adoptés dans le domaine du conflit de lois sont censés contribuer à l'uniformisation des règles de conflit. Atteindre cet objectif suppose de parvenir à une certaine unité dans leur interprétation. Or, concernant les conditions permettant d'établir un choix tacite de la loi applicable, il existe de nombreuses divergences entre les jurisprudences nationales ».

¹⁷⁸⁷ M. Penadés Fons, “Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome”, *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ M. Penadés Fons, “Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome”, *op. cit.*, p. 251-252. V. également J. Hill, “Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts”, *op. cit.*, p. 348-349.

base à la demande¹⁷⁸⁹. Il en est encore ainsi lorsque le défendeur se prévaut de l'exception de *forum non conveniens*¹⁷⁹⁰. Afin de déterminer si l'exception doit être accueillie, l'application de la loi anglaise est, en effet, l'un des critères à prendre en considération.

954. Or, dans un tel contexte, il conviendrait — selon Monsieur Penadés Fons — de trouver un équilibre satisfaisant entre le temps et les ressources limitées que les parties doivent investir avant le procès et la nécessité d'une décision suffisamment solide et motivée. Afin d'atteindre cet équilibre, l'assouplissement du standard de preuve serait légitime¹⁷⁹¹. En conséquence, au stade de l'identification de la juridiction compétente, l'allégation d'un choix tacite est plus aisément admise par les tribunaux anglais¹⁷⁹². Selon Monsieur Penadés Fons, cela expliquerait que nombre des décisions anglaises critiquées aient — en l'absence d'indices totalement probants — retenu l'existence d'un choix de loi implicite.

955. Pour cet auteur, les critiques adressées à la jurisprudence anglaise seraient mal fondées, car lorsque la détermination de la loi applicable intervient après que la question de la compétence internationale ait été tranchée, les juges anglais seraient plus exigeants. Ainsi, dans l'arrêt *Lawlor*, la *Court of appeal* a manifesté sa volonté de clairement distinguer les concepts de volonté tacite et de volonté hypothétique¹⁷⁹³. Toulson LJ a en effet relevé qu'un choix implicite de la loi anglaise n'était pas démontré. Pourtant, il a également affirmé que si les parties avaient réfléchi à la question, il est fort probable qu'elles auraient choisi la loi anglaise. De même, dans la décision *Lupofresh*, la *Court of appeal* a estimé que l'existence d'une clause attribuant compétence aux juridictions anglaises et l'inclusion de l'expression « *CIF UK Port* »¹⁷⁹⁴ dans tous les contrats conclus entre les parties ne démontraient pas

¹⁷⁸⁹ CJCE, 6 octobre 1976, aff. 12/76, *Tessili*, *Rev. crit. DIP* 1977. 751, note P. Gothot et D. Holleaux ; *JDI* 1977. 714, note Huet ; *D.* 1977. 616, note G. Droz.

¹⁷⁹⁰ M. Penadés Fons, "Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome", *op. cit.*, p. 252.

¹⁷⁹¹ M. Penadés Fons, "Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome", *op. cit.*, p. 252-253.

¹⁷⁹² V. à cet égard : A. Briggs, *Private International Law in English Courts*, *op. cit.*, p. 443 : "If a court is seised with an action on the substance, it will not have found that there was a choice of law by the parties unless and until it is admitted or the court finds this to be so on a balance of probability. If a court is seised with a question of jurisdiction, within which the issue of choice of law is raised (for example, permission is sought to effect service out of the jurisdiction on the basis that the claim is made in contract and the contract was governed by English law), it may be sufficient for the claimant to show that there was a good arguable case that English law had been chosen to govern the contract"

¹⁷⁹³ *Timothy Joseph Lawlor v Sandvik Mining & ors* [2013] EWCA Civ 365, [2013] 2 Lloyd's Rep 98, pt. 34.

¹⁷⁹⁴ Expression qui, aux dires des juges, serait familièrement utilisée dans les contrats régis par le droit anglais.

l'existence d'un choix implicite de la loi anglaise¹⁷⁹⁵. Dans cette affaire, c'est la loi japonaise qui — sur le fondement de l'article 4, § 2 — a été appliquée.

956. L'analyse de cet auteur est particulièrement séduisante. Il n'en demeure pas moins que la ligne jurisprudentielle anglaise n'est pas à l'abri de toute critique. Tout d'abord, il est traditionnellement enseigné qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas¹⁷⁹⁶. Or, à notre connaissance, au sein du règlement « Rome 1 », on ne trouve nulle trace de la distinction précitée : que la détermination de la loi applicable ait lieu pour les besoins de l'identification de la juridiction compétente ou non est indifférent.

957. Ensuite, Monsieur Penadés Fons relève lui-même l'existence de dérives des tribunaux anglais. En premier lieu, dans les hypothèses où les débats se sont ensuite prolongés sur le fond, la question d'un choix de la loi applicable n'a pas toujours été réexaminée « *ex novo* » et de manière approfondie¹⁷⁹⁷. Les juridictions anglaises se sont parfois contentées d'entériner la conclusion retenue au stade de l'appréciation de la compétence internationale des tribunaux anglais. En second lieu, la « doctrine » établie par les décisions sur la compétence est parfois invoquée par les parties et les tribunaux dans les décisions rendues sur le fond¹⁷⁹⁸.

958. Enfin, lorsque les tribunaux anglais usent de la volonté tacite ou de la clause d'exception, c'est — on l'a vu — presque systématiquement pour parvenir à l'application de la loi anglaise. Or, l'affaïssement du standard de preuve ne permet pas de justifier cette orientation, car l'assouplissement des exigences probatoires pourrait potentiellement favoriser l'application de n'importe quelle loi¹⁷⁹⁹. Cette orientation de la jurisprudence anglaise nous paraît contestable¹⁸⁰⁰. Elle est contraire à la lettre et à l'esprit du règlement et a, du reste, pour effet, de compromettre l'harmonie internationale des solutions.

¹⁷⁹⁵ *FR Lurssen Werft GmbH & Co KG v Halle* [2010] EWCA Civ 587, [2011] 1 Lloyd's Rep 265, pt. 15 et 20.

¹⁷⁹⁶ « *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* ». Sur cette directive d'interprétation, v. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, 3^{ème} édition, Litec, 1992, p. 936-937.

¹⁷⁹⁷ M. Penadés Fons, « Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome », *op. cit.*, p. 254.

¹⁷⁹⁸ *Ibid*, p. 254-255. V. les décisions citées par cet auteur.

¹⁷⁹⁹ *Ibid*, p. 258.

¹⁸⁰⁰ Contra : M. Penadés Fons, « Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome », *op. cit.*, p. 258.

959. Dans cette sous-section, nous avons essayé de montrer qu'une « véritable » recherche de la volonté tacite avait pour effet de rendre les solutions des conflits de lois et de juridictions, pour partie, imprévisibles. Dans l'absolu, il serait possible de s'arrêter là : le vice principal de la volonté tacite serait d'entraver la réalisation de l'objectif de prévisibilité des solutions ; objectif qui, pourtant, est expressément consacré par les différents règlements européens en vigueur. Il nous a paru intéressant, cependant, de prolonger nos réflexions en nous interrogeant sur l'importance que revêt, pour les parties, la prévisibilité des solutions. À cette fin, il faut déterminer si les conséquences dérivant de l'imprévisibilité des solutions conflictuelles sont véritablement préoccupantes. Dans quelle mesure l'imprévisibilité affecte-t-elle les parties ?

Sous-section 2 : Les conséquences de l'atteinte à l'impératif de prévisibilité

960. L'imprévisibilité des solutions conflictuelles nous paraît problématique, car de façon médiate, elle a pour conséquence de rendre incertains les droits et obligations des parties. En d'autres termes, en raison des incertitudes gravitant autour de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable, les parties ignorent l'ampleur des obligations auxquelles elles sont tenues de se conformer et la teneur des droits subjectifs dont elles sont titulaires. Pour préciser la portée de cette affirmation, nous distinguerons la question du conflit de lois (I) et celle du conflit de juridictions (II).

I) Les conséquences découlant de l'imprévisibilité de la loi applicable

961. Lorsque le droit compétent est difficile à déterminer, le sujet de droit est amené à se mouvoir dans une sphère d'incertitudes, ignorant la teneur et l'étendue de ses droits et des obligations à sa charge¹⁸⁰¹. Dans l'ensemble des branches du droit privé, l'objectif de prévisibilité est important. Néanmoins, comme cela a été souligné par Monsieur P. Lagarde, « le besoin de prévisibilité est prioritaire dans tous les cas où les sujets de droit doivent faire une anticipation sur l'avenir avant de prendre des dispositions qui produiront ou continueront à produire leurs effets dans une période de temps éloignée »¹⁸⁰². En matière contractuelle, terrain privilégié du déploiement de la recherche de la volonté tacite, l'impératif de prévisibilité des solutions est donc primordial (A)¹⁸⁰³. En matière délictuelle, le

¹⁸⁰¹ Rapprochement : W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *op. cit.*, p. 659-660.

¹⁸⁰² P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 116.

¹⁸⁰³ L. Gannagé, « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé », *op. cit.*, p. 422.

besoin de prévisibilité, pour être moins pressant, n'en est pas moins réel et l'imprévisibilité du droit applicable affecte directement les parties au rapport de droit (B). Afin d'illustrer nos remarques, jusqu'alors assez abstraites et, peut-être, excessivement désincarnées, nous étudierons les conséquences que l'imprévisibilité peut avoir dans ces deux sphères¹⁸⁰⁴.

A) En matière contractuelle

962. Pour les contractants les plus « consciencieux », ceux qui se soucient de maîtriser — autant que faire se peut — les risques juridiques planant autour de leur opération, l'identification de la *lex contractus* est nécessaire. Pour les parties, s'il importe de connaître la loi régissant le contrat, cela tient à trois raisons complémentaires¹⁸⁰⁵. Tout d'abord, la *lex contractus* fixe les conditions de validité du contrat¹⁸⁰⁶. Dès lors que des incertitudes gravitent autour de l'identification de la loi applicable, pour les parties, il est plus difficile de savoir si leur contrat est ou non valablement formé. Une telle situation est préoccupante, car la loi se doit d'indiquer « dans chaque cas aux intéressés la voie à suivre pour conquérir une situation juridique régulière » et de spécifier à quelles exigences devront se plier ces derniers pour acquérir un droit subjectif insusceptible de contestation¹⁸⁰⁷.

963. Ensuite, la *lex contractus* détermine les sanctions susceptibles d'être prononcées en cas d'inexécution¹⁸⁰⁸. En conséquence, lorsque la *lex contractus* est identifiée, les risques juridiques pesant sur les contractants sont mieux connus¹⁸⁰⁹. Or, comme nous l'avons précédemment souligné, pour les opérateurs du commerce international, la maîtrise des risques juridiques est importante¹⁸¹⁰.

964. Enfin, et comme nous l'avons précédemment souligné, la *lex contractus* détermine la façon dont le contrat doit être exécuté¹⁸¹¹. En particulier, elle détermine les obligations qui pèsent sur les

¹⁸⁰⁴ Sur l'imprévisibilité en matière familiale : S. Fulli-Lemaire, Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations, *op. cit.*, p. 111 et s.

¹⁸⁰⁵ Rapprochement : C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *op. cit.*, p. 336-337.

¹⁸⁰⁶ Règlement « Rome 1 », article 10. 1.

¹⁸⁰⁷ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁰⁸ Règlement « Rome 1 », article 12. 1. c).

¹⁸⁰⁹ V. *supra* n° 837-838.

¹⁸¹⁰ V. *supra* n° 838.

¹⁸¹¹ Règlement « Rome 1 », article 12. 1. b).

contractants¹⁸¹². Aujourd'hui, des obligations légales — telles que des obligations d'information, de sécurité ou de mise en garde — se greffent sur la convention ; elles sont intégrées au sein du champ contractuel¹⁸¹³. Dans un contexte international, il est souhaitable qu'un contractant puisse savoir s'il est, durant l'exécution du contrat, assujéti à une loi consacrant ce type d'obligation¹⁸¹⁴. Tant que les parties n'ont pas identifié la *lex contractus*, elles ne connaissent pas avec certitude la teneur de leurs droits et obligations contractuels. Au moment où un contentieux émerge, de telles incertitudes se révéleront particulièrement problématiques, car les parties ne pourront pas déterminer si elles ont ou non intérêt à intenter une action en justice.

965. En matière délictuelle, l'impératif de prévisibilité des solutions a également une certaine importance.

B) En matière délictuelle

966. En matière délictuelle, la recherche de la volonté tacite n'a jusqu'à présent eu qu'un rôle extrêmement réduit. Néanmoins, si elle devait se déployer, une certaine dose de casuistique pourrait accompagner la recherche de la volonté des parties contractantes ; casuistique qui aurait alors pour effet de rendre les solutions du conflit de lois moins prévisibles. Or, l'imprévisibilité du droit applicable aux obligations non contractuelles n'est pas sans conséquence. La *lex delicti*, en effet, précise si la responsabilité d'une personne est susceptible d'être engagée¹⁸¹⁵ et elle détermine également les effets découlant de la mise en jeu de la responsabilité civile¹⁸¹⁶.

¹⁸¹² V. *supra* n° 839.

¹⁸¹³ En droit français, il existe aujourd'hui une myriade d'obligations d'information, de renseignement et de mise en garde. Ces obligations d'information irriguent tout le processus contractuel, jouant aussi bien lors de la formation du contrat que lors de l'exécution de ce dernier. V. à cet égard : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, tome 1, contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 608-609 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénédé, *op. cit.*, p. 717.

¹⁸¹⁴ Rapprochement : W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, *op. cit.*, p. 669 et s.

¹⁸¹⁵ Règlement « Rome II », Article 15 : « La loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du présent règlement régit notamment : a) les conditions [...] de la responsabilité, y compris la détermination des personnes susceptibles d'être déclarées responsables des actes qu'elles commettent ; b) les causes d'exonération [...] de responsabilité ».

¹⁸¹⁶ Règlement « Rome II », Article 15 : « La loi applicable à une obligation non contractuelle en vertu du présent règlement régit notamment : [...] c) l'existence, la nature et l'évaluation des dommages, ou la réparation demandée ; d) dans les limites des pouvoirs conférés au tribunal par le droit procédural de l'État dont il relève, les mesures que ce tribunal peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation ».

967. Tout d’abord, si un sujet de droit veut connaître les faits qui seront susceptibles d’engager sa responsabilité, il doit évidemment être en mesure d’identifier la *lex delicti*¹⁸¹⁷. Lorsque la *lex delicti* est imprévisible, l’individu ignore si sa responsabilité est susceptible d’être mise en jeu ou non. Lorsque la loi applicable à la responsabilité civile ne peut que difficilement être identifiée, le sujet de droit est dans l’incapacité de tracer une frontière nette entre les actes autorisés et les actes prohibés. Ce n’est pas sans poser problème, car précisément, la loi a pour fonction de guider ses destinataires, de leur fournir une direction¹⁸¹⁸, d’indiquer une « voie à suivre »¹⁸¹⁹, en faisant en sorte que les frontières séparant les comportements licites et les comportements illicites soient le plus nettement tracées. Dans la pensée libérale classique, la loi est l’une des sources d’information sur laquelle le sujet de droit se fonde pour planifier ses actions. Selon les idéaux qui sous-tendent cette conception, elle-même intimement liée au concept d’État de droit¹⁸²⁰, l’individu ne devrait jamais être exposé à une sanction juridique, si ce n’est dans les cas dans lesquels il s’est lui-même placé dans une position où il sait qu’il sera sanctionné.

968. Ensuite, c’est la *lex delicti* qui détermine les sanctions encourues en cas de mise en jeu de la responsabilité civile. Elle détermine, notamment, l’ampleur du préjudice réparable, son évaluation, le prononcé d’éventuels dommages-intérêts punitifs et les mesures susceptibles d’être prononcées par un tribunal pour garantir la prévention du dommage, sa cessation ou sa réparation¹⁸²¹. Pour l’individu ou la personne morale qui, en franchissant les frontières nationales, cherche à connaître et à mesurer les risques juridiques pesant sur elle, l’identification de la *lex delicti* est donc souhaitable.

¹⁸¹⁷ Cette dernière régit, en effet, une succession de questions fondamentales : celle de l’exigence d’une faute comme condition de mise en jeu de la responsabilité, celle de la définition de la notion de faute, des critères de définition de la force majeure, et plus généralement de l’ensemble des causes d’exonération. V. à cet égard : G. Lardeux, « Sources extracontractuelles des obligations. Domaine de la loi applicable », *J.-Cl. Int.*, fasc. 553-2, 2023, § 3.

¹⁸¹⁸ G.-P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », *op. cit.*, p. 168.

¹⁸¹⁹ G.-P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », *op. cit.*, p. 168.

¹⁸²⁰ Rapprochement : J.-R. Maxeiner, “Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy”, *op. cit.*, p. 570 : “The ideal of the rule-of-law state is usually traced to the reaction to the so-called “cabinet justice” of the absolutist monarchs of the eighteenth century. The Enlightenment brought demands for a fully clear and predictable legal system, which would eliminate all arbitrariness (or cabinet interference) from the application of law”.

¹⁸²¹ G. Lardeux, « Sources extracontractuelles des obligations. Domaine de la loi applicable », *op. cit.*, § 9 et s.

969. À travers ces différents exemples, nous avons cherché à montrer que l'imprévisibilité de la loi applicable affectait véritablement les parties, qu'elle était véritablement dommageable. Les incertitudes gravitant autour de l'identification du tribunal compétent ne sont pas non plus sans conséquences.

II) Les conséquences découlant de l'imprévisibilité de la compétence juridictionnelle

970. Dans un contexte international, les parties ignorent *a priori* quelles seront la ou les juridictions compétentes. La multiplicité et l'hétérogénéité des fors *a priori* compétents génèrent un état d'incertitude préjudiciable à ceux qui, d'une façon ou d'une autre, franchissent le seuil des frontières nationales. Cela est d'autant plus vrai qu'alors qu'il était naguère relégué à l'arrière-plan¹⁸²², le conflit de juridictions est désormais placé sur le devant de la scène du droit international privé¹⁸²³. La doctrine a montré qu'il y avait aujourd'hui un « déplacement du centre de gravité » du conflit de lois vers le conflit de juridictions¹⁸²⁴ et un « irrésistible essor » de ce dernier¹⁸²⁵. C'est à l'aune de cette importance nouvelle du conflit de juridictions que doivent être pensées les conséquences concrètes dérivant de l'imprévisibilité de la juridiction compétente. Lorsque la juridiction compétente est imprévisible, les parties sont exposées à deux types d'incertitudes : des incertitudes relatives à l'issue des problèmes procéduraux auxquels elles seront confrontées (A) et des incertitudes substantielles, qui ont trait à la solution qui, sur le fond, sera apportée au litige (B)¹⁸²⁶.

¹⁸²² V. à cet égard : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 272 : « Compris comme donnant le rôle majeur au conflit de lois et ne laissant au conflit de juridictions qu'un rôle mineur d'assistance, le paradigme conflictuel semblait au premier abord de nature à atteindre les objectifs initialement identifiés, à savoir assurer la continuité de traitement des situations juridiques privées internationales ainsi que répondre au besoin de sécurité juridique des intéressés. Peu importe, en effet, le juge saisi puisque celui-ci est supposé faire application de la loi qui a les liens les plus significatifs, laquelle conduira partout à la même solution ». v. aussi, *ibid.*, p. 142 et s.

¹⁸²³ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 342 : « [T]ant les codifications récentes de droit international privé que les études doctrinales manifestent que le droit des conflits de juridictions n'est nullement un "parent pauvre" du droit international privé ».

¹⁸²⁴ S. Corneloup, « Les liens entre forum et ius : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 475.

¹⁸²⁵ H. Gaudemet-Tallon, « L'irrésistible ascension des conflits de juridictions », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 735 et s.

¹⁸²⁶ Rapprochement : S. Bollée, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, p. 121 et s. et not. p. 127 : « avant même qu'un contentieux ne survienne, l'incertitude sur le juge susceptible de trancher un éventuel conflit est la source d'une regrettable insécurité juridique car il peut être difficile de savoir de quelle manière seront déterminés, en cas de désaccord entre les parties, leurs droits et obligations respectifs ».

A) L'imprévisibilité des solutions procédurales

971. Tout d'abord, lorsque la compétence juridictionnelle est imprévisible, le demandeur ignore si le juge qu'il envisage de saisir est susceptible de décliner sa compétence. Cela est loin d'être neutre, car la décision d'incompétence peut provoquer une forme de morcellement du contentieux. Pour le demandeur, le fait de saisir un juge qui se déclarera *in fine* incompétent représente une perte de temps et d'argent considérable. Pour s'en convaincre, il suffit de songer au fait que le demandeur ayant initié son action en justice dans un État A aura généralement été tenu de faire appel aux avocats de cet État, des avocats connaissant les règles procédurales en vigueur au sein de ce dernier. S'il souhaite, à la suite du prononcé de la décision d'incompétence, saisir le juge d'un État B, il devra — s'il veut être correctement conseillé — faire appel à des avocats de cet État. En somme, il est à craindre que cette forme de fragmentation du contentieux se traduise par une inflation des coûts procéduraux pesant sur les parties.

972. Ensuite, la loi régissant la procédure juridictionnelle dépend du juge saisi. Le domaine de la procédure semble être l'inpugnabile bastion de résistance à l'application de la loi étrangère : nombre des questions procédurales sont régies par la *lex fori*¹⁸²⁷. Or, la résolution des questions procédurales a, bien souvent, un impact décisif sur l'issue du litige. L'imprévisibilité de la compétence juridictionnelle a donc pour effet de rendre la loi applicable à la procédure imprévisible, ce qui rend finalement l'issue d'un hypothétique procès incertain.

973. Mais ce n'est pas tout, l'imprévisibilité de la compétence juridictionnelle débouche également sur l'imprévisibilité du droit applicable au fond du litige.

B) L'imprévisibilité du droit applicable au fond

974. Si les enjeux gravitant autour de la compétence juridictionnelle n'ont jamais semblé aussi importants, cela tient — entre autres — au fait que dans nombre de situations, la loi applicable à la

¹⁸²⁷ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 23 : « Il est universellement admis qu'une juridiction nationale applique ses propres règles de procédure : c'est le principe de soumission de la procédure à la loi du for ». V. cependant M.-L. Niboyet : « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 363 et s.

résolution du litige est placée dans la dépendance du juge compétent¹⁸²⁸. Pour les parties au rapport de droit, l'imprévisibilité de la compétence juridictionnelle provoque ainsi, indirectement, l'imprévisibilité du droit applicable à la résolution du litige¹⁸²⁹. En d'autres termes, si les parties ne peuvent pas déterminer l'identité du juge compétent, dans bien des cas, elles ne peuvent pas non plus identifier le droit qui sera jugé applicable au fond¹⁸³⁰. Cela tient à trois raisons complémentaires.

975. Tout d'abord, il existe des conflits entre règles de conflits. D'un ordre juridique à un autre, les critères de rattachement, comme la teneur des catégories, peuvent être différents. Conflits de qualification et disparité des critères de rattachement ont trop souvent pour corrélat de rendre la perspective d'un traitement uniforme du conflit de lois illusoire. Ensuite, le contenu de l'ordre public international dépend de chaque ordre juridique. Instrument de protection des valeurs du for et de sauvegarde des « politiques législatives » jugées particulièrement impératives¹⁸³¹, l'ordre public témoigne de l'irréductible idiosyncrasie des ordres juridiques nationaux, de leur singularité et de leur particularisme. Même si les règles de conflit applicables sont unifiées, le déclenchement de l'exception d'ordre public international et l'effet d'éviction de la *lex causae* qui en découle sont placés dans la dépendance du juge compétent. Enfin, la compétence juridictionnelle n'est pas sans incidence sur l'applicabilité des lois de police. Si l'application des lois de police du for est relativement assurée, il en va différemment des lois de police étrangère¹⁸³². C'est dire que tant que les parties ne connaissent pas le juge compétent, elles sont exposées à des incertitudes sur les lois de police qui pourraient interférer avec le règlement du conflit de lois.

¹⁸²⁸ Comme cela est souligné par Monsieur Y. Lequette, « la primauté du conflit de lois sur le conflit de juridictions avait déjà été mise à mal par l'impossibilité de parvenir à l'unification des règles de conflit de lois. Considérer que la compétence du juge est une question d'importance secondaire parce que, quel que soit le juge saisi, il appliquera la même loi, la loi qui présente les liens les plus significatifs, devenait quelque peu artificiel » (« Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, not. p. 272).

Selon l'éminent auteur, avec le temps, le caractère artificiel de cette présentation se serait accentué. En raison du développement des règles de conflit à coloration matérielle, ayant souvent pour effet de favoriser l'application de la loi du for, et du fait de la multiplication des règles de conflit flexibles, les résultats de la résolution du conflit de lois sont, plus que jamais, tributaires du juge compétent (*ibid.*, p. 272).

¹⁸²⁹ Pour une analyse plus approfondie des rapports entre *forum* et *ius*, V. Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 235 et s. V. aussi C. Kessedjian, « Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1183 et s. et not. 1184, note de bas de page n° 4.

¹⁸³⁰ En ce sens, C.-A. Arrue, Montenegro, thèse, *op. cit.*, p. 13-14.

¹⁸³¹ Sur cette question, v. l'analyse critique de Monsieur P. Kinsch : « La "sauvegarde de certaines politiques législatives", cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447 et s.

¹⁸³² En ce sens, E. Loquin, « Sécurité juridique et relations internationales », *op. cit.*, p. 470. À raisonner sur l'exemple de la matière contractuelle, on constate que l'application des lois de police étrangère est pour le moins incertaine (article 9 du règlement « Rome 1 »).

976. L'ensemble de ces facteurs, qui témoignent de la relativité des systèmes de droit international privé, démontrent la fragilité d'un postulat de fongibilité des ordres juridictionnels qui, plus que jamais, paraît sérieusement entaillé¹⁸³³. L'imprévisibilité de la compétence juridictionnelle entraîne, indirectement, l'imprévisibilité du droit applicable au rapport de droit, qui rend elle-même les droits et les obligations substantiels des parties plus ou moins indéterminés.

977. De notre point de vue, l'imprévisibilité des solutions conflictuelles est un problème qu'on ne saurait évacuer : elle affecte très directement et très concrètement les parties au rapport de droit. Cette difficulté étant mise en lumière, il reste possible de s'interroger sur d'éventuels remèdes qui — nous l'espérons — pourraient atténuer l'état d'imprévisibilité découlant du déploiement de la recherche de la volonté tacite.

¹⁸³³ Du moins en dehors de l'espace européen.

Section 2 : Présentation des remèdes à l'imprévisibilité régnant actuellement

978. Le problème de l'imprévisibilité des solutions régnant actuellement est suffisamment pré-occupant pour que l'on avance — dans la recherche des voies d'améliorations du droit existant — avec précaution. Si d'éventuelles pistes d'amélioration peuvent être suggérées, il reste que nous ne sommes pas parvenus à identifier de solutions qui régleraient miraculeusement l'ensemble des problèmes ayant jusqu'alors été aperçus. Le « remède » qui a notre faveur et que nous serons ultérieurement amenés à présenter n'est donc, à l'évidence, pas parfaitement satisfaisant. Au sein de l'éventail des solutions concevables, il nous a simplement paru être le moins mauvais.

Au demeurant, nous n'avons pas souhaité proposer de solution de rupture. L'introduction de concepts juridiques trop nouveaux risquerait de renforcer — au moins périodiquement — l'imprévisibilité des solutions. La problématique est bien connue : la réforme, par les problèmes d'interprétation nouveaux qu'elle génère, est trop souvent créatrice d'insécurité juridique. Montesquieu écrivait qu'« il est parfois nécessaire de changer certaines lois, mais le cas est rare, et lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante »¹⁸³⁴. Et de fait, la technique législative fut souvent perçue comme un art de la mesure, orienté vers la conservation des structures juridiques et vers le maintien de l'ordre et des institutions¹⁸³⁵. Le principe de sécurité juridique, qui est si fondamental pour la doctrine française¹⁸³⁶, proscriit les tumultes normatifs et les évolutions législatives les plus brutales¹⁸³⁷. Comme cela

¹⁸³⁴ *Œuvres complètes, tome 1*, Gallimard, 1949, p. 322.

V. aussi M. Planiol, « Inutilité d'une révision générale du Code civil », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, 1904, Dalloz, 2004, p. 955 et s. et not. p. 958 : « En bien des cas une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue ».

V. enfin : H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 116 : « Toute modification législative étant source par elle-même de surprises et de complications, on s'explique l'opinion traditionnelle qu'une réforme législative devrait se justifier par des raisons proportionnées ».

¹⁸³⁵ D'où la célèbre sentence de Ripert : « Tout juriste est un conservateur » (*Les forces créatrices du droit*, *op. cit.*, p. 9).

¹⁸³⁶ V. par exemple, P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946, p. 279 : « Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre » ; R. Demogue, *Les notions fondamentales de droit privé*, *op. cit.*, p. 63 : « Nous touchons ici peut-être au plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale ».

¹⁸³⁷ Sur cette problématique, v. aussi T. Piazzon, thèse, *op. cit.*, p. 32 et s. ; B. Teyssié, « L'impératif de sécurité juridique », *op. cit.*, p. 996 et s.

Sur les risques dérivant du changement des mots figurant dans la loi, v. aussi Th. Genicon, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p. 625 et s. Dans cet article, Monsieur Genicon envisage surtout la réforme du droit des obligations, mais ses propos peuvent — nous semble-t-il — assez facilement être généralisés.

est souligné par Monsieur N. Molfessis, la sécurité juridique « bannit les ruptures et les révolutions, l'oubli du passé et toutes formes d'abolitions. Elle condamne les pertes de mémoire autant que les soubresauts du droit »¹⁸³⁸.

979. Cela ne signifie aucunement que le droit devrait rester statique¹⁸³⁹. Les évolutions normatives sont trop souvent nécessaires. Néanmoins, dans le cas présent, l'objectif qui inspirera nos propositions est celui d'une atténuation de l'insécurité juridique. Or, si l'on s'interroge sur des pistes de réforme qui permettraient de réduire l'imprévisibilité des solutions, il peut être dangereux d'introduire dans la loi des concepts nouveaux. Par exemple, nous aurions pu songer à proposer un amendement de l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Il aurait par exemple été possible — en s'inspirant des principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux — de poser l'exigence d'un choix exprès ou *résultant clairement* des dispositions ou des circonstances. Dans l'absolu, un tel énoncé nous paraît plus satisfaisant, car le standard de preuve est plus réaliste que celui de la certitude. Néanmoins, les tribunaux auraient été alors inéluctablement appelés à fixer le sens de cette nouvelle expression et cela n'aurait pas manqué d'engendrer diverses incertitudes. Pire, un tel amendement aurait pu inciter les juges à faire preuve de davantage de laxisme, à retenir des choix de lois implicites plus fréquemment, ce qui ne nous paraît pas souhaitable.

980. Pour dégager les solutions nous paraissant opportunes, nous prendrons appui sur le droit comparé. Lors de l'élaboration d'une règle de conflit de lois, il importe de tenir compte des solutions consacrées à l'étranger. Le choix d'une solution trop singulière, trop isolée en droit comparé a en effet pour corrélat d'hypothéquer la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions. Les divergences existant entre les systèmes de conflit de lois ne doivent pas nécessairement être tenues pour illégitimes, mais il faut aussi avoir à l'esprit que ces divergences préjudicient gravement aux personnes privées engagées dans des relations internationales. Dès lors que ces dernières se meuvent

¹⁸³⁸ N. Molfessis, « Discontinuité du droit et sécurité juridique », *Louisiana Law Review*, 2004, p. 1309 et s. et not. p. 1309.

V. aussi R. Savatier, « Le droit et l'accélération de l'histoire », *D.* 1951, p. 29 et s. et not. p. 31 : « Quand la loi et le droit changent trop souvent, toute sécurité disparaît pour les justiciables. Le juriste a le sentiment qu'on le livre alors à l'imprévu et au hasard. Il ne se trompe pas ».

¹⁸³⁹ Si le changement du droit est nécessaire, cela tient, entre autres raisons, au fait que les évolutions sociales, économiques et technologiques appellent bien souvent des évolutions normatives.

V. ainsi la célèbre formule de Portalis, très souvent citée : « Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait pour ainsi dire de ne pas innover » (Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, *op. cit.*, p. 29).

au-delà des frontières nationales, elles se voient exposées aux prescriptions contradictoires procédant de la pluralité des systèmes de conflits¹⁸⁴⁰.

981. Afin de mener cette réflexion sur les remèdes à l'imprévisibilité, nous présenterons tout d'abord les solutions qui, quoiqu'envisageables, doivent selon nous être rejetées (sous-section 1). Ensuite, nous décrirons les solutions ayant notre faveur et qui seront ainsi retenues (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les solutions rejetées

982. Nous formulerons ultérieurement des propositions en matière de compétence internationale et en matière d'arbitrage. Mais dans un premier temps, nos développements porteront sur l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Cela tient au fait que c'est cette dernière disposition qui a suscité le plus de commentaires doctrinaux et le plus d'hostilité. Plusieurs propositions doctrinales ont d'ores et déjà été formulées et nous serons donc naturellement amenés à examiner ces dernières. Pour essayer de clarifier notre exposé, nous distinguerons les solutions de compromis (I) et les solutions les plus radicales (II).

I) Les solutions de compromis

983. Deux options paraissent concevables ; options qui, d'ailleurs, pourraient se cumuler. Il serait possible de restreindre l'éventail des circonstances susceptibles d'être prises en considération lors de

¹⁸⁴⁰ Rapprochement : H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 431 et s. et not. p. 432.

Batiffol avait déjà souligné l'intérêt d'une approche comparatiste, estimant que c'était par le droit comparé que pouvait s'opérer un dépassement de l'antinomie existant entre l'universalisme et le particularisme : « Prenant comme un donné le développement dans chaque pays d'une législation et d'une jurisprudence propre en ces matières, elle [la vue comparatiste] regarde ce phénomène enraciné dans les faits comme le signe que les relations privées internationales concernent concrètement des particuliers dont les tribunaux cherchent à résoudre les conflits d'après ce que leur suggèrent l'équité et l'utilité dans le cas qui leur est soumis. Mais en même temps, et contrairement à la tendance particulariste, la vue comparatiste porte par elle-même à mettre en relief que ces relations privées, soumises aux tribunaux internes, ont un caractère international, que la divergence des systèmes de solution des conflits engendre des contradictions gravement dommageables aux parties elles-mêmes, et que cette nature internationale des relations considérées appelle des solutions valables internationalement » (H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 16).

En ce sens, v. aussi du même auteur, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, t. 139, 1973, p. 75 et s. et not. p. 80-81 ; « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit », *Revue internationale de droit comparé* 1970, p. 661 et s., mais la perspective adoptée dans ce dernier article est en réalité assez différente.

Sur les liens unissant le droit international privé et le droit comparé, v. aussi : B. Fauvarque-Cosson, « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 43 et s.

la recherche de la volonté tacite (A) et de modifier le standard de preuve consacré par l'article 3 du règlement « Rome 1 » (B).

A) Une limitation des circonstances susceptibles d'être prises en considération

984. Une première possibilité serait — par la voie d'une réécriture de l'article 3 du règlement « Rome I » — de limiter les indices qui, lors du processus de reconstitution d'un choix de loi implicite, seraient susceptibles d'être pris en considération. Au titre de la recherche de la volonté tacite, seules les « dispositions du contrat » pourraient être prises en compte. Les « circonstances de la cause », au contraire, ne devraient pas être examinées par le juge. C'est, on l'a vu, la solution qui est retenue par le règlement « Succession ». Il est prévu que « [l]e choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte *des termes d'une telle disposition* »¹⁸⁴¹.

C'est, aussi, la solution qui est consacrée par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur les ventes internationales d'objets mobiliers corporels, qui prévoit que la « désignation [de la loi applicable] doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement *des dispositions du contrat* »¹⁸⁴². Dans une perspective comparatiste, nous pouvons également noter qu'il s'agit d'une solution qui est consacrée par l'article 3111 du Code civil du Québec, qui prévoit que « l'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte »¹⁸⁴³.

985. L'adoption d'une telle solution présenterait un avantage : le pouvoir d'appréciation de l'interprète serait limité et l'imprévisibilité des solutions serait de ce fait légèrement atténuée. Cependant, cette proposition présente également deux vices majeurs. Tout d'abord, il n'est pas toujours si facile de distinguer les « dispositions du contrat » et les « circonstances de la cause ». Par exemple, on serait spontanément incliné à penser que les indices localisateurs s'insèrent au sein de la catégorie des circonstances de la cause. Ils révèlent le centre de gravité du contrat, ont trait à l'économie de ce dernier

¹⁸⁴¹ Article 22, point 2.

¹⁸⁴² Article 2.

¹⁸⁴³ Sur ce texte, v. G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, Schulthess, 2021, p. 159 et s. ; G. Goldstein, *Droit international privé, Volume 1, conflits de lois : dispositions générales et spécifiques*, éditions Yvon Blais, 2011, p. 469 et s. ; G. Goldstein, *Droit international privé, Tome II, Règles spécifiques*, éditions Yvon Blais, 2003, p. 475 et s.

et à ce titre paraissent extérieurs aux stipulations contractuelles. Pour autant, il est évident que dans nombre de cas, les lieux de conclusion et d'exécution du contrat, la résidence des parties et la monnaie utilisée sont spécifiées au sein des stipulations contractuelles. En conséquence, même si l'article 3 du règlement « Rome 1 » était amendé, même si les circonstances pertinentes étaient limitées aux dispositions du contrat, un juge pourrait utiliser ce prétexte pour déduire un choix de loi tacite de la localisation de la convention litigieuse.

Ensuite, et plus fondamentalement, la limitation du pouvoir d'appréciation de l'interprète pourrait conduire à ce qu'un certain nombre d'indices pertinents soient ignorés par ce dernier. On songe en particulier au fait que la convention litigieuse s'inscrit au sein d'un ensemble contractuel et au fait qu'elle a été conclue devant l'officier public d'un État déterminé : un notaire français, par exemple¹⁸⁴⁴. Potentiellement, cela pourrait conduire au fait que de véritables choix de loi tacites soient ignorés, et *in fine*, la réalisation de l'objectif de protection des attentes légitimes pourrait être entravée.

986. Au vu de ces difficultés, une autre option peut être envisagée : celle d'un durcissement du standard de preuve.

B) Un durcissement du standard de preuve

987. Le standard de preuve figurant au sein de la version française du règlement ne peut que difficilement être durci, sauf peut-être à ce que l'exigence d'un choix *certain* disparaisse au profit de celle d'un choix *indubitable*. Il nous semble, néanmoins, que ce changement d'adjectif serait peu substantiel¹⁸⁴⁵. Cela est d'autant plus vrai qu'au sens de l'article 3 du règlement « Rome I », le standard de preuve de la certitude ne peut que difficilement être interprété comme renvoyant à une certitude *raisonnable*. En effet, la notion de certitude raisonnable était à l'origine intégrée au sein de la version anglaise de l'article 3 de la convention de Rome : « The choice [of law] must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case ».

988. Au moment de la transformation de la convention de Rome en règlement, les termes de la version anglaise furent critiqués, si bien que la mention de l'expression de certitude raisonnable fut

¹⁸⁴⁴ V. *supra* n° 697.

¹⁸⁴⁵ V. à cet égard, centre national des ressources textuelles et lexicales, « Indubitable » B.) : dont la réalité ne peut être mise en doute. Synon. authentique, *certain*, évident, réel, sûr. Disponible sur : <https://www.cnrtl.fr/definition/indubitable>

abandonnée par le législateur européen au profit de l'exigence d'un choix clairement démontré : « the choice [of law] shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case ». C'est dire qu'interpréter l'exigence d'un choix certain comme renvoyant à la notion de certitude raisonnable serait de notre point de vue contraire à l'intention du législateur européen. Un degré de certitude plus élevé paraît requis.

989. Si, de notre point de vue, le standard de preuve de la version française du règlement ne peut que difficilement être durci, en revanche, l'élévation des standards de preuve figurant actuellement dans les versions anglaise et allemande du règlement « Rome 1 » est concevable. La nécessité d'un choix certain devrait-elle être mentionnée dans toutes les versions linguistiques du règlement ? En cas de réponse affirmative, l'harmonisation des différentes versions linguistiques de l'article 3 serait assurée. Néanmoins, du fait du *Brexit*, le Royaume-Uni ne saura plus être lié par les futurs règlements européens qui pourraient être adoptés en matière de droit international privé. En conséquence, même si la version anglaise d'un nouveau règlement européen faisait mention de cette exigence de certitude, *a priori*, cela n'aurait pas d'impact au Royaume-Uni¹⁸⁴⁶. Au demeurant, nous éprouvons quelques réticences à souscrire à cette option d'une élévation du standard de preuve, car l'exigence d'un choix certain, figurant aujourd'hui dans la version française, nous paraît irréaliste. L'interprète ne parviendra jamais à reconstituer un choix certain ; il ne parviendra jamais à acquérir une entière certitude à ce sujet¹⁸⁴⁷.

990. Certes, on comprend bien pourquoi le standard de preuve de la certitude a été retenu. Il s'agissait, en quelque sorte, d'envoyer aux juridictions nationales un « signal » fort : la caractérisation de choix de loi tacites devrait rester exceptionnelle¹⁸⁴⁸. Reste que, visiblement, le signal n'a pas été correctement déchiffré par les tribunaux des États membres. À tout le moins, en France, l'exigence de certitude n'a pas empêché les tribunaux de faire preuve d'un certain laxisme : les choix de lois implicites sont — de notre point de vue — trop fréquemment caractérisés.

¹⁸⁴⁶ Sauf à ce que le règlement en question soit incorporé au sein de législation du Royaume-Uni.

¹⁸⁴⁷ V. *supra* n° 650.

¹⁸⁴⁸ Dans les débats faisant suite à la communication de Monsieur A. Giardina (« Les contrats liés en droit international privé », *op. cit.*), Monsieur Lagarde a, à cet égard, précisé que « la volonté de la convention [...] était, tout de même, d'essayer de limiter la zone grise de la volonté implicite qui se situerait entre la volonté expresse et la loi applicable objectivement » (TCFDIP 1995-1996, p. 111).

991. Aussi nous détournerons-nous une nouvelle fois de cette voie d'une modification du standard de preuve, pour envisager des solutions plus radicales.

II) Les solutions les plus radicales

992. Deux options plus radicales pourraient, potentiellement, contribuer à rendre les solutions du conflit de lois plus prévisibles. Tout d'abord, on pourrait songer à subordonner la validité du choix de loi à la manifestation d'une volonté expresse (A). Ensuite, il serait possible de coupler deux modifications : une suppression de la volonté tacite, à laquelle viendrait s'ajouter une suppression de la clause d'exception (B).

A) Un abandon du choix tacite

993. Certains auteurs estiment que seuls les choix de loi exprès devraient être pris en considération. La recherche de la volonté tacite devrait être bannie. En France, Monsieur T. Azzi a été le principal défenseur de cette proposition¹⁸⁴⁹ ; proposition qui, sous son influence, a désormais recueilli les suffrages de plusieurs auteurs influents¹⁸⁵⁰. Cette dernière proposition est séduisante. Dans la mesure où la recherche de la volonté tacite a pour effet de compromettre l'impératif de prévisibilité des solutions, il faudrait en quelque sorte couper le mal à sa racine et exiger que la désignation de la loi applicable revête la forme d'une stipulation expresse.

994. En dépit des arguments très forts dont elle peut se prévaloir, cette proposition doit selon nous être écartée. À titre liminaire, on observera qu'en droit comparé, l'admission du choix implicite

¹⁸⁴⁹ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 164 : « L'abandon pur et simple du rattachement fondé sur la volonté tacite permettrait de répondre à toutes les difficultés ». Cependant, il convient de noter que la position de Monsieur Azzi est, en réalité, plus nuancée qu'elle pourrait de prime abord apparaître. En effet, lors des débats ayant fait suite à sa communication, Monsieur T. Azzi a été amené à préciser la teneur des solutions lui paraissant souhaitables : « Vous l'aurez compris, je serais plutôt favorable à un dualisme brut, débarrassé de la solution intermédiaire consistant à admettre un choix tacite. Mais il me semble que certaines manifestations de volonté, qui sont pour l'heure considérées comme tacites, ont en réalité la même valeur qu'un choix exprès, ce qui rend moins catégorique mon propos » (*op. cit.*, p. 182).

En faveur d'une suppression de la volonté tacite, v. aussi J. Hill, M.-N. Shuilleabháin, *Clarkson & Hill's Conflict of Laws*, Oxford University press, 5th edition, 2016, p. 224 ; C.-S. Okoli, G. Arishe, "The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation", *op. cit.*, p. 528.

¹⁸⁵⁰ Ainsi, à la suite de la communication de Monsieur T. Azzi, Monsieur J.-M. Jacquet devait affirmer : « Je serai [...] parfaitement d'accord avec vous et vos conclusions tout à fait drastiques sur le fait qu'aujourd'hui, il n'est plus nécessaire de se référer à la volonté tacite » (« Intervention », *TCFDIP 2010-2012*, p. 180). V. aussi et surtout Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 445 et s.

est la solution la plus souvent consacrée¹⁸⁵¹. Certes, quelques États, tels que la Chine¹⁸⁵², Taïwan¹⁸⁵³ et le Pérou¹⁸⁵⁴, ont formulé une exigence de choix exprès, mais ils sont actuellement *très* minoritaires. Or, le constat de la très large admission du choix tacite doit nous inciter à faire preuve de prudence. Il se pourrait que cette dernière solution ne soit pas entièrement injustifiée. Bien sûr, la perspective comparatiste est insuffisante : le constat du caractère largement prédominant de l'admission du choix implicite ne constitue pas un argument suffisant. Il n'est pas exclu que la quasi-totalité des législateurs soient dans l'erreur. Le droit existant ne peut être assimilé, *a priori* et sans plus d'analyse, au droit le plus souhaitable.

995. Mais en l'occurrence, de notre point de vue, la proposition précitée — celle de la consécration de l'exigence d'un choix exprès — est contestable, car les promoteurs de cette proposition n'accordent pas suffisamment d'importance à l'impératif de protection des légitimes attentes des parties qui, au même titre que l'objectif de prévisibilité des solutions, ressortit au principe de sécurité juridique¹⁸⁵⁵. Cette dernière affirmation doit être nuancée et précisée. L'appréciation des mérites de la proposition examinée n'est pas chose aisée. En effet, l'analyse de la volonté tacite qui doit être initiée pour apprécier l'opportunité de la formulation de l'exigence d'un choix exprès doit être couplée à celle de la clause d'exception. Les deux mécanismes doivent nécessairement être envisagés de concert.

¹⁸⁵¹ V. de ce point de vue l'analyse comparatiste très complète de Monsieur G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, Schulthess, 2021, not. p. 209 et s. où l'auteur présente une synthèse à ce sujet.

V. aussi : C.-S. Okoli, "The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective", *op. cit.*, p. 9-10 ; G. Bouwers, "Tacit choice of law in international commercial contracts: an analysis of Asian jurisdictions and the Asian Principles of Private International Law", *Uniform law review* 2021, p. 14 et s.

¹⁸⁵² G. Bouwers, "Tacit choice of law in international commercial contracts: an analysis of Asian jurisdictions and the Asian Principles of Private International Law", *op. cit.*, p. 18 et s.

¹⁸⁵³ Loi taïwanaise de 2010 sur le droit international privé, article 20.

¹⁸⁵⁴ Code civil du Pérou, article 2095.

¹⁸⁵⁵ Également hostile à la formulation de l'exigence d'un choix exprès, M. Penadés Fons, "Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome", *op. cit.*, p. 276 : "Forcing parties to choose their law expressly would amount to an untenable incompatibility with the simultaneous proclamation of party autonomy as the cornerstone of the system. It would also ignore the reality of international commerce, where detailed agreements coexist with telegraphic contracts that do not reflect all the terms agreed by the parties".

V. aussi A. Mills, *Party Autonomy in Private International Law*, *op. cit.*, p. 341 : "[T]he suggestion by some commentators (and some states in the negotiations for the Rome I Regulation) that this should be resolved by abolishing the possibility of an implied choice of law is ultimately unsatisfactory. This would risk undermining genuine party autonomy and thus ultimately the internal market objectives it seeks to advance. A balanced approach that gives effect to a real, albeit unwritten, choice of law agreement should remain part of choice of law in contract".

V. enfin : G. Bouwers, *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, *op. cit.*, not. p. 217 et p. 246.

Plus exactement, les effets qui découleraient de la formulation de l'exigence d'une désignation expresse de la loi applicable dépendraient nécessairement des nouvelles fonctions dont la clause d'exception pourrait être investie. En d'autres termes, les effets produits par la proposition examinée dépendraient nécessairement de la façon dont les juridictions nationales réagiraient à cette innovation normative.

996. Pour apprécier les effets qui pourraient découler de la suppression de la volonté tacite, deux hypothèses peuvent, en conséquence, être distinguées. Dans la première hypothèse, nous supposons que la prohibition de la recherche de la volonté tacite entraîne, indirectement, une plus fréquente application de la clause d'exception (1). Dans la seconde, nous supposons que le rôle de ce dernier mécanisme demeure inchangé : même si la recherche de la volonté tacite était exclue, la clause d'exception ne s'appliquerait pas plus souvent qu'auparavant (2).

1) Première hypothèse : un accroissement du rôle de la clause d'exception

997. En premier lieu, si l'exclusion de toute possibilité de recherche de la volonté tacite devait advenir, il est possible que les hypothèses qui étaient naguère appréhendées sous l'angle d'un choix de loi implicite le soient, désormais, sous le prisme de la clause d'exception. En d'autres termes, dans les cas où un choix de loi tacite était auparavant caractérisé, les juges, pour parvenir à un résultat identique, utiliseraient la clause d'exception. Par exemple, dans plusieurs de ses stipulations, un contrat se réfère au Code civil français. Aujourd'hui, les juges seraient probablement amenés à considérer qu'un choix tacite de la loi française est caractérisé. Si l'exigence d'un choix exprès était posée par le législateur, les juges ne seraient-ils pas tentés de faire usage — dans un tel cas — de la clause d'exception ? Si une telle hypothèse se réalisait, quelles seraient les conséquences ?

998. Sur le plan pratique, la suppression de la volonté tacite n'aurait que des effets extrêmement limités. Le gain de prévisibilité, de prime abord acquis avec la suppression de la volonté tacite, serait finalement perdu du fait d'un accroissement de la sphère d'application de la clause d'exception¹⁸⁵⁶. Le seul léger surcroît de prévisibilité qui pourrait, peut-être, être obtenu tient au fait que la Cour de

¹⁸⁵⁶ Rapprochement : D. Sindres, « Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié », *op. cit.*, p. 423-424 : « La proposition consistant à substituer au choix tacite la clause d'exception suscite néanmoins des réserves. Loin de supprimer les problèmes soulevés par le choix tacite de lois, elle ne ferait que les déplacer. La clause d'exception suscite en effet un abondant contentieux, essentiellement lié aux conditions de son déclenchement ; or les risques qu'elle fait planer sur la prévisibilité des solutions n'ont rien à envier à ceux qu'engendre la reconnaissance d'un choix tacite de lois. Dans les deux cas, la quête de souplesse peut en effet s'opérer au détriment de la sécurité juridique ».

cassation exerce un certain contrôle sur la mise en œuvre de la clause d'exception¹⁸⁵⁷. Au contraire, la caractérisation d'un choix de loi tacite dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, sur le plan théorique, la suppression de la volonté tacite se révélerait selon nous préjudiciable. Certains auteurs estiment que l'admission du choix tacite provoque des recherches d'intention proprement divinatoire et que l'exercice de reconstitution d'une volonté implicite confine à l'artifice. Une plus grande utilisation de la clause d'exception serait en toute hypothèse préférable : l'usage de la clause d'exception devrait se substituer à celui de la volonté tacite¹⁸⁵⁸.

999. Nous ne pouvons pas nous rallier à une telle analyse, car la clause d'exception a pour fonction de corriger une localisation défectueuse. Au titre de la clause d'exception, seuls les indices localisateurs devraient être pris en considération¹⁸⁵⁹. Si les juridictions nationales devaient être amenées à prendre en considération, au titre de la mise en œuvre de la clause d'exception, des indices comme la présence d'une clause d'élection de for, le renvoi du contrat à une législation nationale donnée, ou encore l'utilisation d'un contrat type, cette fameuse « zone grise située entre le choix et le non-choix »¹⁸⁶⁰, que pourtant les contempteurs de la volonté tacite déploraient, devrait ressurgir sous la forme d'une « localisation subjective » du contrat. Nous ne pouvons, en conséquence, que souscrire à l'analyse qui a été développée par Monsieur D. Sindres : « À vouloir inclure l'expression d'une volonté tacite parmi les critères de déclenchement de la clause d'exception, l'on place en effet sur un même plan critères subjectifs et critères objectifs, choix de lois et localisation du contrat. On ressuscite de la sorte le risque de dérive moniste qu'il s'agissait de combattre »¹⁸⁶¹.

1000. Mais il est également possible qu'il n'y ait pas de hausse du nombre d'hypothèses dans lesquelles la clause d'exception est appliquée.

¹⁸⁵⁷ P. Deumier, M.-E. Ancel, M. Laazouzi, *op. cit.*, p. 231.

¹⁸⁵⁸ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161-162. V. surtout, dans les débats faisant suite à sa communication où l'auteur se positionne très clairement en ce sens : « [I]l me semble donc que, lorsque les parties n'ont pas fait de choix exprès, mais que de nombreux indices militent en faveur de la même loi et que les rattachements fixes applicables en l'absence de choix ne conduisent pas à la compétence de celle-ci, il est préférable, plutôt que de se fonder sur une prétendue volonté tacite, de faire jouer la clause d'exception. L'utilisation de la clause permet d'aboutir au même résultat que le recours à la notion de choix tacite, c'est-à-dire de la loi à laquelle les parties s'attendent, si ce n'est que le juge sera dispensé de se livrer à une analyse psychologique qui, à mon avis, recèle très souvent une part d'artifice ».

¹⁸⁵⁹ V. *supra* n° 866 et s. et n° 892.

¹⁸⁶⁰ T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 161.

¹⁸⁶¹ D. Sindres, « Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié », *op. cit.*, p. 423-424.

2) Deuxième hypothèse : l'absence de renforcement du rôle de la clause d'exception

1001. Si la condition d'une manifestation expresse de volonté était formulée, il est possible que les juges ignorent purement et simplement les indices subjectifs du contrat. Il n'y aurait pas d'extension du domaine d'application de la clause d'exception. En d'autres termes, pour les situations contentieuses dans lesquelles un choix tacite était jusqu'alors caractérisé, les juges feraient tout simplement application de la loi désignée par les critères de rattachement rigides figurant à l'article 4 du règlement « Rome 1 ». Par principe, ils feraient ainsi application de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique du contrat.

1002. Dans cette hypothèse, l'affirmation de l'exigence d'un choix exprès produirait un certain nombre d'effets vertueux. Tout d'abord, cela mettrait fin aux recherches d'intention divinatoires que le processus de reconstitution de la volonté tacite peut parfois provoquer¹⁸⁶². Ensuite, les divergences jurisprudentielles existant du fait de la volonté tacite disparaîtraient. Enfin, sur le plan de la prévisibilité des solutions, il y aurait de prime abord un véritable gain : les différentes incertitudes que la prise en considération de la volonté tacite charrie seraient désormais neutralisées. La *lex contractus* resterait pour partie imprévisible, mais le degré d'imprévisibilité affectant la matière contractuelle serait réduit¹⁸⁶³.

1003. Néanmoins, le rejet de la volonté tacite produirait également des effets nocifs. Tout d'abord, ce rejet aurait pour effet de porter atteinte à la protection des légitimes attentes des parties. Nous avons, en effet, cherché à montrer qu'une « véritable » recherche de la volonté implicite des contractants permettait d'aboutir à l'application de la loi que ces derniers avaient spontanément estimé applicable¹⁸⁶⁴. Lorsqu'un contrat se réfère, dans plusieurs de ses stipulations, à une législation donnée, est-il véritablement opportun d'ignorer l'accord tacite ? Il est permis d'en douter.

¹⁸⁶² T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 164 : « Repousser radicalement toute forme d'accord tacite non contentieux permettrait de couper court aux recherches divinatoires de volonté ».

¹⁸⁶³ Cela tient à l'existence d'au moins trois facteurs différents. En premier lieu, du fait de la spécialisation des règles de conflit figurant à l'article 4, des difficultés de qualification pourraient surgir. En deuxième lieu, en raison de la clause d'exception, la loi qui serait désignée au titre du critère de rattachement rigide pourrait toujours être écartée. En troisième lieu, du fait de l'exception d'ordre public international ou des lois de police, l'application de la loi désignée par l'article 4 pourrait toujours être écartée.

¹⁸⁶⁴ V. *supra* n° 807 et s.

1004. Ensuite, la formulation de cette exigence d'une manifestation expresse de volonté pourrait bien avoir pour effet de mettre en péril la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions. Nous avons vu, en effet, que la plupart des États prévoient que le choix de la *lex contractus* peut être tacite¹⁸⁶⁵. Or, certains auteurs estiment qu'il existe une « règle d'or selon laquelle le meilleur rattachement est celui que la plupart des autres systèmes de droit international privé ont adopté »¹⁸⁶⁶. De notre point de vue, la formule est peut-être un peu trop catégorique, mais ce qui est certain, c'est que l'adoption d'un critère de rattachement trop singulier et trop peu répandu en droit comparé hypothèque la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions et, par là même, rend la loi applicable imprévisible.

En matière de volonté tacite, le risque serait qu'un accord implicite — par hypothèse ignoré par l'ordre juridique français — soit pris en considération par un système juridique étranger auquel le contrat se rattache ; risque qui en l'état des législations et des jurisprudences étrangères paraît non négligeable. Plus précisément, pour les situations intraeuropéennes, en raison de l'unification des règles de conflit, le risque de disharmonie serait inexistant. Mais pour les relations contractuelles dépassant les frontières de l'Union européenne, l'impératif d'harmonie internationale pourrait bien être mis à mal. C'est dire que le gain de prévisibilité, qui paraissait de prime abord acquis avec la suppression de la volonté tacite, pourrait être perdu du fait des risques de disharmonie¹⁸⁶⁷.

1005. Pour conclure, il faut préciser que si, dans un souci didactique, nous avons distingué deux hypothèses, il est possible que la suppression du choix tacite produise des effets qui soient intermédiaires. La formulation de l'exigence d'un choix exprès s'accompagnerait d'une extension de la sphère d'application de la clause d'exception, mais d'une extension qui serait simplement relative. Le domaine laissé vacant à la suite de la condamnation de la recherche de la volonté tacite ne serait que *partiellement* occupé par la clause d'exception.

¹⁸⁶⁵ V. *supra* n° 994.

¹⁸⁶⁶ P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 444. V. aussi *Ibid.*, p. 44 : « L'auteur des règles de droit international privé (législateur ou jurisprudence) devrait avoir pour principal souci d'élaborer des règles identiques à celle que connaissent déjà les autres pays, chaque fois qu'il est possible d'observer une tendance nettement prépondérante en droit international privé comparé. La meilleure règle, dans notre matière, n'est pas celle que la sagacité du législateur lui a permis de découvrir, mais celle sur laquelle l'accord des autres pays s'est fait ».

¹⁸⁶⁷ L'analyse doit cependant être nuancée. Du point de vue de l'harmonie internationale des solutions, la recherche de la volonté tacite ne constitue pas une panacée. Car si dans leur immense majorité les États affirment que le choix de la *lex contractus* peut être tacite, des divergences resurgissent au stade de l'appréciation de la volonté. Dans certains ordres juridiques, les choix de lois implicites sont plus aisément reconnus que dans d'autres. De même, selon les systèmes juridiques, les critères jugés révélateurs d'un choix de loi implicite ne sont pas les mêmes.

Quoi qu'il en soit, un risque existe : la suppression de la volonté tacite pourrait indirectement provoquer une extension du domaine d'application de la clause d'exception. Cette extension aurait pour effet de compromettre l'objectif de restauration de la prévisibilité des solutions ; objectif qui est poursuivi par les contempteurs de la volonté tacite. En d'autres termes, du fait du maintien de la clause d'exception, il est à craindre que les effets escomptés par les promoteurs de la proposition examinée ne se réalisent pas. La proposition pourrait bien manquer sa cible¹⁸⁶⁸.

1006. Afin de neutraliser ce risque, il serait possible de simultanément supprimer la volonté tacite et la clause d'exception.

B) Un abandon du choix tacite et de la clause d'exception

1007. La proposition est radicale et, à la différence de la seule consécration de l'exigence d'un choix exprès, produirait nécessairement des effets considérables. Une véritable appréciation de cette proposition supposerait qu'une étude des mérites et des vices de la clause d'exception soit entreprise. Or, dans le cadre du présent travail, il est impossible de mener une telle étude, car cela nous détournerait de notre sujet. Au demeurant, il nous semble que pour apprécier l'opportunité d'une telle ré-

¹⁸⁶⁸ Rapprochement : M. Penadés Fons, "Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome", *op. cit.*, p. 276 : "In addition, the conception of the gateways [volonté tacite et clause d'exception] as mere interchangeable routes evidences that the removal of one of them would not necessarily increase legal certainty. The unpredictability criticised by those authors would still persist under the remaining gateway. The suggested solution would also frustrate any attempt to eliminate any alleged homeward practice, since the availability of one gateway would suffice for its perpetuation".

forme, il est nécessaire de faire preuve de prudence. Et pour cause, quant à l'opportunité du mécanisme de la clause d'exception, les auteurs les plus influents se sont opposés¹⁸⁶⁹. En conséquence, nous nous bornerons simplement à esquisser quelques brèves remarques, susceptibles d'expliquer pourquoi nous n'avons pas retenu cette solution.

1008. Une telle proposition aurait, nous semble-t-il, pour mérite de véritablement renforcer la prévisibilité des solutions. Lorsqu'elles consulteront les règles de conflit, les parties seront le plus souvent en mesure de déterminer le droit applicable¹⁸⁷⁰. Toutefois, du fait de l'extrême rigidité du système de conflit de lois, l'objectif de protection des légitimes attentes des parties serait gravement mis en péril¹⁸⁷¹. En particulier, si une suppression simultanée de la clause d'exception et de la volonté tacite devait advenir, l'unification du droit applicable aux ensembles contractuels deviendrait impossible. Or, lorsque les liens qui unissent les contrats sont particulièrement forts et structurants, il y a lieu de penser que les parties s'attendent — le plus souvent — à ce que le droit élu au sein d'un contrat soit étendu à l'égard des conventions satellites. Du reste, l'éclatement du droit applicable à un ensemble contractuel provoque une inflation des coûts d'information pesant sur les parties¹⁸⁷².

1009. Plus généralement, dans l'ensemble des hypothèses dans lesquelles un « véritable » choix de loi tacite est susceptible d'être caractérisé, les attentes des parties contractantes risqueraient — du fait

¹⁸⁶⁹ Wengler a pu écrire que « la clause échappatoire constitue une violation de ce droit fondamental qu'est le droit à la certitude du droit » (W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *op. cit.*, p. 668). Monsieur P. Mayer n'a pas non plus dissimulé ses réserves. La clause d'exception « serait acceptable, si la tendance naturelle des juges n'était pas, s'engouffrant dans la brèche, d'écarter le facteur de rattachement chaque fois qu'une autre solution leur paraît plus juste ou qu'ils voient dans la clause le moyen de rendre applicable la loi du for » (P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 170). Monsieur Lequette, enfin, s'est montré critique à l'égard de ce procédé (« Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, not. p. 255 et s.). Au contraire, Madame H. Gaudemet-Tallon est favorable au jeu de la clause d'exception : « Je dirai que les clauses d'exception sont utiles et ne méritent sans doute pas d'être condamnées aussi sévèrement que l'avait fait Wengler en 1990, mais qu'elles doivent être strictement encadrées pour ne pas faire perdre toute signification à la règle » (H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 338). Mais c'est surtout Monsieur P. Lagarde qui, nous semble-t-il, a été le plus grand défenseur de ce mécanisme (P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*).

Pour une défense du mécanisme de la clause d'exception, v. aussi : F. Ferrari, « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art.4 du règlement Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 459 et s. ; F. Ferrari, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *TCFDIP* 2006-2008, Pedone, 2009, p. 115 et s.

¹⁸⁷⁰ Encore que, pour les relations qui transcendent les frontières de l'Union européenne, la multiplicité des systèmes de droit international privé entravera la réalisation de l'objectif de prévisibilité des solutions.

¹⁸⁷¹ V. à cet égard P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, p. 223 qui relève que les rattachement rigides « ne tiennent suffisamment compte *ni* de la localisation concrète de chaque espèce, *ni* par conséquent de l'expectative des parties » (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁸⁷² V. *supra* n° 482.

de l'application d'une règle de conflit objective — d'être gravement compromises. En définitive, il nous semble que la proposition envisagée au titre des présents développements — suppression du choix tacite et suppression de la clause d'exception — produirait un certain nombre de conséquences inopportunes. Il est possible que les avantages d'une telle proposition — du point de vue de la sécurité juridique post-normative en particulier¹⁸⁷³ — excèdent les inconvénients. Il est possible que l'objectif de prévisibilité des solutions soit plus important que celui de protection des attentes des parties ayant pu naître spontanément. Mais pour l'affirmer, une étude plus approfondie serait requise ; étude qui, dans le cadre du présent travail, nous l'avons dit, ne nous paraît pas opportune.

1010. Du fait du nouveau rejet de cette proposition, nous présenterons désormais les solutions qui ont notre faveur.

Sous-section 2 : Les solutions souhaitées

1011. Dans la suite de nos développements, nous allons surtout nous focaliser sur l'article 3 du règlement « Rome 1 » (II). Néanmoins, dans un premier temps, nous souhaitons formuler quelques propositions en matière de compétence internationale et d'arbitrage (I).

I) Propositions relatives aux clauses de choix de for

1012. Distinguons la question des clauses d'élection de for (A) et la question des clauses d'arbitrage (B).

A) Propositions relatives aux clauses d'élection de for

1013. Tout d'abord, en matière de compétence internationale, il serait souhaitable que la Cour de cassation se prononce sur la problématique de la langue de la clause d'élection de for¹⁸⁷⁴. De notre point de vue, la solution devrait être la suivante : par principe, quant à l'appréciation du consentement tacite, la langue de rédaction de la clause devrait être jugée indifférente. Par exception, si le contractant parvient à démontrer qu'il ne maîtrise pas la langue de rédaction de la clause et qu'il lui était impossible d'obtenir une traduction, le consentement ne devrait pas être caractérisé. Une telle solution aurait

¹⁸⁷³ Sur le concept de sécurité juridique post-normative, V. *supra* n° 801.

¹⁸⁷⁴ Sur cette problématique, v. *supra* n° 387.

pour mérite de favoriser la prévisibilité des solutions. Aujourd'hui, des divergences opposent les juridictions du fond et la jurisprudence demande ainsi à être unifiée¹⁸⁷⁵. En outre, certains opérateurs économiques sont amenés à conclure des contrats avec des partenaires situés dans différents États étrangers. Il n'est pas raisonnable d'exiger de ces opérateurs économiques qu'ils transmettent à chaque fois une version différente de leurs conditions générales à leur cocontractant.

1014. Ensuite, quant à l'interprétation des clauses d'élection de for, il serait de notre point de vue souhaitable que le législateur de l'Union européenne consacre une règle matérielle internationale. En vertu de cette dernière, il devrait être présumé — quel que soit le libellé de la clause — que les parties ont voulu centraliser l'ensemble du contentieux contractuel et du contentieux délictuel en lien avec la convention devant le juge élu. Une telle solution présenterait deux avantages. Elle favoriserait l'unification du contentieux. En outre, la prévisibilité des solutions en sortirait renforcée. Aujourd'hui, nous l'avons vu, en jurisprudence, de nombreuses incertitudes gravitent autour de cette question de l'interprétation des clauses d'élection de for¹⁸⁷⁶. Le problème exige ainsi une clarification.

1015. En matière d'arbitrage, quant à l'interprétation des clauses compromissoires, la même solution devrait être consacrée.

B) Propositions relatives aux clauses d'arbitrage

1016. Il serait souhaitable que le législateur français consacre une règle d'interprétation spéciale, dérogeant à l'article 1188 du Code civil. Là encore, il devrait être présumé que les parties ont voulu centraliser l'ensemble du contentieux en lien avec le contrat devant le juge élu. Il s'agirait d'une règle d'interprétation objective, se détachant de l'idée d'une recherche de la commune intention des parties. Une telle solution aurait pour mérite de favoriser l'unification du contentieux et la prévisibilité des solutions. En outre, les divergences jurisprudentielles qui prospèrent aujourd'hui seraient neutralisées. Au demeurant, du point de vue du respect de la volonté des parties, la solution ne serait pas choquante, car il n'est pas absurde de présumer que les parties ont voulu éviter les graves inconvénients procédant d'un éclatement du contentieux¹⁸⁷⁷.

¹⁸⁷⁵ V. *supra* n° 388.

¹⁸⁷⁶ V. *supra* n° 420 et s.

¹⁸⁷⁷ Pour une analyse plus approfondie de cette question, v. V. *supra* n° 444.

1017. Envisageons maintenant les problèmes plus épineux posés par le conflit de lois.

II) Propositions relatives au conflit de lois

1018. Nous allons désormais nous focaliser sur l'article 3 du règlement « Rome 1 ». En cette matière, il était difficile de dégager des solutions parfaitement satisfaisantes, tant la tension existant entre les objectifs de protection des légitimes attentes et de prévisibilité des solutions est forte et difficile à évacuer. En conséquence, nous présenterons tout d'abord nos propositions (A) avant d'envisager, ensuite, les limites de ces dernières (B).

A) Présentation des solutions préconisées

1019. À notre connaissance, la Cour de justice n'a, jusqu'à présent, jamais été interrogée sur la question de l'interprétation de l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Au regard des divergences ayant opposé les juridictions nationales, cela est pour le moins curieux et regrettable¹⁸⁷⁸. Nous ne pouvons que déplorer que dans cette matière, où le dialogue des juges paraît pourtant si désirable, les tribunaux des États membres n'aient pas cru bon d'interroger la Cour de justice¹⁸⁷⁹. Pour que les difficultés suscitées par l'article 3 du règlement « Rome 1 » soient neutralisées, il faudrait que la Cour de justice, la Cour de cassation et plus généralement l'ensemble des juridictions des États membres agissent de concert. L'imposition d'une approche objective de la volonté (1) et une meilleure circonscription des indices pertinents (2) paraissent souhaitables.

¹⁸⁷⁸ Comme cela est noté par Monsieur J. Hill, "divergences in practice are almost bound to remain at least until the Court of Justice acquires jurisdiction to issue authoritative rulings on questions of interpretation referred by national courts" ("Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts", *op. cit.*, p. 325 et s. et not. p. 347).

¹⁸⁷⁹ Il nous paraît possible de considérer que la technique de la question préjudicielle renvoie au concept de dialogue des juges. En effet, une juridiction nationale interroge la Cour de justice et cette dernière répond à la question posée. On notera cependant que pour Madame C. Kessedjian, il n'y a pas de dialogue des juges, car « dans cet exercice, la CJUE est en position hiérarchique supérieure par rapport aux juridictions des États membres. Il y a donc fort peu de place pour un véritable dialogue avec la Cour, même si elle peut demander des éclaircissements à la juridiction qui pose la question préjudicielle. Et il n'y a aucun dialogue avec les autres juridictions des États membres qui seront amenées à appliquer la décision de la Cour puisque celles-ci sont rendues "pour droit" et qu'elles n'auront en rien participé à la question préjudicielle » (« Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur », *RCADI* 2020, t. 42, p. 49 et s. et not. p. 532-533).

1) *L'imposition d'une approche objective de la volonté*

1020. Il nous semble que la Cour de justice devrait imposer une approche objective de la volonté. Pour quelles raisons ? À titre liminaire, et comme nous l'avons déjà noté, nous pouvons relever que les critiques que les internationalistes ont adressées au concept de choix de loi tacite sont très similaires à celles que les civilistes ont formulées à l'encontre de la théorie de la volonté réelle¹⁸⁸⁰. Il se pourrait, en conséquence, que la principale alternative à la théorie de la volonté réelle ayant été suggérée puisse, si elle était transposée sur le plan du droit international privé, fournir des réponses intéressantes. Les principales critiques ayant été émises à l'encontre de la recherche de la volonté tacite sont au nombre de deux.

1021. En premier lieu, les internationalistes ont fait valoir que dans la mesure où la psyché des parties contractantes est insondable, la recherche de la volonté de ces dernières serait divinatoire et renverrait à une dangereuse illusion. L'adoption d'une analyse objective du consentement répondrait à cette critique. Selon cette analyse, en effet, ce qui est reconstitué, ce n'est pas la volonté *réelle*, mais une volonté *apparente*, une volonté juridique. Précisément, le postulat sur lequel repose cette approche est qu'il puisse parfois y avoir une disjonction entre la volonté réelle et la volonté juridique.

Dès lors, si cette approche devait être imposée par la Cour de justice, ce que l'interprète reconstituerait, ce n'est nullement le choix ayant, *en fait*, été effectué par les parties, mais un choix *apparent*. Certes, la notion de volonté apparente est une notion plastique et malléable, susceptible de multiples acceptions. Elle recèle et porte en elle, si ce n'est une forme d'artifice, du moins une certaine forme d'indétermination. Reste que sur le plan théorique, la recherche d'une volonté apparente nous paraît plus satisfaisante et moins artificielle.

1022. En second lieu, nombre d'auteurs ont fait valoir que la recherche de la volonté tacite déboucherait sur des résultats imprévisibles¹⁸⁸¹. Là encore, la théorie de la volonté déclarée apporte une réponse intéressante. En effet, l'adoption d'une approche objective conduit, sous l'impulsion des tribunaux, à l'élaboration d'une liste de cas dans lesquels la volonté est, *en droit*, caractérisée. La notion de volonté cesse d'être perçue comme une simple question de fait, pour être désormais érigée au rang

¹⁸⁸⁰ V. *supra* n° 70 et s.

¹⁸⁸¹ V. *supra* n° 915 et s.

de notion de droit¹⁸⁸². Les conséquences pratiques dérivant de l'adoption de ce type d'analyse seraient non négligeables.

1023. Les Cours suprêmes des États membres de l'Union qui — à l'instar de la Cour de cassation française — ne jugent qu'en droit pourraient désormais intervenir dans le débat. En France, la Cour de cassation serait habilitée à créer un ensemble de règles de droit. Elle pourrait, par exemple, affirmer que la seule présence d'une clause d'élection de for ne suffit pas à révéler un choix de loi tacite. La Cour pourrait, encore, affirmer que le contrat qui se réfère — dans plusieurs de ses clauses — au droit d'un État donné est, par principe, régi par ce droit. Pour citer un dernier exemple, la Cour pourrait affirmer que du point de vue de la recherche de la volonté tacite, la localisation de la relation juridique est dépourvue de toute pertinence. Au demeurant, on notera que la nouvelle motivation des arrêts de cassation permettrait d'exercer ce contrôle avec plus de facilité¹⁸⁸³.

1024. À l'heure actuelle, la Cour de cassation n'a dégagé aucune règle. Elle n'a édicté aucune présomption et n'exerce qu'un contrôle extrêmement réduit¹⁸⁸⁴. C'est là la conséquence du fait qu'elle ne voit dans la question du choix de loi implicite qu'une simple question de fait qui, par conséquent, tomberait en dehors de sa sphère de « compétence ». La reconstitution du choix tacite serait une question d'interprétation qui, comme telle, relèverait — sauf cas de dénaturation — de l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est dire qu'elle est, par la force des choses, abandonnée à la sagacité des juges. La voie empruntée par les tribunaux français est celle de la casuistique, de l'empirisme et d'un tâtonnement permanent. Les juges du fond se contentent de relever une série d'indices, sans que la valeur de tels indices ne soit jamais précisée. La prévisibilité des solutions ne peut, en conséquence, qu'être gravement compromise¹⁸⁸⁵.

1025. Cet état n'a pourtant rien d'inéluctable. Tout d'abord, la question de la reconstitution du choix tacite peut parfaitement être appréhendée comme une question de formation de l'acte juridique. Voir dans la question de la reconstitution du choix de loi tacite un problème d'interprétation n'a rien

¹⁸⁸² V. *supra* n° 71.

¹⁸⁸³ Sur la nouvelle motivation, v. par exemple : P. Deumier, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783 et s. ; R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP* 2016, doct. 632.

¹⁸⁸⁴ En ce sens, N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, p. 241.

¹⁸⁸⁵ V. aussi A. Gridel, obs. sous Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.95, *D.* 2022, p. 1777 : « [L]appréciation de la volonté des parties gagnerait sans doute à être considérée comme un élément de droit, puisque la volonté agit ici comme critère de rattachement ».

d'évident. Et pour cause, l'*electio juris* est très souvent analysée comme un contrat, et non comme une simple clause¹⁸⁸⁶. Dès lors, si le juge estime qu'il existe un choix de loi implicite, il est possible d'affirmer qu'il y a là la consécration d'un acte juridique autonome. Ensuite, on rappellera qu'en matière de renonciation tacite, la Cour de cassation a progressivement exercé un véritable contrôle et que, sur ce fondement, elle a dégagé une série de règles et de principes qui limitent l'imprévisibilité des solutions¹⁸⁸⁷. Or, la question de la caractérisation d'une renonciation tacite n'est pas moins factuelle que celle de la reconstitution d'un choix de loi implicite. La notion de choix résultant des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause devrait ainsi être appréhendée comme une *catégorie juridique*. Par conséquent, lorsque les juges reconstitueront un choix de loi implicite, ils s'assureront que les faits litigieux peuvent « entrer » au sein de cette catégorie juridique. En un mot, ils procéderont à la qualification des faits¹⁸⁸⁸. Or, la Cour de cassation a toujours estimé qu'elle pouvait exercer un contrôle sur la qualification retenue par les juges du fond¹⁸⁸⁹. Quant à la motivation des décisions des juges du fond, la Cour de cassation pourrait également exercer un contrôle plus poussé.

1026. Dans le sillage de la prescription d'une analyse objective du consentement, il reviendrait également à la Cour de justice et aux tribunaux nationaux de définir les indices pertinents.

2) *La circonscription des indices pertinents*

1027. Afin que l'article 3 du règlement « Rome 1 » reçoive une interprétation uniforme, il faudrait, en premier lieu, que la Cour de justice de l'Union établisse une liste d'indices pertinents. Nous avons déjà eu l'occasion de préciser les circonstances de fait qui, selon nous, devraient être prises en considération¹⁸⁹⁰. Il est donc inutile de les rappeler. Notons que quant à d'autres questions, la Cour de justice a d'ores et déjà consacré ce type de solutions. Tout d'abord, dans le cadre de l'interprétation du règlement « Bruxelles 1 », la Cour de justice s'est prononcée sur la notion de « direction des activi-

¹⁸⁸⁶ V. notamment J. Foyer, « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *op. cit.*

¹⁸⁸⁷ V. *supra* n° 78.

¹⁸⁸⁸ Sur le concept de qualification : Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », *op. cit.*

¹⁸⁸⁹ V. par exemple la célèbre affaire « île de la tentation » : Soc. 3 juin 2009, n° 08-40.981, *Bull. civ.* V, n° 141 ; RDT 2009. 507, obs. G. Auzero ; RDC 2009. 1507, note C. Neau-Leduc ; D. 2009. 2517, note B. Edelman ; *ibid.* 1530, obs. M. Serna ; *ibid.* 2116, chron. J.-F. Cesaro et P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2010. 342 et les obs. ; Dr. soc. 2009. 780, avis D. Allix ; *ibid.* 791, obs. J.-J. Dupeyroux ; *ibid.* 930, note C. Radé ; RDT 2009. 507, obs. G. Auzero ; RTD com. 2009. 723, obs. F. Pollaud-Dulian.

¹⁸⁹⁰ V. *supra* n° 665 et s. et n° 891.

tés », figurant aujourd'hui à l'article 17 du règlement « Bruxelles 1 bis » et qui, dans certaines hypothèses, conditionne l'application des dispositions protectrices des consommateurs¹⁸⁹¹. La Cour de justice a, ainsi, établi une liste des indices pouvant démontrer que le professionnel a dirigé ses activités vers l'État membre du consommateur.

Ensuite, et plus fondamentalement, dans l'arrêt *Granarolo*, la Cour de justice s'est expressément prononcée sur une problématique ayant trait à la volonté tacite. La question posée à la Cour de justice portait sur la nature de l'action pour rupture brutale de relations commerciales établies. Une telle action relève-t-elle de la matière délictuelle ? La Cour de justice a affirmé qu'une action fondée sur la rupture de relations commerciales établies ne relève pas de la matière délictuelle pour autant qu'il existe, entre les parties, une relation contractuelle tacite¹⁸⁹². Elle a également donné une liste d'indices pouvant révéler l'existence de cette relation tacite. Ainsi, pour la Cour :

« La démonstration visant à établir l'existence d'une telle relation contractuelle tacite doit reposer sur un faisceau d'éléments concordants, parmi lesquels sont susceptibles de figurer notamment l'existence de relations commerciales établies de longue date, la bonne foi entre les parties, la régularité des transactions et leur évolution dans le temps exprimée en quantité et en valeur, les éventuels accords sur les prix facturés et/ou sur les rabais accordés, ainsi que la correspondance échangée. »

Dans le cadre de l'interprétation de l'article 3 du règlement « Rome 1 », il faudrait que la Cour de justice consacre une solution du même type, qu'elle définisse les indices pertinents. Mais ce n'est pas tout.

1028. En deuxième lieu, il faudrait que la Cour de justice liste les éléments de fait qui, au contraire, ne sauraient révéler un choix de loi implicite. À l'heure actuelle, les juridictions nationales se réfèrent trop fréquemment à des indices étant totalement dépourvus de pertinence. Pour l'heure, le vice le plus pernicieux infectant le raisonnement des juridictions françaises consiste à déduire un choix de la

¹⁸⁹¹ CJUE, 7 décembre 2010, n° C-585/08, *D.* 2011. 990, obs. Manara, note Pancrazi ; *D.* 2011. 908, obs. Durrande ; *D.* 2011. 974, obs. Aubry, Poillot et Sauphanor-Brouillaud ; *D.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011. 2363, obs. Larrieu, Le Stanc et Tréfigny-Goy ; *D.* 2011. 2434, obs. d'Avout et Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2011. 414, note O. Cachard ; *RTD com.* 2011. 663, obs. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD eur.* 2011. 475, obs. S. Guinchard ; *JCP* 2011. 129, note L. d'Avout ; *CCC* 2011, n° 103, note Raymond ; *CCC* 2012, Focus n° 53 ; *Procédures* 2011, n° 585, note C. Nourrissat ; *Europe* 2011, n° 96, note L. Idot ; *RJ com.* 2011. 274, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2011. 511, note Aubert de Vincelles ; *RDC* 2011. 567, note E. Treppoz.

¹⁸⁹² CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo*, aff. C-196/ 15, *Dalloz Actualité* 1^{er} septembre 2016, obs. F. Mélin ; *RDC* 2016. 700, obs. B. Haftel ; *RTD civ.* 2016. 814, obs. L. Usunier ; *RTD civ.* 2016. 837, obs. H. Barbier.

lex contractus de la localisation du contrat litigieux. Or, pour la Cour de justice, il serait particulièrement simple de condamner ce type de raisonnement. Il nous semble que la Cour de justice devrait aussi très clairement écarter le critère de la langue du contrat, qui ne saurait révéler l'existence d'un choix de loi implicite.

1029. En troisième lieu, il faudrait que la Cour de justice précise, autant que faire se peut, la valeur devant être attribuée à chaque indice. Elle ne pourra le faire seule. Il faudra que les juridictions nationales lui prêtent leurs concours. C'est dire qu'il faudrait que les juges européens et nationaux précisent si chaque indice litigieux est, envisagé isolément, susceptible de révéler un choix de loi implicite. Pour l'heure, le plus important serait que la Cour de justice indique très clairement qu'un choix de loi tacite ne saurait être déduit de la simple stipulation d'une clause d'élection de for¹⁸⁹³.

1030. Nous avons jusqu'alors présenté les solutions qui ont notre faveur. Ce faisant, nous nous sommes plutôt efforcés de mettre en lumière les bienfaits pouvant résulter des solutions que nous préconisons. Cependant, pour délivrer une analyse honnête, il convient, maintenant, de mettre en exergue les limites de nos propositions.

B) Les limites des solutions préconisées

1031. Les propositions que nous avons formulées présentent aussi des défauts, que nous n'avons pas cherché à occulter. Tout d'abord, si une intervention de la Cour de justice paraît souhaitable, cette dernière pourrait bien être très tardive. Dans l'intervalle, les incertitudes les plus préjudiciables seraient amenées à subsister (1). Ensuite, même si la Cour de justice intervenait, les solutions relatives à la caractérisation de la volonté tacite demeureraient pour partie imprévisibles (2).

1) Le risque d'une intervention de la Cour de justice trop tardive

1032. Une première limite est d'ordre pratique. Dans l'immédiat, si nous appelons de nos vœux une décision de la Cour de justice, cet appel pourrait, peut-être, sembler quelque peu irréaliste. Il n'est

¹⁸⁹³ Comp : C.-S. Okoli, "The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective", *op. cit.*, p. 16 : "it is suggested that a forum selection agreement should be one that has significant weight in implying a choice of law. However, this weight should not be decisive or one of strong presumption. In other words, the burden of proof should remain with the party seeking to rely on a choice of law through a forum selection agreement". Monsieur Okoli ajoute cependant : "the position advocated in this article is that, globally, there should generally be a corroboration with at least one other significant factor before a forum selection agreement can be used as an indicator to imply a choice of law" (p. 22).

pas certain que la Cour de justice soit amenée à se prononcer sur cette question dans les délais les plus brefs. Or, tant que la Cour de justice ne sera pas intervenue, les solutions relatives au choix tacite demeureront largement imprévisibles et de nouvelles divergences jurisprudentielles pourraient bien voir le jour. D'un point de vue très général, on notera que si la Cour de justice est très fréquemment amenée à se prononcer sur des questions relevant du conflit de juridictions, en matière de conflits de lois, les décisions sont plus rares. À titre de comparaison, il est possible de noter que la Cour de justice n'a qu'assez rarement été amenée à se prononcer sur une question aussi fondamentale que celle de la clause d'exception¹⁸⁹⁴. Cela n'est guère rassurant.

Pour qu'il y ait une véritable unification des règles de droit international privé, l'intervention du législateur européen est insuffisante. Les règles consacrées doivent également faire l'objet d'une interprétation uniforme. Pour l'application de règles reposant sur des notions malléables, comme celle de liens les plus étroits ou de choix tacite, qui, à la différence de règles de conflit rigides, produisent des résultats assez incertains, le dialogue des juges n'est que plus nécessaire.

2) *Le risque d'une persistance de l'insécurité juridique*

1033. Une deuxième limite tient à ce que même si la Cour de justice se prononçait sur la question de la volonté tacite, elle ne pourrait jamais trancher toutes les difficultés d'interprétation¹⁸⁹⁵. En conséquence, et du fait de l'ambiguïté fondamentale de la notion de choix résultant de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, les divergences jurisprudentielles relatives à l'interprétation de l'article 3 du règlement « Rome 1 » pourraient bien subsister. De ce point de vue, la problématique du « Brexit » doit être brièvement mentionnée. Même si le Royaume-Uni est sorti de l'Union européenne, le règlement « Rome 1 » a, en substance, été intégré au sein de la législation

¹⁸⁹⁴ CJCE, 6 octobre 2009, *Intercontainer Interfrigo SC c. Balkenende Oosthuizen BV*, aff. C. 133/08, *Rec. CJCE* I-09687 ; *D.* 2010. 236, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2010. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *D.* 2010. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2011. 1445, obs. H. Kenfack ; *Rev. crit. DIP* 2010. 199, note P. Lagarde ; *RTD com.* 2010. 453, obs. A. Marmissé d'Abbadie d'Arrast ; *RTD com.* 2010. 455, obs. Ph. Delebecque ; *RTD eur.* 2010. 195, chron. L. Grard ; CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, aff. C. 64/12, *RDT* 2013. 785, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2014. 159, obs. E. Pataut ; *JDI* 2014. 4, obs. C. Brière.

¹⁸⁹⁵ V. de ce point de vue, T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 160 : « La Cour de justice sera certainement saisie un jour de cette question. Parviendra-t-elle à imposer une interprétation uniforme de la notion de choix tacite ? On peut en douter. [...] Car par essence, la recherche de la volonté tacite suppose une appréciation au cas par cas : d'un contrat à l'autre, les dispositions et les circonstances susceptibles de servir d'indices varient en effet profondément ».

nationale¹⁸⁹⁶. Cela étant, désormais, le Royaume-Uni ne sera plus lié par les décisions de la Cour de justice ayant été rendues après le 31 décembre 2020¹⁸⁹⁷. Ainsi, même si la Cour de justice se prononçait sur la question de la volonté tacite, le laxisme des juges anglais pourrait bien persister. Au regard de l'objectif d'harmonie internationale des solutions, cela est pour le moins regrettable.

1034. La dernière limite tient à ce que même si nos propositions étaient adoptées, les solutions conflictuelles resteraient pour partie imprévisibles. Le besoin de certitude sera toujours mis à mal, car en matière de reconstitution d'un choix de loi tacite, une certaine dose de casuistique paraît inévitable. C'est ce qui avait déjà été mis en lumière par le livre vert sur la transformation de la convention de Rome en règlement :

« L'intention du législateur ayant été de laisser une grande marge d'appréciation au juge pour interpréter la volonté des parties, l'article 3 [...] est volontairement rédigé en des termes généraux. [...] [S]'agissant alors de décisions au cas par cas, le fait de donner compétence à la Cour de Justice, qui juge en droit et non en fait, ne permettrait pas de connaître à l'avance la solution concrète retenue »¹⁸⁹⁸.

1035. Il reste que, comme l'écrivait Batiffol, « une certitude totale, de caractère mathématique, est impossible en droit dans la majorité des problèmes, et peu désirable : le droit comme toute œuvre vivante ou destinée à la vie, veut quelque souplesse, une marge d'appréciation humaine dans les limites de l'honnêteté intellectuelle et du bon sens [...] »¹⁸⁹⁹. La certitude du droit, le prétendu besoin d'une prévisibilité absolue, que nombre d'auteurs érigent en finalité première de l'art de la législation et de la jurisprudence, est un objectif qui se révèle trop souvent inatteignable¹⁹⁰⁰. Que l'on ne se méprenne pas : la prévisibilité est à nos yeux importante : on a déjà trop souvent insisté sur cet aspect.

¹⁸⁹⁶ The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019.

¹⁸⁹⁷ A. Dickinson, "Realignment of the Planets – Brexit and European Private International Law", *IPRAx*, 2021, p. 213 et s. et not. p. 214. Pour plus de précisions, v. European Union (Withdrawal) Act 2018, section 6.

¹⁸⁹⁸ Les rédacteurs de ce livre vert faisaient toutefois montre d'un certain optimisme, car ils ajoutaient : « Il semble néanmoins raisonnable de penser que la Cour dégagerait au moins les grandes lignes de l'interprétation de l'article 3 1 — réduisant ainsi les incertitudes les plus flagrantes ».

¹⁸⁹⁹ H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 261.

¹⁹⁰⁰ Rapprochement : P. Popelier, « Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker », *op. cit.*, p. 50 : « Indeed, even if we restrict ourselves to the level of laws made by government and Parliament, it is obvious that uncertainty is inevitable ». *Ibid*, p. 53 : « Legal certainty, therefore, does not imply that persons have a right to absolute security. Instead, legal certainty helps people to deal with inevitable uncertainty ».

Néanmoins, un certain degré d'imprévisibilité des solutions judiciaires paraît inévitable : une certitude absolue est une chimère¹⁹⁰¹.

¹⁹⁰¹ V. à cet égard, H.-E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *op. cit.*, p. 21 : « La réalisation de sécurité dans le droit des conflits ne saurait être que relative ». L'auteur note en particulier que « la réalisation complète de la sécurité dans ce domaine se heurte à des difficultés particulières. Celles-ci tiennent aux variations, d'un pays à l'autre, des règles de conflit et des conceptions que celles-ci traduisent ».

Conclusion du chapitre 2

1036. Nous avons essayé de montrer qu'une « véritable » recherche de la volonté tacite avait fréquemment pour effet de rendre les solutions du conflit de lois et du conflit de juridictions imprévisibles. Cela tient à deux raisons complémentaires. Tout d'abord, pour que la reconstitution de la volonté soit opérée, une approche casuistique est souvent nécessaire. Ensuite, en matière de volonté tacite, des divergences jurisprudentielles ont vu le jour et persistent pour partie aujourd'hui. Parfois, ces divergences opposent deux juridictions d'un même État membre. Par exemple, pendant un temps, la première chambre civile et la chambre sociale de la Cour de cassation ont interprété l'article 3 du règlement « Rome 1 » différemment.

Ces divergences jurisprudentielles rendent le droit français plus fragmentaire, plus incertain et plus illisible. Parfois, les divergences opposent les juridictions d'États membres différents. Ainsi, les tribunaux anglais sont plus fréquemment amenés à caractériser des choix de loi tacites que les tribunaux français. L'objectif d'harmonie internationale des solutions est donc compromis et la lésion infligée à l'impératif de prévisibilité des solutions n'en est que plus grande. Or, l'imprévisibilité des solutions conflictuelles n'est pas sans poser problème, car elle a pour corrélat de rendre — médiatement — les droits et obligations substantiels des parties incertains.

1037. Le constat des « maux » nous a alors naturellement amenés à rechercher des « remèdes ». Nous nous sommes essentiellement focalisés sur l'article 3 du règlement « Rome 1 », qui est la disposition ayant suscité le plus de difficultés et qui a été la plus critiquée par la doctrine française. Certaines solutions ont, tout d'abord, été écartées : limitation des circonstances pouvant être prises en considération, élévation du standard de preuve, formulation de l'exigence d'un choix exprès et abandon simultané de la volonté tacite et de la clause d'exception. Nous avons, ensuite, formulé un certain nombre de propositions qui — nous l'espérons — permettraient de limiter l'état d'imprévisibilité chronique affectant la matière contractuelle. Il faudrait que la Cour de justice se prononce sur cette question de la volonté tacite. Il serait souhaitable qu'elle impose une approche objective de la volonté, qu'elle circoncrive plus finement les indices pertinents et qu'elle indique la valeur et le poids devant respectivement être accordés à chaque indice. Elle ne pourra le faire seule, et dans cette tâche, il faudra qu'elle soit assistée par les juridictions des États membres. Du point de vue de l'ordre juridique

français, il est plus que temps que la Cour de cassation procède à un véritable contrôle sur cette question, qu'elle cesse de se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond.

Conclusion du titre 1

1038. Le présent titre avait pour objet de montrer qu'une « véritable » recherche de la volonté tacite répondait à des objectifs de réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de l'impératif de sécurité juridique. Le processus de reconstitution de la volonté implicite constitue, en effet, un instrument de protection des légitimes attentes des parties. Cependant, si la recherche de la volonté tacite a pour effet de protéger les légitimes prévisions des parties, elle rend aussi les solutions des conflits de lois et de juridictions plus imprévisibles.

En définitive, du point de vue de la justice de droit international privé, les résultats découlant de la recherche de la volonté tacite sont finalement assez mitigés. Il reste que la recherche de la volonté tacite nous paraît utile, car elle apporte une forme de souplesse et rend la résolution des conflits de lois et de juridictions moins mécanique. La souplesse est ici au service de la sécurité juridique : la reconstitution d'un accord tacite aboutit à la désignation de la loi ou de la juridiction que les parties auront spontanément estimé « compétents ».

1039. Il reste à revenir sur ce qui, au moins de prime abord, peut apparaître comme un paradoxe. Comment expliquer qu'un même mécanisme juridique protège les attentes des parties, mais rende en même temps les solutions du conflit de lois plus imprévisibles ? L'explication tient à ce que le regard que les parties portent sur leur situation juridique est susceptible d'évoluer. Par le terme d'attentes des parties, nous entendons l'ensemble des croyances que les parties auront spontanément acquises, la multiplicité des convictions ayant émergé *au moment de la constitution du rapport de droit*. À ce stade, les parties ont une vision des problèmes juridiques qui est souvent imparfaite et tronquée.

Ce n'est qu'ultérieurement — souvent parce que la perspective d'un contentieux paraît moins lointaine — que les parties découvriront que leurs croyances étaient pour partie infondées et que les solutions juridiques sont en réalité imprévisibles. En d'autres termes, avec le développement de la relation juridique, les attentes des parties, leurs croyances premières, sont susceptibles de se fissurer. C'est à ce moment que les parties prennent conscience du caractère imprévisible des solutions juri-

diques. Cette prise de conscience découlera toujours d'un surplus d'informations. Le gain d'informations proviendra d'une lecture du contrat plus attentive ou d'une meilleure connaissance des règles de conflit.

1040. Par exemple, un contrat prévoit que l'ensemble des litiges relatifs à *l'interprétation* et à *l'exécution* du contrat relèveront de la compétence des tribunaux français. Supposons, pour les besoins de la démonstration, que les contractants aient spontanément pensé que les tribunaux français étaient compétents pour se prononcer sur l'ensemble des litiges contractuels. Au moment où un contentieux se profile, cependant, ils découvrent que la clause est mal rédigée et qu'il existe, en conséquence, un doute relatif à son champ d'application : peut-elle s'appliquer à des litiges relatifs à la *validité* du contrat ¹⁹⁰²? La découverte peut tenir à deux facteurs. Tout d'abord, il est possible qu'en relisant le contrat, les parties — ou leurs conseils — prennent conscience de l'ambiguïté qui affecte le libellé de la clause d'élection de for. Ensuite, il est possible qu'elles découvrent, après avoir effectué des recherches juridiques plus approfondies, que certaines clauses d'élection de for sont interprétées de façon restrictive et que l'extension de leur champ d'application est, au gré des circonstances d'espèce, susceptible d'être ou non autorisée. En un mot, les contractants découvrent que le tribunal compétent pour statuer sur la question de la validité du contrat est imprévisible.

1041. En définitive, quand nous affirmons que la recherche de la volonté tacite a pour effet de protéger les légitimes attentes des parties, cela signifie — plus précisément — que le processus de reconstitution de la volonté est un instrument de protection des attentes ayant émergé au moment de la constitution de la relation juridique. Cependant, l'admission de la recherche de la volonté tacite — notamment en raison de l'approche casuistique sur laquelle elle repose — crée aussi une succession d'incertitudes. Ces dernières se manifesteront et affecteront le plus souvent les parties à un stade ultérieur de leur relation, à un stade où elles disposent d'informations juridiques plus complètes. Le plus souvent, c'est au moment où la relation des parties se dégrade et où la perspective d'un contentieux ne paraît plus si hypothétique que le problème de l'imprévisibilité des solutions surgit.

1042. Dans le cadre du présent titre, nous avons analysé les fonctions des solutions fondées sur une véritable recherche de la volonté tacite. Nous essaierons maintenant de montrer que les solutions fondées sur des fictions répondent à des impératifs assez différents.

¹⁹⁰² Sur cette problématique, V. *supra* n° 421 et s.

Titre 2 : Les objectifs matériels et procéduraux

1043. Dans le cadre de notre première partie, nous avons cherché à montrer que dans nombre d'hypothèses, la volonté tacite n'était qu'un subterfuge dont le juge usait afin de créer une fiction de contrat. Nous chercherons désormais à montrer que les mécanismes juridiques étant fondés sur ce subterfuge répondent à des impératifs singuliers. En effet, les solutions juridiques fondées sur des fictions de volontés sont principalement inspirées par deux finalités différentes, elles ont répondu à deux impératifs distincts : l'efficacité procédurale et la justice matérielle. En d'autres termes, le plus souvent, ce sont des considérations matérielles ou des considérations ayant trait à la rationalisation de la procédure contentieuse qui ont poussé les juges à user de cet artifice juridique.

1044. Ainsi, le présent titre nous permettra de mesurer le fossé qui sépare les solutions fondées sur des fictions juridiques de celles reposant sur une « véritable » recherche de la volonté des parties. Nous l'avons vu dans le précédent titre, un « véritable » processus de reconstitution de la volonté tacite est un instrument de protection des légitimes attentes des parties au rapport de droit et il constitue, à ce titre, un moyen de réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de l'impératif de sécurité juridique. *Toutes* les solutions fondées sur une « véritable » recherche de la volonté tacite répondent à un impératif de protection des légitimes attentes. Dans certains cas, elles peuvent, en outre, produire d'autres effets vertueux. Mais quoi qu'il en soit, ce qui est notable est que ces différentes solutions ont pour *trait commun* de favoriser la protection des légitimes prévisions des parties.

1045. Les solutions juridiques fondées sur des fictions de volonté peuvent aussi avoir pour effet de protéger les attentes légitimes des parties, mais ce n'est aucunement systématique. Dans bien des cas, elles vont au contraire directement hypothéquer la réalisation de l'objectif de protection des prévisions des parties. En revanche, les mécanismes fondés sur des fictions de volonté sont *presque systématiquement* justifiés par des considérations matérielles ou des considérations tenant à l'efficacité procédurale. En définitive, le présent titre nous permettra de démontrer que les solutions juridiques reposant sur une véritable recherche de la volonté et celles qui dérivent de fictions répondent à des objectifs assez différents.

1046. Ce sont là les lignes de force de notre démonstration, les grandes tendances qui — nous semble-t-il — traversent le droit international privé contemporain. Lorsque les juges se sont fondés sur des fictions de volonté, ils étaient *majoritairement* guidés par des considérations substantielles ou

des considérations tenant à l'efficacité procédurale. Cependant, dans un certain nombre d'hypothèses qui seront ultérieurement étudiées, l'analyse devra être précisée et nuancée.

1047. Au demeurant, une précision d'ordre plus général doit immédiatement être formulée. Si une véritable recherche de la volonté tacite répond le plus souvent à des objectifs de protection des légitimes attentes des parties et de réalisation de la justice *conflictuelle*, dans certains cas, elle peut également servir la justice *matérielle*. Du fait de la consécration du principe d'autonomie de la volonté, en effet, les parties peuvent volontairement soumettre leur rapport de droit à une loi dont la teneur leur paraît particulièrement appropriée¹⁹⁰³. Comme cela est souligné par Monsieur D. Sindres, le principe d'autonomie « octroie aux parties la faculté de choisir la loi la mieux adaptée à la réalisation de leur opération »¹⁹⁰⁴.

1048. Par exemple, le *de cuius* peut volontairement décider de soumettre sa succession à la loi d'un État qui ne connaît pas l'institution de la réserve héréditaire afin de déshériter l'un de ses enfants. Ou encore, des contractants peuvent volontairement décider de soumettre leur contrat à une loi comportant peu de règles impératives. Dans de telles hypothèses, lorsqu'elles ont élu une loi particulière, les parties au rapport de droit poursuivent un objectif matériel¹⁹⁰⁵. En conséquence, la recherche de l'intention implicite des parties — par le juge — aura potentiellement pour corrélat de favoriser la réalisation de l'objectif matériel que les parties auront poursuivi.

¹⁹⁰³ Parmi d'innombrables références, v. par exemple : J.-M. Jacquet, « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », *op. cit.*, p. 920 : « La règle de conflit adopte en effet ce principe [la liberté contractuelle] pour son propre compte au niveau "supranational" auquel elle opère au moins virtuellement, comme toute règle de conflit bilatérale. Il est en effet parfaitement cohérent d'imputer à la liberté contractuelle au niveau des contrats internationaux certains des effets que la matière appelle en propre de façon générale. À savoir, permettre aux parties de sortir par elles-mêmes de l'incertitude qui pourrait peser sur le droit applicable à leur contrat en indiquant quel est celui-ci, et à la même occasion, *réaliser le choix du droit qui conviendra le mieux à leurs intérêts et à l'opération qu'elles entendent réaliser* » (nous soulignons).

En un sens assez similaire : B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Liber Amicorum Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 13 et s. et not p. 15 ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 283 ; D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, p. 304 ; V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 114 et s. et not. p. 121 et s.

V. aussi : Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 206 et s. ; L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, p. 207-208.

¹⁹⁰⁴ « Contrat, principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé », *op. cit.*, p. 176.

¹⁹⁰⁵ Dans une moindre mesure, le choix de for permet également d'atteindre un résultat matériel déterminé, car par ce choix, les parties peuvent éviter l'application de loi de police qui compromettrait la réalisation de leur projet économique. Comme cela est souligné par Madame Blajan, « ce qui se joue au moment du choix de for et du choix de loi peut correspondre à la mise en place de moyens conflictuels permettant aux parties de parvenir au but substantiel qu'elles se sont fixé. Les autonomies conflictuelles sont en effet susceptibles d'être mises au service d'une finalité substantielle commune définie par les parties, donc "redescendues" dans le plan substantiel » (Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, p. 21).

1049. En pratique, toutefois, cette dernière situation devrait se présenter assez rarement. Il est sans doute assez rare que des parties ayant poursuivi un objectif matériel particulier et ayant, ainsi, comparé le contenu des différentes lois en présence n'aient finalement pas affirmé leur volonté expressément. En d'autres termes, si les parties ont poursuivi un objectif matériel spécifique et qu'elles ont — aux fins de la réalisation de cet objectif matériel — eu la volonté de soumettre leur rapport de droit à une loi particulière, elles auront dans la majorité des cas exprimé leur intention explicitement, en usant d'une clause d'*electio juris* correctement rédigée. Quoi qu'il en soit, même si les parties ont poursuivi un objectif matériel, en procédant à une véritable recherche de volonté, le juge se borne à entériner le projet des parties. Lorsqu'il use d'une fiction, c'est le juge qui impose sa propre conception de la justice matérielle. On mesure ainsi l'écart qui existe entre ces deux types de solutions.

1050. Pour étudier les fonctions des mécanismes fondées sur des fictions de volonté, nous étudierons successivement les deux grands types de considérations qui guident l'adoption des solutions juridiques : les considérations tenant à l'efficacité procédurale (chapitre 1) et les considérations matérielles (chapitre 2).

Chapitre 1 : La réalisation d'un objectif d'efficacité procédurale

1051. C'est peut-être un nouveau péché que de se référer à ce terme d'efficacité procédurale, car du fait de son usage ressurgit le spectre de l'analyse économique du droit et les controverses qu'elle charrie¹⁹⁰⁶. Le prisme d'analyse que nous allons adopter, cependant, n'est aucunement celui de l'analyse économique du droit. Tel qu'il sera entendu dans les prochains développements, l'objectif d'efficacité procédurale renvoie à une volonté de rationalisation de la procédure judiciaire : cette dernière devrait être organisée en vue d'une réduction des coûts pesant sur les parties et sur l'institution judiciaire ou arbitrale¹⁹⁰⁷. Précisons que dans le présent chapitre, les termes d'efficacité procédurale, d'économie procédurale et d'économie de procédure peuvent être tenus pour équivalents. Il ne nous a pas semblé opportun de tracer des distinctions entre ces différentes expressions¹⁹⁰⁸.

1052. Le terme de bonne administration de la justice aurait pu également être mobilisé¹⁹⁰⁹. C'est un terme qui est bien connu des internationalistes, car dans le cadre de l'interprétation du règlement « Bruxelles 1 bis »¹⁹¹⁰, ce terme revient très fréquemment sous la plume des juges de Luxembourg¹⁹¹¹. Cependant, il nous a semblé que le concept de bonne administration de la justice était trop fuyant¹⁹¹².

¹⁹⁰⁶ Dans la doctrine de l'analyse économique du droit — *law and economics* en anglais —, l'efficacité constitue en effet un concept cardinal. Ainsi, Monsieur J. Carrascosa González relève qu'au « regard d'une approche du droit international privé au sens du *law and economics*, celui-ci doit rechercher l'efficacité » (« Règle de conflit et théorie économique », *Rev. crit. DIP* 2012 p. 521 et s. et not. p. 525).

Sur les controverses que charrie l'analyse économique du droit, v. par exemple : A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, p. 183 et s. ; A. Bernard, « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806 et s. ; R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », *RTD civ.* 2006, p. 505 et s.

¹⁹⁰⁷ Dans certaines dispositions du Code de procédure civile, l'impératif d'efficacité est implicitement évoqué. Ainsi, l'article 147 du Code de procédure civile prévoit que « [l]e juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir *ce qui est le plus simple et le moins onéreux* ».

¹⁹⁰⁸ Sur la notion d'économie procédurale, v. S. Amrani-Mekki, « L'Economie procédurale », *International Journal of Procedural Law* 2016, p. 7 et s. Le terme d'économie de la justice est parfois également employé. V. par exemple : H. Muir Watt, « La politique de la Cour de cassation en matière de droit international privé : économie de la justice et contentieux international », Conférence prononcée à la Cour de cassation, 18 septembre 2006.

¹⁹⁰⁹ Sur cette notion, v. par exemple, E. Farnoux, thèse, *op. cit.*, p. 110 et s.

¹⁹¹⁰ V. le considérant 16 : « Le for du domicile du défendeur devrait être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter la bonne administration de la justice ». V. aussi règlement « Bruxelles 1 », considérant 12.

¹⁹¹¹ E. Farnoux, thèse, *op. cit.*, p. 112 et s.

¹⁹¹² J. Esquenazi, « Propos introductifs », in M.-F. Bénard, J. Esquenazi, C. Serrano (dir.), *La bonne administration de la justice*, LEJEP, 2023, p. 9. En un sens assez similaire, L. Cadet, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13 et s. et not. p. 13.

Le sens et les contours exacts de la notion sont très discutés. Le concept est également trop extensif, il embrasse une multiplicité d'impératifs procéduraux différents. Ainsi, d'après Monsieur E. Farnoux, le concept de bonne administration de la justice recouvre des objectifs aussi divers que la facilité « d'administration de la règle », la « prévisibilité pour les parties », « [l']efficacité probatoire » et la « commodité pour les deux parties »¹⁹¹³. Or, ce sont des considérations qui sont étrangères aux présents développements. Le terme d'efficience procédurale, plus restrictif et un peu moins opaque, nous a ainsi paru plus satisfaisant.

1053. Dans le contentieux international, les coûts pesant sur les parties sont — comparativement à un procès classique — souvent majorés. Si une telle situation est pour partie inéluctable, il convient de veiller — autant que faire se peut — à ce que les coûts résultant de l'internationalité du litige ne soient pas inutilement démultipliés. Que l'on ne se méprenne pas cependant : il nous semble qu'en elle-même, l'efficience procédurale ne constitue pas nécessairement une justification suffisante. Une solution juridique peut favoriser l'efficience procédurale, mais se révéler par ailleurs dangereuse et inique¹⁹¹⁴. Comme cela est souligné par Monsieur L. Cadiet, « la justice ne doit pas être rendue au moindre coût, mais à un coût *adéquat*, c'est-à-dire dans une mesure qui ne porte pas substantiellement atteinte aux exigences de l'équité processuelle »¹⁹¹⁵. En conséquence, quand nous affirmons qu'un mécanisme fondé sur des fictions de volonté répond à l'impératif d'économie procédurale, cela ne veut pas nécessairement dire que nous le jugeons opportun. Dans nombre de situations, il se pourrait bien que la recherche de l'efficience procédurale conduise à la consécration de solutions dont les inconvénients excèdent largement les avantages attendus.

1054. Quoi qu'il en soit, nombre des solutions fondées sur des fictions de volonté, ou sur un processus de reconstitution de volonté très imparfait, ont favorisé la réalisation de cet objectif d'économie procédurale. En se fondant sur la volonté tacite, la Cour de cassation a notamment promu une politique juridique de faveur à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales. Or,

¹⁹¹³ E. Farnoux, thèse, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹¹⁴ Par exemple, un législateur qui interdirait toute voie de recours pourrait se targuer de favoriser l'efficience procédurale. Néanmoins, du point de vue de la justice, qui constitue l'une des premières finalités du droit, une telle solution serait très discutable, car « la possibilité de former un appel a toujours été considérée comme une garantie de "bonne justice" » (N. Fricero, « Double degré de juridiction : de la « bonne justice » à la « bonne administration de la justice », *Justice et Cassation* 2013, p. 67 et s. et not. p. 68).

¹⁹¹⁵ L. Cadiet, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *op. cit.*, p. 28 (c'est l'auteur qui souligne).

l'une des raisons de cette politique de faveur tient à ce que lorsqu'une sentence arbitrale est insusceptible d'exécution, cette dernière est privée de toute effectivité et les ressources que les parties auront investies dans l'arbitrage l'auront été en vain¹⁹¹⁶.

1055. Ainsi, différentes solutions — fondées sur des fictions de volonté ou à tout le moins sur un processus de reconstitution de la volonté tacite contestable — peuvent être analysées à travers le prisme de cet objectif. C'est bien sûr le cas de l'article 1466 du Code de procédure civile qui favorise la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales¹⁹¹⁷. Nous songeons encore à l'arrêt *Creighton* dans lequel la Cour de cassation a affirmé que l'État s'étant soumis à un arbitrage CCI avait renoncé à son immunité d'exécution¹⁹¹⁸. Pourraient également être mentionnés les arrêts par lesquels la Cour de cassation a affirmé que l'État qui a consenti à l'arbitrage a renoncé à se prévaloir de son immunité de juridiction devant le juge de l'exequatur¹⁹¹⁹. Au-delà de cette politique de faveur à la reconnaissance

¹⁹¹⁶ Du point de vue de l'efficacité procédurale — mais uniquement de ce point de vue —, le fait qu'une sentence soit insusceptible d'exécution est toujours regrettable. Monsieur P. Mayer note ainsi qu'« une sentence vouée à l'inexécution n'est pas un coup d'épée dans l'eau ; elle a un coût, parfois élevé, en frais et en temps perdu pour les deux parties » (P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989, t. 217, p. 325 et s. et not. p. 368).

V. aussi S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 140 : « une sentence à laquelle les États refusent de reconnaître l'autorité de chose jugée par les juridictions étatiques “ne représente en général guère plus qu'un chiffon de papier”, ce qui signifie alors que les ressources engagées par les parties pour obtenir une décision sur leur différend ont été dans une large mesure gaspillées ».

¹⁹¹⁷ V. *supra* n° 202 et s. et n° 213 et s.

De notre point de vue, ce texte repose sur une fiction juridique. Ce texte a pour effet de garantir l'efficacité de la sentence. V. à cet égard : E. Gaillard, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 712-713 : Monsieur Gaillard note que cette règle — en vertu de laquelle une sentence arbitrale ne peut être critiquée devant les juridictions étatiques pour des griefs qui n'ont pas été formulés, « chaque fois que cela était possible », devant la juridiction arbitrale elle-même — contribue à garantir l'efficacité de cette sentence.

¹⁹¹⁸ V. *supra* n° 193 et s.

Comme nous l'avons précédemment souligné, il serait peut-être excessif d'affirmer qu'une telle solution repose sur une fiction, mais à tout le moins, il nous semble que le processus de reconstitution de la volonté est contestable. On peut, en conséquence, se demander si des considérations extérieures à celle du respect de la volonté des parties n'ont pas incité les juridictions françaises à retenir une telle solution. En l'occurrence, cette solution a pour effet de faciliter l'exécution des sentences arbitrales. C'est peut-être cette dernière considération qui a inspiré la solution. Là encore, v. à ce sujet E. Gaillard, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 719 : « L'arrêt *Creighton* s'est efforcé de faire reculer le principe d'immunité d'exécution au bénéfice de l'efficacité des sentences arbitrales mais on a pu constater que cette tentative n'avait pas eu, en pratique, les effets escomptés » (nous soulignons). Quant à cette question, v. également : E. Gaillard, « Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des États et autonomie des personnes morales dépendant d'eux. Réflexion sur trois principes incompatibles », in I. Pingel (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, 2004, p. 119 et s.

¹⁹¹⁹ V. *supra* n° 181.

Du point de vue de la recherche de la volonté, cette solution prête le flanc à la critique. Sur cette question, v. aussi K. Mehtiyeva, « Les immunités et l'exequatur », *op. cit.*, p. 1014 : « La nécessaire extension de la renonciation à l'immunité de juridiction par voie d'arbitrage à la procédure d'exequatur » pourrait être justifié par « le droit des créanciers à l'exécution de leur titre ».

et à l'exécution des sentences arbitrales, les solutions jurisprudentielles semblent inspirées par deux objectifs principaux : la centralisation du contentieux (section 1) et l'accélération de la procédure suivie (section 2).

Section 1 : L'impératif de centralisation du contentieux

1056. Il convient, tant que faire se peut, d'« [é]viter que des litiges liés soient portés devant des juges différents »¹⁹²⁰. L'éclatement du contentieux engendre une démultiplication des coûts pesant sur les parties, il rend la résolution des litiges internationaux plus complexe et plus onéreuse. Surtout, en raison de la fragmentation du contentieux, des décisions contradictoires peuvent être rendues¹⁹²¹. Cet éclatement du contentieux est susceptible de revêtir des formes multiples¹⁹²². Dans sa forme la plus pathologique, un même litige opposant les mêmes parties est porté devant des juridictions différentes. Dans sa forme atténuée, ce sont simplement des litiges similaires, qu'il serait dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de trancher ensemble, qui sont portés devant des juridictions distinctes.

1057. Afin de parer à ces difficultés, différents instruments de concentration du contentieux ont été conçus et mis en place. Les plus connus sont, sans doute, les exceptions de litispendance et de connexité, mais plusieurs règles de compétence ont également pour fonction de permettre une centralisation du contentieux devant un juge unique. En matière familiale, on peut ainsi citer, sans prétention d'exhaustivité, l'article 12 du règlement « Bruxelles 2 *bis* »¹⁹²³, l'article 3) c) et d) du règlement

¹⁹²⁰ O. Boskovic, « L'objectif de concentration du contentieux en droit judiciaire européen », in *TCFDIP 2018-2020*, Pedone, p. 279 et s. et not. p. 281. À ce sujet, v. également : H. Gaudemet-Tallon, « De quelques aspects de la concentration des contentieux en droit communautaire. Les litiges impliquant des juridictions d'États tiers », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 465 et s. ; F. Lecomte, « L'élaboration d'un droit judiciaire européen : le cas de la "concentration du contentieux" », *Revue des affaires européennes* 2021, p. 351 et s.

¹⁹²¹ Sur les avantages résultant de la concentration du contentieux, v. aussi J.-J. Fawcett, « Multi-Party Litigation in Private International Law », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 744 et s. et not. p. 746.

¹⁹²² O. Boskovic, « L'objectif de concentration du contentieux en droit judiciaire européen », *op. cit.*, p. 279.

¹⁹²³ Ce texte prévoit que si certaines conditions sont réunies, les juridictions compétentes pour statuer sur une demande en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont également compétentes pour se prononcer sur une question relative à la responsabilité parentale liée à cette demande.

« aliments »¹⁹²⁴, les articles 4 et 5 des règlements « régimes matrimoniaux » et « partenariats enregistrés »¹⁹²⁵. En matière civile et commerciale, l'article 8 du règlement « Bruxelles 1 bis » et les quatre chefs de compétence qu'il prévoit répondent également à cet impératif d'unification du contentieux. Il n'est pas certain, pourtant, que l'objectif soit véritablement atteint¹⁹²⁶. En matière familiale, Madame R. Legendre a montré que le « phénomène de spécialisation des règles de compétences juridictionnelles » et la « concurrence des compétences prévue par le Règlement Bruxelles II bis et le Règlement Aliments » contribuaient, entre autres facteurs, à favoriser l'éclatement du contentieux¹⁹²⁷. De même, en matière d'arbitrage, la réalisation de l'objectif d'unification du contentieux est sans cesse menacée¹⁹²⁸.

1058. Or, dans bien des situations, afin que le processus d'unification du contentieux soit parachevé, ou du moins favorisé, les juges ont usé du concept de volonté tacite. En arrière-plan de l'impératif de centralisation du contentieux, on trouve l'objectif de prévention des décisions contradictoires, qui peut être rattaché à la justice conflictuelle. Si le législateur et les juridictions françaises cherchent à favoriser la centralisation du contentieux, c'est notamment parce que cela permet d'éviter

¹⁹²⁴ Ces derniers textes prévoient que le créancier d'aliments peut présenter sa demande relative à une obligation alimentaire, lorsque cette dernière « est accessoire à une action principale, relative à l'état des personnes, telle qu'une demande en divorce [sous c)], ou à la responsabilité parentale [sous d)], devant la juridiction compétente pour connaître respectivement de l'une ou de l'autre action » (CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/18, pt. 31, *Procédures* 2019, comm. 287, C. Nourissat ; Europe 2019, comm. 472, L. Idot ; *Dr. fam.* 2020, comm. 36, M. Farge ; *AJ. Fam.* 2020, 63, obs. A. Boiché ; *Dalloz actualité*, 11 octobre 2019, obs. F. Mélin ; *RJPF* 2019/12, obs. S. Godechot-Patris).

¹⁹²⁵ Ces deux textes prévoient que les juridictions compétentes à l'égard d'une affaire de succession ou de désunion sont également compétentes pour se prononcer sur des questions relatives au régime matrimonial ou aux partenariats enregistrés en lien avec lesdites affaires de succession ou de désunion. V. à ce sujet : A. Bonomi, « Compétence accessoire versus proximité et prévisibilité du for : quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des règlements sur les régimes et partenariats », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 227 et s.

¹⁹²⁶ V. à ce sujet, I. Barrière Brousse, « Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 347 et s. et not. p. 354-355.

¹⁹²⁷ R. Legendre, « L'échec de la concentration du contentieux familial dans l'espace judiciaire européen », note sous CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/18 et CJUE, ord., 3 octobre 2019, aff. C-759/18, *Rev. crit. DIP* 2020, p. 503 et s. et not. p. 517 et s. v. aussi *ibid*, p. 519 : « Autonomes, exhaustives, alternatives et impératives : voilà donc les caractéristiques du système de compétence consacré par les Règlements n° 2201/2003 et n° 4/2009 qui provoquent, dans ces deux espèces, l'éclatement du contentieux familial ». V. aussi : L. Usunier, « Recherche système désespérément, ou les règles de compétence internationale de l'Union européenne entre ordre et désordre », in C. Nourissat, L. Pailler (dir.), *Un système de droit international privé de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2023, p. 351 et s. et not. p. 367 : « Dans le cadre des règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II » dans leurs versions successives, [...] l'objectif de concentration du contentieux n'est assuré que très imparfaitement ».

En un sens assez similaire, O. Boskovic, « L'objectif de concentration du contentieux en droit judiciaire européen », *op. cit.*, p. 282.

¹⁹²⁸ V. à cet égard P. Mayer, « La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 129 et s.

que des décisions contradictoires soient prononcées. En conséquence, certaines des solutions juridiques qui seront examinées dans le cadre de cette section – et que nous considérons comme fondées sur des fictions – répondent en partie à un objectif de réalisation de la justice de droit international privé. L'affirmation qui forme le cœur de notre thèse, selon laquelle les solutions fondées sur des fictions seraient inspirées par des objectifs extérieurs à la justice conflictuelle, doit ainsi être nuancée. Il reste qu'en ce qu'elles favorisent la centralisation du contentieux, ces solutions juridiques sont aussi très largement inspirées par un objectif d'économie de procédure qui, lui, est bien extérieur à la justice de droit international privé.

Par exemple, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence répond à cet objectif. Pour se convaincre de son utilité, il suffit de songer à l'hypothèse suivante : un des plaideurs saisit une juridiction qui est, *a priori*, incompétente. Le défendeur comparaît devant cette même juridiction. Il ne conteste pas la compétence du tribunal saisi et se défend sur le fond. En première instance, le tribunal rend un jugement favorable au demandeur. En appel, le défendeur invoque pour la première fois l'incompétence de la juridiction saisie. Si le mécanisme de la prorogation tacite de compétence n'existait pas, le jugement de première instance serait annulé et le demandeur serait ainsi incité à saisir une juridiction étrangère. En conséquence, si le mécanisme de la prorogation tacite de compétence n'existait pas, des risques de dédoublement du contentieux international pèseraient sur les parties au procès. Or, un tel dédoublement du contentieux est loin d'être indifférent. Ayant été poussé à plaider *sur le fond* dans deux pays différents, le demandeur aura perdu beaucoup de temps et il aura bien souvent été contraint de faire face à des dépenses inutiles.

1059. En outre, pour que le contentieux soit centralisé, les juridictions françaises ont cherché à limiter le jeu de certaines règles de compétence exorbitantes (sous-section 1). En se fondant sur des fictions de volonté, les tribunaux français ont également cherché à favoriser l'extension de la compétence des tribunaux arbitraux (sous-section 2). Ils ont enfin cherché à faciliter la reconnaissance des décisions étrangères, ce qui là encore était de nature à favoriser la réalisation de l'objectif de concentration du contentieux (sous-section 3).

Sous-section 1 : La limitation de la portée de règles de compétences exorbitantes

1060. Nous reviendrons successivement sur les concepts mobilisés par la Cour de cassation pour limiter le jeu des articles 14 et 15 (I) et sur les résultats atteints (II).

I) Les concepts mobilisés

1061. En se fondant sur des fictions de volonté, les juridictions françaises ont cherché à limiter la portée du privilège de juridiction concédé par les articles 14 et 15 du Code civil. Plus précisément, elles se sont fondées sur deux concepts qui, pour être liés, demandent à être distingués : le concept de contrat judiciaire et celui de renonciation tacite¹⁹²⁹.

1062. En premier lieu, au XIX^e siècle, la Cour de cassation recourut fréquemment à l'idée d'un contrat judiciaire¹⁹³⁰. Ainsi, en 1882, elle devait affirmer que « lorsque les français soumettent librement aux tribunaux étrangers les différends qu'ils ont avec des étrangers, il se forme entre les parties un contrat judiciaire formant un lien dont les Français pas plus que les étrangers, ne peuvent se délier, en saisissant ensuite les tribunaux français pour leur faire juger de nouveau ce qui a été déjà jugé à l'étranger par leur libre consentement »¹⁹³¹. En l'espèce, le plaideur de nationalité française avait présenté devant les tribunaux italiens une demande aux fins de l'obtention de dommages-intérêts pour retard dans le nolisement d'un navire. Dès lors, il ne pouvait pas reproduire son action devant les tribunaux français. Les risques de dédoublement du contentieux étaient neutralisés. L'invocation d'un contrat judiciaire ne doit, cependant, pas induire en erreur. Selon Holleaux, « [c]ontrat judiciaire, quasi-contrat judiciaire, ce ne sont là que des expressions commodes, qui permettraient de désigner une obligation de bonne foi, *plutôt légale que contractuelle ou volontaire*, et pesant sur celui qui est engagé

¹⁹²⁹ S'ils doivent être distingués, cela tient au fait que la renonciation constitue un acte juridique unilatéral. V. *supra* n° 150.

¹⁹³⁰ Au XX^e siècle, la Cour de cassation continue de se référer à ce concept de contrat judiciaire. Ainsi, en 1912, dans un litige qui n'était pas de nature internationale, la Cour de cassation affirma qu'un contrat judiciaire s'était formé entre les parties par l'effet de l'instance liée entre elles (Req. 29 avril 1912, *DP* 1912. 1. 305 ; *S.* 1913. 1. 185, note Naquet). V. aussi : Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1960, *JCP* 1961. II. 11 980, note Esmein.

¹⁹³¹ Req. 13 février 1882, *S.* 1882. 1. 341, *D.* 1882. 1. 129, *JDI* 1882. 530. Sur cette notion de contrat judiciaire, v. F. Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7^e édition, Rousseau, 1925, p. 678-679 : « L'autorité de la chose jugée dépend moins de la volonté de l'autorité publique étrangère que de la volonté même des parties, entre lesquelles il est intervenu un contrat judiciaire et qui s'en sont remises à la décision d'un arbitre ».

Ce concept de contrat judiciaire tacite a d'ailleurs été, en quelque sorte, repris, modernisé et actualisé pour expliquer les effets de l'injonction de payer prévue par le règlement européen du 12 décembre 2006. Ainsi, selon Monsieur L. d'Avout et Madame M. Lopez de Tejada :

« À la source de l'injonction exécutoire, il y aurait ainsi une convention tacite des parties — une sorte de contrat judiciaire, comme l'on disait naguère — qui produirait par elle-même ses principaux effets (solution du litige et extinction du droit d'agir), dès avant qu'ils ne soient attestés par l'acte du juge, formellement réceptif et non pas substantiellement volitif. C'est peut-être ce qui gît au cœur de la procédure d'injonction de payer, et ce qu'elle recherche principalement : une demande de règlement d'une créance préexistante, virtuellement litigieuse, à laquelle le débiteur accèdera positivement, par un silence qualifié, c'est-à-dire un silence conforme aux prescriptions de la loi instituant la procédure d'injonction de payer. Le silence gardé dans les conditions et pendant la durée légalement prévues vaut consentement » (« Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 717 et s. et not. p. 736-737).

dans une procédure »¹⁹³². Nous serions même tentés d'aller plus loin. Il nous semble que l'invocation d'un contrat judiciaire relève d'une pure fiction¹⁹³³.

1063. En second lieu, dans le cadre de l'interprétation des articles 14 et 15 du Code civil, la Cour de cassation a abondamment mobilisé le concept de renonciation tacite. Elle a estimé que lorsque le bénéficiaire du privilège avait saisi un tribunal étranger ou avait comparu devant ce dernier, sans en contester la compétence, il était présumé avoir renoncé à son privilège de juridiction¹⁹³⁴. Dès lors que le bénéficiaire avait agi à l'étranger, les « portes » de l'ordre juridictionnel français se fermaient : si le bénéficiaire du privilège de juridiction saisissait les tribunaux français, ces derniers se déclaraient incompétents. Par exemple, dans un arrêt rendu le 1^{er} juillet 1896, la Cour de cassation affirma que « si l'art. 14 C. civ. permet de traduire l'étranger devant les tribunaux français pour les obligations par lui contractées envers des Français, cette faculté rentre dans le droit privé des Français qui peuvent par conséquent y renoncer »¹⁹³⁵. En l'espèce, le plaideur de nationalité française avait présenté devant le tribunal de commerce d'Anvers une demande en résiliation d'un contrat de transport et une demande tendant à l'obtention de dommages-intérêts. Il avait d'ailleurs fait appel du jugement rendu par ce tribunal devant la Cour d'appel de Bruxelles. Le litigant français avait ultérieurement saisi les tribunaux français. Sa demande fut jugée irrecevable.

1064. Grâce à la mobilisation du concept de renonciation, les risques d'instance parallèles et de décisions contradictoires furent neutralisés. Mais c'est là évoquer la question des résultats, des effets découlant de la caractérisation de ces renonciations tacites.

II) Les résultats atteints

1065. Par l'entremise de ces actes juridiques factices, la Cour de cassation favorisa la centralisation du contentieux. Il serait très difficile de démontrer que la centralisation du contentieux était le but

¹⁹³² D. Holleaux, « La litispendance internationale », *TCFDIP* 1971-1973, p. 203 et s. et not. p. 208 (nous soulignons).

¹⁹³³ À ce sujet, v. A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Tome VI, 2^e édition, Sirey, 1913 : « Mais, nous dit-on, il n'existe aucune analogie entre une décision judiciaire et un accord de volontés. Le défendeur attiré devant le juge ne consent pas à être jugé : il répond à l'assignation parce qu'il ne peut pas faire autrement, parce que s'il n'y répondait pas, il serait condamné par défaut. Sa volonté ne joue donc aucun rôle dans le jugement rendu sur cette assignation, elle peut être absente : il n'y a pas de contrat. Qu'il n'y ait pas dans la décision qui met fin à un litige, et surtout dans une décision par défaut, un contrat judiciaire véritable, comme celui qui naissant à Rome de la *litis contestatio*, nous le concédons volontiers ; mais tout au moins est-il facile d'y découvrir l'effet d'un rapport quasi-contractuel entre les parties ».

¹⁹³⁴ V. *supra* n° 157 et s.

¹⁹³⁵ Req. 1^{er} juillet 1896, *Gaz. Pal.* 1896. 2. 215, *JDI* 1896. 840.

recherché par les magistrats, l'objectif qui inspirait les décisions. Mais à tout le moins conviendra-t-on que la centralisation du contentieux constituait une conséquence de ce recours aux fictions juridiques. Dès 1827, il fut dans certaines hypothèses considéré que lorsque les tribunaux étrangers avaient été premiers saisis, les juridictions françaises étaient incompétentes ; ou du moins ne pouvaient-elles se déclarer compétentes sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil. Or, il faut bien voir ce que cette solution avait, à l'aube du XIX^e siècle, de remarquable. Par la grâce de ces actes juridiques tacites, se trouvait consacré un succédané de litispendance¹⁹³⁶. Pour un droit qui était encore assez largement pénétré de l'idée de souveraineté, de cloisonnement et d'indépendance des ordres juridictionnels, la solution n'avait rien d'évident. Il faudra d'ailleurs attendre près de 150 ans et l'arrêt *Miniera di Fragne* pour que la Cour de cassation admette expressément la recevabilité de l'exception de litispendance¹⁹³⁷.

1066. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 février 1837 est de ce point de vue intéressant¹⁹³⁸. L'attendu est parlant :

« l'arrêt attaqué constate, en fait, que la demanderesse, lorsqu'elle a intenté son action en France contre les défendeurs avait déjà actionné ces derniers devant un tribunal anglais, en délivrance de son legs et qu'une instance à ce sujet, était encore pendante devant ce tribunal étranger ; qu'en tirant de ce fait la conséquence que la demanderesse avait renoncé au bénéfice de l'art. 14 et en se déclarant par suite incompétente pour statuer sur l'action portée devant elle, la Cour royale de Paris n'a violé ni cet article, ni l'article 171 du Code de procédure civile, et n'a commis aucun excès de pouvoir ».

Commentant cet arrêt, Foelix affirma : « c'est donc à tort qu'on pose encore en principe que la litispendance en pays étranger n'a aucun effet en France »¹⁹³⁹. Par le truchement des fictions de volonté, les risques de développement d'instances parallèles furent ainsi conjurés. Et encore aujourd'hui, les renonciations continuent à être mobilisées et produisent des effets qui — du point de vue de la centralisation du contentieux — se révèlent vertueux.

¹⁹³⁶ Se trouvait également consacré un succédané du principe de reconnaissance de plein droit des décisions.

¹⁹³⁷ Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne*, *Rev. Crit. DIP* 1975. 491, note D. Holleaux, *JDI* 1975. 108, note Ponsard, *GA* n° 54.

¹⁹³⁸ Civ. 14 février 1837, *DP* 1837. 1. 100, *S.* 1837. 1. 251.

¹⁹³⁹ Foelix, *Traité de droit international privé, tome 1*, 4^{ème} édition, Marescq Ainé, 1866, p. 371. V. à cet égard, C. Brière, « La pensée de Foelix : entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 65 et s. et not. p. 81 ; D. Holleaux, « La litispendance internationale », *op. cit.*, p. 207.

1067. D'ailleurs, lorsque les risques de dédoublement du contentieux disparaissent, la Cour de cassation estime que le bénéficiaire du privilège de juridiction a recouvré le bénéfice de ce dernier : la renonciation tacite est ainsi exclue. En effet, lorsque le bénéficiaire du privilège de juridiction se désiste de l'instance en cours à l'étranger, il retrouve le droit de saisir les tribunaux français¹⁹⁴⁰. De même, lorsque le tribunal étranger saisi par le bénéficiaire du privilège juridictionnel se déclare incompétent, ce dernier recouvre le droit de porter son action devant les juridictions françaises¹⁹⁴¹. C'est dire que chaque fois que les risques d'instances parallèles disparaissent, le privilège juridictionnel n'est plus perçu comme gênant et l'existence d'une renonciation tacite est en conséquence exclue.

1068. Quittons maintenant les rives de ce contentieux ayant éclos au XIXe siècle pour envisager un problème contemporain : celui de l'extension de la compétence de l'arbitre. Les solutions apportées par la jurisprudence à ce problème, pour être de prime abord assez éloignées de nos précédents développements, témoignent d'un même esprit de faveur à la centralisation du contentieux.

Sous-section 2 : La politique de faveur à l'extension de la compétence de l'arbitre

1069. Du point de vue de l'efficacité procédurale, il est souhaitable qu'un juge unique soit compétent pour se prononcer sur l'ensemble d'un contentieux dont les composantes paraissent indissociables¹⁹⁴². En matière d'arbitrage, les juges ont ainsi cherché à ce que le contentieux soit — dans toute la mesure du possible — centralisé devant l'arbitre. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'arbitrage international, le souci de centralisation du contentieux est particulièrement manifeste.

Monsieur J.-P. Ancel a d'ailleurs relevé le « pragmatisme qui domine tout le droit de l'arbitrage international : ce qui importe, c'est la réalité économique et l'efficacité de la convention d'arbitrage. D'où la préoccupation d'éviter une dispersion du contentieux arbitral : toutes les parties concernées par le litige peuvent se voir opposer, pour les différends concernant au besoin un ensemble contrac-

¹⁹⁴⁰ V. *supra* n° 170.

¹⁹⁴¹ V. *supra* n° 175.

¹⁹⁴² V. à cet égard : E. Zghal, *La concentration du contentieux en droit international*, thèse, Limoge, 2023, p. 37 : « la dispersion du contentieux devant plusieurs juridictions donne lieu à une augmentation des coûts. Cela suppose qu'une procédure soit introduite devant chaque juridiction concernée avec toutes les conséquences qui en découlent, c'est-à-dire l'engagement d'un avocat et, dans certains cas, des déplacements qui peuvent impliquer, entre autres, des différences linguistiques ce qui n'est pas neutre eu égard des plaideurs ».

tuel, la clause d'arbitrage, partie intégrante — bien qu'indépendante — du contrat à l'exécution duquel elles participent ». Par la grâce du concept de volonté tacite, les clauses d'arbitrage ont été étendues — *ratione materiae* — dans les groupes de contrats (I). Elles ont également été étendues — *ratione personae* — à des non-signataires (II). Dans chacune de ces deux hypothèses, il y a eu un accroissement de la compétence de l'arbitre.

I) L'extension de la compétence de l'arbitre dans les groupes de contrats

1070. Dans les groupes de contrats conclus entre les mêmes parties, les tribunaux français estiment presque systématiquement que l'arbitre dispose d'une compétence globale¹⁹⁴³. Même si la clause d'arbitrage n'est insérée que dans l'une des conventions, il peut se prononcer sur chacun des contrats s'intégrant au sein de l'ensemble. Pour parvenir à ce résultat, les juridictions françaises se fondent actuellement sur le concept de volonté tacite (A). Néanmoins, pour parvenir à des résultats pratiques similaires, d'autres concepts auraient pu être utilement mobilisés (B).

A) L'utilisation du concept de volonté tacite

1071. Nous avons vu que lorsque plusieurs contrats sont liés et concourent à la réalisation d'une même opération économique, les tribunaux français estiment presque systématiquement que la clause d'arbitrage insérée dans l'un d'eux peut être étendue à l'égard des autres contrats s'intégrant au sein de l'ensemble. À tout le moins, lorsque les deux contrats unissent les mêmes parties, la jurisprudence française est très favorable au jeu de l'extension des clauses d'arbitrage¹⁹⁴⁴. L'arbitre est, par conséquent, compétent pour statuer sur les litiges se rapportant à chacun des deux contrats¹⁹⁴⁵.

1072. L'ensemble des solutions jurisprudentielles relatives à l'extension des clauses d'arbitrage témoignent d'un esprit de faveur à la centralisation du contentieux. Certes, que les parties contractantes

¹⁹⁴³ Dès lors que les différentes conventions de l'ensemble comportent des clauses de choix de for incompatibles, l'extension de la compétence de l'arbitre est, toutefois, inconcevable. Par exemple, si l'un des contrats comporte une clause d'arbitrage et que l'autre comporte une clause d'élection de for, l'éclatement du contentieux est inévitable.

¹⁹⁴⁴ V. *supra* n° 464 et s.

¹⁹⁴⁵ J.-P. Ancel, « L'arbitrage international en France (principes et système) », *op. cit.*, p. 201. Monsieur J.-P. Ancel relève ainsi que « l'effet de la clause d'arbitrage s'étend à tous les contrats faisant partie d'un ensemble contractuel, dans lequel un seul contrat la stipule ».

aient elles-mêmes eu la volonté de centraliser l'ensemble de leur contentieux n'est pas inconcevable¹⁹⁴⁶. Comme on a eu l'occasion de le préciser antérieurement, il serait peut-être excessif d'affirmer que ces solutions reposent sur des fictions de volonté¹⁹⁴⁷. Reste que la volonté des parties est assez incertaine. Ce que les juges reconstituent, c'est davantage une volonté hypothétique qu'une véritable volonté, en ce sens que si les parties avaient envisagé la question du juge compétent, elles auraient — assez vraisemblablement — eu la volonté de centraliser l'ensemble du contentieux devant un juge unique. Mais précisément, si les parties n'ont pas inséré de clause d'arbitrage au sein de l'une des conventions, il est à craindre qu'elles aient purement et simplement oublié d'envisager la question du juge compétent pour statuer sur les litiges qui pourraient résulter de cette convention. Or, dans une telle situation, l'allégation d'une volonté tacite constitue un artifice.

1073. Dans la mesure où la volonté exacte des contractants est difficile à reconstituer, il est permis de penser que l'objectif de protection de leurs légitimes prévisions n'est pas la seule considération ayant motivé l'extension. On peut conjecturer que si les tribunaux français sont si prompts à favoriser l'extension des clauses d'arbitrage, c'est aussi parce que cette solution est de nature à permettre une centralisation d'un contentieux dont les composantes sont si étroitement imbriquées. Les juges français ne se sont pas bornés à constater la volonté des parties, ils ont en réalité imposé une politique juridique de faveur à la centralisation du contentieux¹⁹⁴⁸. De fait, cette solution présente plusieurs avantages¹⁹⁴⁹.

¹⁹⁴⁶ En ce sens, v. J. Billemont, thèse, *op. cit.*, p. 370 : « Il n'est pas déraisonnable de penser que les parties à un ensemble contractuel auront entendu soumettre tous les contrats de l'ensemble à un même juge, en cas de litige ».

¹⁹⁴⁷ V. *supra* n° 489 et s.

¹⁹⁴⁸ D'un point de vue plus général, Monsieur Cuniberti a soutenu qu'afin de favoriser l'efficacité de l'arbitrage, les juges français étaient de moins en moins exigeants. Cet auteur écrit ainsi : « I submit that the faith of the French senior judiciary in the importance of the contractual foundation of arbitration has been fading. Increasingly, French senior judges are ready to ignore it in order to pursue other policies, and in particular to promote international arbitration as an efficient mode of dispute resolution. The truth of the matter is that they are not shocked by the idea of an arbitration without consent » (G. Cuniberti, « Beyond Contract – The Case for Default Arbitration in International Commercial Disputes », *Fordham Int'l L.J.* 2009, p. 417 et s. et not. p. 438-439).

¹⁹⁴⁹ V. à cet égard B. Oppetit, « L'arbitrage et les tiers : présentation générale », *Rev. Arb.* 1988, p. 433 et s. et not. p. 435 : « est-il concevable, dès lors qu'une clause compromissoire ne figure pas dans chacun de ces contrats [...], d'attirer dans la même instance arbitrale, pour les avantages évidents qu'offre l'unité du contentieux, l'ensemble des personnes ou des opérations considérées sur la seule base de l'unité économique de l'opération ou de l'identité de parties ? » (nous soulignons).

Comp : D. Cohen, « Arbitrage et groupe de contrats », *op. cit.*, p. 478 : « n'est-il pas hautement souhaitable de favoriser l'unité du contentieux ? Est-il raisonnable et légitime d'entraver celle-ci au risque de vue partielle et tronquée sur une affaire globale, de contrariété de décisions, ou de déni de justice ? En d'autres termes, l'émiettement du règlement des litiges, entre parties identiques ou distinctes, mais liées dans une relation d'affaires, ne heurte-t-il pas la réalité économique et une bonne administration de la justice ? [...] À ces questions, il n'est guère de réponse évidente. Il n'est pas certain que la bonne administration de la justice postule toujours et nécessairement une réunion du contentieux ».

1074. Tout d’abord, lorsque la relation des parties se dégrade, ces dernières ont parfois la volonté de présenter des demandes relatives à chacun des contrats les unissant. Dans une telle situation, et en l’absence d’extension de la clause d’arbitrage, le demandeur sera contraint de saisir deux juridictions différentes : une juridiction arbitrale et une juridiction étatique. Les actes procéduraux devant être effectués seront en conséquence inutilement multipliés et la fragmentation du contentieux débouchera sur une inflation des coûts pesant sur les parties¹⁹⁵⁰. Cela est d’autant plus vrai que les règles procédurales devant être suivies devant chacune des deux juridictions seront fréquemment très différentes.

1075. Ensuite, il est souhaitable que l’arbitre ait une vue de l’ensemble des différends opposant les parties. Pour s’en convaincre, il suffit de songer à l’exemple suivant. Deux contrats concourant à la réalisation d’une même opération économique sont conclus entre les mêmes parties. Ces deux contrats sont expressément soumis au droit français. Le contrat A comporte une clause compromissoire. Le contrat B ne comporte pas de clause de règlement des différends. Le demandeur initie une procédure d’arbitrage dans laquelle il demande des dommages-intérêts pour inexécution du contrat A. En défense, le défendeur se prévaut de l’exception d’inexécution : s’il n’a pas exécuté le contrat A, c’est uniquement parce que le demandeur n’avait pas correctement exécuté le contrat B¹⁹⁵¹.

L’argument aurait des chances de prospérer, car en droit français, il est admis que « l’inexécution d’une convention peut être justifiée, si le cocontractant n’a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d’une convention distincte, dès lors que l’exécution de cette dernière est liée à celle de la première »¹⁹⁵². Mais encore faut-il que l’arbitre soit compétent pour se prononcer sur le contrat B¹⁹⁵³. S’il n’est pas compétent, comment pourrait-il apprécier la mauvaise exécution de ce dernier contrat ? Dans une telle situation, sera-t-il en conséquence tenu de surseoir à statuer, jusqu’à ce qu’un juge étatique se soit prononcé sur l’inexécution du contrat B ? On conviendra qu’une telle situation serait — d’un point de vue pratique — particulièrement malheureuse.

¹⁹⁵⁰ M. Pryles, J.-M. Waincymer, “Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties”, *op. cit.*, p. 438.

¹⁹⁵¹ La défense est ainsi fondée sur l’article 1219 du Code civil, qui prévoit que « une partie peut refuser d’exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l’autre n’exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ».

¹⁹⁵² Com. 12 juillet 2005, n° 03-12.507, *RTD civ.* 2006. 307, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2006. 610, obs. R. Libchaber. V. à ce sujet : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *op. cit.*, p. 858 et s. et not. p. 859.

¹⁹⁵³ On nuancera ultérieurement cette affirmation en évoquant la technique de la prise en considération.

1076. De notre point de vue, l'unification du contentieux paraît — bien souvent — hautement désirable. Mais pour que le contentieux existant au sein du groupe de contrats soit unifié, d'autres instruments auraient-ils pu être mobilisés ? Plutôt que de se fonder sur une volonté qui est, au fond, toujours assez hypothétique, n'aurait-il pas été possible d'atteindre ce même résultat en usant de mécanismes alternatifs ?

B) L'utilisation de concepts alternatifs

1077. Pour parvenir au même résultat, le législateur aurait, tout d'abord, pu consacrer une règle purement objective. Nous entendons par là que le mécanisme de l'extension de la clause d'arbitrage pourrait être fondé sur des données étant totalement extérieures à la volonté des contractants. La règle énoncerait que l'arbitre est compétent pour se prononcer sur tout contrat étant étroitement lié à celui comportant une clause d'arbitrage. Plus précisément, la règle pourrait aisément être assise sur des notions comme celles d'interdépendance contractuelle ou d'indivisibilité des conventions ; autant de concepts connus des juristes français qui, une fois introduits, ne devraient pas engendrer une insécurité juridique insurmontable. En vertu d'une telle règle, l'extension de la clause serait un effet attaché par la loi au caractère indivisible ou interdépendant des conventions.

1078. Le coût symbolique d'une telle consécration serait néanmoins assez considérable, car cela reviendrait — pour le législateur — à expressément reconnaître que l'arbitrage n'est pas toujours fondé sur la volonté des parties. Or, précisément, il est sans cesse affirmé que le caractère volontaire de l'arbitrage fonde la légitimité de ce mode de règlement des litiges¹⁹⁵⁴. La consécration d'une règle d'extension purement objective et entièrement décorrélée de la volonté des parties ébranlerait le fon-

¹⁹⁵⁴ V. à cet égard : M. Pryles, J.M. Waincymer, "Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties", *op. cit.*, p. 438 : « if distinct claims are brought together against the wishes of one party, this might offend against the very foundations of consent as the basis of arbitration ».

dement contractuel de l'arbitrage qui, au sein de la doctrine, constitue le paradigme sur lequel la théorie de l'arbitrage international a été érigée¹⁹⁵⁵. Certes, l'ampleur de l'entaille qui serait ainsi infligée à la dimension conventionnelle de l'arbitrage ne devrait pas être surévaluée. Dans l'hypothèse de l'extension *ratione materiae*, en effet, chacune des deux parties à la procédure a bien accepté de se soumettre à l'arbitrage. Seule la question de l'étendue des litiges tombant dans l'escarcelle de la compétence arbitrale est discutée. Il reste que, comme l'écrivait Motulsky, « statuer “sans compromis” ou statuer “hors des termes du compromis” c'est, pour un arbitre, strictement la même chose : statuer sans investiture ou en dehors de l'investiture, c'est toujours statuer sans droit, c'est toujours manquer du même élément essentiel de la vocation de juge »¹⁹⁵⁶.

1079. Au vu de ces difficultés, une solution moins radicale pourrait être envisagée. Selon Monsieur F.-X. Train, il serait possible de distinguer la condamnation prononcée en raison d'un manquement aux obligations contractuelles et *la prise en considération* d'un contrat pour les besoins de l'accomplissement de la mission de l'arbitre¹⁹⁵⁷. En vertu de cette distinction, les arbitres seraient « autorisés à puiser, le cas échéant dans les contrats qui se situent en dehors des limites de leur compétence, les éléments nécessaires à la résolution du litige dont ils sont compétemment saisis »¹⁹⁵⁸.

De fait, certaines décisions sont fondées sur cette notion de prise en considération. Lorsque les juges recourent à cette technique, il n'y a pas — à proprement parler — une extension de la compétence de l'arbitre. Reste que la mobilisation du concept permet d'éviter l'éclatement du contentieux. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris illustre assez bien cette problématique¹⁹⁵⁹. Dans cette affaire, une

¹⁹⁵⁵ F.-N. del Prado, « The Fallacy of Consent: Should Arbitration Be a Creature of Contract? », *Emory Int'l L. Rev.* 2021, p. 219 et s. et not. p. 221 : « The basic paradigm of arbitration is that consent is the cornerstone of arbitration. Thus, the default rule has always been that, unless the parties agree otherwise, they should resolve their disputes in courts »; B. Hanotiau, « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts Parties Issues », *op. cit.*, p. 254 : « Arbitration is, in essence, consensual by nature ».

Comp : G. Bermann, « International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law », *op. cit.*, p. 58 : « Party consent is the foundation stone of any arbitration (except in the rare instance in which arbitration is mandated by law) ».

Sur cette question, v. A.-M. Steingruber, *Consent in International Arbitration*, Oxford International Arbitration, 2012, not. p. 11 et s.

¹⁹⁵⁶ H. Motulsky, « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire, *JCP G* 1954, I, p. 1194 et s., reproduits in *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, p. 189 et s. et not. p. 200.

¹⁹⁵⁷ F.-X. Train : « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 425-426.

¹⁹⁵⁸ F.-X. Train : « L'extension de la clause compromissoire — chronique des années 2012-2017 », *op. cit.*, p. 424.

¹⁹⁵⁹ CA Paris, 10 mai 2016, *M.B.S. Diem c/SA Ascot Commodities*, *Rev. arb.* 2017. 592.

société de droit suisse et un commerçant sénégalais avaient conclu quatre contrats de vente de riz. Trois de ces contrats comportaient une clause d'arbitrage, en faveur de la chambre arbitrale internationale de Paris. Le quatrième prévoyait le recours à un arbitrage de la *Grain and food trade association*. L'acquéreur ne s'était pas acquitté du prix des marchandises. Ce défaut de paiement avait conduit les parties à conclure une convention de gage et une convention de séquestre, qui avaient pour fonction d'encadrer l'apurement progressif de la dette. Elles comportaient une clause attribuant compétence aux tribunaux de Dakar. Finalement, comme l'acquéreur ne s'était toujours pas acquitté de ses obligations, la société suisse a initié une procédure d'arbitrage. L'arbitre était sans conteste compétent pour se prononcer sur trois des quatre contrats de vente. De même, il était sans conteste incompétent à l'égard des trois autres contrats. En l'espèce, la seule question discutée fut celle des conséquences dérivant de l'incompétence partielle du tribunal arbitral.

L'arbitre devait en effet fixer le montant de la créance du vendeur résultant de l'inexécution des trois contrats de vente. Afin de déterminer le montant de cette créance, il devait prendre en considération différents éléments. Tout d'abord, il devait prendre en compte l'imputation des paiements partiels faits au titre de chacun des contrats de vente, sachant que l'un d'entre eux relevait de la compétence d'une autre juridiction arbitrale. Il devait, ensuite, prendre en compte les conventions de séquestre et de gage, car il était allégué que ces dernières exerçaient une influence sur l'exigibilité de la dette. L'arbitre devait-il surseoir à statuer ? Devait-il poser une question préjudicielle à la juridiction sénégalaise, comme cela était suggéré par l'un des plaideurs ?

Le tribunal arbitral avait considéré qu'il pouvait prendre en considération les contrats qui se situaient en dehors de l'orbite de sa compétence, car ces derniers étaient liés à ceux comportant une clause d'arbitrage. La Cour d'appel de Paris approuva le raisonnement arbitral. Elle affirma qu'un tribunal arbitral ne pouvait pas poser une question préjudicielle à une juridiction étatique. Le tribunal arbitral devait, en conséquence, « résoudre toutes les difficultés dont la solution est un préalable nécessaire à celle du litige dont il est compétemment saisi au principal, à moins que ces questions ne soient par nature inarbitrables ». En l'espèce, dans la mesure où la liquidation de la créance découlant des contrats de vente comportant une clause compromissoire relevait de la compétence du tribunal arbitral, ce dernier, « en prenant en compte, à titre de fait nécessaire à la solution de ce différend et, en particulier, à la recherche de la commune intention des parties relative à l'exigibilité de la dette, l'existence des conventions de gage et de séquestre qui stipulaient une clause d'élection de for, n'a ni outrepassé sa compétence, ni méconnu sa mission ».

1080. On mesure par-là que même lorsqu'il existe un éclatement de la compétence, la technique de la prise en considération peut constituer un palliatif intéressant. Reste qu'il est possible de se demander si l'utilisation de ce concept de prise en considération est plus satisfaisante. Le concept est obscur et nébuleux. Qu'il puisse être utile d'y recourir lorsque — comme dans l'exemple précité — les différents contrats comportent des clauses de choix de for incompatibles, cela ne nous paraît pas discutable. Qu'il faille user de cette technique dans d'autres hypothèses paraît plus contestable. En définitive, de notre point de vue, la meilleure solution serait tout simplement de consacrer une règle purement objective. En présence d'un ensemble contractuel indivisible, la clause d'arbitrage insérée dans une des conventions devrait, en vertu de la loi et sans qu'il soit nécessaire de rechercher la volonté des parties, être étendue à l'égard des autres contrats de l'ensemble. En présence de clauses de choix de for incompatibles, l'extension ne devrait pas être admise et la technique de la prise en considération permettra de limiter les difficultés procédant de la fragmentation du contentieux.

1081. Quoi qu'il en soit, pour l'heure, dans les ensembles contractuels, les solutions relatives à l'extension des clauses d'arbitrage sont fondées sur le concept de volonté tacite. Il en est de même en matière d'extension *ratione personae*.

II) L'extension de la compétence de l'arbitre à des non-signataires

1082. Les clauses d'arbitrage peuvent être étendues à l'égard de personnes qui n'en sont pas les signataires. En raison de l'extension, le non-signataire est assimilé à une partie à la convention d'arbitrage. La Cour de cassation estime, en effet, qu'une clause compromissoire peut être « opposée » à toute personne étant intervenue dans la négociation, l'exécution ou la résiliation du contrat comportant cette clause¹⁹⁶⁰. Cette extension qui, pour l'heure, est fondée sur le concept de volonté tacite, peut se révéler vertueuse, car elle débouche sur une centralisation du contentieux (A)¹⁹⁶¹. Il reste à

¹⁹⁶⁰ V. *supra* n° 518 et s.

¹⁹⁶¹ J.-P. Ancel, « L'arbitrage international en France (principes et système) », *op. cit.*, p. 202 : « L'extension de l'effet obligatoire de la clause à des contractants non signataires permet d'assurer la complétude du contentieux devant l'arbitre, et d'en éviter l'éparpillement au gré des divers intervenants dans l'exécution du contrat ».

V. aussi C. Debourg, « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *op. cit.*, p. 15 : « Si les fondements juridiques sont complexes, les raisons d'opportunité qui justifient le recours à l'extension sont, elles, aisément identifiables. Il s'agit d'éviter un morcellement du contentieux, porteur de nombreux maux : augmentation des coûts, risque d'incohérence, risque d'appréciation partielle d'une situation litigieuse et *in fine*, risque de contrariétés de décisions. Le mécanisme est ainsi mobilisé au nom de la bonne administration de la justice, dans une optique de faveur à l'arbitrage ».

déterminer si d'autres mécanismes ne pourraient pas être employés pour parvenir au même résultat (B).

A) L'utilisation du concept de volonté tacite

1083. Nous avons préalablement souligné que lorsqu'elle était amenée à se prononcer sur la question de l'existence d'une extension *ratione personae*, la jurisprudence française faisait preuve d'un certain laxisme. Nous entendons par là que la jurisprudence française est très favorable au jeu de l'extension *ratione personae* et que l'expansion de la compétence du tribunal arbitral est très aisément admise. Or si, dans certains cas, le processus de reconstitution de la volonté tacite qui sous-tend l'extension est assez convaincant¹⁹⁶², dans d'autres, il n'emporte aucunement la conviction¹⁹⁶³. En d'autres termes, de notre point de vue, nombre des décisions françaises ayant admis l'extension de la clause d'arbitrage reposent sur des fictions de volonté.

1084. On peut conjecturer que si les tribunaux français sont si prompts à user de cet artifice, c'est aux fins de la réalisation d'un objectif de concentration du contentieux international¹⁹⁶⁴. En d'autres termes, nous croyons que sous couvert de reconstitution de la volonté implicite des parties, les tribunaux français ont impulsé une politique juridique de faveur à la centralisation du contentieux¹⁹⁶⁵. D'ailleurs, dans l'arrêt *Jaguar*, la Cour d'appel de Paris a elle-même affirmé que « les effets de la clause compromissoire s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors

¹⁹⁶² Du moins si l'on adopte une analyse objective du consentement.

¹⁹⁶³ V. *supra* n° 551 et s.

¹⁹⁶⁴ Notant que l'extension de la clause favorise la centralisation du contentieux : M. de Fontmichel, « Le consentement à l'arbitrage, aspects originaux du droit français de l'arbitrage international *op. cit.*, p. 33 ; A. Bencheneb, « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », *op. cit.*, p. 73 ; N.K. Kerameus, « L'engagement des sociétés d'un groupe à l'arbitrage — Une approche comparative », *op. cit.*, p. 618 ; A. Bessis, « L'extension *ratione personae* des conventions d'arbitrage international : vers un retour au droit des obligations ? », *LPA*, 2 août 2012, p. 6 et s. et not. n° 8 ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 250. En un sens assez similaire, mais où l'auteur évoque davantage l'idée de faveur à l'arbitrage, v. E. Loquin, « Clauses compromissoires et groupe de sociétés, approche méthodologique », *op. cit.*, p. 249.

¹⁹⁶⁵ J.-P. Ancel, « Un remède : la concentration du contentieux devant l'arbitre. Extension et transmission de la clause d'arbitrage », in B. Darmois, E. Glucksmann (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 67 et s. et not. p. 146 : « L'objectif de la règle est tout aussi clair : concentrer l'ensemble du contentieux né du contrat devant l'arbitre, et éviter son éparpillement — évidemment désastreux pour la bonne administration de la justice — arbitrale en l'occurrence ».

V. aussi Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 702 : « appliqué strictement à propos de la convention d'arbitrage, le principe de l'effet relatif des conventions serait susceptible de nuire à l'efficacité de l'arbitrage pour la résolution de litiges apparaissant dans le cadre de schémas contractuels complexes. À titre d'exemple, dans un contentieux relatif à un groupe de contrats ou un ensemble contractuel impliquant plusieurs parties, il pourrait conduire à un éparpillement du contentieux, à la multiplication de procédures parallèles, et donc à des décisions contradictoires ».

que leur situation et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de cette clause *afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige*»¹⁹⁶⁶. C'était là reconnaître qu'un but, différant de celui du respect de la volonté des contractants, justifiait le principe ainsi affirmé¹⁹⁶⁷.

1085. De fait, le problème de l'éclatement du contentieux est loin d'être anecdotique : les enjeux qui gravitent autour de cette question sont considérables. Sous la pression d'une ingénierie sociétaire en constante voie de sophistication et de l'émergence de vastes entreprises multinationales constituées sous la forme de groupes de sociétés jaillissent d'importants problèmes de concentration du contentieux. Monsieur L. d'Avout a ainsi souligné que « dans les litiges d'une certaine dimension, sont régulièrement impliquées diverses entités, en défense spécialement ; par exemple, diverses sociétés appartenant à un même groupe »¹⁹⁶⁸.

1086. Pour que les risques d'éparpillement du contentieux soient conjurés, les tribunaux étatiques peuvent user de différents mécanismes : appel en garantie, intervention forcée ou volontaire, jonction d'instances. Pour les tribunaux arbitraux, au contraire, de tels mécanismes sont — en raison du caractère conventionnel de l'arbitrage — plus difficilement mobilisables¹⁹⁶⁹. Dans un tel contexte, le procédé de l'extension de la clause d'arbitrage semble *a priori* constituer le seul remède à la disposition de l'arbitre. Ainsi, en matière arbitrale, le refus d'une extension de la clause compromissaire à un non-signataire est, comme en matière d'extension *ratione materiae*, porteur d'un risque de morcellement et d'atomisation du contentieux¹⁹⁷⁰. Quelles sont les conséquences dérivant de cette décentralisation du contentieux ?

¹⁹⁶⁶ CA Paris, 7 décembre 1994, *Jaguar, RTD com.* 1995. 401, obs. J.C. Dubarry, E. Loquin ; *Rev. arb.* 1996. 245, note Ch. Jarrosson.

¹⁹⁶⁷ B. Hanotiau, « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *op. cit.*, n° 11 : « Finalement, l'on ne peut pas s'empêcher de considérer qu'un souci d'équité ou de bonne administration de la justice détermine parfois la décision des juges et des arbitres. La question a parfois été posée de savoir si en fin de compte, l'équité n'est pas pour certains la considération suprême, toutes les autres théories avancées pour justifier la décision retenue n'étant en fin de compte que des créations *ex post facto* ».

¹⁹⁶⁸ L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 640-641. Précisons que les observations de Monsieur d'Avout ne concernent pas l'arbitrage international.

¹⁹⁶⁹ P. Mayer, « La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? », *op. cit.*, p. 129. La Cour d'appel de Paris a ainsi affirmé que « les règles du droit de l'arbitrage, fondées sur le caractère consensuel de la clause compromissaire, ne permettent pas d'étendre à des tiers, étranger au contrat, les effets de la convention litigieuse et font obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie » (CA Paris, 19 décembre 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 359 et s.).

¹⁹⁷⁰ Comp : P. Mayer, « La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, *op. cit.*, p. 132.

1087. Tout d'abord, en l'absence d'extension, le demandeur sera contraint de plaider devant deux juridictions différentes. Par là même, on mesure que cette fragmentation du contentieux est susceptible de déboucher sur un accroissement des coûts procéduraux pesant sur les contractants. Les actes de procédure devant être accomplis seront, en effet, inutilement démultipliés. Cela nous paraît d'autant plus problématique que la procédure qui est suivie devant les juridictions étatiques peut-être très différente de la procédure arbitrale. Dans cette dernière hypothèse, les difficultés résultant de la démultiplication des actes procéduraux devant être accomplis seront alors exacerbées. Ensuite, l'atomisation du contentieux peut déboucher sur le prononcé de décisions contradictoires¹⁹⁷¹.

Enfin, en l'absence d'extension, la vue que l'arbitre porte sur le litige est nécessairement tronquée. Bien souvent, le demandeur cherche à actionner la responsabilité de chacun de ces deux partenaires : le signataire et le non-signataire. Or, en présence d'un éclatement du contentieux, toute condamnation *in solidum* devient impossible¹⁹⁷². Du reste, il est souhaitable que l'arbitre puisse se prononcer sur les torts de chacun des deux protagonistes, qu'il puisse simultanément apprécier leurs fautes. Pour le montrer, on peut raisonner sur l'exemple suivant.

L'arbitre estime que le signataire est le principal responsable, le principal fautif et que le non-signataire n'a eu qu'un rôle mineur. Le juge étatique estime au contraire que c'est le non-signataire qui est le principal responsable et le premier fautif. Dans une telle situation, les dommages-intérêts qui seront versés au demandeur risquent d'être artificiellement gonflés¹⁹⁷³. En définitive, la fragmentation du contentieux peut déboucher sur une majoration artificielle des dommages-intérêts alloués au demandeur ou, au contraire, sur une regrettable minoration de ces derniers. Mais on touche alors du doigt un autre phénomène : celui de la justice matérielle que nous évoquerons plus longuement dans des développements ultérieurs.

¹⁹⁷¹ Ph. Leboulanger, « Propos introductifs relatifs aux problématiques spécifiques à l'arbitrage commercial international », in B. Darmon, E. Glucksmann (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 67 et s. et not. p. 70 : « L'extension au tiers non-signataire permet de concentrer le contentieux devant le tribunal arbitral, en évitant l'éparpillement des procédures et le risque de sentences contradictoires ».

¹⁹⁷² En droit français, une condamnation *in solidum* est possible lorsque l'un des auteurs est tenu délictuellement et l'autre contractuellement : Com. 22 février 2000, n° 97-18.728, *CCC* 2000, n° 81, obs. M. Malaurie-Vignal ; Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, n° 94-12.228, *Bull. civ. I*, n° 154 ; Com. 17 octobre 1995, n° 93-13.498, *Bull. civ. IV*, n° 238 ; D. 1995. IR. 236 ; Civ. 1^{ère}, 11 juin 1976, n° 75-10.491, *Bull. civ. III*, n° 260 ; Civ. 3^{ème}, 5 décembre 1972, n° 71-13.818, *Bull. civ. II*, n° 651, D. 1973. 401, note J. Mazeaud ; Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1958, D. 1958. 763 ; Civ. 29 novembre 1948, D. 1949. 117, note H. Lalou.

¹⁹⁷³ Étant entendu que les solutions prononcées dépendront évidemment du droit applicable à chacune des deux actions.

1088. En définitive, la politique juridique de faveur à la centralisation du contentieux est porteuse de bienfaits qu'il est difficile d'ignorer¹⁹⁷⁴. Il est vrai que la solution ne présente pas que des avantages. Elle est, tout d'abord, créatrice d'insécurité juridique. Selon Messieurs Ortscheidt et Séragliani, « la notion “d'implication”, quelque peu “mystérieuse” et en tout cas particulièrement malléable introduit ici une grande dose d'imprévisibilité »¹⁹⁷⁵. De même, Monsieur J.-B. Racine estime que le principe général d'extension engendre une « grande casuistique » : « Dire si un tiers est impliqué ou non dans l'exécution du contrat contenant une convention d'arbitrage est une question éminemment factuelle. Tout dépend donc des circonstances de l'espèce, du comportement qu'a eu le tiers et des conséquences que l'on est en droit d'en tirer »¹⁹⁷⁶. De notre point de vue, cette analyse pourrait être nuancée, car un examen de l'ensemble de la jurisprudence française démontre qu'en réalité, l'extension de la clause d'arbitrage est presque systématique. Même si les actes d'immixtion du non-signataire sont peu significatifs, la clause est étendue. En conséquence, de notre point de vue, dans nombre des cas ayant été soumis à la jurisprudence française, l'extension de la clause compromissoire était raisonnablement prévisible.

1089. Ensuite, en raison de cette politique de faveur à l'unification du contentieux, une personne qui n'a pas véritablement accepté la clause compromissoire peut se trouver atraite devant un tribunal arbitral¹⁹⁷⁷. C'est dire qu'il y a un risque d'arbitrage forcé. Pour Heuzé, « la jurisprudence qui déclare tenues par des accords compromissaires des personnes qui n'y ont cependant pas consenti » est « choquante »¹⁹⁷⁸. Et l'auteur ajoute :

« la seule allégation de la “volonté tacite” des intéressés, dont les juges se contentent parfois, est [...] un pur artifice, qui se réduit à la simple négation de la question même à laquelle il convient pourtant de répondre (qu'est-ce qu'opposer sa “volonté tacite” à qui invoque son défaut de consentement, sinon le traiter de menteur

¹⁹⁷⁴ v. aussi I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés », *op. cit.*, p. 106 : « L'idée-force qui se dégage des décisions qui ont admis l'extension est que la participation de la société non signataire est conforme à une bonne administration de la justice et aux besoins du commerce international. Il n'y a qu'avantage, en matière de frais, de délais, de commodité des parties, à grouper dans une même instance des prétentions connexes. L'on évitera, surtout, les risques de contrariété des décisions » ; Y. Derains, S. Schaf, « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », *op. cit.*, p. 232 : « L'interprétation stricte des clauses d'arbitrage risque [...] d'entraîner un émiettement du contentieux relatif à un projet unique, avec une augmentation consécutive des coûts et des délais, ainsi que des contrariétés de décision ».

¹⁹⁷⁵ Ch. Séragliani, J. Ortscheidt, *op. cit.*, p. 706.

¹⁹⁷⁶ J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 250-251.

¹⁹⁷⁷ M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *op. cit.*, p. 722 : L'approche retenue par les juridictions françaises en matière d'extension « revient en fait à introduire des arbitrages forcés ».

¹⁹⁷⁸ V. Heuzé, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880 et s. et not. p. 2880.

ou d'imbécile ?), mais ne révèle nullement ce qui rend cette volonté certaine non plus même que simplement plausible, et peut de toute façon être objecté à n'importe qui »¹⁹⁷⁹.

1090. En conséquence, l'opportunité de la jurisprudence sur l'extension *ratione personae* est sujette à débats. Il s'agit d'un problème de politique juridique qui, comme tel, est situé en dehors de l'orbite de la science du droit. Quoi qu'il en soit, une question subsiste : afin d'atteindre ce résultat, l'usage de ces fictions juridiques était-il nécessaire ?

B) Le recours à une règle purement objective

1091. Là encore, il convient de noter que pour parvenir à l'unification du contentieux, le législateur pourrait parfaitement consacrer une règle purement objective qui, comme telle, serait déconnectée d'une prétendue recherche de la volonté des parties. Il serait simplement prévu que dès lors qu'un non-signataire s'est immiscé dans l'opération contractuelle, qu'il a activement participé aux négociations, à l'exécution ou à la résiliation du contrat comportant la clause d'arbitrage, ce dernier est lié par la clause. C'est une solution qui, pendant un temps, semblait avoir été adoptée par la Cour de cassation. Comme nous l'avons préalablement noté, dans un arrêt retentissant, la Cour de cassation avait affirmé que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend[ait] aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter »¹⁹⁸⁰. Dans ces décisions, toute référence à la volonté des parties, comme à la connaissance de la clause d'arbitrage, fut évacuée de l'énoncé du principe général d'extension. En réalité, le changement qui paraissait s'évincer de l'attendu de l'arrêt *ABS* était peut-être plus formel que substantiel, plus apparent que réel¹⁹⁸¹, mais cela importe peu.

Ce qui est décisif ici, c'est qu'une intervention du législateur pourrait sembler opportune. Là encore, on entrevoit le coût symbolique qui découlerait de l'adoption d'une règle purement objective. Cela reviendrait à admettre expressément que l'arbitrage ne repose pas nécessairement sur la volonté des parties et que dans certaines situations, il n'y a rien d'autre qu'un arbitrage forcé. Par-là même, on

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 2880-2881.

¹⁹⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS c/ société Amkor*, *Rev. arb.* 2007. 786, note X Ahdab ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *JDI* 2007. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, p. 12, note F. Parsy ; *RTD com.* 2007. 677, obs. E. Loquin ; *D.* 2008, pan. 184, obs. Th. Clay ; *JCP G.* 2007. II 10118, note C. Golhen ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *CCC* 2007 166, note L. Leveneur ; *JCP G.* 2007. I. 168, § 11, obs. Ch. Seraglini ; *JCP G.* 2007. I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *LPA* 2007. 23, note A. Malan.

¹⁹⁸¹ V. *supra* n° 547 et s.

perçoit les conséquences découlant du recours aux fictions juridiques : elles occultent les changements normatifs qui ébranlent un système de droit. Dans l'hypothèse de l'extension *ratione personae*, l'usage de la volonté tacite illustre parfaitement la fonction historique des fictions juridiques¹⁹⁸². En fondant l'extension des clauses d'arbitrage sur la volonté tacite, les tribunaux français ont fait « comme si » ils se bornaient simplement à prendre acte de la volonté des parties, alors qu'« en réalité », ils avaient forgé des règles nouvelles, qui ébranlaient la philosophie sur laquelle le droit de l'arbitrage international avait été édifié¹⁹⁸³. Alors que le fondement contractuel de l'arbitrage était en réalité sérieusement entaillé¹⁹⁸⁴, les juridictions françaises ont masqué cette remarquable évolution de notre droit de l'arbitrage. En d'autres termes, elles ont fait « comme si » les solutions relatives à l'extension *ratione personae* résultaient d'une simple recherche de l'intention des parties, alors « qu'en réalité », l'extension était inspirée par des considérations d'une toute autre nature !

1092. Si l'on estime que le droit ne devrait pas reposer sur des fictions, la consécration d'une règle purement objective paraîtra souhaitable. Du reste, aujourd'hui, une telle proposition n'est plus si incongrue. Monsieur G. Cuniberti a, en effet, soutenu que l'arbitrage devrait devenir le mode de résolution par défaut des litiges commerciaux internationaux¹⁹⁸⁵. Chacun pourra légitimement éprouver quelques réticences à souscrire à une telle option : c'est là — une nouvelle fois — une question de politique juridique. Mais, à tout le moins, il nous semble que de solides arguments peuvent être avancés en faveur d'un arbitrage par défaut. Dès lors, *a minima*, il nous paraît concevable de consacrer une règle précisément circonscrite, en vertu de laquelle, par exception, l'attraction d'une partie à l'arbitrage ne dépendrait pas de son acceptation de la clause compromissoire¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁸² V. *supra* n° 120 et s.

¹⁹⁸³ G.-B. Born, *International commercial Arbitration, volume I, op. cit.*, p. 1518 : “The principle that only the parties to an international arbitration agreement are either bound or benefited by that agreement is fundamental to international arbitration. That principle is uniformly reflected in international arbitration conventions, national arbitration legislation, institutional arbitration rules, judicial decisions and arbitral awards”.

¹⁹⁸⁴ D'une façon plus générale, il a souvent été estimé que le caractère nécessairement volontaire et consensuel de l'arbitrage devait être relativisé. V. Ainsi : « the certainty that “arbitration is consensual by nature” or that “arbitration is a creature of contract” has begun to be questioned. The dogma of consent has been spoken of, and it has been observed that “the empire of consent in arbitration, believed eternal, is falling” (A.-M. Steingruber, *Consent in International Arbitration, op. cit.*, p. 1).

¹⁹⁸⁵ G. Cuniberti, *Rethinking International Commercial Arbitration : Towards Default Arbitration*, Edward Elgar Publishing, 2017 ; du même auteur : « Beyond Contract – The Case for Default », *op. cit.* V. également : F.-N. del Prado, « The Fallacy of Consent: Should Arbitration Be a Creature of Contract? », *op. cit.*

¹⁹⁸⁶ Rapprochement L. Aynès, « La licéité de la convention d'arbitrage : le consentement », *op. cit.*, p. 29 : « En réalité, n'assistons-nous pas à une instrumentalisation du consentement ? Une idée de consentement, un concept de consentement qui masque à peine une position politique : la clause d'arbitrage est valide parce qu'il est bon qu'elle le soit. Mieux vaudrait alors se priver de toute référence au consentement. Et affirmer que l'arbitrage est le mode normal de résolution des litiges internationaux, sauf volonté contraire ».

1093. L'analyse développée au titre de cette sous-section avait pour objet de montrer que pour favoriser la concentration du contentieux, les juridictions françaises avaient cherché à étendre — dans toute la mesure du possible — la compétence de l'arbitre. À cette fin, les juges français se sont souvent fondés sur des recherches d'intention qui avaient un caractère quelque peu divinatoire. Pour que le contentieux soit centralisé, les juridictions françaises ont également cherché à favoriser la reconnaissance des décisions étrangères. À tout le moins, la centralisation du contentieux a constitué une conséquence — peut-être non recherchée, mais néanmoins certaine — de cette faveur à la reconnaissance des décisions étrangères.

Sous-section 3 : La politique de faveur à la reconnaissance des jugements étrangers

1094. Dans un contexte international, il est fréquent que plusieurs tribunaux soient prêts à se déclarer compétents. En conséquence, les parties peuvent être amenées à simultanément ou successivement plaider leur cause devant les juridictions de deux ordres juridiques différents. Lorsque deux juges sont concomitamment saisis, les remèdes à la fragmentation du contentieux sont les exceptions de litispendance et de connexité. Lorsqu'une des deux juridictions saisies a déjà rendu une décision, la reconnaissance de cette dernière est de nature à favoriser la concentration du contentieux. C'est cette question qui nous intéressera ici. Nous évoquerons, tout d'abord, les moyens utilisés pour favoriser la reconnaissance des décisions étrangères (I). Nous présenterons, ensuite, les conséquences dérivant de cette faveur à la reconnaissance des décisions (II).

I) Les moyens utilisés pour favoriser la reconnaissance des décisions

1095. Pour que le contentieux soit — tant que faire se peut — centralisé devant le tribunal étranger, les tribunaux français ont mobilisé le concept de renonciation tacite. En effet, nous avons vu que lorsque le bénéficiaire du privilège concédé par les articles 14 et 15 avait saisi un tribunal étranger ou avait comparu devant ce même tribunal sans en contester la compétence, il était réputé avoir renoncé au privilège de nationalité¹⁹⁸⁷. Or, ces solutions — qui de notre point de vue reposaient sur des fictions juridiques — ont eu pour effet de favoriser la centralisation du contentieux. En effet, antérieurement

¹⁹⁸⁷ V. *supra* n° 157 et s.

aux jurisprudences *Prieur* et *Ferrométal*, les articles 14 et 15 constituaient des règles de compétence exclusives¹⁹⁸⁸. Dès lors, au moment où la reconnaissance du jugement étranger était amenée à se poser devant les juridictions françaises, l'invocation de ces deux dispositions faisait *a priori* obstacle à cette reconnaissance. Dans ce contexte, la caractérisation d'une renonciation tacite avait bien souvent une importance décisive. Afin de clarifier le sens de cette affirmation, deux hypothèses doivent être distinguées.

1096. Les renonciations tacites ont, tout d'abord, eu pour effet de favoriser la reconnaissance de la force exécutoire des jugements étrangers. Antérieurement à la jurisprudence *Prieur*¹⁹⁸⁹, en effet, la question d'une renonciation se présentait au stade de l'instance en exequatur. L'hypothèse était ainsi configurée : le bénéficiaire du privilège saisissait un juge étranger ou comparaisait devant ce juge. À l'issue du procès, son adversaire cherchait à obtenir l'exécution du jugement rendu en sa faveur. À cette fin, il saisissait les juridictions françaises. Lors de cette instance en exequatur, le bénéficiaire du privilège se prévalait de la compétence exclusive des tribunaux français pour faire obstacle à l'exécution du jugement étranger¹⁹⁹⁰. La Cour de cassation a toujours considéré qu'en saisissant un tribunal étranger, ou en comparaisant devant ce même tribunal, sans en contester la compétence, le litigant avait renoncé aux articles 14 et 15 du Code civil, ce qui permettait alors d'accorder l'exequatur au jugement étranger. Or, cette solution était susceptible de favoriser la concentration du contentieux, car un plaideur ayant été débouté de sa demande en exequatur pouvait toujours être tenté — en particulier lorsque les gains attendus du procès étaient particulièrement importants — de commencer un nouveau procès en France.

¹⁹⁸⁸ La solution a été clairement affirmée à partir de 1928 : v. Civ. 2 mai 1928, Banque d'Italie, *DH* 1928. 334 ; *JDI* 1929. 76 ; *S.* 1928. 843. Pour une analyse de cette jurisprudence : v. B. Audit, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du code civil », *D.* 2006, p. 1846 et s. ; D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, p. 258 et s. ; E. Pataut, thèse, *op. cit.*, p. 308 et s. : l'auteur se montre, à l'instar de la doctrine majoritaire, très critique à l'égard de cette jurisprudence : « La question de la compétence juridictionnelle ne se confond plus aujourd'hui avec celle du pouvoir de juridiction et faire subsister une compétence française exclusive, nous apparaît comme s'attacher à une conception archaïque et aujourd'hui injustifiée de la notion de compétence ».

¹⁹⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, n° 04-12.777, *Prieur*, *GA* n° 87 ; *D.* 2006. 1846, chron. B. Audit ; *JCP* 2006. II. 10 134, note P. Callé ; *LPA* n° 190, 22 septembre 2006, p. 10, note P. Courbe ; *JDI* 2006. 1377, note C. Chalas ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note H. Gaudemet-Tallon.

¹⁹⁹⁰ E. Pataut, thèse, *op. cit.*, p. 295 : « La nationalité fonde en effet une compétence exclusive du juge français qui à défaut de renonciation à ce privilège bloque la reconnaissance en France de tout jugement rendu contre un Français » (c'est nous qui soulignons).

Dans le même sens, A. Sinay-Cytermann, « État des lieux sur les articles 14 et 15 du Code civil », *op. cit.*, p. 436 ; H. Gaudemet-Tallon, « Le destin mouvementé des articles 14 et 15 du Code civil de 1804 au début du XXI^e siècle », *op. cit.*, p. 438 ; E. Pataut, thèse, *op. cit.*, p. 296. V. également, D. Holleaux, thèse, *op. cit.*, p. 34 et s. et not. p. 35 ; B. Audit, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du code civil », *op. cit.*, p. 1847 ; A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 584-40, 2015, n° 18.

L'arrêt du 31 janvier 2006 permet d'illustrer cette hypothèse¹⁹⁹¹. En l'espèce, une société française avait saisi une juridiction du Burkina Faso pour obtenir une injonction de payer. La société défendresse avait alors formé une demande reconventionnelle et le tribunal d'instance de Ouagadougou avait finalement condamné la société française à la répétition de paiements indus. Le défendeur étranger avait ensuite saisi le juge français afin d'obtenir l'exequatur du jugement étranger. La société française s'était alors prévalu de la compétence exclusive de l'ordre juridictionnel français pour s'opposer à cet exequatur. La Cour de cassation avait toutefois estimé que par la saisine du juge burkinabé, la société française avait démontré son intention de renoncer au privilège de juridiction concédé par les articles 14 et 15 du Code civil. L'exequatur pouvait être accordé au jugement étranger. Pour obtenir gain de cause, le demandeur à l'exequatur n'avait pas à recommencer un procès en France. Les risques de dédoublement du contentieux étaient ainsi neutralisés.

1097. Ensuite, dans certaines situations, les renonciations tacites ont eu pour effet de rendre l'exception de chose jugée admissible. En d'autres termes, dans nombre de cas, l'admission de l'exception de chose jugée était conditionnée par la caractérisation d'une renonciation tacite. Dans cette dernière hypothèse, le schéma contentieux était le suivant : le bénéficiaire du privilège avait saisi un tribunal étranger ou avait comparu devant ce même tribunal, sans en contester la compétence. Il saisissait ultérieurement les tribunaux français. Si l'instance intervenue à l'étranger s'était achevée par le prononcé d'une décision définitive, le défendeur à l'action initiée en France pouvait se prévaloir de l'exception de chose jugée.

Néanmoins, antérieurement aux jurisprudences *Prieur* et *Ferrométal*, la compétence exclusive reconnue aux tribunaux français constituait *a priori* un rempart infranchissable pour les jugements étrangers. Le contrôle opéré par voie incidente devait *a priori* se traduire par le rejet de l'exception d'autorité de chose jugée¹⁹⁹². Toutefois, par la grâce de la renonciation tacite, l'exception de chose jugée pouvait être accueillie. La renonciation engendrait ainsi des effets remarquables, en ce qu'elle « abolissa[it] la

¹⁹⁹¹ Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n° 05-10.953, *JCP* 2006. II. 10 114, 2^e esp., note Damman et Ollivry.

¹⁹⁹² L'autorité de chose jugée qui est conférée au jugement étranger fait l'objet d'une reconnaissance de plein droit. La reconnaissance de cet effet de chose jugée n'est pas conditionnée par l'existence d'une procédure préalable d'exequatur, du moins pour les jugements relatifs à l'état des personnes et pour les jugements patrimoniaux constitutifs. La question de la reconnaissance *de plano* de l'autorité de chose jugée d'un jugement patrimonial déclaratif demeure discutée. Sur cette interrogation très classique, v. not : D. Bureau, H. Wuir Watt, *op. cit.*, p. 363-364 ; B. Ancel, Y. Lequette, *op. cit.*, 2006, p. 90-91.

compétence de nos tribunaux *et son caractère exclusif*¹⁹⁹³. Corrélativement, l'exception de chose jugée devenait admissible. Les risques de dédoublement du contentieux étaient alors neutralisés, car un nouveau procès ne pouvait pas avoir lieu en France¹⁹⁹⁴.

1098. Si nous avons jusqu'à présent cherché à montrer que les renonciations tacites avaient eu pour effet de favoriser la reconnaissance des décisions étrangères et — médiatement — la centralisation du contentieux, il reste à cerner plus avant les conséquences découlant de cette faveur à la reconnaissance des décisions.

II) Les conséquences découlant de cette faveur à la reconnaissance des décisions

1099. Les conséquences dérivant de cette politique juridique de faveur à la reconnaissance des décisions étaient de deux ordres. Tout d'abord, sur un plan strictement juridique, du fait de cette promotion de la reconnaissance des décisions étrangères, découlant elle-même de la caractérisation de renonciations tacites, l'exception de litispendance devenait plus aisément admissible. Le processus de centralisation du contentieux en sortait, dès lors, consolidé (A). Sur un plan plus pratique, la politique de faveur à la reconnaissance des jugements étrangers a débouché sur une réduction des coûts pesant sur les parties (B).

A) Les conséquences juridiques

1100. La faveur à la reconnaissance des jugements étrangers a — plus indirectement — favorisé l'admission de l'exception de litispendance, ce qui a également eu pour corrélat de renforcer la concentration du contentieux¹⁹⁹⁵. Dans un certain nombre d'hypothèses, en effet, l'admission de l'exception de litispendance dépendait de la caractérisation d'une renonciation tacite. L'interrogation puisait

¹⁹⁹³ D. Holleaux, thèse, *op. cit.*, p. 49 (c'est nous qui soulignons). V. aussi : A. Ponsard, « Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères », *TCFDIP* 1985-1986, p. 47 et s. et not. p. 50 ; A. Huet, *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-32, 2016, n° 5 ; F. Dreifuss-Netter, thèse, *op. cit.*, p. 189-190.

¹⁹⁹⁴ V. à cet égard P. de Vareilles-Sommières, « Jugement étranger : matières civile et commerciale », *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 2023, n° 390 : « Le jugement étranger, une fois reçu dans l'ordre juridique français, y jouit de l'autorité procédurale de chose jugée attachée aux jugements français de même type. Il pourra donc être invoqué à l'appui d'une exception de chose jugée pour faire obstacle au renouvellement du contentieux qu'il a tranché ».

¹⁹⁹⁵ Sur la litispendance, en droit international privé français, v. par exemple : H. Gaudemet-Tallon, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française après la communication de D. Holleaux au Com. Fr. DIP », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 121 et s. ; D. Holleaux, « La litispendance internationale », *op. cit.*

sa source dans une hypothèse ainsi configurée : le bénéficiaire du privilège saisissait un tribunal étranger ou comparaissait devant ce tribunal, sans en contester la compétence. Puis, le bénéficiaire du privilège saisissait les tribunaux français. Devant ces derniers, il arrivait que le défendeur soulève, non pas une exception d'incompétence, mais une exception de litispendance. Un tel comportement s'expliquait généralement par le fait qu'un chef de compétence alternatif, différent de celui constitué par les articles 14 et 15 du Code civil, justifiait également la compétence des tribunaux français. Corrélativement, même si le bénéficiaire du privilège de nationalité avait renoncé à ce dernier, les tribunaux français restaient compétents. L'exception de litispendance constituait la seule arme procédurale à la disposition du défendeur¹⁹⁹⁶.

1101. Du fait de la compétence exclusive reconnue aux tribunaux français, *a priori*, la décision susceptible d'être rendue à l'étranger ne pouvait pas être reconnue en France. Or, la Cour de cassation estimait que pour que l'exception de litispendance puisse être accueillie, il fallait que la décision qui allait ultérieurement être rendue à l'étranger puisse vraisemblablement être reconnue en France¹⁹⁹⁷. En conséquence, dans une telle situation, l'exception de litispendance était *a priori* irrecevable¹⁹⁹⁸. Toutefois, dans une telle hypothèse, la Cour de cassation estimait que par ces agissements intervenus devant le juge étranger, le plaideur avait renoncé au bénéfice des articles 14 et 15. Il ne pouvait donc plus se prévaloir de la compétence exclusive des tribunaux français et l'exception de litispendance devenait en conséquence admissible. Par-là, on mesure une nouvelle fois que l'usage de renonciations tacites a concouru à neutraliser les risques de dispersion du contentieux.

1102. Les faits de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 décembre 1996 permettront d'illustrer les présents développements¹⁹⁹⁹. À la suite d'un licenciement, un salarié français avait saisi les tribunaux de la Principauté de Monaco. Avant que la juridiction monégasque ne se prononce sur le fond, le salarié avait également intenté une action devant les tribunaux français. Sur le fondement de

¹⁹⁹⁶ Sauf bien sûr à imaginer que la règle de compétence soit également susceptible de renonciation. Mais, en l'occurrence, les hypothèses dans lesquelles la jurisprudence française a retenu une renonciation à une règle de compétence autre que celle du privilège de nationalité paraissent fort rares, pour ne pas dire inexistantes.

¹⁹⁹⁷ V. l'arrêt de principe : Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne*, *Rev. Crit. DIP* 1975. 491, note D. Holleaux, *JDI* 1975. 108, note Ponsard, GA n° 54.

¹⁹⁹⁸ Sur le fait que les articles 14 et 15, dans leur interprétation antérieure, faisaient *a priori* obstacle à la litispendance, v. not. A. Sinay-Cytermann, « État des lieux sur les articles 14 et 15 du Code civil en droit international privé », *op. cit.*, p. 441 ; H. Gaudemet-Tallon, « Le destin mouvementé des articles 14 et 15 du Code civil de 1804 au début du XXI siècle », *op. cit.*, p. 438.

¹⁹⁹⁹ Soc. 7 mai 1996, n° 93-43.771, *Rev. crit. DIP* 1997. 77, note G. Droz. Pour un autre exemple, v. également : CA Versailles, 20 décembre 1988, *D.* 1989. Somm. 258, obs. B. Audit.

l'article R. 517-1 du Code du travail, la compétence des juridictions françaises avait été affirmée par le tribunal de Bastia. En conséquence, même si une renonciation au privilège de juridiction était établie, les tribunaux français demeuraient compétents. L'employeur avait en revanche soulevé une exception de litispendance. Or, du fait de la renonciation au privilège de l'article 14, procédant de l'action en justice portée devant les tribunaux étrangers, la Cour de cassation estima que le jugement qui serait rendu à Monaco était susceptible d'être reconnu. Corrélativement, l'exception de litispendance avait été accueillie par la Cour de cassation.

1103. En définitive, comme cet arrêt en atteste, la reconnaissance d'une renonciation se traduisait par l'effacement du caractère exclusif de la compétence française et déterminait, en dernière instance, l'admission de l'exception de litispendance. Le risque de développement de deux instances parallèles était dès lors neutralisé. Le contentieux était centralisé devant l'ordre juridictionnel étranger premier saisi. Précisément, il reste maintenant à préciser les conséquences découlant de cette faveur à la centralisation du contentieux.

B) Les conséquences pratiques

1104. Du point de vue de la justice de droit international privé, une politique juridique de faveur à la reconnaissance des jugements étrangers produit un certain nombre d'effets vertueux. Elle favorise la protection des légitimes prévisions des parties²⁰⁰⁰, la continuité des situations juridiques²⁰⁰¹ et répond ainsi à l'impératif d'harmonie internationale des solutions. Il est inutile d'insister plus avant sur ces derniers aspects, déjà largement connus. On se bornera à noter que les fictions juridiques constituées par l'entremise du concept de renonciation tacite ont également favorisé la réalisation de la

²⁰⁰⁰ S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *op. cit.*, n° 11 : « la méthode de reconnaissance unilatérale tend à favoriser l'efficacité des décisions ; [...] cette faveur est justifiée par le fait qu'une telle norme s'adresse spécifiquement à des destinataires individualisés, et qu'au moment où se pose la question de sa reconnaissance, elle a déjà été pour ceux-ci la source de prévisions voire de comportements ». V. déjà P. Mayer, thèse, *op. cit.*, p. 164 et s.

²⁰⁰¹ Sur le concept de continuité des situations juridiques, v. par exemple : Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 350 et s. ; R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé ; réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020, p. 106 et s. Pour Gothot, « le but du droit international [...] est aussi de protéger l'individu et d'assurer la continuité de sa vie juridique au travers des commandements contradictoires qu'il reçoit des divers législateurs à la juridiction desquels il se trouve concurremment ou successivement soumis » (« Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *op. cit.*, p. 9).

justice conflictuelle²⁰⁰². S'il nous semble que les solutions juridiques fondées sur des fictions de volonté ont été le plus souvent inspirées par des considérations extérieures à la justice de droit international privé — c'est notre thèse —, ici, l'examen de la jurisprudence relative aux renonciations au privilège de nationalité doit nous conduire à nuancer l'affirmation.

1105. Mais quoi qu'il en soit, il convient de noter qu'en ce qu'elle favorise la réalisation de l'objectif de concentration du contentieux, une politique juridique de promotion de la reconnaissance des jugements étrangers répond également à des considérations d'économie procédurale. Cette politique de faveur à la reconnaissance des décisions étrangères, impulsée sur le fondement de la notion de renonciation au privilège de nationalité, a en effet débouché sur une réduction des coûts pesant sur les parties au procès. Et pour cause, nous avons vu qu'en l'absence de reconnaissance du jugement étranger, un nouveau procès risquait d'éclore en France. Or, il faut bien voir que du point de vue de l'efficacité procédurale, une telle situation est extrêmement dommageable pour les parties — ou à tout le moins pour l'une d'entre elles —, car elle est génératrice de coûts extrêmement lourds et d'une perte de temps qui peut se révéler considérable. Au risque d'enfoncer une porte ouverte, on soulignera que l'éclatement du contentieux débouche sur un dédoublement des actes procéduraux devant être accomplis et sur une multiplication des potentielles audiences et actes de comparution des parties.

1106. Du reste, du fait de la dispersion du contentieux, les litigants seront souvent tenus de faire appel à plusieurs avocats. Et pour cause, du fait du particularisme des systèmes de droit international privé, le droit qui sera jugé applicable au fond devant chacune des deux juridictions n'est aucunement assuré d'être le même. En conséquence, les parties seront potentiellement tenues de s'informer sur le contenu de deux droits nationaux différents. Dans une telle situation, l'inflation des coûts d'information est inévitable. Surtout, même si le droit applicable au fond est le même, les parties gagneront à faire appel à des avocats connaissant les règles procédurales devant être respectées devant chacune des deux juridictions saisies. Là encore, les dépenses dérivant du procès en sortent renforcées.

²⁰⁰² P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 301. Selon l'analyse de Monsieur P. Mayer : « Le point de vue concret exprimé dans un jugement étranger possède une très forte vocation à être déclaré relevant par tout ordre juridique dans lequel il est invoqué. Tout d'abord, il est normalement la base de solides prévisions des parties. [...] Le jugement identifie lui-même ses destinataires, il est connu d'eux, les prévisions se forment spontanément sans qu'il y ait à s'interroger sur le contenu d'une règle de droit international privé. [...] L'harmonie des solutions appelle également une large reconnaissance des jugements étrangers. Un principe de non-reconnaissance conduirait à faire dépendre l'harmonie de la coïncidence fortuite des points de vue consacrés séparément, selon leur raisonnement propre, par chacun des ordres juridiques. Au contraire, un principe de reconnaissance transforme le jugement déjà rendu en pôle de convergence des points de vue concrets des ordres juridiques ».

1107. Dans cette section, nous avons soutenu que le recours à des fictions de volonté avait, dans nombre de situations, permis de conjurer ces risques d'émergence d'instances parallèles ou successives, qui planent si souvent sur le contentieux international. Corrélativement, les coûts procéduraux pesant sur les parties se sont trouvés réduits. Il reste maintenant à présenter une série d'hypothèses différentes. Dans ces dernières, le contentieux est centralisé au sein d'un seul ordre juridique. Par l'entremise de fictions juridiques bâties sur le concept de volonté tacite, les litiges sont tranchés plus rapidement et à de moindres frais.

Section 2 : L'impératif d'accélération de la procédure

1108. La quête de célérité, tel est l'objectif qui retiendra ici notre attention. Dans une certaine mesure, la centralisation du contentieux est également liée à cette idée d'une accélération de la procédure, en ce sens que parfois, du fait de l'éclatement du contentieux, le processus de résolution du litige est ralenti. Néanmoins, dans le cadre des présents développements, nous nous intéresserons à des hypothèses dans lesquelles la recherche d'une plus grande célérité ne passe pas uniquement par la centralisation du contentieux.

1109. L'objectif de célérité de la procédure n'est pas nouveau²⁰⁰³, mais il est aujourd'hui devenu particulièrement central²⁰⁰⁴. Au demeurant, il s'agit d'un impératif qui, dans nombre de systèmes juridiques, a acquis une importance considérable. Par exemple, au Royaume-Uni, la rapidité de la procédure est présentée comme un objectif primordial (« overriding objective »)²⁰⁰⁵. En matière d'arbitrage international, le souci de célérité de la procédure est, sans doute, encore plus prégnant que dans le contentieux étatique. Si les parties se tournent vers l'arbitrage, c'est notamment pour obtenir « une issue rapide à leur litige »²⁰⁰⁶. D'ailleurs, l'article 1464, alinéa 3, du Code de procédure civile prévoit que « les parties et les arbitres agissent avec *célérité* et loyauté dans la conduite de la procédure »²⁰⁰⁷. Au

²⁰⁰³ L. Cadiet, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *op. cit.*, p. 21 : « [l]a quête d'une justice efficace en ce que les jugements sont promptement rendus [...] est très ancienne. Le droit français n'a pas attendu que les lumières de l'analyse économique du droit lui parviennent de Chicago pour traduire, dans ses règles, les nécessités d'une bonne gestion de la régulation judiciaire des litiges ». L'éminent auteur ajoute que « [d]epuis le XII^e siècle où sont établies, avec la consolidation de la monarchie capétienne, les premières fondations de la justice française moderne, l'histoire de la procédure civile est jalonnée d'événements qui traduisent un souci d'intendance, qui est déjà une manière d'économie de la justice attestant de l'importance des considérations économiques dans le choix des règles d'organisation judiciaire comme dans celui des règles de procédure civile » (*Ibid*).

En ce sens, v. aussi V. Egéa, « L'impératif d'accélération des procédures étatiques et arbitrales », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 511 et s. et not. p. 511-512.

²⁰⁰⁴ V. Egéa, « L'impératif d'accélération des procédures étatiques et arbitrales », *op. cit.*, p. 511.

En droit international privé de l'Union européenne, les règlements sur le titre exécutoire européen et l'injonction de payer nous paraissent, par exemple, assez largement inspirés par cet objectif d'efficience procédurale et, plus spécifiquement, de célérité dans la résolution du contentieux. Comme cela est noté par Monsieur L. d'Avout à ce sujet, « [o]n veut [...] réduire le coût et la durée de la justice transfrontière quotidienne en Europe » (« L'Exequatur en Droit Prospectif Européen », *International Business Law Journal* 2012, p. 568 et s. et not. p. 570).

²⁰⁰⁵ Civil Procedure Act 1998, 1. 1: "(1) These Rules are a procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost] includes, so far as is practicable [...] ensuring that it is dealt *with expeditiously* and fairly".

²⁰⁰⁶ E. Loquin, « Le temps dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 5 ; B. Hanotiau, « L'arbitre garant du respect des valeurs de l'arbitrage », in *Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 364 et s. et not. p. 366.

²⁰⁰⁷ E. Kleiman, Sh. Saleh, « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties ? », *Cah. Arb.* 2012, p. 99 et s.

Royaume-Uni, la loi sur l'arbitrage prévoit que : « The tribunal shall [...] adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, *avoiding unnecessary delay or expense*, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined »²⁰⁰⁸.

D'après Monsieur E. Loquin, « le temps a dans l'arbitrage une importance considérable. [...] La bonne administration de l'arbitrage impose que le tribunal arbitral respecte l'impératif de célérité de la procédure arbitrale »²⁰⁰⁹. L'article 1466 du Code de procédure civile répond à cet objectif d'accélération de la procédure. Cette disposition prévoit que « [l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir »²⁰¹⁰. Lorsque l'article 1466 gouverne la procédure arbitrale, en effet, cette disposition oblige les plaideurs à soulever leurs critiques dans les plus brefs délais²⁰¹¹. Les renonciations qui seront ainsi reconnues auront pour effet de neutraliser les manœuvres dilatoires qui pourraient parasiter le déroulement de l'instance arbitrale et retarder l'issue du procès. Surtout, l'article 1466 a pour effet de dissuader les plaideurs de se lancer dans un contentieux post-arbitral — recours en annulation ou en contestation de l'ordonnance d'exequatur — qui ralentirait la résolution du litige.

1110. En dehors du contentieux arbitral, de nombreux artifices ont également été employés pour rendre la procédure judiciaire plus rapide et plus expéditive. Tout d'abord, afin que le litige soit tranché plus rapidement, les tribunaux français ont cherché à favoriser — dans toute la mesure du possible — l'application de la loi du for. Les fictions juridiques bâties par l'entremise du concept de volonté tacite ont été un cheval de Troie par lequel le *lex forisme* s'est insidieusement infiltré au sein du droit international privé contemporain (Sous-section 1). Ensuite, sous l'influence des fictions de

²⁰⁰⁸ Arbitration Act 1996, section 33. V. aussi l'article 17 (1) du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : « Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties ».

²⁰⁰⁹ E. Loquin, « La bonne administration de la justice arbitrale », *Justice et Cassation* 2013, p. 73 et s. et not. p. 88. Sur cette question, v. du même auteur « Le temps dans l'arbitrage », *op. cit.*, p. 5 et s. ; Y. Derains, « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », *op. cit.*, p. 98 et s. V. aussi L. Bernheim-van de Castele, thèse, *op. cit.*, p. 98 et s.

²⁰¹⁰ Sur cette disposition, v. *supra* n° 202 et s.

²⁰¹¹ Les effets induits par l'article 1466 du Code de procédure civile peuvent rejaillir sur le déroulement de la procédure arbitrale elle-même. En effet, en vertu de l'article 1509 du Code de procédure civile, les parties peuvent librement choisir le règlement d'arbitrage ou la loi étatique applicable à la procédure. Dans le silence des parties, les arbitres peuvent choisir les règles régissant la procédure arbitrale et disposent à cet égard d'un large pouvoir discrétionnaire. L'article 1466 du Code de procédure civile peut ainsi régir la procédure arbitrale, que ce soit par l'effet du choix de la loi française ou par décision de l'arbitre se prononçant en faveur de l'application de cette même loi.

volonté, certaines causes d'annulation des décisions judiciaires se sont trouvées neutralisées. Par l'entremise de ces fictions, les litiges furent ainsi tranchés plus rapidement (Sous-section 2).

*Sous-section 1 : L'accélération de la procédure par l'application de la *lex fori**

1111. En mobilisant différents artifices juridiques, les juridictions françaises et étrangères ont cherché à favoriser l'application de la loi du for (I). Ce mouvement de faveur à l'application de la *lex fori* est évidemment contestable. Pour le montrer, il faudra revenir sur les conséquences découlant de l'application de la loi du for (II).

I) Les moyens utilisés pour parvenir à l'application de la *lex fori*

1112. Une première façon de parvenir à l'application de la *lex fori* est de déduire un choix tacite de la loi applicable de la seule stipulation de la clause d'élection de for. C'est une tendance jurisprudentielle qui, nous l'avons dit, est particulièrement prégnante dans la jurisprudence anglaise²⁰¹². Or, de notre point de vue, une telle déduction repose sur une fiction juridique. Par-là, nous ne voulons pas dire que l'existence d'un choix tacite de la loi du juge élu est, *en fait*, totalement inconcevable. Mais en vertu du règlement « Rome 1 », pour que le choix implicite soit pris en considération, il doit être *certain*. Or, dans l'hypothèse où la clause d'élection de for est le seul indice à disposition de l'interprète, le choix de loi est de notre point de vue très incertain. La démarche consistant à déduire un choix de loi implicite de la seule stipulation d'une clause attributive de juridiction repose ainsi sur une négation du standard de preuve édicté par le règlement « Rome 1 ». Il est permis de penser que si les tribunaux anglais caractérisent si souvent des choix de la loi du juge élu, c'est aux fins de parvenir à l'application de la loi du for.

1113. Plus généralement, en se fondant sur des choix de lois tacites, les tribunaux ont souvent cherché à rendre la loi du for applicable²⁰¹³. Comme cela est souligné par Madame Ph. Blajan :

« Il serait [...] naïf de penser que l'interprétation d'une volonté implicite des parties quant à la loi applicable, à défaut de choix exprès, ne puisse jamais être un prétexte de retour à la loi nationale [...]. L'attitude parfois

²⁰¹² V. *supra* n° 683 et s. et n° 949.

²⁰¹³ En ce sens, v. déjà : T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 163-164. Dans la littérature juridique anglophone, v. également C.-S. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 3 : “an implied choice of law could frequently serve as a pretext for the forum to apply its own law”.

observée de la Cour de cassation, consistant à se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond qui ne peut être cassée, a pu entretenir cette impression d'expédient permettant l'application de la loi du for»²⁰¹⁴.

Là encore, comme nous l'avons relevé précédemment, dans la jurisprudence britannique, le biais *lex foriste* est particulièrement manifeste. Lorsque les juges anglais retiennent l'existence d'un choix de loi implicite, ce dernier est presque toujours un choix de la loi anglaise²⁰¹⁵.

1114. Le constat n'est pas très surprenant. De façon assez similaire, il a été noté que lorsque les juges faisaient usage de la clause d'exception, c'était le plus souvent pour parvenir à l'application de la loi du for. Ainsi, d'après Monsieur P. Mayer, la clause d'exception serait un mécanisme défendable « si la tendance naturelle des juges n'était pas, s'engouffrant dans la brèche, d'écarter le facteur de rattachement chaque fois qu'une autre solution leur paraît plus juste *ou qu'ils voient dans la clause le moyen de rendre applicable la loi du for* »²⁰¹⁶. Il nous semble que l'analyse de Monsieur Mayer pourrait être nuancée²⁰¹⁷, mais il est vrai que lorsque des techniques d'assouplissement du règlement du conflit de lois sont introduites, des risques de détournement et d'instrumentalisation de ces techniques surgissent : c'est là la rançon de ce gain de flexibilité. Ainsi, des juges français — peu soucieux de la justice conflictuelle — pourront trouver dans la clause d'exception ou le choix de loi implicite un moyen commode pour rendre la loi du for applicable.

1115. Du fait de la consécration de l'accord procédural tacite, les hypothèses d'application de la loi du for se sont également multipliées. L'accord procédural tacite — qui de notre point de vue repose sur une fiction juridique²⁰¹⁸ — a constitué un instrument d'expansion du *lex forisme*. Dès lors qu'en première instance les parties au procès étaient demeurées silencieuses, elles ne pouvaient plus solliciter l'application de la loi étrangère. En d'autres termes, dès lors que, en première instance, les parties n'avaient pas soulevé la question du conflit de lois, l'application de la loi du for était définitivement et irrémédiablement acquise.

²⁰¹⁴ Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, p. 175-176.

²⁰¹⁵ V. *supra* n° 950 et s.

²⁰¹⁶ P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 170 (nous soulignons).

²⁰¹⁷ V. à cet égard, F. Ferrari, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome I », *op. cit.*, p. 123. Cet auteur estime que le risque d'une dérive *lex foriste* ne s'est pas concrétisé.

²⁰¹⁸ V. *supra* n° 761 et s.

1116. Or, pour un juge, il est toujours plus simple et plus facile d'appliquer son propre droit. Du point de vue de l'efficacité procédurale, l'application de la *lex fori* peut se révéler avantageuse.

II) Les conséquences découlant de l'application de la *lex fori*

1117. De prime abord, ce détournement de la volonté tacite peut sembler proprement inacceptable. Le droit international privé a été bâti sur une distinction conceptuelle qui, encore aujourd'hui, structure toute la matière : celle du *forum* et du *ius*²⁰¹⁹. À partir de cette distinction, deux corps de règles différents ont été édifiés : les règles de compétences et les règles de conflits de lois. Pour l'internationaliste, le *lex forisme* est fréquemment analysé comme une forme de repli nationaliste qui, comme tel, serait inacceptable. Comme cela est souligné par Madame S. Corneloup, « [l]e *lex forisme* est [...] traditionnellement associé à une vision de la société internationale marquée par un manque d'ouverture et un esprit de clocher »²⁰²⁰. Et de fait, au risque d'énoncer un truisme, on rappellera qu'une application systématique de la loi du for a pour effet de gravement compromettre la réalisation de la justice de droit international privé²⁰²¹.

1118. Il reste, néanmoins, que du point de vue de l'efficacité procédurale, l'application de la loi du for présente des avantages. Tout d'abord, pour un juge, il est toujours plus aisé d'appliquer son propre droit. Lorsque c'est la loi du for qui est jugée applicable, le juge sera en mesure de trancher le litige plus rapidement²⁰²². Ensuite, du point de vue des parties, l'application de la loi étrangère est

²⁰¹⁹ Le propos peut cependant être nuancé, car Madame S. Corneloup a montré qu'il y avait une multiplication des hypothèses dans lesquelles les compétences judiciaires et législatives étaient liées (S. Corneloup, « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*)

²⁰²⁰ S. Corneloup, « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 468. V. aussi H.-E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *op. cit.*, p. 2 : l'auteur qualifie de primitive l'idée d'application systématique de la *lex fori*.

²⁰²¹ V. à cet égard, par exemple : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 78 ; P. Mayer, thèse, *op. cit.*, p. 155 ; Y. Lequette « De la "proximité" au "fait accompli" », *op. cit.*, not. p. 482.

²⁰²² S. Corneloup, « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 468 : « Du point de vue de la juridiction, l'application de la loi du for simplifie le règlement du litige, ce qui permet le plus souvent également de réduire la durée des procédures et d'en augmenter ainsi l'efficacité ».

génératrice de coûts, elle conduit presque inmanquablement les litigants à effectuer de lourdes dépenses²⁰²³. Pour que le contenu de la loi étrangère soit correctement établi, en effet, ces dépenses sont presque inévitables²⁰²⁴. Les parties recourent fréquemment à la technique du certificat de coutume. Mais le recours à un tel mode de preuve a un coût et ce sont les parties qui rémunèrent les experts qui établissent de tels certificats²⁰²⁵. Lorsque la loi étrangère est appliquée, des frais de traduction pèsent également sur les plaideurs²⁰²⁶. Ces considérations pratiques ont potentiellement pu inciter certaines juridictions à favoriser une forme de *lex forisme*.

1119. Pour que les litiges opposant les parties soient tranchés plus rapidement, les tribunaux ont également cherché, tant que faire se peut, à limiter les motifs de cassation et d'annulation des décisions. Pour parvenir à ce résultat, les juridictions françaises se sont fondées sur la caractérisation d'accords tacites contentieux²⁰²⁷.

Sous-section 2 : L'accélération de la procédure par la limitation des motifs d'annulation des décisions

1120. Les accords tacites conclus durant le procès sont des instruments de rationalisation du contentieux. Sous l'influence de ces accords, en effet, l'ensemble des coûts procéduraux résultant de l'internationalité du litige sont réduits. De ce point de vue, l'accord procédural tacite (I), la prorogation tacite de compétence (II) et l'accord relatif à l'exclusion d'une convention unifiant le droit matériel applicable (III) se révèlent utiles.

²⁰²³ S. Corneloup, « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 468 : « Du point de vue des parties, l'application de la loi du for permet aussi de réduire les coûts qui sont normalement liés à la nécessité d'établir le contenu de la loi étrangère, nécessité qui impose le recours à des experts étrangers ainsi qu'à des traducteurs ».

²⁰²⁴ En effet, aujourd'hui, il est acquis que le juge doit établir le contenu de la loi étrangère. Néanmoins, le juge peut demander aux parties de coopérer avec lui, il peut solliciter leur concours. V. à cet égard : Com. 28 juin 2005, *Itraco* et Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Aubin*, *Rev. crit. DIP* 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt. Des décisions plus récentes ont confirmé la solution consacrée dans ces arrêts de principes : Civ. 1^{ère}, 19 octobre 2016, n° 15-21.902 ; Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373 ; Com. 24 juin 2014, n° 10-27.648 ; Com. 1^{er} octobre 2013, n° 12-17.067 et 12-17250.

²⁰²⁵ S. Corneloup, « L'application de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 378.

²⁰²⁶ Rapprochement : C.-S. Okoli, « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *op. cit.*, p. 15.

²⁰²⁷ Sur ces accords tacites, V. *supra* n° 734.

I) L'accord procédural tacite

1121. Du point de vue de l'efficacité procédurale, le mécanisme de l'accord procédural présente un intérêt (A). Cependant, ce mécanisme n'est pas à l'abri de toute critique (B).

A) Intérêt du mécanisme

1122. L'accord procédural tacite a permis de « sauver » de la cassation certaines décisions des juges du fond. Comme cela est souligné par Messieurs Audit et d'Avout, en matière d'accord procédural, « le libéralisme dont semble faire preuve la Cour de cassation s'explique par le souhait de ne pas multiplier des cassations peu justifiées »²⁰²⁸. En d'autres termes, par l'entremise de l'accord procédural tacite, des décisions ayant — en dépit de l'internationalité du litige et de l'applicabilité de la loi étrangère — fait application de la *lex fori* ont pu être sauvées de la cassation. Avec l'évolution de la jurisprudence, l'importance de ce mécanisme a fluctué. Pour le démontrer, il convient d'envisager successivement le droit antérieur (1) et le droit positif (2).

1) Le droit antérieur

1123. Dans l'arrêt *Coveco*, la Cour de cassation estima que les règles de conflit devaient être appliquées d'office lorsque les droits des parties étaient indisponibles et lorsque la règle de conflit à appliquer était issue d'une convention internationale²⁰²⁹. En conséquence, du point de vue de l'office du juge, trois hypothèses différentes pouvaient être distinguées. Tout d'abord, lorsque les droits des parties étaient indisponibles, le juge était tenu d'appliquer d'office la règle de conflit de lois et l'accord procédural était inadmissible. En conséquence, si les juges du fond n'avaient pas appliqué d'office la règle de conflit, leur décision devait nécessairement être cassée.

Ensuite, lorsque les droits des parties étaient disponibles et lorsque la règle de conflit en cause n'était pas issue d'une convention internationale, le juge n'était pas tenu d'appliquer cette dernière d'office. Dès lors, un pourvoi qui aurait reproché aux juges du fond de ne pas avoir fait application de la règle de conflit aurait été voué à l'échec. Dans cette deuxième hypothèse, pour que la cassation soit évitée, le recours à l'accord procédural n'était pas nécessaire.

²⁰²⁸ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 317, note de bas de page 42.

²⁰²⁹ Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, n° 89-14.285, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *GA* n° 71-73, 3^e esp.

Enfin, lorsque les droits étaient disponibles et lorsque la règle de conflits de lois en cause était issue d'une convention internationale, cette dernière devait certes être appliquée d'office, mais l'accord procédural n'en restait pas moins admissible. En conséquence, si les juges du fond avaient manqué à leur devoir, s'ils avaient omis d'appliquer d'office la règle de conflit de lois, la caractérisation d'un accord procédural tacite permettait de sauver leur décision de la cassation²⁰³⁰. C'est donc, dans cette dernière hypothèse, que l'accord procédural s'est révélé utile.

1124. L'arrêt *Hannover international* en témoigne²⁰³¹. Dans cet arrêt, le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir fait application de la loi française « au mépris, à la fois, de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, qui lui imposait de rechercher la loi applicable [...] et de la convention des parties, qui soumettait le contrat à la loi belge du vendeur ». Or, de prime abord, on aurait pu penser que le succès d'un tel moyen était assuré. Les règles de conflits de lois consacrées au sein de conventions internationales auraient dû être appliquées d'office. Donc, la décision des juges du fond devait logiquement être cassée²⁰³². Le pourvoi fut pourtant rejeté. La Cour de cassation affirma que lorsque les droits des

²⁰³⁰ V. à cet égard, B. Fauvarque Cosson, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *op. cit.*, p. 263 et s. et not. p. 266 : « Au fil du temps, l'accord procédural a changé de fonction : alors qu'il avait d'abord permis de corriger la localisation défectueuse opérée par la règle de conflit, la Cour de cassation l'a ensuite utilisé afin de contrebalancer la rigueur de l'obligation faite aux juges d'appliquer d'office la règle de conflit de lois. A cet effet, elle se débarrassa de l'exigence d'un accord exprès pour déduire un accord procédural de la simple présence de conclusions concordantes en faveur du droit français. L'objectif avoué était de sauver de la censure les décisions des juges du fond qui n'avaient pas appliqué d'office la règle de conflit lorsqu'en première instance et en appel aucune des parties n'avait invoqué la vocation de la loi étrangère ».

V. aussi : D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, p. 296 : « En affirmant que l'accord procédural "peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat", ne vise-t-on pas essentiellement à sauver les décisions n'ayant pas satisfait aux exigences pourtant récemment posées par la Cour de cassation elle-même quant à la mise en œuvre de la règle de conflit ? Où l'on perçoit assez aisément que le respect prétendu de la liberté des parties ne dissimulerait que bien imparfaitement la simplification de l'office du juge ».

En ce sens, v. également : V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *op. cit.*, p. 117 ; P. Mayer, « Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural », note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, *op. cit.*, p. 66 ; D. Bureau, note sous Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *JDI* 1997, p. 804 et s. et not. p. 812 et en langue anglaise, v. B. Fauvarque-Cosson, « Foreign Law before the French Courts : A Unique Procedural Treatment », in M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 66 et s. et not. p. 74.

²⁰³¹ Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *Rev. Crit. DIP* 1997. 514, note B. Fauvarque-Cosson, *JDI* 1997. 804, note D. Bureau.

²⁰³² V. à cet égard, B. Fauvarque Cosson, « un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente », note sous Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *Rev. Crit. DIP* 1997, p. 514 et s. et not. p. 516 : « Pour qui est informé du statut privilégié dont jouissent les règles de conflit d'origine conventionnelle à l'égard des juges du fond — celles-ci devant toujours être appliquées, même d'office — le succès d'un tel moyen ne paraissait guère douteux ».

parties étaient disponibles, ces dernières pouvaient — en dépit de l'existence d'une convention internationale ou d'une clause d'élection de droit — s'accorder sur l'application de la loi française. Elle ajouta qu'un tel accord pouvait résulter de la convergence des conclusions des parties. Par le truchement de l'accord procédural tacite, la décision des juges du fond fut ainsi sauvée de la cassation.

1125. En l'occurrence, en opportunité, ce « procédé de sauvetage »²⁰³³ pouvait sembler défendable. Il est généralement admis qu'il existe des « cas où la cassation, clairement encourue, est considérée comme gravement inopportune, en tout cas plus inopportune que ne le serait un rejet »²⁰³⁴. Or, on peut se demander si l'hypothèse d'une décision ayant — à tort — appliqué le droit français ne constitue pas un tel cas²⁰³⁵. La cassation d'un jugement ayant fait une mauvaise application du droit applicable présente une certaine singularité. De deux choses l'une en effet. Soit les dispositions matérielles du droit étranger sont, en substance, équivalentes à celles du droit français. Dans ce cas, le pourvoi est probablement formé à des fins purement dilatoires et en toute hypothèse, la cassation est inutile.

Soit les dispositions matérielles du droit étranger diffèrent des dispositions de la loi française et, de prime abord, l'intérêt de la cassation paraît moins contestable. Néanmoins, ce qu'il faut bien voir, c'est que la cassation procédant de l'inapplication d'une règle de conflit de lois produit — au moins potentiellement — des effets radicaux, en ce que *tout* le raisonnement juridique ayant été mené sera à reconstruire. Toutes les demandes et moyens ayant jusqu'alors été formulés seront à repenser. D'où un cortège de coûts et de dépenses nouveaux pour les parties et pour l'institution judiciaire et un accroissement considérable de la durée du procès... Dans un tel contexte, l'accord procédural pouvait sembler utile.

1126. Mais aujourd'hui, qu'en est-il ? L'accord procédural tacite conserve-t-il un intérêt ?

²⁰³³ Selon la formule de A. Fossaert, « Les procédés de sauvetage de la décision attaquée. Exercice d'une bonne administration de la justice par la Cour de cassation ? », *Justice et Cassation* 2013, p. 61 et s.

²⁰³⁴ A. Fossaert, « Les procédés de sauvetage de la décision attaquée. Exercice d'une bonne administration de la justice par la Cour de cassation ? », *op. cit.*, p. 63.

²⁰³⁵ À tout le moins lorsque les droits sont disponibles.

2) *Le droit positif*

1127. Le critère de l'origine conventionnelle de la règle de conflit a été abandonné par l'arrêt *Mutuelles du Mans*²⁰³⁶. Depuis cet arrêt du 26 mai 1999, il est acquis que même si la règle de conflit de lois est de source conventionnelle, dès lors que les droits litigieux sont disponibles, les juges ne sont aucunement tenus de faire application d'office de la règle de conflit de lois. Dès lors, du point de vue de l'office du juge, deux hypothèses doivent aujourd'hui être distinguées. Tout d'abord, si les droits des parties sont indisponibles, la règle de conflit doit être appliquée d'office et l'accord procédural est inadmissible. En conséquence, dès lors que les juges ont manqué à leur devoir, leur décision sera cassée. Ensuite, si les droits sont disponibles, la règle de conflit n'a pas à être appliquée d'office. Un pourvoi qui reprocherait au juge du fond de ne pas avoir appliqué — d'office — la règle de conflit d'origine conventionnelle serait voué à l'échec. En outre, aux fins de justifier le rejet, le recours à cette fiction de l'accord procédural ne sera aucunement nécessaire. La Cour de cassation se contentera d'affirmer qu'en matière de droits disponibles, le juge n'est pas tenu de faire application d'office de la règle de conflit de lois. Est-ce à dire que le mécanisme de l'accord procédural tacite est devenu totalement inutile ?

1128. Nous ne le croyons aucunement. L'accord procédural tacite présentera potentiellement un intérêt dans une hypothèse : les parties au procès — quoique n'ayant pas invoqué la règle de conflit en première instance — ont sollicité l'application de la loi étrangère en cause d'appel. Précisons notre pensée. Deux parties comparaissent devant le juge français. En première instance, leurs conclusions sont rédigées en contemplation du droit français. L'un des litigants fait appel. Et en cause d'appel, il invoque pour la première fois la règle de conflit de lois. En raison de l'accord procédural tacite, le moyen fondé sur le droit applicable pourra être rejeté.

1129. Si l'accord procédural n'était pas admis, quelles seraient les conséquences concrètes ? Le jugement de première instance serait tout d'abord annulé. L'application de la règle de conflit entraînerait ensuite une série de coûts pour les parties : recherche du contenu du droit étranger et frais de traduction, étant entendu que, potentiellement, la loi étrangère ne consacrera pas un résultat substantiel différent de celui de la loi française. Enfin, et plus fondamentalement, du fait de cette invocation tardive de la règle de conflit, les parties auront — par l'entremise de leurs avocats — généralement

²⁰³⁶ Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 96-16.361, *Rev. crit. DIP* 1999. 707, note H. Muir Watt.

été contraintes de s'informer sur deux droits différents : la loi française dans un premier temps et la loi étrangère dans un second temps.

1130. Les recherches juridiques ayant dû être effectuées auront ainsi été inutilement démultipliées. En d'autres termes, cette invocation de la loi étrangère tardive provoquera un éclatement du droit applicable à la résolution du litige. Du fait de cet éclatement de la loi applicable, les parties devront parfois faire appel à plusieurs avocats : des avocats spécialistes de ces deux droits. Pour les litigants, cette invocation si tardive du droit étranger se soldera par un accroissement des coûts et par un allongement de la durée du procès. Le mécanisme de l'accord procédural tacite oblige ainsi les parties à se prononcer dès le début du litige sur le droit applicable à la résolution de leur différend. Les coûts et dépenses, résultant de plaidoiries effectuées en contemplation de deux droits nationaux différents, sont ainsi neutralisés.

1131. En définitive, du point de vue de l'efficacité procédurale, le mécanisme de l'accord procédural tacite n'est pas sans avantages. Il reste qu'au regard de la justice de droit international privé, ce mécanisme prête le flanc à la critique.

B) La rançon de l'efficacité procédurale

1132. Le mécanisme de l'accord procédural tacite encourt un double reproche. Tout d'abord, le bilatéralisme repose sur un postulat d'égalité du droit français et du droit étranger. Or, précisément, l'accord procédural tacite a pour effet de sérieusement entailler ce postulat. En effet, Monsieur Y. Lequette a soutenu que s'il était souhaitable que le juge applique d'office la règle de conflit de lois, cela tenait précisément à ce principe d'égalité du droit français et du droit étranger²⁰³⁷. Selon l'éminent auteur, il serait certes « illusoire de croire que celle-ci [l'égalité du droit français et du droit étranger] puisse être totale »²⁰³⁸, mais du moins « devrait-on faire en sorte qu'au stade de la désignation, droit du for et droit étranger soient placés sur un même plan »²⁰³⁹. Ainsi, pour que la loi étrangère et la loi française soient traitées de façon identique, la règle de conflit devrait être appliquée d'office.

²⁰³⁷ Y. Lequette : « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *op. cit.*, p. 299.

²⁰³⁸ *Ibid*, p. 299.

²⁰³⁹ *Ibid*, p. 299.

L'idée qui préside à cette analyse peut, nous semble-t-il, être exprimée dans les termes suivants : la loi française sera jugée applicable dans deux hypothèses très différentes : si elle est désignée par la règle de conflit (i)²⁰⁴⁰ ou si les parties n'ont pas invoqué le conflit de lois (ii). La loi étrangère, au contraire, ne sera applicable que si elle est désignée par la règle de conflit (i) et si les parties ou l'une d'entre elles ont expressément invoqué le conflit de lois (ii). Du point de vue du juge français, droit du for et droit étranger ne sont donc pas placés sur un pied d'égalité. Or, dans le sillage de cette analyse, il est permis de considérer que l'accord procédural a pour effet de renforcer l'atteinte portée au principe d'égalité des droits français et étranger. Dès lors que, en première instance, les parties n'auront pas invoqué l'application du droit étranger, l'application de la loi française sera automatiquement et définitivement acquise. Les parties ne sauraient se prévaloir de l'application de la règle de conflit en cause d'appel. Il en ira ainsi même lorsque la loi désignée par la règle de conflit est la loi étrangère.

1133. Ensuite, lorsqu'il emporte renonciation à une règle de conflit issue d'une convention internationale ou d'un règlement européen, le mécanisme de l'accord procédural a pour effet de compromettre la réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions. En effet, si les règles de conflit sont unifiées par des instruments européens ou internationaux, c'est aux fins de réalisation de l'objectif d'harmonie internationale des solutions. Quel que soit le juge saisi, la loi applicable devrait être la même. Or, Madame S. Corneloup a montré que du fait des divergences existant au regard du statut procédural de la loi étrangère, cette identité du droit applicable n'était nullement acquise²⁰⁴¹. En effet, dans certains États, tels que la France, le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office les règles de conflit de lois d'origine européenne qui ne sont pas d'ordre public. Dans d'autres, une telle obligation pèse sur le juge²⁰⁴².

²⁰⁴⁰ Si la règle de conflit désigne comme applicable la loi française, l'application de cette dernière est inévitable. Certes, dans l'absolu, les parties ont — peut-être — la possibilité de conclure un accord procédural en faveur de la loi étrangère. Mais même à supposer qu'un tel accord soit licite, ce qui n'est aucunement certain, en pratique, un tel accord n'est jamais conclu par les parties.

²⁰⁴¹ S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *op. cit.*, par exemple p. 76 : « nous disposons aujourd'hui en Europe de règles de conflit de lois uniformes et, grâce à la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, nous avons même un mécanisme assurant que ces textes fassent l'objet d'une interprétation uniforme dans tous les États membres. Mais paradoxalement, cela ne permet pas, à l'heure actuelle, de garantir qu'un litige donné soit effectivement tranché par toutes les juridictions nationales des États membres en application de la même loi. Selon le juge saisi, l'issue peut être différente puisque dans certains pays comme la France, le juge national n'est pas toujours obligé d'appliquer la règle de conflit européenne ; il peut trancher le litige en application du droit du for ».

²⁰⁴² Sur ce constat, v. aussi H. Gaudemet-Tallon, « Unité et diversité : quelques mots de droit international privé européen », *op. cit.*, 389.

Par exemple, en matière de responsabilité civile délictuelle, dans un litige franco-allemand, la saisine du juge allemand conduira à ce que le litige soit tranché en application de la loi désignée par le règlement « Rome 2 », alors qu’une saisine du juge français pourrait conduire à l’application du droit français, quelle que soit la loi applicable selon le règlement « Rome 2 ». Le résultat peut sembler assez paradoxal²⁰⁴³. La situation est d’autant plus malheureuse que le demandeur peut chercher à exploiter cette situation afin d’obtenir l’application du droit le plus favorable à ses intérêts. L’admission de l’accord procédural tacite ne peut qu’amplifier ce phénomène de disharmonie, car même si les parties décident d’invoquer la loi étrangère en cause d’appel, leur silence gardé en première instance sera — par le truchement d’une fiction juridique — interprété comme une renonciation à la règle de conflit et le droit étranger ne pourra pas être appliqué.

1134. La prorogation tacite appelle une analyse très similaire : le mécanisme permet de sauver de la cassation certaines décisions.

II) Le mécanisme de la prorogation tacite de compétence

1135. Le mécanisme de la prorogation tacite de compétence est un instrument de rationalisation du contentieux. Monsieur E. Pataut a en effet soutenu que ce mécanisme « ne repos[ait] pas sur un introuvable accord des parties ; la seule justification convaincante est la même que celle qui a été avancée en droit interne : l’efficacité procédurale. [...] Interdire au juge de discuter de la question, c’est permettre de trancher de la façon la plus rapide qui soit les difficultés posées par la compétence internationale »²⁰⁴⁴. Cette analyse nous paraît d’autant plus convaincante que lorsque la question de la compétence internationale est soulevée, « des années peuvent s’écouler avant que la compétence des tribunaux de tel ou tel État soit établie avec ce que cela représente comme frais et perte de temps »²⁰⁴⁵.

1136. En définitive, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence permet d’éviter que des débats relatifs à la juridiction compétente s’élèvent, d’où un gain en termes de célérité de la procédure. En outre, du fait du mécanisme de la prorogation tacite, si le défendeur n’a pas invoqué l’incompé-

²⁰⁴³ Comp : D. Bureau, « Regards sur la règle de conflit européenne », in *Concurrence et Europe, Liber Amicorum Laurence Idot*, Volume II, Édition concurrences, 2022, p. 537 et s. et not. p. 548-549.

²⁰⁴⁴ E. Pataut, « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparaît sans soulever d’exception d’incompétence », *op. cit.*, p. 585.

²⁰⁴⁵ H. Gaudemet-Tallon, « L’irrésistible ascension des conflits de juridictions », *op. cit.*, p. 748.

tence de la juridiction saisie dès le début du contentieux, il perd le droit de se prévaloir de cet argument. Il ne pourra donc plus solliciter l'annulation de la décision ; annulation qui risquerait de retarder la résolution du contentieux, en ce que le demandeur serait incité à saisir une autre juridiction. Si une telle juridiction était saisie, il y aurait un allongement considérable de la durée de la procédure. Mais ici, nous retrouvons également la problématique du dédoublement du contentieux, que nous avons déjà évoquée et sur laquelle il n'est donc pas nécessaire de s'appesantir²⁰⁴⁶.

1137. Mais le revers de cette politique juridique de faveur à l'efficacité procédurale réside dans une réduction des garanties de protection offertes à la partie faible. L'inconvénient principal du mécanisme est évident : une partie qui aurait objectivement intérêt à se prévaloir de l'incompétence peut ignorer qu'elle dispose du droit de contester la compétence du tribunal saisi. En conséquence, le mécanisme a pour effet de compromettre les intérêts des parties qui sont les moins bien conseillées, c'est-à-dire — bien souvent — celles qui sont les plus faibles économiquement. L'atteinte portée aux intérêts du défendeur peut se révéler considérable, car il sera — par hypothèse — contraint de se défendre devant un tribunal qui n'est pas celui de son domicile. On a déjà eu l'occasion d'insister sur le cortège de coûts qui résultent d'une telle situation contentieuse et sur les complications qui en résultent pour le défendeur²⁰⁴⁷.

1138. L'affaire *ČPP*, déjà abondamment commentée, avait eu le mérite de révéler ces difficultés²⁰⁴⁸. En effet, le litige opposait un assureur établi en République tchèque et un assuré domicilié en Slovaquie. Afin d'obtenir le paiement d'une somme prétendument due au titre du contrat d'assurance, l'assureur avait saisi les tribunaux tchèques. Or, en vertu de l'article 12 du règlement « Bruxelles 1 », les tribunaux de ce dernier État n'étaient *a priori* pas compétents²⁰⁴⁹. Néanmoins, le défendeur n'avait pas soulevé d'exception d'incompétence et s'était défendu sur le fond. Dans une affaire comme celle-ci, caractérisée par la présence d'une partie faible, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence pouvait-il se déployer ? La Cour de justice a répondu par l'affirmative. Elle estima que même si une règle de protection de la partie faible était en cause, le mécanisme devait jouer.

²⁰⁴⁶ V. *supra* n° 1058.

²⁰⁴⁷ V. *supra* n° 847.

²⁰⁴⁸ CJUE, 20 mai 2010, aff. C-111/09, *Ceská podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group c/ M. Bilas*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 575, note E. Pataut ; *Procédures* 2010, comm. 240, obs. C. Nourissat.

²⁰⁴⁹ Article 12, point 1 : « Sous réserve des dispositions de l'article 11, paragraphe 3, l'action de l'assureur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le défendeur, qu'il soit preneur d'assurance, assuré ou bénéficiaire ».

1139. Du fait de la lettre du règlement « Bruxelles 1 », la réponse ne pouvait que difficilement être différente. L'article 24 du règlement « Bruxelles 1 » prévoyait que le mécanisme de la prorogation tacite de compétence n'était « pas applicable si la comparution a[vait] pour objet de contester la compétence ou s'il exist[ait] une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 22 »²⁰⁵⁰. Par une interprétation *a contrario*, il était dès lors possible d'en déduire que lorsqu'une règle de compétence exclusive n'était pas en cause, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence devait jouer. Comme cela fut souligné par Monsieur E. Pataut, « [l]a solution imposée par la Cour résultait en effet de la simple lecture du texte et, à ce titre, l'arrêt est bien plus pédagogique que réellement interprétatif »²⁰⁵¹. Sur le plan de la politique juridique, en revanche, la solution pouvait sembler malheureuse.

1140. À l'occasion de cette affaire, les gouvernements tchèque et slovaque avaient d'ailleurs fait remarquer que dans un litige mettant en cause une partie faible, il serait opportun que le défendeur soit « mis en mesure d'avoir pleine connaissance des effets de sa défense au fond ». Ainsi, « le juge saisi devrait [...] vérifier d'office, dans l'intérêt de la protection de la partie la plus faible, que la manifestation de volonté de celle-ci est effectivement consciente et vise à fonder sa compétence ». C'est la solution que le règlement « Bruxelles 1 bis » a finalement consacrée. En effet, il est désormais prévu que lorsque le défendeur est un consommateur, un salarié ou une personne protégée au titre des dispositions sur les contrats d'assurance, le mécanisme de la prorogation tacite de compétence ne peut pas jouer automatiquement. Avant de se déclarer compétente, la juridiction doit s'assurer que le défendeur a connaissance de son droit de contester la compétence et qu'il a conscience des conséquences qui résulteront de sa comparution²⁰⁵².

²⁰⁵⁰ Une autre exception au jeu de la prorogation tacite de compétence est posée par l'article 26, point 1 du règlement qui prévoit que « lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État membre est attiré devant une juridiction d'un autre État membre et ne comparait pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement ».

²⁰⁵¹ E. Pataut, « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparait sans soulever d'exception d'incompétence », *op. cit.*, p. 581. Contra : H. Gaudemet-Tallon, C. Kessedjian, « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTD eur.* 2013, p. 435 et s. et not. p. 446.

²⁰⁵² Article 26, point 2.

1141. L'accord par lequel l'application de la Convention de Vienne est écartée appelle une analyse très similaire. Là encore, ce type d'accord a permis de sauver de la cassation certaines décisions des juges du fond.

III) L'accord excluant l'application de la Convention de Vienne

1142. Nous avons vu que les juges étaient tenus d'appliquer — d'office — la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Néanmoins, dès lors que, en première instance, les parties n'ont pas expressément invoqué la Convention de Vienne, elles sont privées du droit d'invoquer les dispositions de cette convention²⁰⁵³. En conséquence, un pourvoi qui reprocherait aux juges du fond de ne pas avoir soulevé d'office l'application de la Convention pourra être rejeté.

L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 juin 2001 permettra d'illustrer ce raisonnement²⁰⁵⁴. En l'espèce, une société française avait conclu un contrat de vente avec une société écossaise. Les juges de la Cour d'appel de Colmar s'étaient fondés sur le droit interne français et avaient condamné la société française à payer le montant de factures. Cette dernière se pourvut en cassation et affirma que la Cour d'appel aurait dû faire application de la Convention de Vienne. De prime abord, on aurait pu penser que la cassation était inévitable, car dans une précédente décision, la Cour de cassation avait estimé que la Convention de Vienne devait être appliquée d'office²⁰⁵⁵. Les juges du fond ayant manqué à leur devoir, la cassation paraissait — de prime abord — assurée. Pourtant, la haute juridiction devait affirmer que comme les parties s'étaient abstenues d'invoquer les dispositions de la Convention de Vienne, elles avaient tacitement décidé d'exclure l'application de cette dernière convention. Par la grâce de cette fiction de volonté, la décision fut sauvée de la cassation.

1143. Du point de vue de l'efficacité procédurale, l'utilité d'un tel accord n'est pas contestable. Il est possible que les dispositions de la convention en cause ne diffèrent pas du droit interne français. Dans cette hypothèse, la Convention de Vienne est très vraisemblablement invoquée à des fins purement dilatoires, et quoi qu'il en soit, la cassation est inutile. Mais il est également possible que les

²⁰⁵³ V. *supra* n° 746.

²⁰⁵⁴ civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *D.* 2001. 3607, note C. Witz ; *Ibid.*, 2591, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD. com.* 2001. 1052, obs. J.-M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP* 2002. 93, note H. Muir Watt.

²⁰⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, *JCP* 1996. II. n° 22734, note H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 1996. 460, note D. Bureau ; *D.* 1996, Jur. 334 s., note Cl. Witz.

dispositions de la Convention de Vienne diffèrent du droit interne. Dans ce cas, l'utilité de la cassation paraît moins contestable. Reste, là encore, qu'au regard de l'efficacité procédurale, la cassation entraînera un accroissement de la longueur du procès. Des difficultés en résulteront en ce que le raisonnement juridique sera à reconstruire. Les demandes et les moyens des parties devront être repensés. Le procès sera donc plus long et les coûts pesant sur les plaideurs en sortiront renforcés.

1144. Si ces solutions fondées sur des fictions de volonté ont pour mérite de favoriser l'efficacité procédurale et la célérité de la procédure judiciaire, elles n'en restent pas moins contestables. Tout d'abord, sur le plan théorique, la Cour de cassation estime que la Convention de Vienne est applicable d'office, mais elle considère également que la non-invocation de ses dispositions équivaut à un accord procédural, ayant pour effet d'obliger le juge à appliquer le droit interne français. Or, ces deux affirmations paraissent contradictoires²⁰⁵⁶. Dédire un accord élusif de la Convention de Vienne d'une simple abstention implique que cette convention sera uniquement applicable dans les cas où elle a été expressément invoquée²⁰⁵⁷. En réalité, selon l'analyse développée par Monsieur F. Ferrari, ces décisions sont une des manifestations les plus éclatantes de cette « tendance insulariste », consistant « à interpréter la Convention dans un sens permettant à la juridiction “d’aboutir, si possible, à l’application du droit interne” »²⁰⁵⁸. Ensuite, la caractérisation de ces accords tacites entrave l'effectivité de ces sources internationales. Or, n'est-il pas regrettable que des dispositions ayant spécifiquement été élaborées en contemplation des règles internationales ne soient pas appliquées plus souvent ? La question mérite d'être posée²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁶ J.-B. Racine, « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales », *op. cit.*, p. 22. En un sens assez similaire, v. Cl. Witz, « Vente internationale : l'office du juge face au pouvoir des plaideurs d'écarter le droit uniforme et jeu combiné de la Convention de Bruxelles et de la Convention de Vienne », *op. cit.*, p. 3611.

²⁰⁵⁷ H. Muir Watt, « Les parties écartent tacitement la Convention de Vienne en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 93 et s. et not. p. 95.

²⁰⁵⁸ F. Ferrari, « Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente », *op. cit.*, p. 344.

²⁰⁵⁹ On reviendra ultérieurement sur cette question de la supériorité des règles matérielles internationales. V. *infra* n° 1996 et s.

Conclusion du chapitre 1

1145. Dans le cadre de ce chapitre, nous avons cherché à montrer que nombre de mécanismes juridiques fondés sur des fictions de volonté sont inspirés par un objectif d'efficacité procédurale. Tout d'abord, plusieurs solutions fondées sur la volonté tacite ont favorisé la centralisation du contentieux. En premier lieu, en alléguant de l'existence de renonciations tacites, les juridictions françaises ont — au stade de l'instance directe — limité le jeu des articles 14 et 15 du Code civil. Par exemple, lorsqu'un demandeur français a saisi une juridiction étrangère, il est en principe réputé avoir renoncé au privilège de l'article 14 du Code civil. Dès lors, s'il saisit ultérieurement une juridiction française, cette dernière se déclarera incompétente. Le risque de dédoublement du contentieux est dès lors neutralisé.

En deuxième lieu, en usant du concept de volonté tacite, les juridictions françaises ont favorisé l'extension des clauses d'arbitrage. Par exemple, aujourd'hui, dans les groupes de contrats, l'arbitre dispose — par la grâce de la volonté tacite — de la possibilité de se prononcer sur l'ensemble des conventions s'intégrant au sein de l'ensemble contractuel. En troisième lieu, en se fondant sur le concept de renonciation tacite, la Cour de cassation a favorisé la reconnaissance des décisions étrangères. Par exemple, lorsque le demandeur français avait saisi la juridiction étrangère, au stade de l'instance indirecte ayant lieu en France, il ne pouvait plus se prévaloir de l'article 14 du Code civil pour s'opposer à la reconnaissance du jugement étranger. Or, cette faveur à la reconnaissance des décisions étrangères permettait une centralisation du contentieux au sein de l'ordre juridique étranger.

1146. Ensuite, nombre des solutions fondées sur la volonté tacite ont contribué à rendre la procédure plus prompte et expéditive. En premier lieu, par l'entremise des concepts de choix de lois implicites et d'accord procédural, l'application de la loi du for a été favorisée. Or, pour un juge, il est toujours plus facile d'appliquer son propre droit. Le litige est, en conséquence, tranché plus rapidement. En second lieu, par le truchement des accords tacites contentieux, tels que la prorogation tacite de compétence, l'accord procédural tacite ou l'accord par lequel l'application de la Convention de Vienne est écartée, des décisions furent sauvées de la cassation. Cela démontre que le concept de volonté tacite a — à travers ses différentes manifestations — été instrumentalisé aux fins de réalisation d'un objectif d'efficacité.

Pour parachever notre étude, seront maintenant examinés les objectifs matériels qui inspirent les solutions fondées sur des fictions.

Chapitre 2 : La réalisation d'objectifs matériels

1147. Dans le cadre du présent chapitre, nous chercherons à montrer que nombre des solutions juridiques fondées sur des fictions de volonté sont inspirées par des objectifs matériels. Le terme d'objectif matériel doit être ici entendu de façon particulièrement large. Il nous a semblé que ce terme était suffisamment extensif pour subsumer deux sous-objectifs principaux : la justice matérielle et la loyauté procédurale. Le premier a trait aux solutions qui seront apportées sur le fond. Le second a trait à la justice procédurale et l'usage du qualificatif de matériel peut, à son égard, paraître plus contestable. En effet, classiquement, ce terme renvoie à la substance de la relation et au fond du litige²⁰⁶⁰.

1148. Néanmoins, ce n'est pas cette dernière acception que nous avons retenue. Si nous avons utilisé le qualificatif de « matériel », c'est que ces objectifs ont pour trait commun d'avoir une forte coloration politique et de faire intervenir des jugements de valeur assez profonds. Ils se distinguent des impératifs de sécurité juridique et d'efficacité procédurale que nous avons jusqu'alors rencontrés et qui, bien qu'ayant incontestablement une dimension politique, ne mettent pas aussi directement en cause les valeurs sociales, ne posent pas des problèmes axiologiques aussi épineux.

Estimer qu'une solution favorise la sécurité juridique²⁰⁶¹ ou l'efficacité procédurale²⁰⁶² est une chose ; estimer qu'une solution juridique favorise la loyauté procédurale ou la justice contractuelle en est une autre. On voit bien que cette dernière affirmation repose sur un jugement beaucoup plus politique et qu'une telle affirmation ne peut pas être étayée par une analyse exclusivement scientifique²⁰⁶³. L'acception du terme matériel que nous retiendrons ici se rapproche ainsi de celle retenue par Monsieur E. Farnoux dans sa thèse sur les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. En effet, sous la plume de cet auteur, les considérations substantielles renvoient aussi bien à des considérations de justice procédurale qu'à des considérations de justice substantielle²⁰⁶⁴.

²⁰⁶⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} édition, PUF, 2020, v. « matériel » et « substantiel ».

²⁰⁶¹ V. *supra* n° 798 et s.

²⁰⁶² V. *supra* n° 1051.

²⁰⁶³ Néanmoins, il est vrai que la question de la place qui doit être reconnue aux objectifs d'efficacité procédurale et de sécurité juridique est une question très politique.

²⁰⁶⁴ E. Farnoux, thèse, *op. cit.*, not. p. 23 et s. Cet auteur indique ainsi que par le terme de considérations substantielles, il veut signifier « que les objectifs poursuivis par l'organisation de la compétence internationale reflètent une vision (politique, morale, économique et sociale) de la façon dont la justice doit être rendue dans les litiges internationaux ».

1149. Au titre de ces objectifs matériels, la faveur à l'arbitrage peut tout d'abord être mentionnée. Certaines solutions fondées sur la volonté tacite sont manifestement inspirées par un esprit de faveur à l'arbitrage. Il en est ainsi, en particulier, des solutions relatives aux clauses d'arbitrage par référence. En matière de clause d'arbitrage par référence, le consentement tacite est facilement établi. Même s'il serait peut-être excessif d'affirmer que ces solutions reposent sur des fictions juridiques, il est possible de conjecturer que le laxisme des juridictions françaises peut être expliqué par un souci de faveur à l'arbitrage.

1150. Ces remarques liminaires étant faites, nous chercherons maintenant à démontrer que nombre des solutions fondées sur des fictions juridiques ont pour fonction de favoriser la réalisation de la justice matérielle (section 1) et de garantir la loyauté de la procédure (section 2). Précisons que dans la suite de nos développements, les termes « matériel » et « substantiel » doivent être tenus pour équivalents.

Section 1 : L'objectif de réalisation de la justice matérielle

1151. Le concept de justice matérielle est fuyant et difficile à saisir²⁰⁶⁵. La distinction de la justice conflictuelle et de la justice matérielle s'enracine dans les travaux de Kegel. Pour ce dernier auteur, la justice matérielle serait liée à la recherche de la « solution la plus juste en elle-même, au sens du droit privé interne, du problème à résoudre »²⁰⁶⁶. Dans une veine assez similaire, il a été considéré que la justice matérielle renverrait à la recherche de « la solution au fond du litige sans égard à la bonne localisation de la relation juridique »²⁰⁶⁷. Dans le cadre des présents développements, nous retiendrons cette dernière acception du concept de justice matérielle. Cela ne signifie aucunement qu'une telle acception soit parfaitement satisfaisante²⁰⁶⁸, mais il n'en demeure pas moins que dans le cadre d'une étude de la volonté tacite, elle fournit un prisme d'analyse intéressant.

²⁰⁶⁵ Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 22 : « la justice matérielle reste en réalité assez énigmatique. Les réflexions sur la justice matérielle, toujours menées en confrontation avec la justice de droit international privé, portent exclusivement sur le rôle ou le statut d'exception de celle-ci, mais n'interrogent pas, à proprement parler, sa signification. À l'examen pourtant, on ne sait pas ce qu'elle recouvre exactement ».

²⁰⁶⁶ H. Batiffol, « Les intérêts de droit international privé », in *Festschrift für Gerhard Kegel*, Alfred Metzner, 1977, p. 11 et s. et not. p. 14. Ainsi, dans la théorie de Kegel, la justice matérielle renverrait au primat « du point de vue substantiel du for dans la réglementation des relations privées internationales » (R. Legendre, thèse, *op. cit.*, p. 116).

²⁰⁶⁷ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 364.

²⁰⁶⁸ Sur les limites de cette acception, v. par exemple Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 180 et s.

1152. Pour Kegel²⁰⁶⁹, comme pour Batiffol²⁰⁷⁰, la justice conflictuelle était l'objectif premier. Par exception, cependant, c'était l'objectif de réalisation de la justice matérielle qui devait primer. Le législateur, pourtant, adhère implicitement à des postulats différents²⁰⁷¹. La prolifération des règles matérielles internationales²⁰⁷², des règles de conflit à coloration substantielle²⁰⁷³ et le développement des lois de polices démontrent que le législateur français et, après lui, le législateur de l'Union européenne, ne se sont jamais désintéressés de la justice matérielle. Le processus de matérialisation des règles de droit international privé²⁰⁷⁴ atteste du fait que le législateur n'a pas adhéré au dogme de la neutralité des règles de conflit de lois²⁰⁷⁵. Le juge, pas plus que le législateur, n'a vu dans la prévisibilité et l'harmonie internationale des solutions l'alpha et l'oméga du droit international privé. Dans la recherche des solutions du conflit de lois, il fut souvent guidé par des considérations substantielles, tenant au contenu des lois en présence.

1153. Ce processus de matérialisation n'est pas inexplicable, il n'est pas dépourvu de rationalité. Les travaux de Monsieur A. Bucher ont insisté sur le développement d'un État social, régulateur et interventionniste. Dans nos sociétés, l'État est sensible à l'incidence que les rapports de droit privé

²⁰⁶⁹ G. Kegel, "The crisis of conflict of laws", *RCADI* 1964, t. 112, p. 91 et s. et not. p. 188.

²⁰⁷⁰ H. Batiffol, « Les intérêts de droit international privé », *op. cit.*, p. 14.

V. à cet égard, R. Michaels, « Private international law and the question of universal values », *op. cit.*, p. 161 : "What about substantive values first? In a classical perspective on private international law, universal substantive values have no space. Traditionally, the choice of law process is a "leap into the dark," to use Raape's words: the applicable law is determined in ignorance of its content, and that means also of its values. Only exceptionally do substantive values come into play, in particular in the public policy exception".

²⁰⁷¹ V. à cet égard Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 296).

²⁰⁷² V. à cet égard, B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1988, p. 121 et s. ; E. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*

²⁰⁷³ Sur ces règles, v. par exemple : Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 254 et s. ; P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.* ; H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 228 et s. ; P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, not. p. 56 et s. ; B. Audit, « Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul », *RIDC* 1998, p. 421 et s. et not. p. 427 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) », *op. cit.*, p. 181 et s. Dans la littérature juridique anglophone, v. S.-C. Symeonides, "Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law", in *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, 2001, p. 125 et s. Également accessible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906485

²⁰⁷⁴ Le mouvement de matérialisation du droit international privé désigne un processus de « pénétration du droit international privé par des normes et des considérations d'ordre substantiel » (M.-C. Najm, *Les principes directeurs du droit international privé. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005, p. 23, note de bas de page 76). Sur la matérialisation des règles de droit international privé, v. par exemple Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 240 et s. ; A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, t. 330, 2009, p. 9 et s. ; J. González Campos, « Diversification, spécialisation, flexibilisation, et matérialisation des règles de droit international privé », *RCADI* 2000, t. 287, p. 9 et s. et not. p. 309 et s.

²⁰⁷⁵ Sur la question de la neutralité, v. par exemple : Y. Loussouarn, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, p. 44 et s.

peuvent avoir sur la vie sociale et économique²⁰⁷⁶. Les lois, même en droit privé, sont désormais forgées en contemplation de finalités sociales que l'État entend réaliser²⁰⁷⁷. Or, selon l'éminent auteur, la règle de conflit de lois doit s'inspirer de cette orientation²⁰⁷⁸. En circonscrivant le champ d'application des lois dans l'espace, les règles de conflit de lois ne peuvent pas faire abstraction des objectifs qui sont propres aux normes de droit matériel. Afin « de remplir leur rôle de régulateurs de l'organisation socio-économique de l'État », ces normes de droit matériel doivent, « en principe, jouir d'une sphère d'efficacité susceptible d'englober des situations comportant des éléments d'extranéité »²⁰⁷⁹. L'État étant porteur d'un intérêt légitime à l'application de ses lois²⁰⁸⁰, les règles de conflit ne peuvent pas être neutres.

1154. Les règles matérielles internationales, les règles de conflit à coloration substantielle, les lois de police et l'exception d'ordre public sont classiquement présentées comme les principaux instruments de réalisation de la justice matérielle²⁰⁸¹. Mais la volonté tacite a également été l'un des véhicules par lesquels la justice matérielle a pénétré au sein du droit international privé contemporain. En se

²⁰⁷⁶ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*, p. 99 ; A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p. 9 et s. et not. p. 71 ; A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1996, Pedone, p. 209 et s. et not. p. 218. Pour une critique des théories de A. Bucher, v. par exemple : P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 154.

²⁰⁷⁷ Cette analyse de Monsieur A. Bucher n'est d'ailleurs pas sans faire écho aux belles observations de Francescakis. L'illustre auteur, en effet, avait déjà noté que « l'on comprend [...] pourquoi les exemples de pareilles lois [les lois de police] étaient rares à l'époque, comme était vague le vocable de "police". C'est tout simplement parce que l'organisation étatique était elle-même à l'époque relativement peu poussée. Et l'on comprend donc aussi du même coup le domaine considérable que la notion, relayée ultérieurement par celle de lois "d'ordre public" a gagné depuis. Ce domaine correspond d'un mot à la croissance, inouïe depuis lors et sur laquelle il serait lourd d'insister, des objectifs politiques, culturels, sociaux, économiques, que l'État met en œuvre au moyen de structures organisées par lui » (Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 et s. et not. p. 13).

²⁰⁷⁸ V. de ce point de vue, J.-D. Gonzalez Campos, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé : cours général », *op. cit.*, p. 314 : « [S]i l'État social intervient dans l'économie et essaie de transformer la réalité sociale, le droit est l'instrument au service des buts de transformation de la société étatique. Ce qui exclut, en principe, que l'on puisse parler de la « neutralité » du système juridique en général et, en particulier, de la neutralité des règles de droit international privé par rapport aux valeurs et objectifs sociaux, économiques ou politiques qui gouvernent le droit matériel ».

²⁰⁷⁹ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *op. cit.*, p. 99-100.

²⁰⁸⁰ Contra : P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 156.

²⁰⁸¹ R. Legendre, *thèse*, *op. cit.*, 2020, p. 116 : « l'idée de justice matérielle se manifeste par des voies méthodologiques nombreuses et variées. Les règles matérielles, les règles à coloration substantielle contribuent, en effet, à sa réalisation ». V. aussi, dans le même sens : L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 364.

fondant sur des fictions juridiques, constituées par l'entremise du concept de volonté tacite, les juridictions françaises, arbitrales et étrangères ont cherché à promouvoir l'application de la loi qui, en raison de son contenu matériel, aboutissait à la consécration des résultats juridiques les plus heureux²⁰⁸². Il ne faut, à l'évidence, pas surestimer l'importance de ce phénomène juridique. La volonté tacite n'a pas été le premier vecteur de matérialisation du droit international privé, mais pour être discret, ce phénomène juridique n'en est pas moins existant et digne d'intérêt. Il prend place au sein d'un processus plus général qui est celui du mouvement de matérialisation des règles de droit international privé.

1155. Ainsi, selon le Doyen Batiffol, en matière de régimes matrimoniaux, les solutions fondées sur la volonté tacite auraient parfois été orientées vers la réalisation d'objectifs substantiels. En effet, nous avons vu que par le passé, la Cour de cassation estimait que pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial, il appartenait aux juges du fond de rechercher le statut matrimonial que les époux avaient eu la volonté d'adopter²⁰⁸³. Par principe, la jurisprudence estimait que les époux avaient tacitement choisi la loi de l'État dans lequel ils avaient établi leur premier domicile matrimonial. Cependant, par exception, une autre loi pouvait être jugée applicable.

Le système avait l'avantage de la souplesse. Or, pour Batiffol, si les juges sont restés si fidèles à ces solutions fondées sur la volonté tacite,

« c'est sans doute qu'ils se trouvent généralement saisis lors de la liquidation du régime. Ils se réservent ainsi la possibilité de déclarer commune en biens la veuve sans ressources, ou d'empêcher au contraire en la réputant séparée de biens, qu'une femme oblige son mari lors d'un divorce survenu après quelques années de mariage, à une liquidation désastreuse de ses affaires. Cette méthode enchanterait les théoriciens se présentant réalistes, qui ne voient d'autre mission au droit que de dégager dans le cas concret la solution équitable »²⁰⁸⁴.

1156. Ainsi, on mesure que la volonté tacite a potentiellement pu être instrumentalisée, son usage étant orienté vers la réalisation d'objectifs substantiels. Reste que l'affirmation de l'illustre internationaliste est très difficile à démontrer. Les arrêts relatifs à cette question comportent trop peu d'informations sur les faits litigieux pour que l'on puisse se prononcer avec assurance. Tout au plus peut-on

²⁰⁸² V. déjà : Ph. Blajan, thèse, *op. cit.*, not. p. 179-180.

²⁰⁸³ Req. 4 juin 1935, *Zelcer*, *Rev. crit. DIP* 1936. 557, note Basdevant ; *S.* 1936. 1. 377, rapp. Pilon, note J.-P. Niboyet ; *DP* 1936. 1. 7, rapp. Pilon, note Savatier, *Grands arrêts*, n° 15. V. *supra* n° 729.

²⁰⁸⁴ H. Batiffol, note sous Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1956, *op. cit.*, p. 101.

formuler une hypothèse : en matière matrimoniale, il est possible que des considérations matérielles aient pesé sur l'adoption des solutions du conflit de lois.

1157. Quoi qu'il en soit, si l'on fait abstraction de la question des régimes matrimoniaux, on peut constater que les objectifs matériels qui inspirent les solutions fondées sur des fictions de volonté sont assez hétérogènes. Néanmoins, deux tendances antagonistes traversent la jurisprudence française. Dans les rapports contractuels dans lesquels sont impliquées deux parties inégales, les juges cherchent à limiter le jeu de la liberté contractuelle et l'interventionnisme étatique est favorisé (sous-section 1). Au contraire, dans les contrats mettant en cause des opérateurs économiques égaux, ou du moins réputés tels, l'interventionnisme étatique est bridé (sous-section 2).

Sous-section 1 : Un interventionnisme étatique favorisé

1158. Dans les relations de travail internationales, les juges ont eu tendance à découvrir des choix de lois implicites dans des hypothèses dans lesquelles la volonté des parties paraissait pourtant particulièrement incertaine²⁰⁸⁵. Dans nombre de situations, la volonté tacite fut utilisée comme un artifice, permettant d'aboutir à l'application de la loi française. Or, ce mouvement jurisprudentiel suscite deux interrogations différentes : celle de la fin et celle des moyens. Nous reviendrons, en effet, sur l'objectif poursuivi par les magistrats français (I) et sur les moyens employés aux fins de la réalisation de cet objectif (II).

I) La problématique de l'objectif poursuivi

1159. Si la Cour de cassation a usé de ces fictions de volonté, c'est — très vraisemblablement — pour parvenir à la désignation de la loi française, réputée plus protectrice du salarié (A)²⁰⁸⁶. Or, cette politique juridique de faveur à la protection du salarié engagé dans un rapport de travail international n'est pas nécessairement incontestable (B).

²⁰⁸⁵V. *supra* n° 721 et s.

²⁰⁸⁶ P. Morvan, « L'expulsion de la norme étrangère par le droit du travail français », *JCP S* 2016. 1153, n° 13 : « C'est une croyance répandue que le droit français serait le plus protecteur au monde, surpassant par sa bienveillance tous les droits étrangers, en quelque sorte sous-développés au regard du raffinement atteint par notre civilisation juridique et ce Code du travail que le monde nous envie. L'idéologie universaliste et cosmopolite de la Révolution française demeure bien ancrée dans la mentalité des magistrats qui conçoivent difficilement qu'un droit étranger puisse être aussi bienfaisant que le leur ».

A) Identification de l'objectif poursuivi

1160. À l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au contrat de travail international, un premier constat apparaît rapidement : la jurisprudence est affectée d'un biais *lex foriste*. Le plus souvent, quand les juges retiennent l'existence d'un choix de loi tacite, il s'agit d'un choix de la loi française²⁰⁸⁷. En réalité, sous couvert de recherche de la volonté tacite, la jurisprudence a cherché à étendre le champ d'application de la législation française²⁰⁸⁸. Certes, dans certains arrêts, ce sont des choix implicites de la loi étrangère qui sont caractérisés. Néanmoins, lorsque de tels choix sont établis, les juges relèvent, généralement²⁰⁸⁹, des indices de volonté beaucoup plus probants²⁰⁹⁰. Cela étant acquis, il reste à savoir pourquoi la jurisprudence cherche à favoriser l'application de la loi française. L'hypothèse qui peut être formulée est la suivante : si la jurisprudence a souhaité accroître — dans toute la mesure du possible — le champ d'application de la loi française, c'est parce que cette dernière offre une plus grande protection au salarié²⁰⁹¹.

²⁰⁸⁷ En ce sens, v. déjà T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 159 : « Quant à la chambre sociale, elle ne fait guère preuve d'orthodoxie en la matière. Il n'est pas rare que le choix tacite constitue pour elle un moyen commode et à peine déguisé de parvenir à la compétence de la loi française ».

V. aussi *ibid.*, p. 163 ; F. Jault-Seske, « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail (Commentaire de l'article 8 du règlement Rome I) », *RDT* 2008, p. 619 et s. et not. p. 622. Comp. : N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », *op. cit.*, not. p. 238 ; J.-F. Cesaro, « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Dr. soc.* 2006, p. 734 et s. et not. n° 15 et s.

²⁰⁸⁸ La volonté tacite n'est pas le seul moyen utilisé par les juridictions françaises pour parvenir à l'application de la *lex fori*. Le juge a en effet tendance « à chercher dans le cas dont il est saisi ou dans l'interprétation du droit français des conflits de lois, tous les éléments qui pourraient justifier l'application de la loi française » (J.-P. Laborde, « Les grandes tendances du droit international privé du travail au regard de l'évolution du droit international privé général », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teysie*, LexisNexis, 2019, p. 705 et s.). À ce sujet, v. également les conclusions radicales de Monsieur P. Morvan : « L'expulsion de la norme étrangère par le droit du travail français », *op. cit.*

²⁰⁸⁹ V. cependant, soc. 21 janvier 2004, n° 01-45.182 : « Mais attendu que, sans dénaturer, la cour d'appel a constaté que le salarié avait été embauché à Singapour où il avait effectivement travaillé, qu'aucune disposition de la législation française du droit du travail n'avait été rendue applicable ni appliquée entre les parties et que la rémunération de l'intéressé avait été fixée et payée en devises locales ; que, par ces seuls motifs [...], elle a caractérisé l'intention des parties de soumettre le contrat de travail de l'intéressé à la loi de Singapour ».

²⁰⁹⁰ V. par exemple : Soc. 27 mai 2009, n° 08-41.908 : un choix de la loi des États-Unis d'Amérique avait été caractérisé. Cependant, le contrat se référait à une convention collective de droit américain, qui est un indice fort (V. *supra* n° 674). V. aussi : CA Metz, 22 novembre 2017, n° 17/00518 ; CA Aix-en-Provence, 16 avril 2015, n° 14/21925 (approuvé par Soc. 19 janvier 2017, n° 15-20.095).

²⁰⁹¹ V. à ce sujet : N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. Crit. DIP* 2016, p. 309 et s. et not. p. 313 ; F. Jault-Seske, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 253 et s. et not. p. 261 ; N. Nord, « La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *JCP S* 2006. 1832, n° 18 et s. ; J. Deprez, « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, n° 9 ; S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *op. cit.*, p. 591.

1161. Un élément accrédite cette hypothèse. Dans l'ensemble des décisions étant — de notre point de vue — fondées sur des fictions de volonté, la configuration est la même : c'est le salarié qui revendique l'application de la loi française et l'employeur qui, au contraire, soutient que le contrat de travail est régi par une loi étrangère²⁰⁹². Or, si c'est le salarié qui invoque l'application de la loi française, c'est assez vraisemblablement parce que cette dernière lui offre une meilleure protection. On peut donc conjecturer que, par l'entremise de ces fictions de volonté, la jurisprudence a cherché à promouvoir une politique juridique de renforcement de la protection des salariés engagés dans des rapports de travail internationaux. Heuzé a ainsi relevé que les tribunaux imputent fréquemment aux parties la volonté tacite de se soumettre à une loi différant de celle du lieu d'exécution, afin que le salarié bénéficie d'un avantage que cette dernière loi ne lui confère pas²⁰⁹³. Ce phénomène jurisprudentiel n'a rien de nouveau. En 1966, Madame M. Simon-Depitre avait déjà relevé que « le désir d'aboutir à la compétence de la loi française en utilisant les moyens les plus divers [...] apparaît comme la constante de la jurisprudence de la Section sociale. [...] Ce désir s'explique sans doute par la tendance à faire bénéficier les représentants des dispositions de la loi française, considérées *a priori* comme plus favorables »²⁰⁹⁴.

1162. Symétriquement, dans des hypothèses dans lesquelles il existe des indices de volonté très probants, certaines juridictions refusent d'admettre l'existence d'un choix implicite de la loi étrangère. Dans une décision du 7 avril 2009, la Cour d'appel de Colmar a par exemple estimé qu'un choix tacite de la loi allemande n'était pas caractérisé²⁰⁹⁵. Pourtant, l'employeur faisait valoir que le contrat contenait plusieurs références expresses ou implicites à la législation allemande et affirmait que les parties avaient, en conséquence, implicitement voulu soumettre leur convention aux dispositions de la loi allemande. L'argument fut rejeté. La Cour d'appel considéra qu'« en ne faisant que des références ponctuelles à la législation allemande alors que le contrat de travail a été rédigé en langue allemande

²⁰⁹² Soc. 25 janvier 2012, n° 11-11.374, *D.* 2012 444 ; *D.* 2012. 2331 obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Dr. Soc.* 2012. 412, obs. J.-P. Laborde ; *JCP* 2012. 495, note A. Devers ; *JCP S* 2012, n° 1231, note J.-P. Tricoit ; *JDI* 2012. 1354 note A. Sinay-Cytermann ; Soc. 29 novembre 2000, n° 98-41.724 ; Soc. 19 avril 2000, n° 98-40.039 ; Soc. 10 février 1998, n° 95-44.449 ; Soc. 28 octobre 1997, n° 94-42.340 ; Soc. 26 juin 1997, n° 94-45.173 ; Soc. 3 mars 1988, n° 85-41.768 ; Soc. 25 janvier 1984, *Rev. crit. DIP* 1985. 327 ; Soc. 31 mars 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 701, note A. Lyon Caen. Dans la jurisprudence des juridictions du fond, v. CA Versailles, 24 septembre 2014, n° 13/00037 ; CA Versailles, 29 juin 2011, n° 10/00068.

²⁰⁹³ V. Heuzé, « Du droit applicable à un contrat de travail qui exclut le droit français sans en élire aucun autre », note sous conseil des prud'hommes d'Angers, 18 mai 1989, *Soc. Minéo c. Albert*, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 501 et s. et not. p. 505.

²⁰⁹⁴ M. Simon-Depitre, note sous Soc. 1er juillet 1964, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 47 et s. et not. p. 49. Rapprochement : P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international, analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83 et s. et not. p. 84.

²⁰⁹⁵ CA Colmar, 7 avril 2009, n° 08/02156.

et qu'il a été conclu sur le territoire allemand, les parties ont manifesté leur intention de réserver l'application de la loi allemande aux seuls points qu'elles ont expressément désignés, sans y soumettre le reste de leurs relations contractuelles ». C'était là retenir un dépeçage implicite du contrat... Au regard d'une telle décision, on a du mal à se déprendre de l'idée que tout a été fait pour parvenir à l'application de la loi française.

1163. Pourtant, en matière de contrat de travail international, la règle de conflit de lois est orientée vers un objectif substantiel de protection du salarié²⁰⁹⁶. Comment, dès lors, expliquer qu'un besoin complémentaire de protection de la partie faible puisse occasionnellement surgir ? L'article 8 du règlement « Rome 1 » prévoit qu'à titre de principe, le contrat de travail est régi par la loi choisie par les parties. Néanmoins, la disposition ajoute que ce choix ne peut avoir pour effet de priver le salarié de

²⁰⁹⁶ Sur le plan méthodologique, notons que cette disposition est une règle de conflit bilatérale, mais qui a pour effet particulier de donner application à des lois de police. Plus précisément, Monsieur L. d'Avout relève que pour les contrats de travail et de consommation, « les effets nocifs de l'élection de droit sont anéantis par l'affirmation d'un rattachement-socle de la relation à une loi de compétence objective et inamovible » (L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 341). Il ajoute que « [l]e socle objectif de réglementation inamovible qui s'impose ainsi en matière contractuelle protège certes individuellement la partie faible. Il est parfois analysé comme un assemblage ou une sédimentation de lois de police typiques (c'est-à-dire présomptivement présentes dans toute législation), dans la mesure où l'effet voulu de ces règles et du rattachement qui les fédère est d'assurer un fonctionnement fiable, efficace et paisible du marché sur le territoire » (*Ibid.*, p. 342). À cet égard, v. aussi Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 484 ; S. Francq, « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », *op. cit.*, p. 56 ; P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 513 et s. et not. p. 523 et s. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 et s., reproduit in *Choix d'articles*, LGDJ, 2015, p. 99 et s. et not. p. 116.

la protection garantie par les dispositions impératives de la loi applicable en l'absence de choix²⁰⁹⁷. C'est-à-dire que le plus souvent, le travailleur ne pourra être privé de la protection garantie par les dispositions impératives de l'État dans lequel le travail est habituellement accompli. C'est là, en réalité, la seule protection offerte au salarié : ce dernier est protégé contre le choix d'une loi qui pourrait potentiellement être « imposé » par son employeur et le priverait de toute protection.

Néanmoins, chaque fois que le contrat de travail est localisé — de façon prépondérante — au sein d'un ordre juridique dont le droit est peu protecteur du salarié, ce dernier se trouve privé de protection²⁰⁹⁸. En l'absence de clause d'élection de droit, en effet, le contrat est en principe régi par la loi de l'État dans lequel le travail est habituellement accompli. Or, comme cela est souligné par Madame S. Corneloup, cette dernière disposition « a été conçue par les rédacteurs de la convention comme une règle neutre au regard de la politique de protection des travailleurs. Elle repose exclusivement sur le principe de proximité »²⁰⁹⁹. Si le travail est accompli au sein d'un État dont les standards de protection

²⁰⁹⁷ Sur la loi applicable au contrat de travail, v. par exemple, au sein d'une littérature juridique absolument considérable : J.-P. Laborde, « Les grandes tendances du droit international privé du travail au regard de l'évolution du droit international privé général », *op. cit.* ; J. Foyer, « La protection problématique du salarié dans les relations de travail internationales », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 689 et s. ; B. Gauriau, « L'identification de la loi applicable au contrat de travail international », in B. Teyssié (dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, Panthéon-Assas, éd. 2014, p. 234 et s. ; N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 309 et s. ; M.-A. Moreau, « Continuité des règles de DIP en matière de contrat de travail international et communautarisation », in *Mélanges J.-M. Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 401 et s. ; F. Jault-Seseke, « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail (Commentaire de l'article 8 du règlement Rome I) », *op. cit.* ; Y. Chagny, « La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la Cour de cassation », *TCFDIP* 2008-2010, p. 199 et s. ; J.-F. Cesaro, « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *op. cit.* ; N. Nord, « La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *op. cit.* ; S. Robin-Olivier, « La mobilité internationale du salarié », *Dr. soc.* 2005, p. 495 et s. ; A. Sinay-Cytermann, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 737 et s. ; A. Sinay-Cytermann, « La protection du salarié en droit international privé », *JCP S* 2005. 1026 ; Y. Chauvy, « Le contrat de travail international et sa loi : volonté, exécution, liens d'affinité », *D.* 1998, p. 57 et s. ; J. Deprez, « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.* ; P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.* ; J. Deprez, « Évolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 165 et s. ; J. Deprez, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail [article 3,6 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980], *Dr. Soc.* 1995, p. 323 et s. ; J. Deprez, « La loi applicable au contrat de travail dans les relations internationales », *RJS* 1990, p. 119 et s. ; P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international, analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », *op. cit.*

²⁰⁹⁸ Rapprochement : N. Nord, « La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *op. cit.*, n° 17 ; F. Jault-Seseke, « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail (Commentaire de l'article 8 du règlement Rome I) », *op. cit.*, p. 624.

²⁰⁹⁹ S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *op. cit.*, p. 596.

du travailleur sont très inférieurs à ceux prévalant en France, le salarié se trouve placé dans une situation qui lui est très défavorable²¹⁰⁰. C'est notamment dans cette dernière situation que la jurisprudence a usé de la volonté tacite.

1164. L'arrêt rendu par la chambre sociale le 10 février 1998 permettra d'illustrer cette problématique²¹⁰¹. En l'espèce, trois salariés de nationalité française avaient été engagés par une société guinéenne. Le contrat avait été signé en France et les salariés devaient exercer des fonctions de direction au sein de la société précitée. Le travail était accompli par les trois salariés en Guinée. Ces derniers ont ultérieurement saisi le conseil de prud'hommes. Ils ont invoqué une confusion d'employeurs entre la société guinéenne et une société française qui se trouvait liée à cette dernière. Les salariés espéraient ainsi obtenir la condamnation solidaire des deux sociétés et le paiement de diverses sommes dues au titre du contrat de travail. Dans la mesure où le contrat était exécuté en Guinée, c'était *a priori* la loi guinéenne qui devait régir ce dernier. L'employeur invoquait d'ailleurs ce dernier argument.

Pourtant, la Cour de cassation estima que la loi française était bien applicable. Elle se retrancha derrière l'appréciation souveraine des juges du fond et constata que les salariés se trouvaient sous la subordination des sociétés française et guinéenne et que la direction effective de la société guinéenne était assurée par la société française. Cette dernière avait en particulier engagé les trois salariés, fixé leur rémunération et contribué au régime français d'assurance chômage auquel les salariés étaient affiliés. Les salariés français, recrutés en France, avaient pour co-employeurs les deux sociétés. Dès lors, les parties avaient eu la volonté certaine de soumettre leurs relations contractuelles à la loi française.

1165. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 29 novembre 2000 illustre également ce mouvement de faveur à l'application de la loi française²¹⁰². En l'espèce, un salarié français avait été recruté par une société française pour occuper un poste de directeur général au sein d'une filiale espagnole. Après la rupture de son contrat de travail, le salarié avait saisi les tribunaux français afin de faire juger que son employeur était la société française et que son licenciement était sans cause

²¹⁰⁰ Dans le droit jurisprudentiel antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, le même problème avait déjà été mis en lumière par la doctrine. V. à ce sujet : J. Deprez, « Évolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 166.

²¹⁰¹ Soc. 10 février 1998, n° 95-44.449.

²¹⁰² Soc. 29 nov. 2000, n° 98-41.724.

réelle et sérieuse. La Cour de cassation estima que dans la mesure où le salarié avait été recruté par une société française, qu'il avait effectué un stage en France préalablement à son affectation auprès de la filiale et que la société mère française était restée l'unique employeur du salarié, la Cour d'appel avait valablement pu estimer qu'un choix de la loi française était certain. Comme cela a été souligné par Madame F. Jault-Seseke, « [l']affaire est symptomatique : il n'y a aucun indice permettant de connaître la volonté des parties quant au droit applicable, mais à partir d'éléments (dont le coefficient localisateur n'est souvent pas très élevé) situés en France, les juges déduisent le choix de la loi française sans que la Cour de cassation trouve à y redire »²¹⁰³.

1166. Précisons, cependant, que les choix de lois tacites ne sont pas systématiquement admis. L'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 28 mars 2012 en témoigne²¹⁰⁴. En l'espèce, un journaliste français avait été employé par une société de droit français pour réaliser des reportages en Chine et dans d'autres pays d'Asie. L'employeur avait soumis au salarié une proposition de contrat de travail, mais l'écrit n'avait jamais été signé. À la suite de la rupture du contrat, le salarié avait saisi les tribunaux français pour obtenir des indemnités de rupture, des dommages-intérêts et diverses sommes de nature salariale. Ses demandes étaient fondées sur le droit français. En appel, la cour avait déclaré que la loi de la République populaire de Chine était applicable, car le lieu d'accomplissement habituel du travail était situé dans ce dernier pays. Dans son pourvoi, le salarié invoquait, notamment, l'existence d'un choix implicite du droit français. Devant la haute juridiction, l'argument ne devait pas prospérer. Le pourvoi fut en effet rejeté par la Cour de cassation, qui estima que le choix de la loi française n'était pas caractérisé. De façon plus générale, on peut se demander si ce courant jurisprudentiel de faveur à l'application de la loi française n'a pas tendance à se tarir. Ces dernières années, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, le biais *lex foriste* semble moins marqué et les fictions de volonté semblent moins fréquemment utilisées.

1167. Quoi qu'il en soit, dans certaines décisions, les juges semblent bien avoir été guidés par un impératif de protection du salarié. Reste alors à déterminer si l'objectif poursuivi est légitime.

²¹⁰³ F. Jault-Seseke, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *op. cit.*, p. 262.

²¹⁰⁴ Soc. 28 mars 2012, n° 11-12.778, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2012. 587, note S. Corneloup. Sur cet arrêt, v. aussi : N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 316.

B) Appréciation de l'opportunité de l'objectif poursuivi

1168. L'impulsion d'une politique juridique de renforcement de la protection du salarié est-elle opportune ? À l'examen, une première réserve apparaît. En favorisant l'application de la loi française, le juge français cherche à tout prix à imposer les conceptions de l'État du for dans les relations internationales. Le premier grief qui pourrait ainsi être formulé est celui d'un certain impérialisme, le juge français cherchant — par tous les moyens à sa disposition — à étendre le domaine d'application de la *lex fori*, réputée supérieure à la législation étrangère²¹⁰⁵. Ce premier grief ne paraît cependant pas suffisant pour condamner la jurisprudence française et il convient d'élargir le champ de la discussion. Si la question de la protection du salarié est si épineuse, c'est qu'elle s'encastre au sein d'un débat plus large, qui n'est autre que celui de la place devant respectivement être accordée à la justice matérielle et à la justice conflictuelle²¹⁰⁶.

1) L'atteinte à la justice conflictuelle

1169. Si l'on estime que les règles de conflit de lois ont pour objectif premier de garantir la prévisibilité du droit applicable aux rapports internationaux, la jurisprudence analysée est difficilement défendable, et ce pour deux raisons complémentaires. Tout d'abord, dans toutes les affaires dans lesquelles la jurisprudence française a retenu un choix de loi factice, le travail était accompli dans un pays étranger. Dès lors, il est à craindre que si c'était le juge étranger qui avait été saisi, il ait retenu non pas l'application du droit français, mais l'application du droit étranger. À tout le moins, le risque d'atteinte à l'objectif d'harmonie internationale des solutions est difficile à évacuer²¹⁰⁷. Cela est d'autant plus vrai que dans l'ensemble des arrêts analysés, le contrat litigieux était localisé — de façon

²¹⁰⁵ V. de ce point de vue : Hélène Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 269 : « la volonté d'appliquer sa propre loi, sans même envisager la possibilité d'appliquer une loi étrangère, me semble être la caractéristique d'un ordre juridique encore "immature", qui veut s'imposer de façon impérialiste au lieu de chercher une bonne coordination internationale ».

Heuzé a également relevé que « le respect de la diversité des conceptions auxquelles donnent lieu à travers le monde ces notions de justice et d'utilité sociale que les règles de droit matériel ont, de leur côté, pour objet de garantir » était traditionnellement considérée comme « la finalité même du droit international privé » (V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *op. cit.*, p. 123).

²¹⁰⁶ Rapprochement : S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *op. cit.*, p. 597 : « L'évaluation de l'article 6 alinéa 2 rejoint ici la question plus générale de la fonction de la règle de conflit. Convient-il de rester focalisé sur la recherche d'une justice conflictuelle, fondée sur l'harmonie internationale des solutions et reposant sur des règles de conflit qui doivent en principe être neutres ? Ou convient-il de reconnaître à la règle de conflit, dans certaines matières, également une fonction régulatrice ? Cette dernière approche impliquerait d'investir la règle de conflit de la mission de réaliser sur le plan international certains objectifs matériels poursuivis par le législateur national ou européen sur le terrain du droit interne ».

²¹⁰⁷ Sur le concept d'harmonie internationale des solutions, V. *supra* n° 941 et s.

prépondérante — au sein de l'ordre juridique étranger. Les liens avec la France étaient chaque fois — ou presque — faibles et peu significatifs.

1170. Ensuite, même si l'on se place du seul point de vue du juge français, la prise en compte des considérations substantielles va accroître l'imprévisibilité du droit applicable. Il semble, en effet, difficilement concevable que la Cour de cassation s'engage dans la voie d'une application systématique ou quasi systématique de la loi la plus favorable aux salariés. En revanche, ce qui semble envisageable, c'est que la volonté tacite soit utilisée pour évincer les lois qui garantiraient une protection du salarié qui serait significativement inférieure aux standards français. Or, si cette dernière option devait être retenue, une difficulté émergerait : à partir de quel seuil devra-t-on considérer que la loi française doit — par l'entremise d'une fiction de choix — se substituer à la loi étrangère normalement applicable ? La question va nécessairement engendrer des incertitudes.

1171. Cependant, les deux critiques qui ont jusqu'alors été adressées demeurent fondées sur un présupposé théorique : à savoir l'idée selon laquelle la réalisation de la justice conflictuelle et la prévisibilité du droit applicable seraient les objectifs premiers du droit international privé. C'est une vision que l'on retrouve chez nombre d'auteurs français. Chez Batiffol, on l'a dit, mais aussi chez plusieurs disciples de ce dernier, qui se sont en effet accordés sur le primat qui devait être conféré à la justice de droit international privé. On songe en particulier à Monsieur P. Mayer qui, comme nous l'avons déjà relevé, estime que la prévisibilité est le premier objectif du droit international privé et que les règles de conflit n'ont pas pour vocation de désigner la réglementation la plus juste²¹⁰⁸. On songe encore à Monsieur Y. Lequette qui est resté assez attaché à cette idée d'un primat de la justice de droit international privé²¹⁰⁹, ou à Madame H. Gaudemet-Tallon qui a écrit « que la règle de conflit bilatérale neutre devrait rester la toile de fond du droit international privé des conflits de lois. Et si, pour assurer

²¹⁰⁸ P. Mayer, V. Heuzé, B. Remy, *op. cit.*, p. 35 : « l'objectif essentiel du droit international privé est la *sécurité*, et non pas la justice ; il doit fournir non la réglementation la plus juste ou la mieux adaptée, mais celle dont l'application en l'espèce est la plus conforme aux prévisions des parties » (ce sont les auteurs qui soulignent). Cette assertion figurait déjà dans la sixième édition du précis de droit international privé, dont Monsieur Mayer était alors le seul auteur. La paternité de cette affirmation peut donc être attribuée à Monsieur Mayer (Droit international privé, 6^{ème} édition, 1998, Montchrestien).

²¹⁰⁹ v. à cet égard, Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.* L'ensemble des développements de Monsieur Lequette témoignent d'un fort attachement à la pensée de Batiffol. Au-delà des disciples de Batiffol, v. aussi V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *op. cit.*, not. p. 48 : quant à la désignation du droit applicable, le choix du for « ne saurait être dicté par le contenu des règles substantielles en question : puisqu'il a pour objectif la coordination de tous les ordres juridiques nationaux, sans exclusive aucune, toutes les politiques législatives qu'elles traduisent doivent nécessairement être tenues pour également légitimes et respectables a priori, si bien que le for doit observer à leur égard une stricte neutralité. [...] Dans ces conditions, ce sont les exigences de la sécurité juridique qui doivent seules dicter le choix du critère servant à départager l'empire des lois ».

la meilleure justice matérielle possible, peuvent intervenir ponctuellement d'autres mécanismes, il faut les cantonner au strict nécessaire »²¹¹⁰.

1172. Ainsi, pour Monsieur S. Symeonides, cette approche classique, fondée sur le postulat de la prééminence de la justice conflictuelle, peut être présentée en ces termes :

« Conflicts exist because different societies adhere to different value judgments reflected in their respective laws as to how legal disputes should be resolved. As long as multistate disputes are resolved by means of choosing the law of one state over the other, such a choice is bound to satisfy one society and one party and aggrieve another. This being so, the choice of the applicable law cannot afford to be motivated by whether it will produce a “good” or “just” resolution of the actual dispute. Hence, PIL [Private International Law] should strive to achieve “conflicts justice,” that is ensure the application of the law of the proper state, but PIL cannot expect to achieve “material justice,” i.e. the same type and quality of justice as is pursued in fully domestic situations »²¹¹¹.

1173. Si l'on adhère à un tel postulat théorique, la promotion de cette politique juridique de renforcement de la protection due au salarié prête le flanc à la critique. Reste que ce point de vue est loin de faire consensus.

2) *La quête de la justice matérielle*

1174. De nombreux auteurs ont insisté sur l'importance de la justice matérielle. Tout d'abord, Monsieur A. Bucher, dont nous avons déjà présenté les travaux²¹¹². Des auteurs américains ensuite. Les États-Unis d'Amérique ont en effet été la terre d'élection d'un renouveau des méthodes du conflit de lois et de l'éclosion de la doctrine des *Governmental Interests*. Aux fins de la résolution des conflits

²¹¹⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 298. V. aussi l'analyse critique des règles de conflit à coloration matérielle développée par cet auteur : H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) », *op. cit.*, not. p. 186 et s.

²¹¹¹ S.-C. Symeonides, “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law”, in *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, 2001, p. 125 et s. et not. p. 125-126. Également accessible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906485

Rapprochement : A.-T. Von Mehren, « Choice of law and the problem of justice », *Law and contemporary problems* 1977, p. 27 et s. et not. p. 32 : « In private-law contexts it is generally more important to preserve equality between the parties by regulating the controversy in the same way regardless of the forum in which the litigation proceeds than to advance the purposes of one of the concerned states particularly since, by hypothesis, those of another concerned state must be frustrated ». Néanmoins, l'auteur nuance ultérieurement cette affirmation.

²¹¹² Dans une veine assez similaire, v. P.-M. Patocchi, thèse, *op. cit.*, not. p. 213 et s.

de lois, cette dernière analyse, dont Currie fut le plus éminent représentant, partait du contenu des lois en présence²¹¹³. Des auteurs comme Cavers²¹¹⁴, ou encore Leflar, ont également accordé à la recherche de la justice matérielle une place considérable²¹¹⁵. Enfin, nous songeons à Madame L. Gannagé, qui, dans le cadre des conflits de cultures, a insisté sur l'importance de la justice matérielle²¹¹⁶. Du reste, ce qu'il faut bien voir, c'est qu'en présence de litiges internationaux relatifs à une relation de travail, l'ordre juridique français peut être confronté à des droits étrangers inspirés par des valeurs sociales très différentes : alors, comme en matière de conflits de cultures, il y a « rupture de la communauté de droit »²¹¹⁷. Dans ce contexte, marqué par une forte disparité entre les droits matériels en présence et en raison de l'importance des valeurs sociales véhiculées par le droit du travail, la tentation du *lex forisme* est nécessairement beaucoup plus pressante²¹¹⁸.

1175. Dès lors, aux fins de la justification de cette orientation de la jurisprudence, est-il possible de mobiliser l'impératif de cohésion de l'ordre interne ? Selon une célèbre définition de Madame M.-C. Najm, ce principe a pour finalité de « préserver l'autorité et l'homogénéité de l'ordre interne à l'encontre des infiltrations de normes étrangères indésirables »²¹¹⁹. En conséquence, face à ces législations étrangères prévoyant des standards de protection du salarié significativement inférieurs à ceux de la loi française, le principe de cohésion de l'ordre interne ne devrait-il pas être érigé en rempart ?

²¹¹³ V. par exemple : B. Currie, « Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws », *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1970, p. 170 et s.

²¹¹⁴ V. not. D. Cavers, « A Critique of the Choice of Law Problem », *Harvard Law Review* 1933, p. 173 et s.

²¹¹⁵ V. not. R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *op. cit.* V. aussi, mais beaucoup plus nuancé, H.-E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *op. cit.*, not p. 23. Sur la pensée de Yntema, v. H. Batiffol, « The objectives of private international law », *The American Journal of comparative law* 1966-1967, p. 159 et s., reproduit in *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 33 et s.

²¹¹⁶ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 388-389 : « Il nous semble que la promotion d'un droit international privé désincarné qui se préoccuperait d'articuler des solutions avec pour valeur suprême l'articulation elle-même a quelque chose d'un peu réducteur. [...] Aussi, c'est une perspective diamétralement opposée qui sera ici défendue : celle selon laquelle la solution au fond du litige, et plus loin la justice matérielle, ne saurait constituer une donnée marginale du droit international privé ».

²¹¹⁷ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 309.

²¹¹⁸ V. de ce point de vue le cours de Monsieur L. d'Avout où est relevé que « [l']observation précise des solutions contemporaines, tous secteurs juridiques confondus (travail, environnement,...), laisse surtout apparaître des disciplines unilatérales multiples de l'entreprise transnationale ; multiples, tendanciellement extraterritoriales à raison de l'importance des valeurs sociales défendues » (L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, not. p. 441, c'est l'auteur qui souligne).

²¹¹⁹ M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, *op. cit.*, p. 82.

Une telle affirmation peut difficilement être soutenue, car comme cela est souligné par Madame L. Gannagé, « le principe de cohésion de l'ordre interne est essentiellement tourné vers la protection de l'intégrité de l'ordre juridique du for. Il ne s'intéresse à la protection des valeurs de celui-ci que dans la mesure où leur violation est susceptible de porter atteinte à son homogénéité »²¹²⁰. En d'autres termes, le principe de cohésion de l'ordre interne n'exige pas de protection inconditionnelle des valeurs prévalant au sein de l'ordre juridique français. La protection de ces dernières n'est assurée que si l'intégrité de l'ordre interne se trouve réellement menacée, c'est-à-dire uniquement lorsque la situation en question présente des liens significatifs avec le for²¹²¹.

Or, dans chacun des arrêts que nous avons examinés, les liens que la situation peut présenter avec l'ordre juridique français sont en réalité assez faibles. En particulier, dans chacune des décisions, le travail était exécuté sur le territoire d'un État étranger. Or, il nous semble que c'est le lieu d'accomplissement habituel du travail qui, au moins en principe, est le meilleur révélateur de l'enracinement de la relation de travail au sein d'un ordre juridique²¹²². Lorsque le travail est exécuté sur le territoire d'un État étranger, l'application de la loi étrangère ne porte pas atteinte à l'homogénéité et à la cohésion de l'ordre interne. Que l'ordre juridique français ait un intérêt à ce que l'ensemble des contrats de travail exécutés sur son territoire soient soumis à la législation française est concevable. À tout le moins, qu'il ait intérêt à ce que les salariés accomplissant leur travail sur le territoire français soient soumis à des règles de protection minimales est une affirmation défendable. L'impératif qui prévaut est celui de l'homogénéité de la réglementation applicable à l'ensemble des prestations de travail accomplies sur le territoire français. Mais lorsque le travail est exécuté à l'étranger, l'intégrité de l'ordre juridique français n'est pas menacée. C'est la préservation de l'équilibre contractuel et de l'équité dans la relation interindividuelle de travail qui sont les premières considérations entrant dans l'équation, et non celle de la cohésion de l'ordre interne.

1176. Dès lors, pour défendre cette orientation de la jurisprudence française, c'est l'objectif de réalisation de la justice matérielle qui doit être mobilisée. En effet, pour citer une nouvelle fois Madame L. Gannagé, « pour que les valeurs substantielles puissent être défendues pour elles-mêmes,

²¹²⁰ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 366.

²¹²¹ *Ibid.*

²¹²² V. de ce point de vue : S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *op. cit.*, p. 596 : « Le critère du lieu d'accomplissement habituel du travail présente l'avantage indéniable de localiser le contrat de la manière la plus significative [...]. Aucun autre critère n'est apte à atteindre un résultat reflétant aussi fidèlement la réalité de l'enracinement de la relation de travail dans un ordre juridique ».

quelle que soit l'incidence de leur violation sur l'ordre du *for*», c'est l'objectif de réalisation de la justice matérielle qui doit être envisagé²¹²³. En matière de contrat de travail international, de nombreux auteurs s'accordent pour dire que l'objectif de protection du salarié est fondamental²¹²⁴. Implicitement, ces auteurs acceptent d'accorder une plus grande place à la justice matérielle, et ce au détriment de la justice de droit international privé. La Cour de justice de l'Union européenne a elle-même affirmé dans l'arrêt *Schlecker* que la convention de Rome avait pour objectif « d'assurer une protection adéquate au travailleur », qui est la partie « à considérer, d'un point de vue socio-économique, comme la plus faible dans la relation contractuelle ». Même s'il faut bien constater qu'elle a ensuite retenu dans cet arrêt une solution qui allait limiter la protection du salarié, l'affirmation de la Cour est notable²¹²⁵.

1177. Certes, on conviendra que le juge ne devrait pas favoriser aveuglément l'application de la loi française, fût-elle plus protectrice des salariés, car comme cela est souligné par Monsieur P. Mayer, « il n'est pas sûr que la loi la plus protectrice [de la partie faible] soit nécessairement la meilleure »²¹²⁶. À tout le moins, le juge français ne devrait pas systématiquement s'ériger en censeur des législations étrangères, il ne lui appartient pas de juger la loi étrangère bonne ou mauvaise. La loi réalise toujours une transaction entre des intérêts antagonistes : dans le cadre de la législation du travail, ceux du salarié et ceux de l'employeur. L'arbitrage auquel le législateur étranger aura procédé, fût-il moins favorable au salarié, ne devrait pas être considéré comme illégitime.

1178. Néanmoins, il nous semble que si l'application de la loi étrangère débouche sur un résultat qui — en raison du standard de protection du salarié consacré — a pour effet de heurter les valeurs

²¹²³ L. Gannagé, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *op. cit.*, p. 366.

²¹²⁴ N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.* ; A. Sinay-Cytermann, « La protection du salarié en droit international privé », *op. cit.* ; A. Sinay-Cytermann, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.* ; P. Lagarde, « Sur le contrat de travail international, analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », *op. cit.*, p. 83 et s. ; S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *op. cit.*, p. 598.

Comp : J. Deprez, « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, n° 9 : « Fortement présente dans la conception classique d'un droit du travail à finalité protectrice (où elle fonde, par exemple, la préférence reconnue à la règle ou à la convention collective la plus favorable), l'idée de faveur ne peut tenir lieu de philosophie dans l'élaboration des solutions de conflits de lois sans mettre en péril la solidité de la construction ». Du même auteur, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail [article 3,6 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980], *op. cit.* n° 6.

²¹²⁵ CJUE, 12 septembre 2013, aff. C-64/12, *Schlecker*; *Rev. crit. DIP* 2014. 159, note E. Pataut ; *ADUE* 2013. 459 comm. L. d'Avout ; *JDI* 2014. 165, note C. Brière.

²¹²⁶ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 529.

collectives prévalant au sein de la société française, l'application de la *lex fori* devient légitime. En appliquant la loi du for, le juge ne porte pas de jugement sur la législation étrangère, mais constate simplement qu'elle diffère substantiellement de la loi française et porte ainsi atteinte aux valeurs sociales. C'est dire que de notre point de vue, un mouvement de faveur à la protection du salarié — s'il est enserré dans de justes limites — n'est pas condamnable. C'est bien la protection des valeurs du for et, plus spécifiquement, le souci de protection d'une partie faible économiquement qui s'inscrit au sein de ces dernières, qui justifie une telle faveur. Ce qui est condamnable, c'est — comme le font parfois les tribunaux français — d'appliquer la *lex fori* sans même avoir envisagé l'application de la loi étrangère et sans que son contenu ait été établi.

1179. Mais nous touchons alors du doigt une autre question, qui est celle des moyens employés, car même si l'on admet la légitimité de l'objectif de protection du salarié, une dernière réserve demeure. Pour parvenir à une meilleure protection du salarié, le détournement du concept de volonté tacite est inutile et dangereux. D'autres mécanismes, plus appropriés, demeurent à la disposition du juge. C'est — peut-être davantage — sur ce terrain des méthodes que la jurisprudence de la Cour de cassation encourt la critique.

II) La problématique des moyens utilisés

1180. Pour que la protection des salariés engagés dans des rapports internationaux soit consolidée, on pourrait songer à se tourner vers la clause d'exception ou vers le mécanisme des lois de police (A). Mais à la vérité, dans cette optique de faveur à la protection du salarié, il nous semble que la classique exception d'ordre public international reste le meilleur instrument (B).

A) Les mécanismes écartés

1181. Nous envisagerons successivement la clause d'exception (1) et les lois de police (2).

1) *La clause d'exception*

1182. Pour certains auteurs, lors de la mise en œuvre de la clause d'exception, seules les considérations tenant à la proximité devraient intervenir²¹²⁷. Le contenu des lois en présence devrait être ignoré. Pour d'autres, des considérations substantielles pourraient valablement être prises en compte. Plus précisément, pour déterminer s'il convient de faire application de la clause d'exception, un juge pourrait-il prendre en considération le degré de protection du salarié offert par chacune des lois en présence ? Dans un premier temps, les juridictions françaises ont, selon toute vraisemblance, fait intervenir des considérations matérielles²¹²⁸. Néanmoins, dans l'arrêt *Schlecker*, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à circonscrire le périmètre des considérations devant présider au déclenchement de la clause d'exception. Elle a ainsi affirmé que « dans la mesure où l'objectif de l'article 6 de la convention de Rome est d'assurer une protection adéquate au travailleur, cette disposition doit garantir qu'est appliquée, au contrat de travail, la loi du pays avec lequel ce contrat établit les liens de rattachement les plus étroits. Or, cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire [...] à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur ». Quoique l'affirmation soit assez équivoque, il faut comprendre que la Cour a décidé d'exclure toute considération de protection du salarié²¹²⁹.

En droit positif, le débat est donc désormais tranché : les considérations matérielles — ou à tout le moins le souci de la protection du salarié — sont dépourvues de pertinence. Certes, il serait toujours possible de procéder à une réécriture de l'article 8 du règlement « Rome 1 ». C'est la proposition qui a été formulée par Monsieur N. Nord. Selon cet auteur, il conviendrait de « prévoir une possibilité

²¹²⁷ En ce sens, v. par exemple, J. Deprez, « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *RJS* 1998, p. 25 et s. et not. n° 25 : « [D]ans cette quête de sens, il faut assurément se garder de prêter au texte plus qu'il ne dit. Ce serait certainement se méprendre sur sa signification que de l'utiliser pour assurer au salarié le bénéfice de la loi la plus favorable, lorsqu'il apparaît que la loi désignée par le rattachement objectif (essentiellement la loi du lieu d'exécution) est moins avantageuse que celle de tel autre pays avec lequel la relation de travail a également des attaches ».

Comp. S. Corneloup, « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *op. cit.*, p. 598.

Plus généralement, sur la question de la prise en compte des considérations substantielles au titre de la clause d'exception, v. Ch. Guillard, thèse, *op. cit.*, p. 162 et s. ; P. Lagarde, « Le principe de proximité », *op. cit.*, p. 122 s. ; P. Remy-Corlay, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *op. cit.*, p. 50 et s.

²¹²⁸ V. notamment : Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609, *LPA* 3 avril 2006. 14, obs. F. Jault ; *RDC* 2005. 1181, obs. D. Bureau. Sur cette question, v. par exemple N. Nord, « La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *op. cit.*, n° 4 et s.

²¹²⁹ L. d'Avout, obs. sous CJUE, 12 septembre 2013, *ADUE* 2013, p. 459 et s. et not. p. 462 ; E. Pataut, « La clause d'exception dans la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 2014, note sous CJUE 12 septembre 2013, aff. C-64/12, p. 159 et s. et not. p. 170.

de mise à l'écart de la loi du lieu d'exécution habituelle si cette dernière instaure une protection manifestement plus faible des intérêts du salarié qu'une autre loi proche du contrat. Il apparaît en effet essentiel désormais de faire pénétrer clairement les considérations matérielles dans le mécanisme²¹³⁰. À cette fin, l'auteur a proposé un nouveau texte²¹³¹.

1183. Toujours est-il que, *de lege lata*, la clause d'exception n'est pas à la disposition du juge. Dans ces conditions, pour que la protection du salarié soit renforcée, faut-il se tourner vers le mécanisme des lois de police ?

2) *Les lois de police*

1184. Pour que les salariés engagés dans des rapports internationaux jouissent d'une protection accrue, certaines règles françaises — règles sur le licenciement, sur la durée du travail, sur le salaire minimum, etc. — pourraient potentiellement être érigées au rang de lois de police²¹³². L'article 9 du règlement « Rome 1 », en effet, définit la loi de police comme « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation

²¹³⁰ N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. crit. DIP* 2016, *op. cit.*, p. 325. Pour une vigoureuse critique de l'intégration de considérations matérielles : D. Sindres, « Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié », *op. cit.*, p. 420 : « Nul n'ignore en effet que cette clause [la clause d'exception] constitue, si elle est mal utilisée, un facteur majeur d'insécurité juridique. Tel est tout particulièrement le cas si elle est dévoyée et sert non plus la proximité en tant que telle, mais un objectif de politique juridique ».

²¹³¹ N. Nord, « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *op. cit.*, p. 330.

²¹³² Sur les lois de police, qu'il s'agisse des lois de police du for ou des lois de police étrangères, v. par exemple au sein d'une littérature extrêmement abondante : B. Remy, thèse, *op. cit.* ; D. Bureau, « Les lois de police étrangères entre ombres et lumières », in H. Muir Watt, L. Biziková, A. Brandão de Oliveira Fernández Arroyo, M. Ma (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 709 et s. ; V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *op. cit.* ; B. Audit, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25 et s. ; L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 91 et s. ; J. Foyer, « Lois de police et principe de souveraineté », in *Mélanges en l'honneur de B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 339 et s. ; P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.* ; P. Mayer, « Les lois de police », *TCFDIP*, Journées du cinquantième, 1985, édition CNRS, 1988, p. 105 et s. ; P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit.* ; P. Gothot, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *op. cit.*, not. p. 213 et s. ; Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1968, p. 149 et s. ; Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 et s.

politique, sociale ou économique»²¹³³. Or précisément, les règles qui régissent le contrat de travail — ou du moins certaines d'entre elles — ne devraient-elles pas être analysées comme des dispositions dont l'application est cruciale pour la sauvegarde des intérêts politiques, sociaux et économiques français ? Il est difficile d'avancer une réponse trop catégorique, car la circonscription des frontières du concept de lois de police est difficile à opérer²¹³⁴. D'après la célèbre observation de Loussouarn, en effet, « il n'y a *pas de différence de nature* entre les lois de police et les autres lois. Dans les États modernes, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux. Ce n'est pas un privilège réservé aux seules lois de police. En réalité il existe entre les lois de police et les autres lois *une simple différence de degré*, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile »²¹³⁵.

Il reste que de notre point de vue, pour un certain nombre de dispositions de la législation du travail, la qualification de lois de police peut légitimement être retenue²¹³⁶. « Fer de lance de l'autoritarisme étatique »²¹³⁷, les lois de police sont investies d'une fonction de protection de la société dont

²¹³³ La jurisprudence a apporté des précisions sur ce concept. v. par exemple : Soc. 4 juillet 2023, n° 23-70.004, avis n° 9043 FS-D, *Rev. crit. DIP* 2023. 924, note D. Bureau : Pour déterminer si une disposition peut être qualifiée de loi de police, il convient « de tenir compte non seulement des termes précis de cette loi, mais aussi de l'économie générale et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles ladite loi a été adoptée pour pouvoir en déduire qu'elle revêt un caractère impératif, dans la mesure où il apparaît que le législateur national a adopté celle-ci en vue de protéger un intérêt jugé essentiel par l'État membre concerné ».

V. déjà en ce sens : CJUE, 17 oct. 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, pt. 50, *D.* 2014. 60, note L. d'Avout ; *ibid.* 893, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1967, obs. S. Bollée ; *RTD civ.* 2014. 107, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2014. 457, obs. P. Delebecque ; *ibid.* 376, étude V. Pironon ; *RDC* 2014/1. 80, obs. P. Deumier ; *JDI* 2014. 625, note J.-M. Jaquet.

²¹³⁴ Sur la difficulté d'identifier les lois de polices en droit du travail, v. M.-A. Moreau, « Continuité des règles de DIP en matière de contrat de travail international et communautarisation », *op. cit.*, p. 412.

²¹³⁵ Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *op. cit.*, p. 328.

Rapprochement : P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207 et s. et not. p. 217 : « derrière toute loi de droit privé, se profile peu ou prou la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays, de telle sorte que le critère fondé sur cette idée se révèle faiblement opérationnel et finalement décevant en raison de son manque de netteté ».

Pour une vision beaucoup plus radicale et plus critique du concept de loi de police et de la définition donnée par Franciscakis, v. V. Heuzé, « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *op. cit.*, not. p. 35-36 : « Le Droit ayant pour objet l'organisation de la société, on ne voit pas quelle règle de droit pourrait ne pas viser "l'organisation politique, sociale et économique du pays". Et on ne voit pas davantage comment il pourrait être permis de douter qu'elle est "nécessaire" à cette organisation ». v. déjà en ce sens, du même auteur, thèse, *op. cit.*, p. 173-174.

²¹³⁶ V. sur ce point P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », in *Études offertes à B. Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p. 99 et s. et not. p. 108 : l'auteur note que « lorsque la doctrine a redécouvert la catégorie de lois de police, elle a couramment cité comme exemple topique les lois protectrices du salarié ».

²¹³⁷ P. Mayer, « Préface », in Ch. Séraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001, p. XI.

l'État a la charge²¹³⁸. Or, en raison des buts sociaux qui inspirent la législation du travail, il est permis de voir dans cette dernière — ou à tout le moins dans certaines de ces dispositions les plus fondamentales — un instrument de protection de l'ordonnancement social²¹³⁹.

1185. Toutefois, même si certaines dispositions de la législation du travail devaient être érigées au rang de lois de police, il resterait à déterminer le champ d'application spatial devant leur être réservé. Comme on a pu le souligner, « c'est moins la qualification *a priori* et générale d'une disposition donnée comme loi de police qui doit déclencher son application systématique que la détermination de son applicabilité dans un cas donné au regard, d'une part, du but qu'elle vise, d'autre part, du rattachement de la situation à l'ordre juridique qui l'édicte »²¹⁴⁰. Une telle loi doit régir toute situation juridique pour laquelle « il importe à l'État que les intérêts qu'il vise à protéger le soient effectivement »²¹⁴¹.

1186. Quant à la législation du travail, qu'en est-il ? Selon Messieurs Audit et d'Avout, lorsque le travail est exécuté en France, la législation impérative interne s'applique sans égard aux éléments étrangers de la situation²¹⁴². Néanmoins, lorsque le travail est exécuté sur le territoire d'un État étranger, la législation française peut-elle légitimement prétendre à s'appliquer, au titre de sa qualification de loi de police, en raison de la seule nationalité ou du seul domicile des parties contractantes ? De notre point de vue, la réponse ne peut qu'être négative, car même si une règle de protection d'une

²¹³⁸ V. aussi L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 93 : Elles correspondent à « des règles de structure sociétales, qui se prolongent nécessairement par des prescriptions de comportement : règles de structure et d'organisation de la vie collective, droit public, de droit privé, ou mixtes (la négociation collective, le droit de la concurrence, etc.), qui ne tolèrent pas la dérogation au motif de l'internationalité du rapport litigieux ».

²¹³⁹ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 538 : « il arrive qu'une règle assure à la fois la protection d'une partie et en situation de faiblesse et la défense des intérêts étatiques. Elle peut être une loi de police aux deux titres : il en est ainsi des règles relatives au contrat de travail, qui visent à protéger chaque salarié, mais aussi à instituer une certaine organisation économique et sociale ».

V. Aussi D. Sindres, thèse, *op. cit.*, p. 206. Pour cet auteur, « il convient [...] d'inclure dans la catégorie des lois de police les règles protectrices de la partie faible ».

Cependant, il faut bien constater que dans l'affaire *Lafarge*, la Cour de cassation a consacré une solution qui n'allait pas en ce sens. Ainsi, la chambre sociale a estimé que « les dispositions des articles R. 4121-1, R. 4121-2 et R.4141-13 du code du travail français ne peuvent être qualifiées de lois de police au sens de l'article 9 du règlement n° 593/2008 » (Soc. 4 juillet 2023, n° 23-70.004, avis n° 9043 FS-D, *Rev. crit. DIP* 2023. 924, note D. Bureau).

²¹⁴⁰ B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 181-182. Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*, p. 9 ; P. Mayer, « Lois de police », in *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 1998, v. not. n° 3.

²¹⁴¹ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 522.

²¹⁴² B. Audit, L. d'Avout, *op. cit.*, p. 179.

partie faible est qualifiée de loi de police, il faut prendre garde à ce que le domaine d'application de cette dernière ne soit pas « exagérément impérialiste »²¹⁴³.

Or, l'érection des dispositions françaises en règles d'application immédiate, applicables à raison de la seule nationalité ou du seul domicile des parties, serait inopportune. À la différence de l'exception d'ordre public, le mécanisme des lois de police joue *a priori*²¹⁴⁴. Il intervient en amont du raisonnement conflictuel. En conséquence, quel que soit le contenu substantiel de la législation désignée par la règle de conflit, fût-il en substance assez similaire à celui de la loi française, cette dernière s'applique, en raison de sa qualité de loi de police. Ainsi, conférer à certaines des règles de la législation du travail un champ d'application si exorbitant déboucherait sur un *lex forisme* intolérable, ayant pour effet de ruiner l'harmonie internationale des solutions.

1187. En conséquence, aux fins du renforcement de la protection des salariés qui accomplissent leur travail sur le territoire d'un État étranger, la clause d'exception et la réserve des lois de police ne devraient pas être mobilisées. C'est vers le « joker ultime » que le juge devrait se tourner : celui de l'exception d'ordre public international²¹⁴⁵.

B) Le mécanisme retenu

1188. En vue du renforcement de la protection de la partie faible, l'exception d'ordre public international est l'instrument le plus satisfaisant²¹⁴⁶. Sur le plan théorique, tout d'abord, le concept d'ordre public international pourrait légitimement être mobilisé. D'après Monsieur P. Mayer, sur le fondement de l'exception d'ordre public international, la loi étrangère peut être évincée si elle « n'assure pas à la partie [faible] une protection suffisante et consacre ainsi une injustice qui paraît intolérable ». Ainsi,

²¹⁴³ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 538.

²¹⁴⁴ Parmi de très nombreuses références, v. not. Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 et s. et not. p. 2-3.

²¹⁴⁵ H. Muir Watt, « Discours sur les Méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *op. cit.*, p. 305 et s.

²¹⁴⁶ Sur l'exception d'ordre public international, v. par exemple, parmi une littérature considérable : P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 169 et s. et not. p. 180 et s. ; L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *op. cit.* ; P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393 et s. ; P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.* ; Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *op. cit.*

« [l] » exception d'ordre public permet [...] non seulement de déjouer les conséquences d'un choix trop habile imposé par la partie forte, mais aussi, plus généralement, de faire bénéficier tout contrat soumis à l'appréciation des tribunaux d'un État du niveau de protection qu'ils jugent minimal, alors que le critère objectif de localisation désigne comme compétente la loi d'un État étranger »²¹⁴⁷.

1189. Plus précisément, l'ordre public est un instrument de protection des valeurs du for. Or, la garantie d'une protection minimale du salarié, partie faible au contrat, pourrait potentiellement être classée parmi les valeurs fondamentales du for²¹⁴⁸. La question a assurément une dimension très politique, mais du moins, il nous semble qu'il n'y a pas d'impossibilité théorique. En outre, l'exception d'ordre public international constitue un mécanisme de protection de « certaines politiques législatives »²¹⁴⁹. Or, il n'est pas interdit de penser qu'au sein de la législation française, certaines des dispositions régissant le contrat de travail ressortissent à cette strate des politiques législatives les plus fondamentales qui — par le truchement de l'exception d'ordre public international et sous réserve de certains liens entre la situation litigieuse et le for — pourraient faire l'objet d'une protection effective.

Sur le plan pratique, ensuite, le mécanisme de l'ordre public international serait plus satisfaisant que celui des lois de police. Les solutions qui découleront de sa mise en œuvre seront, en effet, plus nuancées et plus circonstanciées. Cela tient à deux raisons complémentaires. En premier lieu, l'exception d'ordre public international ne joue qu'*a posteriori*. L'exception d'ordre public international ne peut jouer qu'après désignation de la loi « compétente »²¹⁵⁰ et après détermination de son contenu²¹⁵¹.

²¹⁴⁷ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 519. V. cependant les observations formulées p. 531 qui nuancent cette affirmation.

²¹⁴⁸ Contra : V. Heuzé, « Du droit applicable à un contrat de travail qui exclut le droit français sans en élire aucun autre », note sous conseil des prud'hommes d'Angers, 18 mai 1989, *Soc. Minéo c. Albert*, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 501 et s. et not. p. 518 : « quand bien même le droit séoudien n'aurait pas permis au salarié d'obtenir la moindre indemnité en raison de la rupture du contrat de travail, il n'aurait évidemment pas résulté de son application une contravention aux “principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées, expression de la morale et de la justice objective” à quoi se ramène, selon une définition bien connue ».

²¹⁴⁹ L'expression se trouve dans le traité de Batiffol et de Monsieur P. Lagarde (*Droit international privé*, tome 1, 8^{ème} édition, LGDJ, 1993, p. 585), mais — en substance — l'idée d'un ordre public affecté à la sauvegarde de certaines politiques législatives s'enracine dans la pensée de Lerebours-Pigeonnière (*Précis de droit international privé*, 4^{ème} édition, Dalloz, 1946, p. 319 et s.).

V. cependant l'analyse critique de Monsieur P. Kinsch : « La “sauvegarde de certaines politiques législatives”, cas d'intervention de l'ordre public international ? », *op. cit.*

²¹⁵⁰ D. Bureau, H. Wuir Watt, *op. cit.*, p. 571.

²¹⁵¹ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 519 ; P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe », *op. cit.*, p. 395-396. Rapprochement : P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 231.

1190. En second lieu, pour que la loi étrangère soit évincée, il faut que le résultat sur lequel débouche son application apparaisse, à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, comme étant profondément inique et contraire aux conceptions de la justice prévalant au sein de l'ordre juridique français. En conséquence, en matière de contrat de travail international, ce n'est que lorsque la loi étrangère prévoit des standards de protection du salarié significativement inférieurs à ceux prévus par la législation française que le résultat peut être dit choquant. La loi étrangère compétente, même moins favorable au salarié, ne devrait pas systématiquement être évincée. En définitive, si les juges utilisaient l'exception d'ordre public international, seraient évités les travers d'un *lex forisme* à caractère nationaliste, faisant fi de toute préoccupation d'harmonie internationale des solutions.

1191. Dans le cadre de la présente sous-section, nous avons cherché à montrer qu'en se fondant sur des fictions de volonté, nos juridictions avaient cherché à favoriser la protection des salariés français engagés dans des rapports de travail internationaux. Ainsi, le concept de volonté tacite a été détourné, instrumentalisé et employé en vue de la réalisation de la justice matérielle. L'objectif poursuivi n'était pas celui de la sauvegarde des légitimes attentes des parties. La dénaturation du concept de volonté tacite était en l'occurrence parfaitement inutile. Pour parvenir à des résultats similaires, il aurait été préférable de mobiliser l'exception d'ordre public international. Quoiqu'il en soit, dans le cadre des relations de travail internationales, l'interventionnisme étatique a été promu et renforcé. Dans une relation juridique unissant deux parties réputées inégales, le souci de rétablissement de l'équilibre contractuel a triomphé.

1192. Au contraire, lorsque le rapport juridique international met en cause deux opérateurs économiques avertis et réputés égaux, une tendance inverse peut être observée. Par la grâce de la volonté tacite, l'interventionnisme étatique a parfois été contenu.

Sous-section 2 : Un interventionnisme étatique bridé

1193. Lorsque la relation est nouée entre des opérateurs du commerce international, réputés égaux, un surcroît de libéralisme est parfois jugé désirable. L'idée sous-jacente tient à ce que les opérateurs économiques franchissant les frontières nationales seraient des professionnels avertis. Le besoin de protection, palpable en matière interne, serait ainsi moins pressant, chaque contractant étant

le meilleur juge de ses intérêts. L'obligation contractuelle, ayant été librement acceptée, ne pourrait pas être injuste et la célèbre formule de Fouillée, si contestable dans le cadre des relations internes, retrouverait toute sa pertinence : « Qui dit contractuel dit juste »²¹⁵². Les relations commerciales internationales devraient, pour partie au moins, échapper à l'empire des droits étatiques ; l'étau législatif devrait se desserrer ; les impérativités locales devraient être partiellement désactivées²¹⁵³. Sensibles à ce type de raisonnement, certains arbitres ont parfois cherché à favoriser l'application d'un droit réputé plus libéral : le droit non étatique (I). Des juges ont également cherché à ce que soit appliquée au contrat international la loi qui considérerait ce dernier comme valablement formé (II).

I) La faveur au droit non étatique

1194. Afin de parvenir à ce résultat — l'application d'un droit non étatique —, les arbitres ont mobilisé la théorie du choix négatif. Selon cette dernière, lorsque les parties n'ont pas manifesté de volonté de soumettre leur contrat à un droit national, chacune d'entre elles aurait implicitement exprimé une volonté d'écarter la loi de l'autre. Il serait, dès lors, possible d'en déduire dans un second temps un accord tacite des parties pour exclure l'application de tout droit étatique et pour que soit appliqué un droit non étatique²¹⁵⁴. Dans certaines décisions, le raisonnement des arbitres est défendable, car plusieurs éléments donnent à penser que les parties avaient effectivement la volonté de se soumettre à un droit non étatique transnational. Mais dans d'autres, le raisonnement est peu convaincant et il est difficile de se déprendre de l'idée que tout a été fait pour parvenir à l'application d'un droit transnational ayant les faveurs de l'arbitre²¹⁵⁵.

1195. Là encore, l'objectif qui inspire le recours à la fiction est un objectif matériel. C'est le contenu substantiel des règles prétendument choisies qui amène le juge à user d'une fiction juridique. Ces solutions sont-elles opportunes ? Nombre d'auteurs estiment que le droit non étatique transnational serait, en tant que *lex contractus*, supérieur au droit étatique (A)²¹⁵⁶. Cette affirmation de la précellence

²¹⁵² Sur cette formule, v. J.-F. Spitz, « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD Civ.* 2007, p. 281 et s. Cet auteur montre en l'occurrence que la formule de Fouillée a été détournée.

²¹⁵³ Sur la forme, on s'inspire des écrits de Monsieur L. d'Avout qui utilise souvent l'expression d'« impérativités nationales » (L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *op. cit.*, par exemple p. 134 ou p. 226).

²¹⁵⁴ V. *supra* n° 626.

²¹⁵⁵ V. *supra* n° 629 et s.

²¹⁵⁶ Monsieur E. Loquin parle en effet de « supériorité de la norme matérielle internationale », étant entendu que cette dernière peut être étatique ou non étatique. En un sens assez similaire, mais plus nuancé : B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *op. cit.*, not. p. 255 et s.

du droit non étatique n'emporte pas notre conviction. Nous pensons que le droit non étatique transnational présente certains défauts qui ne devraient pas être occultés (B).

A) La prétendue supériorité du droit non étatique transnational

1196. Par l'entremise d'une règle de conflit de lois classique, une situation internationale — qui pourtant transcende les frontières nationales et s'enracine dans les ressorts d'une multiplicité d'États — est ramenée à une situation interne, soumise à l'empire d'un droit étatique unique. Monsieur P. de Vareilles-Sommières a ainsi relevé que la méthode savignienne amène à « l'assimilation de principe du rapport de droit privé examiné à tous ceux qui ont la même nature tout en étant purement internes à l'État du siège, les régimes substantiels de ces rapports étant identiques [...] ». La démarche savignienne revient donc à atténuer l'impact de l'internationalité du rapport de droit sur son régime au point d'assimiler le rapport international à un rapport interne en le soumettant au même régime de fond que les rapports internes à l'État du siège »²¹⁵⁷. Ce résultat de « réduction » de l'international à l'interne est-il pour autant problématique²¹⁵⁸? Nombre d'auteurs se sont prononcés en ce sens²¹⁵⁹. Ainsi, d'après Monsieur E. Loquin :

« La méthode des conflits de lois souffre d'une infirmité congénitale en ce sens qu'elle conduit toujours à l'application d'une loi nationale. Appliquée à un rapport juridique bilatéral, cette loi est toujours pour l'une des parties une loi qui lui est étrangère et donc dont le contenu lui est inconnu. [...] Les conséquences de ce résultat sont encore aggravées par le constat de l'inadéquation des législations nationales aux relations commerciales internationales. La norme à laquelle renvoie la règle de conflit de lois est une norme conçue pour régir les relations internes et que l'on rend applicable un peu par hasard aux relations internationales. Cette inadéquation prend encore plus

²¹⁵⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es-tu là ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur B. Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1555 et s. et not. p. 1558.

²¹⁵⁸ On s'inspire ici une nouvelle fois d'une formule de Monsieur L. d'Avout, qui évoque « l'effet de réduction obligatoire de l'international à l'interne opéré par les règles de rattachement classiques » (*L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, op. cit., p. 130-131). On trouve aussi cette expression de « réduction de l'international à l'interne » chez Gothot (« Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 1971, p. 1 et s. et not. p. 31).

²¹⁵⁹ Pour une synthèse de ces critiques, v. L. d'Avout, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », op. cit., not. p. 130-131 : « Face à ce mouvement d'« internisation » forcée du rapport privé transnational, la critique première des commercialistes, se faisant en apparence le relais de l'opinion des opérateurs d'affaires avertis, fut celle du caractère anormal et illégitime du procédé conflictuel : le *global business*, disaient-ils en substance, devrait relever d'une *global law* et être entièrement soustrait à l'archaïsme des droits locaux singuliers ».

V. aussi P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », op. cit., p. 125 : « Combien de fois n'a-t-on pas entendu dénoncer la difficulté de déterminer, à l'aide de règles de conflits étatiques, la loi applicable à un contrat plurilocalisé, et plus encore l'inadaptation, réelle ou prétendue, des lois étatiques au règlement des situations internationales ! »

de relief si l'on insiste sur l'obsolescence des grandes codifications nationales, réalisées au XIX^e siècle à une époque où le commerce international était embryonnaire »²¹⁶⁰.

Pour Monsieur E. Loquin, devrait ainsi être appliqué au rapport juridique international un droit transnational, forgé en contemplation des relations internationales et spécifiquement adapté aux particularités de ces dernières. Ce droit matériel international peut être un droit étatique ou non étatique. Or, ce qu'il faut bien voir, c'est que — de l'aveu même de leurs promoteurs — le droit non étatique transnational est réputé pour son libéralisme et pour sa moindre impérativité²¹⁶¹. Du moins est-ce le cas de la *lex mercatoria*. Pour les principes d'Unidroit, l'analyse doit être nuancée, car ces derniers comprennent un certain nombre de règles de protection de la partie faible²¹⁶².

1197. Il n'est pas question de se prononcer ici sur l'exactitude de cette thèse de la supériorité des règles matérielles internationales et sur les controverses qu'elle charrie²¹⁶³. Cela nous détournerait de nos investigations. Tout au plus se bornera-t-on à esquisser quelques remarques qui, il est vrai, seront quand même dominées par le sentiment d'un certain scepticisme à l'égard de cette affirmation de la précellence des règles matérielles internationales. Comme cela a été souligné par Monsieur P. Mayer,

²¹⁶⁰ E. Loquin, « Sécurité juridique et relations internationales », *op. cit.*, p. 479 (nous soulignons). V. aussi du même auteur, « Les règles matérielles internationales », *op. cit.*, p. 41 ; « L'application par les tribunaux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 533 et s. et not. p. 539. V. également, dans une optique plus radicale : L. Peyrfitte, « Le problème du contrat sans loi », *op. cit.*, p. 114.

²¹⁶¹ E. Loquin, « Sécurité juridique et relations internationales », *op. cit.*, p. 483 : « Le droit du commerce international est fondé sur le principe *pacta sunt servanda*, considéré comme un principe fondamental de la sécurité juridique du commerce international. Ce principe impose que le contrat international soit protégé de règles juridiques tirées des lois étatiques produisant son anéantissement non justifié par la protection d'intérêts supérieurs » (nous soulignons).

²¹⁶² Nous songeons, en particulier, à l'article 3.2.7 qui prévoit que « [l]a nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie ». Ce même article invite à prendre en considération « le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'incapacité à la négociation de la première ».

²¹⁶³ De fait, les controverses qui gravitent autour de cette question sont particulièrement vives. V. à ce sujet : M. Blessing, « Choice of substantive law in international arbitration », *op. cit.*, p. 41 : « Discussions on this question have shown that we are discussing here an almost religious question. Some will say that referring to general principles of law will amount to a kind of "roulette" and will open the doors for totally unpredictable vicissitudes and to arbitrariness. Others will, on the contrary, praise the parties and will congratulate them for having had the wisdom to enter into a truly international contract, and for paving the way to the kind of fairness, independence and neutrality of assessment that one may—and must—expect if a contractual relationship is scrutinized against the demands and requirements of general principles of law. Thus, for the first group of scholars, the reference to general principles of law is the biggest sin and the biggest mistake. For the others, it is close to the ideal world, almost a "ticket into paradise" but in any event an insurance policy against unpredictable pitfalls which may exist in unknown national laws ».

« on a beaucoup mis en avant la nécessité d'élaborer des règles tenant compte de la spécificité du commerce international. Celle-ci ne saute pourtant pas aux yeux »²¹⁶⁴.

1198. Plus précisément, si le droit matériel international procédant de conventions négociées entre États souverains présente sans doute un certain nombre de vertus, en particulier dans certains secteurs spécifiques comme le transport international, en revanche, il nous semble que le droit non étatique transnational présente certains défauts et qu'il ne constitue pas une panacée.

B) Les défauts avérés du droit non étatique

1199. De solides données empiriques démontrent que même si elles stipulent une clause d'arbitrage, les parties contractantes ne choisissent pratiquement jamais de soumettre leur contrat à la *lex mercatoria*²¹⁶⁵. Comment expliquer ce constat ? Deux hypothèses peuvent être formulées. Soit les opérateurs du commerce international et leurs avocats ignorent les bienfaits de la *lex mercatoria* et décident, en parfaite méconnaissance de leurs propres intérêts, de volontairement soumettre leur contrat à un droit inapproprié. Soit la *lex mercatoria* ne répond pas aux intérêts des opérateurs du commerce international et cette thèse de la supériorité de ce corps de règles non étatiques n'est qu'une pure chimère²¹⁶⁶. De fait, la *lex mercatoria* a souvent été critiquée pour son indétermination et pour les incertitudes qui gravitent autour de son contenu. Les règles qui composent ce droit des marchands sont en effet imprécises et incomplètes. Pour les opérateurs du commerce international, le choix de la *lex mercatoria* est créateur d'insécurité juridique²¹⁶⁷. Ce vice est susceptible d'expliquer, au moins pour partie, la faible attractivité de la *lex mercatoria*. En définitive, de notre point de vue, si un arbitre devait

²¹⁶⁴ P. Mayer, « Préface », in V. Espinassous, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, 2010, p. XI.

Pour une contestation plus radicale de cette idée selon laquelle les droits étatiques, forgés en contemplation des relations internes, seraient inadaptés à l'égard des relations internationales, v. les intéressantes observations de Heuzé, thèse, *op. cit.*, p. 102, note de bas de page 35).

²¹⁶⁵ V. *supra* n° 627.

²¹⁶⁶ V. à cet égard G. Cuniberti, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *op. cit.*, p. 774 : « L'argument [de la supériorité de la *lex mercatoria*] était déjà peu convaincant en raison du manque d'exemples concrets de ces règles supérieures qui semblent en vérité toutes trouver leur origine dans les droits nationaux. Confronté à la réalité de l'attrait de la *lex mercatoria* pour la communauté mercatique, il devient presque risible. Comment expliquer qu'un corpus de règles mieux adaptées aux besoins de ses destinataires, ne soit jamais choisi par ces derniers pour régir leurs relations ? »

Dans une perspective critique, v. également Monsieur D. Sindres qui note que la *Lex Mercatoria* « n'est que le vêtement sous lequel les arbitres dissimulent des décisions empruntant davantage à l'équité qu'au droit » (« La référence au droit international ne peut valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 431 et s. et not. p. 435.).

²¹⁶⁷ G. Cuniberti, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *op. cit.*, 773.

user de la théorie du choix négatif pour dégager un choix — purement factice — de la *lex mercatoria*, il consacrerait une solution très inopportune.

1200. Néanmoins, il existe d'autres corps de règles non étatiques qui ne souffrent pas de cette même infirmité. Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, en particulier, comprennent un ensemble de règles écrites, précises et aisément accessibles²¹⁶⁸. Certains auteurs ont estimé qu'en tant que *lex contractus*, les principes d'Unidroit étaient supérieurs aux législations internes, qu'ils étaient plus adaptés aux contrats internationaux²¹⁶⁹. Pourtant, là encore, il est très rare que les parties décident de soumettre leurs contrats aux principes d'Unidroit²¹⁷⁰. Comment expliquer ce manque d'attractivité ? Il est difficile d'apporter une réponse tranchée et il paraît plus prudent d'avancer par voie de conjectures.

1201. Un premier facteur explicatif pourrait tenir au manque de notoriété des principes d'Unidroit. Si les rédacteurs de contrats internationaux ne choisissent pas plus souvent ces principes, cela ne tiendrait pas à leur manque de qualité, mais au fait que ces rédacteurs ont une mauvaise connaissance de la teneur des règles intégrées au sein de ce corpus. Toutefois, il est également possible que les mérites parfois prêtés aux principes d'Unidroit soient quelque peu surévalués. De fait, et c'est là un second facteur explicatif, ces principes présentent également un défaut majeur : ils ne couvrent qu'un nombre de questions relativement faibles. Nombre de problématiques contractuelles fondamentales sont pour l'heure laissées dans l'ombre. En particulier, les principes d'Unidroit ne constituent qu'un droit commun du contrat international. On chercherait en vain dans les principes un droit spécial du contrat²¹⁷¹. Quoi qu'il en soit, si l'arbitre estime opportun de faire application des principes d'Unidroit, il ne devrait pas se retrancher derrière un accord de façade.

²¹⁶⁸ À ce sujet, v. B. Audit, « Choice of The Applicable Law By the Parties », *op. cit.*, p. 13 : « The alleged uncertainty on the content of 'transnational' rules no longer is a valid argument, given the existence of such instruments as the Unidroit Principles and the European Principles of Contract Law to which the parties may refer specifically. The Unidroit Principles, in particular, were drafted with the express purpose of offering an extensive and detailed set of default rules for international contracts, allowing the parties to concentrate of the specific stipulations. The Principles are as complete as any national law can be ».

²¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 13 : The Principles are « arguably better conceived and more appropriate than most, if not all, national laws, which contain archaisms or idiosyncrasies and were shaped in the context of domestic transactions ».

²¹⁷⁰ G. Cuniberti, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *op. cit.*

²¹⁷¹ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 501 ; Ch. Seraglini, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 1112.

1202. Tout aussi condamnable est la jurisprudence qui estime que les parties ont tacitement choisi la loi qui valide le contrat.

II) La faveur à la validité du contrat

1203. Il arrive que l'une des lois en conflit valide le contrat, alors que les autres annulent, au contraire, ce dernier. Dans une telle situation, la jurisprudence a parfois affirmé que les parties avaient tacitement choisi de soumettre leur contrat à la loi considérant ce dernier comme valablement formé²¹⁷². Par exemple, aux États-Unis, il a été relevé par Cavers qu'en se fondant sur l'intention présumée des parties, de nombreux tribunaux avaient considéré comme valides des contrats qui étaient susceptibles d'être jugés usuraires. Plusieurs juridictions estimèrent que ces contrats étaient régis par la loi qui les réputait valides : « The decline of the defense of usury in judicial esteem has led many courts to uphold any contract alleged to be usurious when it would be valid by the law of any jurisdiction to which the transaction was materially related »²¹⁷³.

1204. De notre point de vue, de telles solutions reposent sur des fictions de volonté. Certes, dans certaines hypothèses, on peut légitimement présumer que les parties contractantes ont eu la volonté de conclure un contrat valable. Mais cela n'autorise pas, pour autant, à en inférer que les parties ont tacitement choisi la loi qui considère le contrat comme étant valablement formé²¹⁷⁴. On peut, en conséquence, conjecturer que l'objectif auquel répond cette solution est un objectif matériel : assurer la validité du contrat international. Au terme d'une analyse comparatiste très approfondie, Monsieur S. Symeonides a d'ailleurs montré que les règles de conflit à coloration matérielle destinées à favoriser la validité des contrats s'étaient récemment multipliées²¹⁷⁵. Dans le droit international privé contemporain, cet objectif de faveur à la validité des conventions — en particulier quant à la validité formelle

²¹⁷² V. *supra* n° 702 et s.

²¹⁷³ D. Cavers, « A Critique of the Choice of Law Problem », *op. cit.*, p. 182. Cavers ajoute : « This result is generally attributed to the intention of the parties and, therefore, the illustration might be classed with ordinary cases where the parties' intention has been adopted as the proper guide in the choice of law. However, where no intent is expressed, the parties are "presumed to have chosen the law which will sustain the contract" » (*Ibid*, p. 182, note de bas de page 17).

²¹⁷⁴ V. *supra* n° 703.

²¹⁷⁵ S.-C. Symeonides, « Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law », *op. cit.*, p. 129.

Plus généralement, Heuzé a montré que dans plusieurs domaines du droit privé, la règle de conflit se donne expressément pour but de valider l'opération que les parties ont souhaité réaliser (V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *op. cit.*, p. 124).

de ces dernières — semble avoir une forte légitimité²¹⁷⁶. Mais pourquoi chercher à favoriser la validité du contrat ? Une telle solution ne peut pas être expliquée par l'objectif de protection des légitimes attentes des contractants (A). En revanche, le souci de neutralisation des comportements opportunistes peut expliquer la faveur à une telle solution (B).

A) La question de la protection des attentes des parties

1205. Certes, il est à craindre que la nullité du contrat surprenne les parties. Il est à craindre que l'annulation ait pour effet de briser les prévisions des contractants. Cependant, de notre point de vue, dans une telle situation, les attentes des parties contractantes ne peuvent aucunement être qualifiées de légitimes. Si elles n'ont pas stipulé de clause d'*electio juris*, les parties ne peuvent pas *légitimement* s'attendre à ce que leur contrat échappe à une cause de nullité prévue par la loi objectivement applicable²¹⁷⁷. L'opérateur qui aurait extorqué le consentement de son cocontractant en recourant à des manœuvres dolosives — ou plus exactement à des manœuvres réputées telles par l'une des lois en présence — ne peut pas légitimement s'attendre à ce que sa convention échappe à l'annulation. L'opérateur qui aurait stipulé un taux d'intérêt usuraire — ou apparaissant comme tel pour l'une des lois en conflit — ne peut pas légitimement s'attendre à ce que son contrat échappe à tout risque de nullité.

1206. C'est donc, plus sûrement, la neutralisation des comportements opportunistes qui pourrait être avancée pour défendre cette solution de faveur à la validité du contrat.

B) La question de la neutralisation des comportements opportunistes

1207. Dans le cadre des relations internes, il est parfois affirmé que les causes de nullité du contrat ne devraient pas être trop nombreuses²¹⁷⁸. Cela tient notamment au fait que « la nullité est une sanction qui facilite les comportements opportunistes »²¹⁷⁹. Dans certaines situations, le débiteur invoque une cause de nullité de façon opportuniste, simplement parce qu'il voit dans cette dernière un moyen

²¹⁷⁶ V. not. Règlement « Rome 1 », article 11 ; loi fédérale sur le droit international privé, article 124 (Suisse) ; Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, article 11.

²¹⁷⁷ Sur la condition de légitimité des attentes, v. Y. Pré, thèse, *op. cit.*, p. 198 et s.

²¹⁷⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 367 : « La nullité a trop souvent été utilisée par le droit contemporain, alors qu'étant un mal nécessaire, elle aurait dû être raréfiée : trop fréquente, elle altère la force du contrat ».

²¹⁷⁹ Y.-M. Laithier, « Une nouvelle avancée de la nullité relative : la nullité du contrat conclu sous une condition suspensive impossible », obs sous civ. 3^{ème}, 8 octobre 2008, *RDC* 2009, p. 51 et s. et not. p. 53.

commode pour revenir sur la parole qu'il a donnée en connaissance de cause. En d'autres termes, un contractant peut être tenté d'invoquer la nullité d'un contrat pourtant librement accepté, simplement parce qu'il découvre ultérieurement que ce dernier ne répond plus à ses intérêts. Le risque est, ainsi, celui d'une forme de mauvaise foi. Batiffol avait parfaitement mis en lumière cette problématique :

« Il est un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que la nullité d'un contrat est en soi chose regrettable. Non pas tant, dirons-nous, en ce qu'elle déjoue les prévisions des parties, parce que, si ces prévisions sont malfaisantes, il est heureux qu'elles soient déjouées, mais parce que la nullité est trop souvent une prime à la mauvaise foi, le demandeur en nullité ayant consenti par hypothèse librement et en connaissance de cause à une affaire dont il cherche ensuite à se dégager »²¹⁸⁰.

1208. Dans un contexte international, l'application de la loi qui considère le contrat comme ayant été valablement formé présente donc bien un avantage. Les comportements opportunistes et confinant parfois à la mauvaise foi sont neutralisés. L'impératif de respect de la parole donnée en sort renforcé. On peut se demander si cet objectif de neutralisation des comportements de mauvaise foi n'a pas parfois incité les juges à user du concept de volonté tacite pour parvenir à l'application de la loi validant le contrat. C'est, à tout le moins, un avantage de la solution étudiée.

1209. L'analyse doit cependant être nuancée. Après avoir présenté les avantages découlant de l'application de la loi tenant le contrat pour valablement formé, Batiffol ajoutait : « il reste néanmoins douteux qu'il soit juste de valider des contrats usuraires, extorqués par violence, établissant des responsabilités écrasantes, ou les supprimant contre toute bonne foi comme si toute nullité n'était qu'une chicane contraire à l'équité et au sens des affaires »²¹⁸¹. Nous ne pouvons que souscrire à une telle analyse. La nullité constitue certes un mal, mais un mal nécessaire. Elle répond à des besoins impérieux, ou du moins à des besoins étant légitimement perçus comme tels par l'État ayant institué la nullité à titre de sanction. Le souci de protection de l'intégrité du consentement, celui de protection de la partie faible et — entre autres choses — la sauvegarde de l'ordre public commandent de tenir certains contrats pour nuls ou inexistantes. Dans le cadre des relations internationales, ces impératifs

²¹⁸⁰ H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., p. 138.

²¹⁸¹ H. Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., p. 138.

sont peut-être moins pressants, mais nous ne croyons pas qu'ils seraient voués à s'effacer totalement²¹⁸². Monsieur A. Sériaux a souligné qu'en matière contractuelle, la « manifestation de la puissance du vouloir n'est pas sans bornes : un ordre transcendant de justice, ordre juridique objectif, lui assigne des limites qu'elle ne saurait éluder »²¹⁸³. Ce n'est que sous cette condition que le contrat pourra réaliser sa vocation fondamentale : « la formation d'un ordre spontané à l'intérieur des cadres tracés par les règles gouvernant la société »²¹⁸⁴. De notre point de vue, l'emprise que le droit objectif peut exercer sur les contrats internationaux ne doit pas être *a priori* tenue pour illégitime. C'est pourquoi il faut se garder de systématiquement appliquer au contrat la loi le validant²¹⁸⁵.

1210. Dans le cadre de cette section, nous avons cherché à montrer que les fictions juridiques formées par l'entremise du concept de volonté tacite avaient constitué un instrument de réalisation de la justice matérielle. Sous couvert de reconstitution d'un choix tacite, les juges ont souvent désigné la loi dont le contenu leur paraissait approprié. Pour les relations de travail internationales, les juges français ont cherché à favoriser l'application de la loi la plus protectrice du salarié. À l'occasion de cet examen, ce mouvement jurisprudentiel nous a paru contestable. Pour les relations mettant en cause deux opérateurs réputés égaux, au contraire, les juges ont parfois cherché à limiter le jeu de l'interventionnisme étatique. Cette ligne jurisprudentielle suscite également certaines réserves. Certes, par essence, le contrat international ne s'inscrit pas dans l'orbite d'un ordre juridique étatique unique, il ne s'encastre pas dans la sphère exclusive d'une société nationale donnée. Les intérêts étatiques étant moins directement affectés que dans le cadre d'un contrat interne, un surcroît de libéralisme peut être

²¹⁸² V. cependant, J.-P. Beraudo, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », *op. cit.*, p. 105 : « Nous invitons le juge français qui aura à statuer sur un contrat international soumis à la loi française à ne pas invalider ce contrat pour des causes tenant à l'ordre public interne alors qu'il ferait produire effet à la même opération si elle était soumise à une loi étrangère. L'internationalité de l'affaire justifie l'application d'une aune commune, les règles d'ordre public international. La société internationale n'est plus une mosaïque dont les éléments seraient les ordres internes. L'unification des modes d'échange dans le cadre d'un commerce international est une réalité que le droit international privé doit prendre en considération. Il est donc inapproprié de vouloir introduire de force dans un contrat des règles impératives envisagées par le législateur comme français pour des opérations ayant des conséquences directes et fortes sur la société ou l'économie qu'il a la prétention de diriger ».

²¹⁸³ A. Sériaux, « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Travaux et recherche de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 77 et s. et not. p. 77.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 77.

²¹⁸⁵ Comp : R. Leflar, « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *op. cit.*, not. p. 288 : « More often the better law, for any given set of facts, will be the law which undertakes to uphold a fair transaction entered into by the parties in good faith ».

jugé opportun. Pourtant, de notre point de vue, il faut prendre garde à ce que les contrats internationaux n'évoluent pas dans un éther transnational, où ils seraient libérés de toutes les pesanteurs de la normativité étatique.

Section 2 : L'objectif de loyauté procédurale

1211. Le concept de loyauté ressortit — du moins pour partie — à la sphère de la morale²¹⁸⁶. Affirmer qu'un comportement donné est déloyal, c'est fondamentalement porter un jugement moral sur ce dernier²¹⁸⁷. Par l'entremise de notions comme celles d'équité, de bonne foi ou de loyauté, le droit est, selon la célèbre formule de Ripert, vivifié par « une montée continue de la sève morale »²¹⁸⁸. Que le système juridique cherche à incorporer en son sein l'impératif moral, qu'il tente de se l'approprier n'est en soi pas contestable, car le droit entend réaliser la justice et la justice n'est — selon la formule de Mazeaud — « que la projection de la morale dans le domaine juridique »²¹⁸⁹.

1212. Néanmoins, il faut bien voir que cette coloration morale rend l'appréhension du concept de loyauté plus délicate. Face à une situation donnée, il est toujours délicat d'affirmer péremptoirement qu'il y a un manquement à la bonne foi ou à la loyauté, car c'est là faire état d'un jugement de valeur qui, comme tel, devrait normalement rester étranger à une analyse à prétention scientifique²¹⁹⁰. Il reste que dans le cadre de nos investigations, nous ne pouvions que difficilement faire abstraction de cette notion, tant il est vrai que nombre des solutions fondées sur la volonté tacite sont inspirées par un

²¹⁸⁶ Sur le concept de loyauté, v. dans une perspective assez générale : L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. Droit* 2000, t. 44, p. 195 et s. ; J. Mestre, « La loyauté augmentée », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Picod*, Dalloz, 2023, p. 611 et s.

²¹⁸⁷ Madame N. Fricero note à cet égard que « la loyauté véhicule un idéal de justice : elle colore les principes directeurs d'une touche de moralité » (N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », *LPA* 2012, p. 27 et s. et not. n° 24). V. aussi L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. Droit* 2000, t. 44, p. 195 et s. et not. p. 198 : « Notre hypothèse est que la loyauté plonge sans doute ses racines dans les prescriptions de la morale, et une conception de l'homme en société qui dépasse l'ordre juridique au sens strict » ; R. Perrot, « La loyauté procédurale », note sous Civ. 1re, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *RTD civ.* 2006, p. 151 et s.

²¹⁸⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 11.

V. à cet égard, F. Terré, N. Molfessis, *op. cit.*, p. 87 : « Dans notre droit, la morale peut encore pénétrer par des notions et des concepts qui en permettent le transport et laissent au juge le soin de révéler une morale juridiquement située : la place attribuée à la bonne foi, la sanction des mensonges et des manœuvres, celle de la faute ou de la fraude, la prise en compte des bonnes mœurs, le rôle donné à l'équité, etc., sont les véhicules de la morale ».

²¹⁸⁹ H. Mazeaud, « Les notions de “droit”, de “justice” et d’“équité” », in *Aequitas und bona fides : Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Basel*, Helbing und Lichtenhahn, 1955, p. 229 et s. et not. p. 232.

Rapprochement : G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, p. 10 : « le droit doit réaliser la justice et le juste est une idée morale ».

²¹⁹⁰ D'autant plus que, comme cela est relevé par Monsieur Y. Strickler, « [d]e l'habileté, qui n'est pas contestable, à la déloyauté, qui l'est, il n'y a certes qu'un pas et il peut sembler délicat de donner au concept de loyauté une précision suffisante à effacer le flou de cette frontière » (« La loyauté processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 355 et s. et not. p. 357).

objectif de loyauté procédurale et tant elles trouvent leur raison d'être au sein de cette exigence de moralisation des comportements procéduraux.

1213. En droit français, le concept de loyauté semble désormais avoir une force d'attraction considérable ; l'impératif de loyauté se diffuse au sein de toutes les branches du droit privé²¹⁹¹. Dans le cadre du procès civil, un principe de loyauté procédurale semble avoir progressivement émergé²¹⁹². La Cour de cassation a, en effet, affirmé que « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats »²¹⁹³. L'article 780, alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit, quant à lui, que « le juge de la mise en état doit veiller au déroulement loyal de la procédure ». Surtout, selon Madame N. Fricero, « [a]ux côtés de cette loyauté formelle, une loyauté implicite, sous-jacente, se manifeste dans de nombreuses autres dispositions du CPC [Code de procédure civile] »²¹⁹⁴. En d'autres termes, nombre des dispositions du Code de procédure civile sont inspirées par un principe sous-jacent de loyauté²¹⁹⁵. Ce vent de faveur à la moralisation des comportements procéduraux souffle également sur le droit de l'arbitrage international. L'article 1464, alinéa 3 du Code de procédure civile, en effet, prévoit que « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ». La Cour de cassation a également affirmé « qu'il appartient au juge de l'annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à l'arbitrage »²¹⁹⁶.

²¹⁹¹ V. à cet égard les nombreux exemples donnés par L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *op. cit.*

²¹⁹² M. Douchy-Oudot, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.* 17 novembre 2009, p. 3 et s. et not. n° 3 : « Quelle que soit la qualification que chacun retiendra du phénomène, une chose est sûre, la loyauté procédurale est un principe reconnu devant nos juridictions ».

V. cependant dans une perspective critique : L. Miniato, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035 et s.

²¹⁹³ Civ. 1^{ère}, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *D.* 2005. 2570, note Boursier ; *D.* 2006. 545, obs. Julien ; *RTD civ.* 2006. 151, obs. Perrot ; *JCP* 2005. I. 183, n° 12, obs. Clay ; *Procédures* 2005. Repère 8, obs. Croze ; *Dr. et patr.* 2006. 102, n° 144, obs. Amrani-Mekki ; *Rev. huiss.* 2006, n° 35, note Fricero.

²¹⁹⁴ N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », *LPA* 2012, *op. cit.*, n° 3. V. aussi Y. Strickler, « La loyauté processuelle », *op. cit.*, p. 360 : « dans de nombreuses dispositions, la "loyauté des débats" est une exigence implicite ».

²¹⁹⁵ N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », *op. cit.*, n° 7. V. aussi : O. Baldes, « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Procédures* 2013, étude 5, n° 25.

²¹⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 08-10.281. Sur l'impératif de loyauté dans l'arbitrage, v. D. Mouralis « Loyauté et arbitrage », in F. Petit (dir.), *Droit et Loyauté*, Dalloz, 2015, p. 47 et s.

1214. Du côté du droit international privé, même son de cloche. Le concept de loyauté pourrait prochainement faire son entrée dans notre législation²¹⁹⁷. L'article 22, alinéa 2 du projet de codification du droit international privé prévoit, en matière de litispendance, que « [m]ême saisi en premier, le juge français a la faculté de surseoir à statuer, lorsqu'il est constaté que la saisine d'une juridiction française procède d'un manquement à la loyauté procédurale ». L'article 24 se réfère également à ce concept de loyauté procédurale²¹⁹⁸. C'est donc au sein de ce mouvement général de faveur à une moralisation accrue des comportements procéduraux que nombre des solutions juridiques fondées sur la volonté tacite viennent s'inscrire. Les fictions constituées par l'entremise du concept de volonté tacite ont, en effet, répondu à un objectif de répression des comportements procéduraux déloyaux.

1215. Plus précisément, en usant de ce concept, les juridictions françaises ont cherché à sanctionner les plaideurs qui adoptaient des comportements contradictoires ; elles ont indirectement imposé un devoir de cohérence. Or, les impératifs de cohérence et de loyauté sont intimement liés. Selon Monsieur L. Aynès, en effet, le devoir de loyauté contraint le sujet de droit à « adopter une attitude cohérente, une unité de comportement, qui permette à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite. En ce sens, le contraire de la loyauté est la duplicité, l'attitude double, qui égare autrui et ruine ses prévisions »²¹⁹⁹. En 1994, Madame H. Muir Watt avait déjà relevé qu'en droit international privé, différentes techniques s'étaient développées « pour empêcher les particuliers d'opposer au gré de leurs intérêts, des attitudes contradictoires »²²⁰⁰. Elle ajoutait que « rattacher ces techniques à l'estoppel aurait l'avantage, tout en conférant à l'ensemble un régime unitaire, d'éviter les différents artifices, telle la recherche divinatoire d'une volonté tacite, auxquels il est couramment fait recours à cet égard »²²⁰¹. Nous ne pouvons que souscrire à ces observations. Aux fins de l'imposition de ce devoir de cohérence, en effet, les juridictions françaises ont mobilisé les concepts d'accord tacite (sous-section 1) et de renonciation tacite (sous-section 2).

²¹⁹⁷ Même si l'avenir de ce projet de codification du droit international privé est encore très incertain.

²¹⁹⁸ « Lorsqu'une procédure est en cours devant le juge français et qu'un jugement a déjà été prononcé à l'étranger entre les mêmes parties relativement à une demande ayant le même objet et la même cause, le juge français, même s'il a été saisi en premier, déclare la demande irrecevable, si ce jugement étranger est susceptible d'être reconnu en France. Toutefois, la demande est recevable lorsqu'il est constaté que la partie qui a obtenu le jugement étranger a manqué à la loyauté procédurale dans la procédure pendante en France ».

²¹⁹⁹ L. Aynès, « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. Droit* 2000, t. 44, p. 195 et s. et not. p. 197.

²²⁰⁰ H. Muir Watt, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 et s. et not. p. 304.

²²⁰¹ *Ibid.*

Sous-section 1 : L'utilisation du concept d'accord tacite

1216. L'inertie d'un litigant est potentiellement créatrice d'une apparence trompeuse : l'attitude qui est la sienne, sa passivité, donne à penser qu'il n'entend pas se prévaloir du droit dont il est titulaire, qu'il n'entend pas avancer un argument juridique qui est pourtant à sa disposition. C'est dans ce contexte que la volonté tacite se révèle utile. Est sanctionnée l'inertie du plaideur qui, ayant dans un premier temps créé une apparence trompeuse, prend ensuite le contrepied de son attitude initiale et trompe la confiance légitime de son adversaire. Succédané de l'estoppel, le concept d'accord tacite est alors utilisé pour sanctionner le litigant qui, agissant à contretemps, invoquerait trop tardivement l'argument du droit applicable (I) ou celui de l'incompétence de la juridiction saisie (II). Dans la suite de ces développements, nous retrouverons fréquemment un objectif de protection des attentes, mais il faut bien voir que dans ce contexte, l'objectif de protection des attentes a une physionomie particulière, car il est intimement lié à la recherche de la justice procédurale.

I) La sanction de l'invocation tardive de l'argument du droit applicable

1217. La Cour de cassation a estimé que l'accord procédural pouvait résulter de la concordance des conclusions des parties. Dès lors que les litigants se réfèrent — dans leurs conclusions — à la loi française, ils sont réputés avoir tacitement choisi cette loi²²⁰². De même, la Cour de cassation a estimé que lorsque les deux plaideurs s'abstenaient d'invoquer la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ils avaient tacitement manifesté leur volonté d'exclure l'application de cette dernière²²⁰³. Dans les deux cas, il en résulte que les plaideurs sont liés par le comportement qu'ils ont initialement adopté ; ils sont privés du droit d'invoquer un moyen nouveau. Ces deux solutions présentent des avantages (A) et des inconvénients (B).

A) Les avantages de la solution

1218. Les accords tacites contentieux ont indirectement pour effet de sanctionner les comportements procéduraux contradictoires (1). Reste à déterminer s'ils ont, ou non, pour effet de neutraliser des comportements pouvant être qualifiés de déloyaux (2).

²²⁰² V. *supra* n° 742.

²²⁰³ V. *supra* n° 746.

1) *La question de l'existence d'un comportement contradictoire*

1219. Le risque qui se présente est le suivant : dans un premier temps, un plaideur décide, sciemment, de ne pas invoquer un argument juridique. Dans un second temps, ce plaideur invoque tardivement ce dernier argument, et ce, dans le seul but de remettre en cause une décision judiciaire rendue en sa défaveur. Les accords tacites répondent à cette problématique. Le mécanisme de la déchéance, qui se dissimule derrière les accords tacites, vient sanctionner un comportement contradictoire²²⁰⁴. Pour bien cerner la teneur de ces affirmations, il convient de raisonner sur des exemples précis.

1220. Supposons qu'un litige relatif à un contrat de vente international soit porté devant une juridiction française. La Convention de Vienne est *a priori* applicable. L'acquéreur — ici en position de demandeur — se prévaut de la garantie des vices cachés, qui est consacrée par les articles 1641 et suivants du Code civil. En défense, le vendeur n'invoque pas la Convention de Vienne. L'acquéreur est débouté de sa demande. Il interjette appel et invoque une nouvelle fois le droit français interne. Il est de nouveau débouté. Mécontent, il forme alors un pourvoi en cassation et affirme, pour la première fois, que l'arrêt d'appel doit être annulé, en raison de l'inapplication de la Convention de Vienne.

Dans une telle situation, il nous semble que l'acquéreur a adopté un comportement contradictoire. Dans un premier temps, au soutien de sa demande, il a expressément invoqué le droit français de la vente. Dans un second temps, il a expressément affirmé l'« incompétence » de ce droit. La contradiction provient du fait que le vendeur a allégué l'incompétence d'un droit sous l'empire duquel il avait initialement placé sa demande. Ici, la caractérisation de l'accord tacite a pour effet de réprimer ce comportement contradictoire. En caractérisant un accord tacite, relatif à l'exclusion de l'application de la Convention de Vienne, la Cour de cassation rejettera le pourvoi formé par l'acquéreur.

1221. Raisonons maintenant sur les faits de l'arrêt *Hannover International*²²⁰⁵. En l'espèce, il était question d'un contrat de vente international, que les parties avaient expressément soumis au droit belge. En première instance et en appel, les parties n'avaient pas invoqué l'application du droit belge. Comme le contrat comportait une clause d'*electio juris*, pourtant, on pouvait conjecturer que les parties

²²⁰⁴ Sur le concept de déchéance, v. *supra* n° 245.

²²⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *Rev. crit. DIP* 1997. 514, note B. Fauvarque-Cosson, *JDI* 1997. 804, note D. Bureau.

avaient bien conscience de l'applicabilité de la loi étrangère²²⁰⁶. Néanmoins, le vendeur avait volontairement accepté de placer les débats judiciaires sur le terrain du droit français. Après avoir été condamné à indemniser l'acquéreur, il forma un pourvoi, dans lequel il reprocha à la Cour d'appel de ne pas avoir fait application du droit étranger. Rappelons qu'au moment où l'arrêt *Hannover* a été rendu, les règles de conflit de lois consacrées au sein de conventions internationales devaient être appliquées d'office. La cassation paraissait de prime abord assurée²²⁰⁷. Néanmoins, pour sanctionner le comportement contradictoire de l'auteur du pourvoi, la Cour de cassation usa de l'accord procédural. Car il est permis de penser que dans une telle situation, un comportement contradictoire était bel et bien caractérisé.

En invoquant pour sa défense le droit français en première instance et en cause d'appel, le vendeur avait adopté un comportement qui donnait à penser qu'il avait, en quelque sorte, « accepté » l'application du droit français et qu'il ne voulait pas solliciter l'application de la loi étrangère. Il ne pouvait donc, sans se contredire, affirmer que ce droit était finalement incompétent. Quand nous évoquons une acceptation de l'application du droit français, cela ne correspond toutefois pas à une acceptation contractuelle, car même si elles ont conscience de l'applicabilité de la loi étrangère, rien ne permet de penser que les parties aient manifesté une volonté de se lier l'une et l'autre et de lier le juge par l'entremise d'un contrat²²⁰⁸.

1222. Toujours est-il que la contradiction qui affecte le comportement de celui qui invoque si tardivement l'argument du droit applicable a quelque chose de problématique, car elle peut surprendre l'autre partie²²⁰⁹. Il est à craindre que cette dernière se soit attendue — en partie en raison du comportement adopté par le plaideur ayant tardivement invoqué le droit étranger ou international — à ce que le litige soit tranché par application du droit français interne. Si un plaideur a successivement invoqué en première instance et en appel le droit français interne, son adversaire aura potentiellement estimé qu'il ne souhaitait pas invoquer l'argument du droit applicable.

²²⁰⁶ Même si en l'espèce, l'existence d'un véritable choix de la loi belge était peut-être sujet à discussion. V. à ce sujet D. Bureau, note sous Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *op. cit.*, p. 806.

²²⁰⁷ V. *supra* n° 1122 et s.

²²⁰⁸ V. *supra* n° 761 et s.

²²⁰⁹ Or, de façon plus générale, dans le cadre du procès, ce qui est préoccupant, c'est « l'auto-contradiction non décelable, celle qui risque d'égarer l'autre partie, de la prendre à contre-pied et par surprise au jour des débats. [...] Le vrai problème est là : c'est moins l'auto-contradiction en soi que la place laissée dans le procès à une possible auto-contradiction qui se révélerait trop tard » (M.-N. Jobard-Bachelier, M. Hillel, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in M. Béhar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 53 et s. et not. p. 62).

Dès lors qu'un litigant soulève un tel moyen à un stade aussi tardif du procès, il trompe les légitimes attentes du défendeur et l'oblige à modifier toute son argumentation à un stade très avancé du contentieux. En arrière-plan du mécanisme de l'accord procédural, nous retrouvons ici l'objectif de protection des attentes légitimes, que nous associons plutôt aux solutions fondées sur une véritable recherche de la volonté des parties. Il reste qu'ici, le souci de protection des attentes des parties a une coloration particulière, tant il est lié à la recherche d'une plus grande justice procédurale — passant par l'imposition d'un devoir de cohérence et par la répression des comportements procéduraux contradictoires — et à une meilleure organisation du procès.

1223. En définitive, il nous semble que le comportement adopté par un plaideur qui invoque tardivement le droit étranger ou la Convention de Vienne révèle une contradiction. Néanmoins, un tel comportement peut-il être qualifié de déloyal ?

2) *La question de l'existence d'un comportement déloyal*

1224. La question est sans doute beaucoup plus discutable, en raison de la dimension morale du concept de loyauté²²¹⁰. Les parties au procès n'ont pas toujours conscience du fait qu'elles ont la possibilité d'invoquer la loi étrangère ou la Convention de Vienne. Dans cette dernière hypothèse, il serait sans doute excessif d'affirmer que leur comportement est déloyal. Mais si les litigants avaient connaissance de l'applicabilité de la norme étrangère ou internationale, qu'en est-il ? Certains pourraient estimer qu'il convient de préserver la liberté du plaideur, qu'il devrait être libre de pouvoir faire évoluer son argumentation tout au long du procès. Dans le cadre des débats relatifs à l'opportunité d'une consécration de l'estoppel, nombre de processualistes se sont prononcés en ce sens²²¹¹.

²²¹⁰ Quant à cette question, v. M.-N. Jobard-Bachelier, M. Hillel, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », *op. cit.*, p. 70 : « présenter un moyen nouveau, certes de pur droit, mais contraire aux thèses jusque-là soutenues, peut être cette attitude déloyale qui mérite sanction ; encore est-il permis de penser que la contradiction, facile à relever, devrait s'accompagner d'une véritable déloyauté, plus délicate à vérifier ; une attitude contradictoire qui apparaît devant la Cour de cassation n'est pas nécessairement déloyale ».

²²¹¹ Lorsqu'il existe une contradiction entre les moyens soulevés en première instance et ceux soulevés en cause d'appel, l'application de l'estoppel « interdirait purement et simplement aux plaideurs d'améliorer leur stratégie et de modifier, par des moyens nouveaux, certains points de leur argumentation. Ses conséquences seraient d'autant plus graves que certains plaideurs agissent seuls en première instance et revoient leur tactique en appel avec l'aide d'un conseil » (N. Dupont, « Estoppel et appel », note sous Com. 10 févr. 2015, n° 13-28.262, *JCPE* n° 16, 16 avril 2015. 1189). Une interdiction de principe de soulever des moyens contradictoires en cause d'appel pourrait « amplifier considérablement les conséquences malencontreuses de l'inadéquation ou de l'incomplétude des moyens soulevés en première instance » (T. Janville, note sous Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, *Gaz. Pal.* 18-19 mars 2009, p. et 10 s. et not. p. 11).

1225. Néanmoins, il n'est pas sûr que le moyen du droit applicable puisse être entièrement assimilé à un moyen « classique ». Il n'est pas sûr que les arguments avancés par les processualistes à l'encontre de l'estoppel puissent être ici mobilisés. C'est pourquoi il nous a semblé opportun de nous interroger sur la loyauté du comportement du plaideur invoquant tardivement l'application de la loi étrangère ou d'une convention internationale. On peut se demander si, en sus de l'objectif d'éviter des cassations, ce souci de préservation de la loyauté de la procédure n'a pas inspiré les décisions recourant aux accords tacites. Dans le cadre du commentaire d'un arrêt ayant admis un accord procédural tacite, Madame P. Hammje avait ainsi écrit :

« [O]n pourrait se demander si la solution [en faveur de l'admission d'un accord procédural] ne s'explique pas davantage par la volonté de la Cour de cassation *de ne pas cautionner une certaine mauvaise foi* de la part de l'époux, qui trouve dans le non respect de l'office du juge un moyen dilatoire. Serait alors sanctionné le comportement contradictoire du mari, qui en première instance comme en appel avait manifesté son accord en faveur de la loi française, pour ensuite contester l'application de cette loi devant la Cour de cassation »²²¹².

1226. Ce serait alors l'un des avantages de ces accords tacites : favoriser la loyauté et la justice procédurale. Et pourtant, nous ne pouvons dissimuler les réserves que nous inspire le mécanisme de l'accord tacite contentieux.

B) Les défauts de la solution

1227. La solution est inutilement fondée sur une fiction (1) et est, en outre, et plus fondamentalement, inopportune (2).

²²¹² P. Hammje, « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », note sous Civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 08-13.431, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 344 et s. et not. p. 350 (nous soulignons).

Rapprochement : E. Fohrer-Dedeurwaerder, note sous civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2017, *JDI* 2018. 2 et not. p. 107 : « lorsque les droits des parties sont indisponibles, le moyen tiré de l'application de la loi étrangère est normalement jugé recevable même s'il n'a pas été allégué devant les juges du fond. Mais, cette jurisprudence ouvre la porte aux pourvois dilatoires, *et plus largement aux comportements procéduraux déloyaux*. Aussi, dans une procédure où une partie invoque tardivement un argument alors qu'elle était en mesure d'en faire état plus tôt — en se contredisant au détriment de son adversaire —, la Cour de cassation devrait pouvoir sanctionner son attitude en lui opposant une fin de non-recevoir » (nous soulignons).

1) Une solution inutilement fondée sur une fiction

1228. Le premier défaut de ces solutions fondées sur la volonté tacite tient à ce qu'elles reposent sur une fiction juridique. La fiction est au demeurant inutile, car pour parvenir à des résultats similaires, il serait possible de mobiliser d'autres concepts. La Cour de cassation pourrait se tourner vers le concept d'estoppel ou le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui²²¹³. Selon la Cour de cassation, « [l]a fin de non-recevoir tirée de ce principe sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions »²²¹⁴. Or, de notre point de vue, une invocation tardive du droit étranger ou du droit matériel international pourrait facilement se couler au sein de cette définition. Selon Madame H. Muir Watt,

²²¹³ Sur l'estoppel ou l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, v. par exemple : G. Bolard, « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP* 2015. 146 ; O. Baldes, « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *op. cit.* ; P. Ancel, « Stoppera-t-on l'estoppel ? Petite histoire de la pénétration en droit français d'un concept du droit anglais », in *Liber Amicorum David Pugsley*, Bruylant, 2013, p. 178 et s. ; E. Agostini, « L'estoppel et les trois unités », *D.* 2010, p. 285 et s. ; N. Dupont, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010, p. 459 et s. ; D. Houtcieff, « Essai de maïeutique juridique : la mise à jour du principe de l'estoppel », *JCP* 2009. Doctr. 463 ; D. Houtcieff, « Sur le principe de cohérence en procédure civile », *RJ com.* 2009. 347 ; B. Fauvarque-Cosson, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », note sous civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, *RDC* 2006/4, p. 1279 et s. ; M.-N. Jobard-Bachelier, M. Hillel, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », *op. cit.*, p. 53 et s. ; Ph. Pinsolle, « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », in M. Behar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 37 et s. ; Ph. Pinsolle, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, p. 905 et s. ; H. Muir Watt, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 et s. ; E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.* 1985, p. 241 et s.

²²¹⁴ Com. 18 janvier 2023, n° 21-17.426. Dans le même sens, v. Civ. 2^{ème}, 4 juin 2020, n° 19-13.282 ; Civ. 2^{ème}, 15 mars 2018, n° 17-21.991.

Pour des définitions doctrinales, mais ne coïncidant pas parfaitement avec celle aujourd'hui donnée par la Cour de cassation, v. E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *op. cit.*, p. 246 : L'estoppel « est l'interdiction faite à une personne qui, par ses déclarations, ses actes ou son attitude, c'est-à-dire par la "représentation" qu'elle a pu donner d'une situation donnée a conduit une autre personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première, d'établir un fait en justice contraire à cette "représentation" initiale ».

v. aussi L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 27 : « L'estoppel sanctionne la trahison de la confiance légitime ; il sert à empêcher celui qui, par ses paroles ou son comportement, a créé une apparence trompeuse, de contredire cette apparence dès lors qu'elle a servi de base à l'action d'un partenaire ou d'un tiers ».

lorsque les parties ont bien conscience du conflit de lois et que l'une d'elles soulève de façon tardive l'argument de l'application de la loi étrangère, le mécanisme de l'estoppel pourrait être utilisé²²¹⁵.

1229. Toutefois, en droit positif, la portée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui est encore incertaine. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a elle-même affirmé que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir »²²¹⁶. Plus précisément, pour mieux cerner la portée du principe de l'estoppel, deux stades procéduraux doivent être distingués : celui de l'appel et celui du pourvoi en cassation.

1230. Au stade de l'appel, la Cour de cassation estime qu'un plaideur peut invoquer des moyens nouveaux, et ce même si ces moyens nouveaux contredisent ceux qu'il avait développés en première instance²²¹⁷. En d'autres termes, au stade de l'appel, le mécanisme de l'estoppel ne peut pas jouer. Un moyen nouveau, fût-il en contradiction avec ceux présentés en première instance, sera jugé recevable. La solution est fondée sur l'article 563 du Code de procédure civile, qui prévoit que « [p]our justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux ». Il en résulte qu'*a priori*, en appel, si un plaideur invoque l'application de la loi étrangère, après s'être fondé — en première instance — sur le droit français, le juge ne pourra pas lui opposer le mécanisme de l'estoppel.

²²¹⁵ H. Muir Watt, « De la loi applicable au divorce d'un couple franco-allemand », obs. sous Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-11.872, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 353 et s. et not. n° 4 et 5.

Cependant, il faut noter que la Cour de cassation a considéré que lorsque les droits sont indisponibles, le principe de l'estoppel ne peut tenir en échec un moyen de cassation reprochant aux juges du fond de n'avoir pas appliqué d'office la règle de conflit (Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, n° 04-19.636, *AJ fam.* 2006. 376, obs. Boiché (2^e esp) ; *Dr. fam.* 2006, n° 176, note Farge).

²²¹⁶ Ass. plén., 27 février 2009, n° 07-19.841, *D.* 2009. 1245, note D. Houtcieff ; *ibid.* 723, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2010. 169, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2010. 459, étude N. Dupont ; *JCP* 2009. II. 10 073, note P. Callé.

²²¹⁷ Civ. 1^{ère} civ., 28 octobre 2015, n° 14-22.207, n° 2015-023938 ; *Procédures* 2016, comm. 7, Y. Strickler ; *D.* 2015, p. 2246, obs. P. Noual ; *Gaz. Pal. Rec.* 2015, 1, p. 39, obs. S. Amrani-Mekki ; Com. 10 février 2015, n° 13-28.262, *JCP G* 2015, 470, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2015, comm. 108, obs. H. Croze.

Sur cette problématique, v. N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », *op. cit.*, n° 23 : « Les dangers de la généralisation de cette condition de recevabilité des demandes ne doivent pas être niés. L'appel reste une voie d'achèvement du litige, et autorise la formulation de demandes "nouvelles" qui sont le complément ou l'accessoire des prétentions antérieures, et l'allégation de nouveaux moyens de fait et de droit à l'appui des prétentions initiales. Il ne faudrait pas que la loyauté soit utilisée de manière trop rigide par les juges, ce qui priverait la partie intéressée de la possibilité de soutenir en appel sa prétention sur un fondement totalement différent, qu'elle aurait volontairement ou involontairement omis d'alléguer en première instance ».

C'est d'ailleurs en ce sens que la Cour d'appel de Rennes s'est prononcée dans un arrêt intéressant, rendu le 1^{er} février 2024²²¹⁸. Dans cette affaire, en première instance, les plaideurs n'avaient pas invoqué l'application de la loi étrangère. C'était uniquement au stade de l'appel que l'un des plaideurs avait revendiqué l'application de cette dernière. L'intimé lui opposa qu'à ce stade du procès, il ne pouvait, sans se contredire, invoquer l'application de la loi étrangère. La Cour d'appel de Rennes refusa de faire jouer le mécanisme de l'estoppel et, d'ailleurs, elle refusa également de reconnaître l'existence d'un accord procédural tacite. Les termes de l'arrêt méritent d'être reproduits :

« Quand une partie soulève l'application au litige d'une loi étrangère, le juge est tenu d'examiner ce moyen, sauf à ce que, s'agissant comme en l'espèce de droits disponibles, les parties aient par un accord procédural convenu de retenir l'application de la loi française. Un tel accord qui doit être dépourvu d'équivoque n'existe pas en l'espèce et en vertu de l'article 563 du code de procédure civile, les parties peuvent invoquer devant la cour des moyens nouveaux et présenter des pièces nouvelles tels les conditions générales de vente et l'application du droit autrichien. Dans ces conditions, les intimés ne peuvent pas opposer à la société Binderholz Bau-systeme le défaut de concentration des moyens ni l'Estoppel. La demande de voir appliquer le droit autrichien est recevable ».

Il n'en demeure pas moins qu'en droit international privé, les tribunaux auraient toujours la possibilité de dégager une solution dérogeant au droit commun du procès civil. En d'autres termes, si un plaideur invoque pour la première fois, en cause d'appel, l'argument du droit applicable, une juridiction aurait toujours la possibilité de lui opposer le mécanisme de l'estoppel. À tout le moins, en droit, une telle solution n'est pas inconcevable : il y a là essentiellement un problème de politique juridique.

1231. Au stade d'un pourvoi en cassation, qu'en est-il ? La Cour de cassation estime qu'un moyen de cassation est irrecevable lorsque ce dernier est contraire à ceux qui ont été soutenus dans les conclusions d'appel du demandeur au pourvoi²²¹⁹. La solution — qui n'est qu'une manifestation particulière de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui²²²⁰ — pourrait être opposée aux plaideurs

²²¹⁸ CA Rennes, 1^{er} février 2024, n° 23/01441.

²²¹⁹ Civ. 2^{ème}, 23 octobre 2008, n° 07-15.769, Bull. civ. II, n° 220 ; Civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, n° 03-10.072, Bull. civ. I, n° 184. Sur ce point, v. J. Boré, L. Boré, « Pourvoi en cassation », in *Rep. proc. civ.* Dalloz, 2023, n° 545.

²²²⁰ B. Fauvarque-Cosson, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », note sous civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, *op. cit.*, p. 1280 : « Depuis toujours, la Cour de cassation rejette les moyens contraires à une thèse antérieure, notamment lorsque ce moyen est incompatible avec la position qu'avait adoptée son auteur devant les juges du fond, ce qui est une forme implicite d'estoppel, au sens où l'entend cet arrêt ». v. aussi M.-N. Jobard-Bachelier, M. Hillel, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », *op. cit.*, p. 69.

invoquant pour la première fois, au stade d'un pourvoi, l'application de la Convention de Vienne. Sur le plan théorique, une telle solution serait plus satisfaisante que d'invoquer un accord — purement factice — en faveur de l'exclusion de cette dernière convention. Pour un plaideur qui invoquerait — pour la première fois — au stade du pourvoi en cassation, l'application du droit étranger, la caractérisation d'un accord procédural tacite est inutile. Le juge aurait simplement à rappeler, comme il le fait déjà, que lorsque les droits sont disponibles, « le moyen tiré de l'application du droit étranger ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation »²²²¹.

2) Une solution inopportune

1232. Si les solutions étudiées ont pour vertu de neutraliser les comportements contradictoires, elles n'en demeurent pas moins inopportunes, car sous leur influence, l'effectivité des règles de conflit de lois et des règles matérielles internationales se trouve entravée. Ce constat est peu satisfaisant, car « la recherche d'une justice de droit international privé exige que la règle de conflit soit appliquée d'office par le juge »²²²². Le postulat d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère commande une application d'office de la règle de conflit²²²³. De manière analogue, en ratifiant des conventions procédant à l'unification du droit matériel international, le législateur français a estimé — à tort ou à raison — qu'elles fournissaient aux relations internationales une réglementation plus appropriée. Dès lors, n'est-il pas regrettable que l'effectivité de ces conventions internationales soit entravée par la caractérisation d'accords procéduraux tacites ? Il est permis de le penser.

1233. Cela est d'autant plus regrettable que, concernant cette question de l'office du juge, la doctrine internationaliste a d'ores et déjà proposé des solutions qui pourraient être beaucoup plus satisfaisantes²²²⁴. De notre point de vue, le système le plus équilibré et le plus satisfaisant serait le suivant. Que les droits soient disponibles ou non, le juge serait tenu d'appliquer d'office les règles de conflit de lois et les règles matérielles internationales²²²⁵. Néanmoins, avant de faire application de ces règles,

²²²¹ Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, *Bull. civ.* I, n° 522 ; Soc. 16 décembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 593 ; Soc. 29 mai 1991, *Bull. civ.*, V, n° 270 ;

²²²² S. Corneloup, « L'application de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 363.

²²²³ V. *supra* n° 1132.

²²²⁴ S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *op. cit.*, p. 83 et s. ; M.-L. Niboyet, « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », *op. cit.* ; T. Azzi, « La volonté tacite en droit international privé », *op. cit.*, p. 166-167.

²²²⁵ Dans le cadre du système qui a notre faveur, la source de la règle de conflit serait également tenue pour indifférente. Que cette dernière soit d'origine nationale, européenne ou internationale, elle devrait être appliquée d'office.

il devrait informer les parties et provoquer entre elles un débat contradictoire. Ces dernières auraient alors, pour les matières dans lesquelles un choix de loi est admis²²²⁶, la possibilité de se mettre d'accord pour que la loi du for soit appliquée. De façon similaire, dans le cas où la Convention de Vienne est applicable, le juge devrait provoquer un débat contradictoire et informer les parties. Un accord procédural formel ne serait aucunement exigé. Cependant, le juge devrait informer les parties que si elles optent pour l'application de la loi du for, ou pour le droit interne, elles ne pourront plus invoquer — à un stade ultérieur du procès — les règles de droit international privé.

1234. Il est vrai qu'une telle proposition serait en décalage avec les tendances prévalant actuellement en droit processuel, car il a été relevé que « la Cour de cassation tend, dans sa jurisprudence récente, à reporter sur les parties la charge processuelle d'apporter le droit »²²²⁷. Cette dernière a en effet estimé que dans le cadre d'un procès interne, le juge n'est pas tenu de relever d'office un moyen de droit²²²⁸. Cependant, cette dernière solution est très contestée et très contestable²²²⁹. En outre, et plus fondamentalement, dans la mesure où le droit international privé répond à des impératifs qui lui sont propres, des solutions dérogeant au droit commun du procès civil ne devraient pas nécessairement être tenues pour anormales.

1235. Le système qui a notre faveur présenterait trois avantages. Tout d'abord, l'effectivité des règles de conflit de lois et des règles matérielles internationales serait pleinement assurée. La réalisation de la justice de droit international privé en sortirait renforcée. Ensuite, du point de vue de la loyauté procédurale, les parties ne pourraient pas adopter de comportements contradictoires. Dès la première instance, elles seraient en effet informées du fait que si elles optent pour la loi du for, elles

²²²⁶ Il nous paraît opportun d'abandonner le critère de la disponibilité des droits litigieux, qui est « très fuyant et de ce fait difficilement maniable » (S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *op. cit.*, p. 79). Il nous paraît préférable d'admettre le jeu de l'accord procédural pour les matières dans lesquelles un choix de loi est possible (v. à cet égard S. Corneloup, « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », *op. cit.*, p. 88 et s.).

²²²⁷ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile*, 36^{ème} édition, Dalloz, 2022, p. 460.

²²²⁸ Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. ass. plén. n° 10 ; *D.* 2008. 1102, Deshayes ; *RDI* 2008. 102, obs. Malinvaud ; *RTD civ.* 2008. 317, obs. Gautier ; *BICC* 15 avr. 2008, p. 18, rapp. Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; *JCP* 2008. II. 10 006, note Weiller ; *JCP* 2008. I. 138, no 9, obs. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2008. Comm. 70, obs. Perrot ; *RCA* 2008. Comm. 112, note Hoquet-Berg ; *Dr. et pr.* 2008. 103, note Lefort ; *CCC* 2008. Comm. 92, note Leveneur ; *RDC* 2008. 435, obs. Serinet.

²²²⁹ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *op. cit.*, p. 492 et s.

ne pourront plus invoquer la loi étrangère²²³⁰. Le risque d'une invocation tardive du droit étranger ou du droit matériel international — qui a trop souvent pour effet de briser les légitimes attentes d'un plaideur — serait ainsi neutralisé. Enfin, l'efficacité procédurale serait largement préservée. Il ne pourrait pas y avoir de cassation d'une décision pour cause d'une invocation tardive du droit étranger. Certes, pour les parties, l'application de la loi étrangère entraîne un certain nombre de coûts. Néanmoins, dans le système qui a notre faveur, si elles estiment ces coûts disproportionnés, les parties auraient la possibilité — du moins dans certaines matières — de conclure un accord en faveur de l'application de la loi du for. En définitive, si un tel système devait advenir, les accords tacites seraient privés d'utilité.

1236. Le système qui a notre faveur présente toutefois deux inconvénients. En premier lieu, l'office du juge serait alourdi. En second lieu, lorsque le juge n'aura pas respecté les obligations pesant sur lui, sa décision devra logiquement être cassée. Or, comme on a eu l'occasion de le souligner, du point de vue de l'efficacité procédurale, la cassation est toujours problématique et dommageable pour les parties²²³¹. Mais c'est là le prix à payer pour que la justice de droit international privé triomphe.

1237. Quoi qu'il en soit, *de lege lata*, sous l'influence des accords procéduraux tacites, les comportements contradictoires que certains plaideurs pouvaient adopter ont été sanctionnés. De façon similaire, afin d'imposer un devoir de cohérence, les juridictions françaises ont sanctionné le plaideur ayant tardivement invoqué l'argument de l'incompétence de la juridiction saisie.

II) La sanction de l'invocation tardive de l'incompétence

1238. Dans le cadre du règlement « Bruxelles 1 bis », c'est au seuil du procès que l'exception d'incompétence doit être soulevée²²³². La Cour de justice de l'Union européenne a, au demeurant, précisé que l'allégation de l'incompétence de la juridiction saisie, « si elle n'est pas préalable à toute défense au fond, ne peut en tout état de cause se situer après le moment de la prise de position considérée,

²²³⁰ Et dans l'hypothèse où c'est une convention internationale unifiant le droit matériel qui est applicable, elles seraient informées du fait que si elles optent pour le droit interne, elles ne pourront plus invoquer ladite convention.

²²³¹ V. *supra* n° 1122.

²²³² V. *supra* n° 751.

par le droit procédural national, comme la première défense adressée au juge saisi »²²³³. En d'autres termes, pour pouvoir être utilement soulevée, l'incompétence de la juridiction saisie doit l'être au plus tard en même temps que la discussion au fond. Si le plaideur ne s'astreint pas à cette discipline, il perd le droit de contester la compétence de la juridiction saisie. La règle consacrée par l'article 26 du règlement Bruxelles 1 bis est, ainsi, très similaire à celle du droit français interne qui veut que les exceptions de procédure doivent être soulevées *in limine litis*²²³⁴. Comme cela a été relevé par Monsieur E. Pataut, « il y a bien là un couperet tranchant et potentiellement bien embarrassant pour les avocats oubliés »²²³⁵.

1239. Le mécanisme ainsi consacré a pour fonction de neutraliser les comportements procéduraux opportunistes et contradictoires. Si le mécanisme n'existait pas, le risque serait que le défendeur s'abstienne, en toute connaissance de cause, de soulever l'argument de l'incompétence. À des fins stratégiques, il conserverait ainsi une arme procédurale, qu'il pourrait ultérieurement mobiliser si le procès devait tourner en sa défaveur. Un tel comportement confinerait à la mauvaise foi²²³⁶. En acceptant de se défendre au fond, le défendeur a adopté un comportement qui donnait à penser qu'il n'était pas incommodé par la compétence de la juridiction étrangère et qu'il ne souhaitait pas contester cette dernière. Dès lors, par la suite, il ne pourrait — sans faire preuve d'inconséquence — contester la compétence de la juridiction saisie²²³⁷.

1240. Pire, en l'absence de l'article 26, le *demandeur* pourrait être tenté d'invoquer l'argument de l'incompétence de la juridiction saisie en cause d'appel. Après avoir été condamné à la suite de la formulation d'une demande reconventionnelle, le demandeur se prévaudrait de l'incompétence de la juridiction saisie. Or, il est évident qu'au titre de la bonne foi, un litigant ne saurait être autorisé à

²²³³ CJCE, 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh*, pt 16, JDI 1981, p. 903, obs. A. Huet ; *Rev. crit. DIP* 1982, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon.

²²³⁴ E. Pataut, « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparait sans soulever d'exception d'incompétence », *op. cit.*, p. 582.

²²³⁵ *Ibid.*, p. 582.

²²³⁶ Monsieur V. Heuzé relève ainsi — mais c'est un point très accessoire dans sa démonstration — que c'est pour protéger les exigences de la loyauté procédurale que l'article 26 impose au défendeur de soulever l'exception d'incompétence *in limine litis* (« Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux ? », *op. cit.*, p. 308-309).

²²³⁷ L'analyse doit cependant être nuancée, car dans certaines hypothèses, le défendeur ignore simplement qu'il dispose du droit de contester la compétence. Ce n'est qu'au stade de l'appel qu'il découvre cette possibilité. Dans une telle situation, le plaideur a fait preuve d'une négligence coupable, mais il n'est pas de mauvaise foi.

alléguer l'incompétence d'une juridiction qu'il a lui-même saisie. Il y aurait là une contradiction inadmissible.

1241. Les renonciations tacites ont, de façon plus évidente encore, été employées pour neutraliser des comportements procéduraux contradictoires et déloyaux.

Sous-section 2 : L'utilisation du concept de renonciation tacite

1242. La notion de renonciation tacite a été transformée en un instrument de moralisation du procès²²³⁸. Il a en effet été montré que « nombre de prétendues renonciations tacites, fondées sur des volontés artificielles, ne tendent en réalité qu'à sanctionner ceux qui prétendent brusquement invoquer un droit qu'ils ont jusque-là laissé s'ensommeiller »²²³⁹. C'est en effet le constat qui se dégage d'un examen attentif de la jurisprudence. En se fondant sur le concept de renonciation tacite, les tribunaux ne se sont aucunement bornés à prendre acte d'une hypothétique volonté, ils ont sanctionné le plaideur ayant agi à contretemps. Dans d'autres systèmes juridiques, les tribunaux sont parvenus à dégager des résultats similaires. Mais pour ce faire, ils ont utilisé des concepts différents. Ainsi, en droit allemand et en droit suisse, a émergé l'idée que « celui qui retarde l'exercice d'un droit et suscite ainsi la confiance de l'autre partie dans le fait qu'il n'en fera plus usage, doit considérer son droit comme étant perdu, même si les délais de prescription ne sont pas encore expirés »²²⁴⁰. C'est la règle du *Verbot des venire contra factum proprium*. Dans le cadre des droits de *common law*, c'est évidemment le concept de l'estoppel qui fut mobilisé. À des fins didactiques, on distinguera les contentieux mettant aux causes les juridictions étatiques (I) et le contentieux arbitral (II).

²²³⁸ Indépendamment des questions de droit international privé, il a été montré que les renonciations tacites avaient été un canal par lequel l'exigence de bonne foi avait pénétré au sein du droit français : « Rappelons que dans les systèmes juridiques latins, la règle d'une portée normative autonome de la bona fides s'est perdue, en toute cohérence avec la prééminence du dogme de la volonté inspiré par l'école du droit naturel. Toutefois, l'exigence d'un correctif inspiré par le principe de bonne foi dans l'application de normes légales ou contractuelles n'a pas été oubliée. Même ici, la solution imposée par les principes traditionnels de la bonne foi et de l'équité a fait son chemin. Les interprètes la justifient très souvent formellement par le recours à l'idée d'une manifestation tacite de la volonté, mais en réalité par le recours à une fiction. Il semble que la fiction d'une volonté est ainsi souvent devenue dans les systèmes latins un canal, par lequel affluent ces solutions imposées par la nécessité d'une correction ex fide bona d'une norme légale ou contractuelle au moment de son application » (F. Ranieri, « Bonne foi et exercice du droit en civil law », *Rev. int. dr. comp.* 1998, p. 1055 et s. et not. p. 1086, nous soulignons).

²²³⁹ D. Houtcieff, « Essai de maïeutique juridique : la mise à jour du principe de l'estoppel », *op. cit.*, n° 16. Précisons que les propos de Monsieur Houtcieff sont généraux et ne concernent pas spécifiquement le droit international privé.

²²⁴⁰ F. Ranieri, « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du *venire contra factum proprium* dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », in M. Béhar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 25 et s. et not. p. 27.

I) Dans le contentieux porté devant les juridictions étatiques

1243. Dans la jurisprudence sur les immunités étatiques, un objectif de répression des comportements contradictoires semble avoir implicitement inspiré les solutions fondées sur le concept de renonciation (A). De même, en vue de sanctionner des comportements incohérents, les tribunaux français ont souvent opposé au bénéficiaire du privilège de nationalité sa renonciation (B).

A) Les renonciations aux immunités étatiques

1244. Pour clarifier notre exposé, nous distinguerons la question de la renonciation à l'immunité de juridiction (1) et la question de la renonciation à l'immunité d'exécution (2).

1) *La renonciation à l'immunité de juridiction*

1245. Dans deux hypothèses distinctes, le concept de renonciation tacite a été utilisé pour sanctionner des États ayant adopté des comportements incohérents. La première hypothèse est celle dans laquelle un État qui a initié une action en justice devant les tribunaux étatiques soulève ultérieurement son immunité juridictionnelle. Les tribunaux français ont estimé que lorsqu'un État étranger avait porté son action devant les juridictions françaises, il devait être considéré que ce dernier avait renoncé à son immunité juridictionnelle. En conséquence, en cause d'appel, il ne pouvait plus se prévaloir de cette immunité pour s'opposer à la demande reconventionnelle formée par son adversaire²²⁴¹.

C'est la solution qui a été adoptée dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris le 2 avril 2003, que nous avons déjà présenté antérieurement²²⁴². Rappelons les faits : en l'espèce, la Guinée Équatoriale avait initié une action en justice contre une société. Le tribunal de grande instance de Paris avait débouté la demanderesse et accueilli les demandes reconventionnelles formées par la défenderesse. La Guinée Équatoriale avait alors interjeté appel et s'était prévalu de son immunité de juridiction. La demande de l'État fut rejetée pour cause de renonciation. La solution paraît très opportune. L'attitude de la Guinée était en effet affectée d'une contradiction et contrevenait au principe de loyauté procédurale. Cet État ne pouvait que difficilement — sans faire preuve d'inconséquence — prétendre que le tribunal qu'il avait lui-même saisi était dépourvu de tout pouvoir juridictionnel à son encontre.

²²⁴¹ V. *supra* n° 184.

²²⁴² CA Paris, 2 avril 2003, *État équato-guinéen c/SA Gideppe*, JurisData n° 2003-212324.

De notre point de vue, le recours à cette fiction de renonciation était inutile. Une telle solution gagnerait à être fondée sur l'estoppel.

1246. La seconde hypothèse est celle dans laquelle un État souverain a comparu et s'est défendu sur le fond sans se prévaloir de l'immunité de juridiction, avant d'invoquer cette dernière à un stade plus avancé du contentieux, bien souvent au moment où le procès commence à tourner en sa défaveur. Dans une telle situation, la Cour de cassation a déjà estimé que l'État avait renoncé à son immunité juridictionnelle. L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 25 décembre 2012, que nous avons déjà mentionné, illustre parfaitement cette problématique²²⁴³. Dans cette affaire, l'entité étatique bénéficiant de l'immunité avait participé à l'instruction ayant débouché sur son renvoi devant le tribunal correctionnel. Durant cette phase d'instruction, qui avait duré plus de sept années, son représentant avait donné diverses explications, et son conseil avait également adressé au juge d'instruction plusieurs notes afin de solliciter un non-lieu. Le bénéfice de l'immunité juridictionnelle n'avait jamais été revendiqué.

La contradiction résultait du fait que dans un premier temps, et durant de nombreuses années, le bénéficiaire de l'immunité avait participé à la phase d'instruction, en se défendant sur le fond, avant, dans un second temps, de revendiquer le bénéfice de son immunité. Du point de vue de la loyauté procédurale, l'attitude du bénéficiaire était effectivement problématique. Un État ne peut pas prendre activement part à une procédure pendant de longues années, pour finalement invoquer de façon purement opportuniste son immunité quand le procès commence à prendre une mauvaise tournure. On ne saurait admettre que le bénéficiaire d'une immunité ait mobilisé l'institution judiciaire pendant de si nombreuses années, tout en se tenant en embuscade, en conservant précieusement l'argument de l'immunité pour le cas où le procès ayant éclos prendrait un tournant inquiétant. À l'argument de la loyauté procédurale se joint au demeurant celui de l'efficacité, car cette invocation tardive de l'immunité conduit à l'anéantissement d'une procédure ayant ainsi inutilement mobilisé l'appareil judiciaire pendant de si nombreuses années. La solution est opportune, mais elle devrait être fondée sur le concept d'estoppel et non sur celui de renonciation.

1247. Dans le cadre des solutions relatives à l'immunité d'exécution, il est possible de déceler le même objectif de répression des comportements incohérents.

²²⁴³ Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198.

2) La renonciation à l'immunité d'exécution

1248. Dans l'arrêt *Creighton*, la Cour de cassation avait affirmé que « l'engagement pris par l'État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution »²²⁴⁴. En conséquence, par principe, la seule signature d'une clause d'arbitrage n'impliquait pas que l'État avait renoncé à son immunité. Néanmoins, par exception, si le règlement d'arbitrage applicable comportait une disposition similaire à celle de l'article 24 du règlement CCI, la renonciation était bien caractérisée. L'article 24 de ce règlement disposait en effet que les parties s'engageaient à exécuter la sentence. Du point de vue de la reconstitution de la volonté des parties, le raisonnement n'était pas parfaitement convaincant. Dès lors, on peut se demander si certaines considérations — extérieures à celles du respect de la volonté des parties — n'ont pas pu peser sur l'adoption de cette solution. En arrière-plan de la recherche de la volonté des parties, ne trouve-t-on pas d'autres impératifs ?

1249. D'aucuns ont estimé qu'une telle solution était commandée par le principe de bonne foi. Ainsi, pour Monsieur E. Loquin, « [l]e principe de bonne foi, principe fondamental du droit du commerce international, impose que l'État, qui accepte l'arbitrage, acquiesce aussi à l'exécution de la sentence qui en est le produit, sur ces biens, seraient-ils protégés par l'immunité d'exécution »²²⁴⁵. De même, pour Monsieur D. Cohen, « il peut paraître “peu loyal” et même “choquant” qu'un État qui a accepté de s'engager dans un arbitrage puisse renier son engagement portant non seulement sur la juridiction des arbitres “mais aussi sur sa suite logique, à savoir l'exécution de la décision prise par le tribunal arbitral” »²²⁴⁶. C'était au demeurant la position qui avait été adoptée par la Cour d'appel de Paris. Dans l'affaire *Creighton*, cette dernière juridiction avait affirmé, sur renvoi après cassation, que les biens d'un État étranger ne sauraient faire l'objet de mesures d'exécution « sauf si cet État y a

²²⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *Sté Creighton c. Ministre des finances de l'État du Qatar et autre*, *Bull. civ.* I. n° 207 ; *Rev. arb.* 2001. 114, note Ph. Leboulanger ; *RTD com.*, 2001.410, note E. Loquin ; *JCP E*, 2 001 223, et *JCP G* 2001, II, 10 512, note Ch. Kaplan et G. Cunibert ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} février 2001, p. 6, note S. Piédelièvre ; *JDI*, 2000.1054, note I. Pingel-Lenuzza.

²²⁴⁵ E. Loquin, « Sécurité juridique et relations internationales », *op. cit.*, p. 476.

²²⁴⁶ D. Cohen, « Immunités d'exécution des États et arbitrage international », *op. cit.*, p. 166. V. aussi : Ph. Théry, « Feu l'immunité d'exécution ? », *op. cit.*, p. 18 : « En opportunité, et presque en morale, elle semblera satisfaisante à beaucoup. Est-il admissible qu'un État, après avoir accepté de se soumettre à la décision d'un arbitre, puisse ensuite dans l'immunité d'exécution un moyen facile de paralyser la décision qui ne lui convient pas ? Il est ici tentant de transposer au droit judiciaire international l'adage « donner et retenir ne vaut » ou de rappeler cette idée, aujourd'hui répandue, que la contradiction au détriment d'autrui est condamnable ».

expressément consenti en concluant notamment une clause compromissoire, l'acceptation du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de celle de la convention d'arbitrage opérant, *au vu du principe de bonne foi* et sauf clause contraire, une renonciation à l'immunité d'exécution »²²⁴⁷.

1250. Il serait possible de nuancer l'analyse. Est-il toujours choquant qu'un État cherche à se prémunir contre les effets d'une sentence qui est potentiellement inique, qu'il cherche à protéger les biens affectés à ses activités souveraines ? L'État qui aurait accepté de se soumettre à l'arbitrage se contredit-il véritablement s'il invoque ultérieurement son immunité ? Cela ne nous paraît pas évident. En réalité, il nous semble que c'est davantage l'immunité d'exécution qui, dans son principe même, a quelque chose de choquant, en ce qu'elle est parfois invoquée par un débiteur qui tente purement et simplement de se soustraire à ses obligations. Mais c'est là la rançon d'un impératif de protection de la souveraineté des États qui — de notre point de vue — n'a rien d'illégitime. D'ailleurs, comme nous l'avons noté précédemment, la Cour d'appel de Paris a finalement manifesté sa volonté de renverser la jurisprudence *Creighton*. Dans l'arrêt *Al Kharafi c. Libyan Investment Authority*, elle a en effet affirmé que « l'engagement pris par un État d'exécuter immédiatement une sentence arbitrale » ne peut être analysé comme une renonciation. Surtout, elle a ajouté que « la notion de bonne foi dans l'exécution des conventions ou l'absence de recours possible sont indifférentes à cet égard »²²⁴⁸. Quoi qu'il en soit, qu'elle soit fondée ou non, il est possible que cette idée de protection de la bonne foi ait inspiré la solution retenue par la jurisprudence en matière d'arbitrage.

1251. C'est à ce même impératif que répondent les solutions relatives aux renonciations au privilège de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil.

B) Les renonciations au privilège de nationalité

1252. Au stade de l'instance directe, les solutions relatives aux renonciations ont sans doute, pour partie au moins, été inspirées par des considérations tenant à l'équité procédurale. Comme cela fut souligné par Holleaux, « notre jurisprudence a senti depuis longtemps ce qu'il y a de choquant à

²²⁴⁷ CA Paris, 12 décembre 2001, *Sté Creighton*, *Rev. arb.* 2003, p. 417, note Ph. Leboulanger.

²²⁴⁸ CA Paris, *Al Kharafi c. Libyan Investment Authority*, 5 septembre 2019, n° 18/17592.

autoriser sans restriction un plaideur à renouveler une demande sur laquelle un juge étranger a statué »²²⁴⁹. Or, précisément, lorsque le bénéficiaire du privilège des articles 14 et 15 avait saisi une juridiction étrangère, il était réputé avoir renoncé à ce dernier et, en conséquence, les juges français étaient privés de compétence pour statuer sur sa demande. Mais c'est peut-être encore davantage au stade de l'instance indirecte que s'est révélé l'intérêt des renonciations.

1253. Antérieurement aux arrêts *Prieur*²²⁵⁰ et *Ferrométal*²²⁵¹, les articles 14 et 15 du Code civil constituaient des règles de compétence exclusive²²⁵². Dans ce contexte, le concept de renonciation tacite s'est révélé particulièrement utile. Face au cloisonnement des ordres juridiques, résultant de l'érection du privilège de nationalité en une règle de compétence exclusive, l'admission de renonciations tacites est venue conjurer le risque d'un « isolationnisme politique » qui aurait été véritablement inacceptable²²⁵³. Ces solutions étaient en l'occurrence très opportunes, mais elles reposaient purement et simplement sur une fiction juridique²²⁵⁴. Elles illustrent, au demeurant, parfaitement la fonction historique des fictions juridiques²²⁵⁵. Les tribunaux ont fait « comme si » ils se bornaient simplement à prendre acte de la volonté de renoncer des litigants, alors qu'en réalité, ils forgeaient des règles nouvelles qui avaient pour effet de limiter la portée du privilège de juridiction !

1254. En outre, et c'est ce qui nous intéressera ici, aux fins de la préservation de la loyauté de la procédure, les juges ont usé de cet artifice. La jurisprudence estimait, en effet, que le plaideur qui avait saisi un juge étranger ou comparu devant ce dernier, sans en contester la compétence, avait renoncé

²²⁴⁹ D. Holleaux, « La litispendance internationale », *op. cit.*, p. 205.

²²⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, n°04-12.777, *Prieur*, *Grands arrêts*, n° 87 ; D. 2006. 1846, chron. B. Audit ; JCP 2006. II. 10 134, note P. Callé ; LPA n° 190, 22 septembre 2006, p. 10, note P. Courbe ; JDI 2006. 1377, note C. Chalas ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note H. Gaudemet-Tallon.

²²⁵¹ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° 04-14.716, *Banque de développement local c/ Sté Ferrométal*, D. 2007. Pan. 1516, obs. Jault-Seseke ; JCP 2007. Actu. 258, note Chabert ; *Gaz. Pal.* 21-22 mars 2008, note M.L. Niboyet ; JDI 2007. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 2007. 610, note H. Gaudemet-Tallon.

²²⁵² La solution, nous l'avons dit antérieurement, a été clairement affirmée à partir de 1928 : v. Civ. 2 mai 1928, *Banque d'Italie*, DH 1928, p. 334 ; JDI 1929, p. 76 ; S. 1928, p. 843.

²²⁵³ À tout le moins, le risque d'isolationnisme juridique a été circonscrit. Sur cette idée de cloisonnement des ordres juridiques et d'isolationnisme, v. H. Muir Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *op. cit.*, p. 69 et s.

²²⁵⁴ V. *supra* n° 213 et s.

²²⁵⁵ Sur cette notion de fonction historique, V. *supra* n° 120 et s.

à son privilège²²⁵⁶. Il convient donc de s'interroger successivement sur ces deux formes de renonciations : celle procédant de la saisie d'un tribunal étranger (1) et celle procédant d'une comparution devant un tribunal étranger (2).

1) La question de la bonne foi du plaideur ayant saisi un tribunal étranger

1255. Les juridictions françaises durent se prononcer sur l'hypothèse suivante : le bénéficiaire du privilège de juridiction saisisait un tribunal étranger. Il perdait le procès mené à l'étranger et son adversaire cherchait alors à obtenir en France la reconnaissance ou l'exequatur du jugement rendu en sa faveur. *A priori*, le plaideur qui était en position de demandeur lors de l'instance étrangère pouvait s'opposer à cette demande de reconnaissance du jugement étranger en invoquant son privilège de juridiction. Comme les tribunaux français disposaient d'une compétence exclusive, les juridictions étrangères devaient corrélativement être considérées comme incompetentes et le jugement ne pouvait pas être reconnu en France.

1256. Ainsi, pour bloquer la reconnaissance du jugement étranger, le plaideur pouvait — en raison de son privilège juridictionnel — alléguer l'incompétence d'un tribunal qu'il avait lui-même saisi ! La déloyauté d'une telle attitude procédurale était criante. Un litigant ne pouvait, sans se contredire et tromper la confiance légitime de son adversaire, alléguer l'incompétence d'une juridiction qu'il avait lui-même saisie. Pour qu'un tel argument ne puisse prospérer, les juridictions françaises affirmèrent qu'en intentant une action à l'étranger, le litigant avait renoncé à son privilège. Mais c'était là recourir à une pure fiction, commandée par le principe de bonne foi. La Cour de cassation a d'ailleurs elle-même affirmé qu'un plaideur « n'est pas recevable, au nom de la bonne foi, à invoquer l'incompétence d'une juridiction étrangère qu'il a lui-même saisie »²²⁵⁷. Cela montre bien que la Cour de cassation n'a pas attendu que ne lui parviennent les sirènes de la doctrine anglo-américaine de l'estoppel pour sanctionner les comportements procéduraux contradictoires, car c'est bien de cela dont il est ici question : une application avant l'heure du mécanisme de l'estoppel²²⁵⁸. Il est vrai, néanmoins, que dans

²²⁵⁶ V. *supra* n° 157.

²²⁵⁷ Soc. 7 mai 1996, n° 93-43.771, *Rev. crit. DIP* 1997. 77, note Droz.

²²⁵⁸ Sur le lien entre l'estoppel et cette solution : H. Muir Watt, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *op. cit.*, p. 304.

l'hypothèse étudiée, le mécanisme de l'estoppel ou le principe de bonne foi auraient fourni un sous-bassement théorique beaucoup plus satisfaisant²²⁵⁹.

1257. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 18 mars 2004 est de ce point de vue intéressant²²⁶⁰. En l'espèce, une société française avait saisi les juridictions de Jersey afin d'obtenir des mesures conservatoires. Elle fut déboutée de sa demande et condamnée au paiement des dépens. Son adversaire sollicita en conséquence l'exequatur de cette décision étrangère devant les tribunaux français. Pour s'opposer à l'exequatur, la société française fit état de son privilège juridictionnel et affirma que les juridictions de Jersey étaient incompétentes. La Cour d'appel affirma qu'en choisissant d'attirer la défenderesse devant une juridiction étrangère, la société française avait renoncé à se prévaloir du privilège de juridiction. Le jugement étranger fut, en conséquence, déclaré exécutoire en France.

1258. Envisageons maintenant la renonciation découlant de la comparution du bénéficiaire du privilège, dont l'analyse est — du point de vue de la loyauté procédurale — moins aisée.

2) *La question de la bonne foi du plaideur ayant comparu devant un tribunal étranger*

1259. Avant que les articles 14 et 15 ne perdent leur caractère exclusif, une situation délicate pouvait être soumise à l'appréciation des juridictions françaises. Il arrivait que le bénéficiaire du privilège soit attiré devant une juridiction étrangère et qu'il comparaisse devant cette même juridiction, sans en contester la compétence, se contentant de se défendre sur le fond. Il perdait le procès et son adversaire cherchait en conséquence à obtenir en France la reconnaissance ou l'exécution du jugement étranger. À ce moment, le bénéficiaire du privilège de juridiction se prévalait de ce dernier afin de bloquer la reconnaissance de la décision étrangère. Dans une telle situation, le défendeur avait-il adopté un comportement déloyal ? L'analyse doit être nuancée.

1260. De prime abord, nous pourrions être tentés d'affirmer que lorsqu'un plaideur a, en toute connaissance de cause, décidé de ne pas contester la compétence du tribunal saisi, qu'il s'est volon-

²²⁵⁹ Le mécanisme de l'estoppel n'est d'ailleurs que le corollaire du principe plus général de bonne foi, il n'est qu'une traduction particulière du principe de bonne foi. En ce sens, E. Gaillard, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *op. cit.*, p. 253.

²²⁶⁰ CA, Versailles, 18 mars 2004, n° 2003-03889.

tairement soumis à sa juridiction, il ne saurait, sans faire preuve d'inconséquence, se prévaloir ultérieurement de l'incompétence de ce tribunal. Néanmoins, la contradiction est moins flagrante que dans l'hypothèse dans laquelle un litigant se prévaut de l'incompétence d'une juridiction qu'il a lui-même saisie. Du reste, il existe de sérieuses raisons de penser que dans bien des cas, le comportement du défendeur n'est aucunement dicté par la mauvaise foi.

1261. Tout d'abord, dans certaines hypothèses, le défendeur ignore qu'il dispose du droit de contester la compétence de la juridiction étrangère. Ensuite, et plus fondamentalement, très souvent, le défendeur ne conteste pas la compétence de cette juridiction pour la simple et bonne raison qu'un tel argument est manifestement voué à l'échec. Il est des contentieux où les juridictions étrangères sont — aux yeux de l'ordre juridique étranger — sans conteste compétentes et où il serait vain de présenter un déclinatoire de compétence ! Dans une telle hypothèse, rien ne permet d'affirmer que le bénéficiaire du privilège de juridiction se soit volontairement soumis à la juridiction étrangère et on ne saurait imputer au bénéficiaire du privilège de juridiction un quelconque comportement déloyal²²⁶¹.

1262. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 15 novembre 1983²²⁶² permettra d'illustrer cette hypothèse. En l'espèce, une société française avait été atraite devant une juridiction algérienne. Elle avait comparu devant ce juge, sans contester la compétence de ce dernier et s'était défendue au fond. La société française avait finalement été condamnée à payer différentes sommes d'argent au demandeur. Pour s'opposer à la demande d'exequatur qui avait été présentée devant les juges français, la société française avait invoqué le privilège de juridiction de l'article 15 du Code civil. La Cour de cassation estima, néanmoins, qu'une renonciation au privilège de l'article 15 était caractérisée. Le jugement algérien put ainsi être revêtu de l'exequatur. Dans une telle hypothèse, rien ne permettait de dire si la société française s'était ou non volontairement et, en toute connaissance de cause, soumise à la juridiction du tribunal étranger. Le manquement à la bonne foi n'était donc pas démontré.

1263. Dans l'hypothèse où le bénéficiaire du privilège a simplement comparu, opposer à ce dernier une renonciation est une solution sévère. C'est, sans doute, une des raisons pouvant expliquer que

²²⁶¹ Certes, la Cour de cassation a déjà affirmé que s'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le déclinatoire devait nécessairement être rejeté, le bénéficiaire du privilège de juridiction n'avait pas à contester la compétence de la juridiction étrangère pour réserver ses droits (Civ. 2 mai 1928, *DP* 1929.1.50, *S.* 1928.1.281 ; *JDI* 1929.76). Néanmoins, à notre connaissance, les arrêts se prononçant en ce sens sont fort rares.

²²⁶² Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1983, *JDI* 1984. 887, note P. Courbe ; *Rev. crit. DIP* 1985. 100, note H. Batiffol.

les tribunaux français aient dégagé une série d'exceptions à ce principe²²⁶³. Ces exceptions ont tempéré la rigueur du principe. En particulier, les tribunaux français ont estimé que lorsque la comparution est justifiée par l'urgence, la renonciation n'est pas caractérisée. Lorsque la comparution a pour seule finalité d'empêcher le prononcé d'une décision immédiatement exécutoire, la renonciation au privilège juridictionnel n'est pas établie. L'équité y trouve potentiellement son compte, mais les solutions relatives aux renonciations deviennent aussi plus casuistiques et plus imprévisibles. Rançon de l'équité, l'insécurité juridique nourrit le contentieux et les débats relatifs à la compétence des juridictions françaises.

1264. Dans le contentieux arbitral, le concept de renonciation tacite s'est également révélé particulièrement utile.

II) Le contentieux arbitral

1265. Nous avons vu que l'article 1466 du Code de procédure civile prévoyait que « [l]a partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir »²²⁶⁴. En raison de ce texte, le plaideur qui ne se serait pas prévalu d'une irrégularité de la procédure et qui aurait continué à participer aux opérations d'arbitrage serait, par le truchement d'une fiction juridique, réputé y avoir renoncé. Derrière le masque de l'acte juridique unilatéral se dissimule une obligation de soulever au plus vite les irrégularités de la procédure arbitrale²²⁶⁵. De notre point de vue, cette prétendue renonciation repose sur une fiction juridique²²⁶⁶. Le rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-43 du

²²⁶³ V. *supra* n° 163 et s.

²²⁶⁴ Sur ce texte, v. *supra* n° 202 et s.

²²⁶⁵ V. à cet égard : E. Loquin, « La bonne administration de la justice arbitrale », *op. cit.*, p. 88 : « Le but de la règle est d'obliger une partie, qui considère avoir été victime d'une irrégularité de procédure, par exemple une violation des droits de la défense, de faire valoir immédiatement ce grief devant le tribunal arbitral, afin qu'il soit tranché sur l'incident. [...] Cette obligation de comportement impose aux parties de dénoncer devant le tribunal arbitral les griefs qui pourraient justifier l'annulation de la sentence.

V. aussi : L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale, *Rev. arb.* 1996, p. 3 et s. et not. p. 21.

²²⁶⁶ V. *supra* n° 213 et s.

13 janvier 2011 indiquait d'ailleurs que l'article 1466 du Code de procédure civile consacrait le mécanisme de l'estoppel²²⁶⁷. Pourtant, sur le plan conceptuel, le texte se réfère à une notion bien différente : celle de renonciation qui, à la différence de l'estoppel, repose en principe sur la volonté de son auteur.

1266. Cette disposition du Code de procédure civile, « dont l'effet est de limiter l'exercice du droit de critique des sentences arbitrales »²²⁶⁸, est inspirée par un objectif de préservation de la loyauté de la procédure²²⁶⁹. Monsieur Th. Clay a ainsi noté que « l'objectif est d'éviter qu'une partie conserve, comme une épargne de précaution si la procédure devait mal tourner, des arguments qu'elle ferait valoir ensuite »²²⁷⁰. En Suisse, le tribunal fédéral, qui a consacré la même règle, a d'ailleurs expressément invoqué le principe de bonne foi. Ainsi, cette juridiction a affirmé que :

« La partie qui s'estime victime d'une violation de son droit d'être entendue ou d'un autre vice de procédure doit l'invoquer d'emblée dans la procédure arbitrale, sous peine de forclusion. En effet, il est contraire à la bonne foi de n'invoquer un vice de procédure que dans le cadre du recours dirigé contre la sentence arbitrale, alors que le vice aurait pu être signalé en cours de procédure »²²⁷¹.

²²⁶⁷ Ce rapport définissait l'estoppel comme « une exception procédurale destinée à sanctionner, au nom de la bonne foi, les comportements d'une partie, celle-ci étant liée par son comportement antérieur et dès lors, empêchée de faire valoir une prétention nouvelle ».

²²⁶⁸ L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 21.

²²⁶⁹ En un sens assez proche : E. Kleiman, Sh. Saleh, « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties ? », *op. cit.*, not. n° 51 et n° 54 et s. ; Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5 et s. et not. p. 49-50 ; B. Le Bars, « La réforme du droit de l'arbitrage — Un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP G* 2011. 1108 et not. n° 15 ; E. Gaillard, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *op. cit.*, p. 713. Comp : J. Béguin, J. Orstcheidt et Ch. Seraglini, « Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage Interne — A propos du décret du 13 janvier 2011 », *JCP* 2011. 322 et not. n° 26 : ces auteurs notent que l'article 1466 sera « utile pour combattre les recours dilatoires ».

²²⁷⁰ Th. Clay, « "Liberté, égalité, efficacité". La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *op. cit.*, p. 494.

En ce sens, v. également L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 5-6 : « Le risque est grand, et la tentation peut être forte, que l'irrégularité ne soit pas immédiatement dénoncée pour pouvoir être invoquée ultérieurement, par la partie qui aurait succombé, à l'appui d'un recours dirigé contre la sentence arbitrale ou l'ordonnance d'exequatur, sorte de "livret A" de la procédure arbitrale, épargne de précaution, utile pour lendemain difficile ».

Et v. aussi : J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 427 : « À vrai dire, la principale manifestation du principe de loyauté réside dans l'article 1466 CPC (qui se serait d'ailleurs suffi à lui-même). [...] Cet article est d'une importance capitale. [...] La loyauté est le fondement de la règle : une partie ne saurait garder par-devers elle un argument fondé sur une prétendue irrégularité pour l'invoquer a posteriori aux fins de contester une sentence qui s'avère lui être finalement défavorable ».

²²⁷¹ Tribunal fédéral, 29 octobre 2010, 4A_234/2010. V. aussi Tribunal fédéral, 12 juillet 2012, 4A_150/2012 ; Tribunal fédéral, 6 janvier 2010, 4A_348/2009.

1267. Au regard de l'impératif de loyauté, l'article 1466 se révèle utile (A). Néanmoins, des limites enserrent le déploiement de cette disposition ; limites qui témoignent de la relativité de l'impératif de loyauté procédurale. Face à des considérations supérieures, l'impératif précité ne peut que céder (B).

A) L'utilité de l'article 1466 du Code de procédure civile

1268. Si les conditions fixées par l'article 1466 sont réunies, la renonciation tacite est caractérisée et la sentence arbitrale est immunisée contre l'ensemble des voies de recours offertes aux parties²²⁷². Pour clarifier le sens de cette affirmation, deux hypothèses peuvent être distinguées. Celle d'un recours en annulation (1) et celle d'un recours contre l'ordonnance d'exequatur (2).

1) L'hypothèse d'un recours en annulation

1269. Tout d'abord, après avoir été débouté ou condamné par le tribunal arbitral, le renonçant peut initier une action devant les tribunaux étatiques, afin d'obtenir l'annulation de la sentence. Lorsque le siège de l'arbitrage est fixé en France, ce recours en annulation peut être porté devant les juridictions françaises²²⁷³. Du fait de la renonciation tacite, le recours en annulation achoppe sur l'article 1466 ; l'invocation du grief affectant la procédure arbitrale est vouée à l'échec. Dès lors que le moyen n'a pas été présenté devant l'arbitre, il ne peut plus l'être au stade du recours en annulation. Si l'article 1466 du Code de procédure civile n'existait pas, des manœuvres déloyales pourraient se développer : supposons, en effet, qu'un opérateur du commerce international soit attiré devant un tribunal arbitral. Il constate qu'il dispose de la possibilité de contester la validité de la clause d'arbitrage, mais décide volontairement et en toute connaissance de cause de ne pas invoquer ce vice. Après tout, devant le tribunal arbitral, le demandeur pourrait bien être débouté de ses demandes. Et si, par le malheur des choses il devait succomber, l'opérateur pourrait toujours invoquer la nullité de la clause compromissoire lors d'un recours en annulation.

²²⁷² En ce sens, v. T. Varady, « Waiver in Arbitral Proceedings and Limitations on Waiver », *Belgrade Law Review* 2009, p. 6 et s. et not. p. 12.

²²⁷³ Article 1504 du Code de procédure civile : « La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1504 ».

1270. Lors d'un tel recours, si un plaideur invoque pour la première fois un grief qui aurait pu être soulevé devant le tribunal arbitral, il se rend coupable d'un acte profondément déloyal²²⁷⁴. La déloyauté est d'autant plus condamnable qu'en l'absence de l'article 1466, elle déboucherait sur l'annulation d'une sentence arbitrale. Or, ce qu'il faut bien voir, c'est que l'annulation d'une sentence arbitrale est un acte grave : elle anéantit le produit d'une procédure qui a été longue et coûteuse pour les parties²²⁷⁵. Ainsi, dans une décision américaine, il fut affirmé que si l'objection présentée par le requérant était reçue,

« cela signifierait que (plusieurs) années d'activité arbitrale pour les parties, leurs conseils et les frais énormes engagés seraient perdus... Une partie ne peut se tenir en embuscade et ensuite rendre inutile des années d'efforts au coût de plusieurs millions de dollars. Une partie ne peut rester silencieuse, ne soulevant aucune objection pendant la procédure d'arbitrage et lorsque la sentence rendue lui est défavorable, se plaindre de la situation qu'elle connaissait dès l'origine »²²⁷⁶.

1271. Une nouvelle fois, l'impératif d'efficience procédurale rejoint celui de loyauté. Au demeurant, si l'annulation de la sentence est si problématique, c'est que cette dernière aura souvent été la source de prévisions légitimes pour les parties. Pour toutes ces raisons, dans le cadre du recours contre une ordonnance d'exequatur, l'article 1466 du Code de procédure civile va également pouvoir jouer.

2) *L'hypothèse d'un recours contre l'ordonnance d'exequatur*

1272. La partie qui a obtenu gain de cause auprès de l'arbitre peut chercher à obtenir la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence rendue en France. Dans cette configuration, il arrive que l'autre partie — déboutée ou condamnée par le tribunal arbitral — forme un recours contre l'ordonnance

²²⁷⁴ Rapprochement : M.-E. Ancel, « Le nouveau droit français de l'arbitrage : le meilleur de soi-même », *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 2011 p. 822 et s. et not. p. 833 : « la règle jouera en pratique surtout au stade des voies de recours, permettant d'écarter des griefs soulevés de mauvaise foi ».

²²⁷⁵ Il convient cependant de nuancer le propos, car dans certains systèmes juridiques, l'annulation de la sentence dans l'État du siège de l'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse être revêtue de l'exequatur. C'est-à-dire que dans même si elle est annulée, la sentence peut être effective. Toujours est-il que « la solution qui prévaut en pratique demeure, dans la très large majorité des cas, l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance d'une sentence annulée dans l'État du siège. Le droit français apparaît, à cet égard, comme une exception qui confirme la règle » (S. Bollée, « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *op. cit.*, p. 143).

²²⁷⁶ Décision citée par L. Cadiet, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *op. cit.*, p. 23.

d'exequatur. Pour s'opposer à « l'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français »²²⁷⁷, elle dispose *a priori* de la possibilité de se prévaloir de l'un des griefs listés à l'article 1502 du Code de procédure civile. L'article 1466 du Code de procédure civile vient toutefois limiter le droit de critique du requérant²²⁷⁸. Au nom de la bonne foi, il est privé du droit d'invoquer une irrégularité qu'il n'a pas soulevée en temps utile devant le tribunal arbitral. Par là même, l'article 1466 facilite la reconnaissance et l'exécution de la sentence. Le risque que la sentence arbitrale soit privée de toute effectivité, et que les ressources employées par les parties pour l'arbitrage l'aient été en vain, est ainsi fortement atténué²²⁷⁹.

1273. Que ce soit du point de vue de l'efficiencia ou de la loyauté procédurale, la solution est très opportune. Néanmoins, d'un point de vue théorique, l'article 1466 du Code de procédure civile gagnerait à être purgé de cette référence au concept de renonciation qui est trompeuse et inutile. D'ailleurs, comme nous l'avons préalablement souligné, au Royaume-Uni, la formulation de la règle est purement objective²²⁸⁰. Au demeurant, même si la règle consacrée par l'article 1466 est très utile, l'objectif de protection de la loyauté de la procédure ne peut pas prévaloir en toutes circonstances. C'est ce qui explique que le déploiement de l'article 1466 du Code de procédure civile soit circonscrit par certaines limites.

B) Les limites au déploiement de l'article 1466 du Code de procédure civile

1274. Lors de ce contentieux post-arbitral, les effets engendrés par ces renonciations tacites se trouvent enserrés par plusieurs limites. Ces limites témoignent de la relativité de l'impératif de loyauté. En premier lieu, la Cour de cassation considère que le grief tiré de la violation de l'ordre public international de fond est insusceptible de renonciation. Ce grief peut ainsi être invoqué pour la première

²²⁷⁷ Selon la formule de P. Mayer, « L'insertion de la sentence arbitrale dans l'ordre juridique français », in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, FEDUCI, 1984, p. 81 et s.

²²⁷⁸ Pour un exemple récent, dans lequel l'article 1466 produit ses effets lors d'un recours contre l'ordonnance d'exequatur, v. Civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-22.019.

²²⁷⁹ V. aussi F.-X. Train, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York », *Revue internationale de droit comparé* 2014, p. 249 et s. et not. p. 260. Monsieur Train évoque pour sa part les idées de loyauté et d'efficacité de l'arbitrage : « La règle [l'article 1466] a un double fondement. Elle est dérivée du devoir de loyauté procédurale, en ce qu'elle tend à éviter que la sentence soit remise en cause pour des motifs que les parties auraient tardé à invoquer, par malice ou par négligence. Mais elle repose également sur un fondement utilitariste : en purgeant la procédure arbitrale des vices qui ont pu l'affecter, la règle de la renonciation assure à la sentence une grande sécurité et participe donc de l'efficacité de l'arbitrage en général ».

²²⁸⁰ Arbitration Act 1996, section 73.

fois au stade d'un recours en annulation²²⁸¹. En second lieu, l'impérativité de certaines règles du droit de l'Union européenne a pour effet de désactiver le principe de renonciation à se prévaloir des irrégularités. L'arbitre ne se trouve pas directement lié par les règles communautaires, mais, par le truchement d'une procédure d'exequatur ou d'un recours en annulation, la sentence vient parfois s'inscrire dans l'orbite de l'ordre juridique d'un État membre et se trouve alors affectée par les règles consuméristes européennes²²⁸².

1275. En 2006, dans l'affaire *Mostaza Claro*, la Cour de justice a en effet affirmé que la directive sur les clauses abusives impliquait que la « juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation »²²⁸³. La juridiction de Luxembourg devait ainsi exclure toute possibilité de renonciation à se prévaloir du caractère abusif d'une clause compromissoire²²⁸⁴. Fallait-il en conclure, par voie d'analogie, que la solution devait également s'appliquer à un juge saisi d'une procédure d'exécution forcée de la sentence ? En 2009, la Cour affirma que la « juridiction nationale saisie d'un recours en exécution forcée d'une sentence arbitrale ayant acquis la force de chose jugée, rendue sans comparution du consommateur, est tenue, dès qu'elle dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet,

²²⁸¹ Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, n° 16-26.445 et 16-25.657 ; CA Paris, 14 juin 2001, *Sté Cargill France c/ SA Tradigrain France*, *Rev. arb.* 2001. 806, obs. Y. Derains ; *Rev. arb.* 2001. 773, note Seraglini. Rapprochement : M. Audit, « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en France », in *L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant, 2020, p. 39 et s. et not. p. 50.

²²⁸² En ce sens, v. Ph. Théry, « L'ordre public conventionnel et la sentence arbitrale : l'arbitrage en liberté surveillée », note sous CJCE 26 octobre 2006, aff. C-168/ 05, *Mostaza Claro*, *RTD civ.* 2007, p. 633 et s.

²²⁸³ CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *D.* 2006. *AJ* 2910, obs. Avena-Robardet ; *ibid.* Pan. 3027, obs. Clay ; *ibid.* 2007. Pan. 2571, obs. Bollée ; *RTD civ.* 2007. 633, obs. Théry ; *JCP E* 2007, no 35, p. 26, obs. Seraglini ; *LPA* 20 septembre 2007, note Poissonnier et Tricoit ; *LPA* 31 juill. 2007, obs. Legros ; *Gaz. Pal.* 2007. 1972, obs. Train ; *RLDA* mars 2007. 55, note Nourissat ; *Europe* 2006, no 378, obs. Idot ; *JDI* 2007. 581, note Mourre ; *Rev. arb.* 2007. 109, note Idot.

²²⁸⁴ Antérieurement à l'affaire *Mostaza Claro*, la Cour de justice avait déjà jugé que lorsque le litige était directement porté devant une juridiction étatique, le juge pouvait soulever d'office le caractère abusif de la clause : CJCE, 27 juin 2000, *Océano Gruppo*, aff. C-240/ 98 et C-244/98, *RTD civ.* 2000. 939, obs. J. Raynard ; *ibid.* 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2001. 291, obs. M. Luby ; *JCP E* 2001. 1281, note Carballo Fidalgo et Paisant ; CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/ 00, *D.* 2003. 486, note C. Nourissat ; *ibid.* 2002. 3339, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2003. 345, obs. D. Legeais ; *ibid.* 410, obs. M. Luby ; *JCP G* 2003. II. 10 082, note G. Paisant. Et, elle devait estimer quelques années plus tard que le juge devait d'office faire application des règles sur les clauses abusives : CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, *D.* 2009. 2312, note G. Poissonnier ; *ibid.* 2010. 169, obs. N. Fricero ; *ibid.* 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD civ.* 2009. 684, obs. P. Remy-Corlay ; *RTD com.* 2009. 794, obs. D. Legeais ; *RDC* 2009. 1467, note C. Aubert de Vincelles ; *JCP* 2009. 336, note G. Paisant.

d'apprécier d'office le caractère abusif de la clause [...] dans la mesure où, selon les règles de procédure nationales, elle peut procéder à une telle appréciation dans le cadre de recours similaires de nature interne »²²⁸⁵.

1276. Dans le cadre de cette section, nous avons cherché à montrer qu'en se fondant sur des fictions de volonté, les tribunaux français avaient indirectement créé un devoir de cohérence. Les parties au procès qui adoptent des comportements contradictoires sont sanctionnées, frappées par un mécanisme de déchéance. Pour impulser cette politique juridique, les tribunaux français ont mobilisé le concept de renonciation et le concept d'accord tacite. Si les comportements procéduraux incohérents sont sanctionnés, c'est qu'ils peuvent souvent apparaître comme déloyaux. Cependant, l'usage des fictions n'était aucunement nécessaire. De telles solutions auraient pu être fondées sur le principe de bonne foi ou sur la technique de l'estoppel.

²²⁸⁵ CJCE, 6 octobre 2009, n° C-40/08, *D.* 2009. Pan. 2960, obs. Th. Clay ; *ibid.* AJ 2548 ; *D.* 2010. Pan. 797, obs. S. Poillot ; *RTD civ.* 2009. 684, obs. P. Rémy-Corlay ; *RTD eur.* 2010. 710, obs. C. Aubert de Vincelles ; *JCP* 2009, n° 51, p. 42, obs. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* 2010, n° 644, spéc. n° 1, obs. Seraglini ; *CCC* 2010, no 33, obs. G. R. ; *Gaz. Pal.* 10-11 févr. 2010, p. 23, obs. Piedelièvre ; *ibid.* 2010. 269, note Poissonnier et Tricoit ; *Procédures* 2009, n° 400, note C. Nourissat ; *Europe* 2009, n° 469, obs. L. Idot ; *Rev. arb.* 2009. 813, note Ch. Jarrosson ; *RDC* 2010. 59, obs. O. Deshayes ; *ibid.* 648, note C. Aubert de Vincelles.

Conclusion du chapitre

1277. Dans le cadre de ce chapitre, nous avons souhaité montrer que nombre de solutions fondées sur des fictions de volonté répondaient à des objectifs matériels. Le terme « matériel » a ici été entendu de façon particulièrement large. Dans le cadre de nos développements, il recouvrait en effet deux types d'objectifs : la justice matérielle et la loyauté procédurale. En premier lieu, le concept de volonté tacite a été l'un des vecteurs de matérialisation du droit international privé. Les juridictions françaises ont, en effet, souvent usé de la volonté tacite pour parvenir à l'application d'une loi dont le contenu leur paraissait particulièrement approprié. Ainsi, en matière de droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a cherché à favoriser l'application de la loi la plus protectrice du salarié. De même, les tribunaux arbitraux ont parfois promu l'application d'un droit non étatique transnational qui, par son contenu, apparaissait comme supérieur aux législations étatiques en présence. Enfin, les tribunaux ont souvent privilégié l'application de la loi qui validait le contrat international.

1278. En second lieu, en se fondant sur des fictions de volonté, les juridictions françaises ont cherché à sanctionner les contradictions des plaideurs. L'objectif de répression des comportements déloyaux est à la racine de nombre de solutions. Par exemple, le plaideur qui a initialement saisi un tribunal étranger ne peut ensuite — au stade de l'instance indirecte — alléguer l'incompétence de cette juridiction. L'État qui, durant de nombreuses années, a activement participé à l'instruction du procès ne peut soudainement invoquer son immunité étatique pour annihiler la procédure en cours. Le litigant qui, en première instance et en appel, a fondé ses conclusions sur le droit français interne ne peut pas invoquer l'application de la Convention de Vienne lors d'un pourvoi en cassation. Toutes ces solutions qui, de prime abord, pouvaient sembler si hétérogènes, répondent à un même objectif : la préservation de la loyauté de la procédure. L'objectif poursuivi est louable, mais de telles solutions gagneraient à être fondées sur la bonne foi ou l'estoppel, et non sur une introuvable volonté tacite.

Conclusion du titre 2

1279. Ce titre portait sur les fonctions des solutions fondées sur des fictions juridiques. Deux grandes catégories d'objectifs se dégagent de l'examen de la jurisprudence. La première catégorie est celle de l'efficacité procédurale. Pour que les litiges internationaux soient tranchés plus rapidement et à de moindres coûts, la jurisprudence et le législateur ont usé du concept de volonté tacite. Pour favoriser l'efficacité procédurale, les tribunaux français ont tout d'abord impulsé une politique juridique de faveur à la centralisation du contentieux. Les solutions relatives à l'extension des clauses d'arbitrage ont, par exemple, été un instrument de la réalisation de cette politique de faveur à la concentration du contentieux.

En usant de différents artifices, les tribunaux se sont ensuite efforcés de rendre la procédure plus rapide et plus expéditive. La volonté tacite fut, en effet, souvent utilisée comme un prétexte pour parvenir à l'application de la *lex fori*. Les difficultés procédant de l'application de la loi étrangère étant évacuées, le litige pouvait être tranché plus rapidement. Le concept de volonté tacite fut également utilisé pour sauver certaines décisions d'une cassation qui paraissait *a priori* inéluctable. Par application de mécanismes comme l'accord procédural ou la prorogation tacite de compétence, des décisions des juges du fond échappèrent à la censure.

1280. La seconde catégorie regroupe les objectifs matériels. Ces objectifs, qui ont pour trait commun d'avoir une forte dimension politique, font intervenir des jugements de valeur plus profonds. Au sein de cette seconde catégorie, on trouve l'objectif de réalisation de la justice matérielle. En se fondant sur la volonté tacite, la jurisprudence a souvent cherché à parvenir à l'application de la loi qui, en raison de son contenu substantiel, aboutissait à la consécration des résultats les plus opportuns. La volonté tacite a ainsi constitué un instrument par lequel la justice matérielle a pénétré au sein du droit international privé contemporain. Au sein de la catégorie des objectifs matériels, on trouve également l'objectif de loyauté procédurale. En se fondant sur les concepts de renonciation et d'accord tacite, la jurisprudence française a sanctionné les comportements procéduraux contradictoires. Ce faisant, elle a indirectement imposé un devoir de cohérence.

Conclusion de la partie 2

1281. Dans l'une de ses célèbres charges contre le conceptualisme, Jhering avait dénoncé la croyance en l'omnipotence de la logique juridique :

« L'œil se trouble et perd sa puissance de perception, si l'on n'a soin de le reposer sur le spectacle rassérénant de la vie. Au lieu de voir le monde réel où règnent les puissances réelles de la vie, l'on ne distingue plus que comme une espèce de *fata morgana* : un monde soumis à la toute-puissance de l'abstraction. Le principe seul a créé le monde du droit, il y règne souverainement. Plus de forces réelles, vivantes qui se meuvent dans le sein du droit, la dialectique du principe s'est mise à leur place ; ce que celles-là ont créé, ont produit, c'est elle qui se l'attribue, en classant, selon la nature positive ou négative des résultats obtenus, les uns comme logiquement *nécessaires*, les autres comme logiquement *impossibles*. [...] C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète, que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes ; ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie »²²⁸⁶.

1282. De notre point de vue, le conceptualisme ne devrait pas être évincé, les services qu'il peut rendre à la science juridique ne sauraient être tenus pour négligeables. Toutefois, il faut prendre garde à ce que l'étude du droit ne se ramène pas à un simple jeu de l'esprit, à une série d'abstractions logiques. Au risque d'enfoncer une porte ouverte, il faut rappeler que les buts qui inspirent la législation et qui informent les normes juridiques ne sont pas une donnée marginale de la dogmatique juridique. C'est pourquoi, dans le cadre de cette seconde partie, nous nous sommes efforcés de dégager les fonctions de la volonté tacite ; nous avons cherché à mettre en lumière les intérêts en présence.

²²⁸⁶ R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, tome IV, 2^{ème} édition, Marescq aîné, 1880, p. 308 et 310 (c'est l'auteur qui souligne).

Dans une veine assez similaire, R. Pound, « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review* 1908, p. 605 et s. et not. p. 605 : « Law is scientific in order to eliminate so far as may be the personal equation in judicial administration, to preclude corruption and to limit the dangerous possibilities of magisterial ignorance. Law is not scientific for the sake of science. Being scientific as a means toward an end, it must be judged by the results it achieves, not by the niceties of its internal structure; it must be valued by the extent to which it meets its end, not by the beauty of its logical processes or the strictness with which its rules proceed from the dogmas it takes for its foundation ».

1283. Dans le cadre de son cours sur « le pluralisme en droit international privé », Madame H. Gaudemet-Tallon avait démontré que les règles de droit international privé poursuivaient des objectifs multiples et contradictoires²²⁸⁷. La matière est traversée par des tensions. L'objectif de réalisation de la justice de droit international privé entre souvent en contradiction avec celui de réalisation de la justice matérielle²²⁸⁸. La prévisibilité des solutions est l'un des buts que le droit international privé entend réaliser, mais l'assouplissement de la mécanique conflictuelle présente aussi des vertus²²⁸⁹. Autant d'objectifs antagonistes qui doivent — autant que faire se peut — être conciliés²²⁹⁰. Une étude de la volonté tacite nous paraît être un excellent révélateur de ces tensions et des difficultés que le droit international privé rencontre pour concilier ces impératifs antagonistes.

1284. La volonté tacite est, en particulier, apparue comme un facteur d'assouplissement des règles de conflit²²⁹¹. Néanmoins, la souplesse n'est pas une fin en soi ; elle constitue un moyen, qui peut être mis au service de fins différentes. C'est à ce stade de la réflexion qu'émerge une distinction entre une « véritable » recherche de la volonté tacite et l'usage de fictions de volonté. Un examen de la jurisprudence et des quelques dispositions textuelles éparses relatives à la volonté tacite révèle que les solutions fondées sur un « véritable » processus de reconstitution de la volonté tacite ne répondent pas exactement aux mêmes objectifs que les solutions fondées sur des fictions juridiques.

1285. Dans le cadre d'un « véritable » processus de reconstitution de la volonté, la souplesse apportée par le concept de volonté tacite est mise au service de la réalisation de l'objectif de protection des légitimes prévisions des parties. Les solutions fondées sur une véritable recherche de volonté sont inspirées par un objectif de protection des légitimes attentes. Elles peuvent avoir d'autres effets vertueux, mais elles ont en tout cas pour *fonction commune* de favoriser la réalisation de l'objectif de protection des légitimes prévisions des contractants. Néanmoins, l'assouplissement de la mécanique conflictuelle a bien souvent un prix : l'imprévisibilité des solutions.

²²⁸⁷ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 171 et s.

²²⁸⁸ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 173 et s.

²²⁸⁹ V. cependant : P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, not. p. 170 : « L'appréciation symétrique que l'on porte le plus souvent sur la prévisibilité et sur la souplesse, chacune étant censée présenter des avantages et des inconvénients, appelant des solutions tempérées, ne me paraît pas pertinente en matière de conflit de lois ».

²²⁹⁰ P. Haye, « Flexibility versus predictability and uniformity », *op. cit.*, p. 304 : « The tension between predictability and flexibility is the hallmark of conflicts law in the second half of this century. The task is not to establish one value goal that should take preference over the other ».

²²⁹¹ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 299 et s.

1286. La souplesse apportée par la constitution de fictions juridiques est mise au service de finalités assez différentes. Les solutions fondées sur des fictions de volonté peuvent également répondre à un impératif de protection des légitimes prévisions des parties, mais ce n'est aucunement systématique. Dans bien des hypothèses, elles vont au contraire directement hypothéquer la réalisation de ce dernier objectif. Les solutions fondées sur des fictions de volonté répondent à des finalités différentes, comme l'efficacité procédurale, la justice matérielle et la protection de la loyauté de la procédure. Or, la recherche d'une plus grande justice matérielle a souvent pour corrélat d'entraver la réalisation de la justice conflictuelle. Que l'on songe par exemple à la jurisprudence relative au contrat de travail. De même, le souci de l'efficacité procédurale a parfois pour effet médiate d'hypothéquer la réalisation de la justice de droit international privé. Que l'on songe, par exemple, à l'accord procédural tacite ou au *lex forisme* découlant d'une interprétation très souple de l'article 3 du règlement « Rome 1 » qui, au prétexte de la réalisation d'économies de procédure, ont pour effet de porter atteinte à l'harmonie internationale des solutions.

1287. La conciliation de ces impératifs antagonistes est difficile à opérer, mais, comme cela fut souligné par Madame H. Gaudemet-Tallon, il est nécessaire

« d'assurer un équilibre entre les objectifs en présence. Puisqu'ils sont tous dignes d'être pris en considération, il faut veiller à n'en négliger aucun : il faut trouver la "juste mesure" et ce n'est certes pas facile. Comme le funambule sur son fil, l'internationaliste doit agir avec précaution et ne jamais trop pencher d'un seul côté, car alors il tomberait »²²⁹².

²²⁹² H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 471.

Conclusion finale

1288. Dans un aphorisme célèbre, Cioran avait écrit que « [l]e vrai contact entre les êtres ne s'établit que par la présence muette, par l'apparente non-communication, par l'échange mystérieux et sans parole qui ressemble à la prière intérieure »²²⁹³. Belle formule, mais dont notre système juridique, pour des raisons assez évidentes, prend l'exact contrepied. Soucieux de protéger la liberté contractuelle, il pose en axiome que le silence ne saurait être érigé en manifestation de volonté. C'est là l'un des principes les plus fondamentaux sur lesquels notre théorie de la formation de l'acte juridique est assise. Le principe, pourtant, est aujourd'hui dévoré par la prolifération d'exceptions diverses. Certaines sont très explicitement présentées comme telles ; d'autres sont, par le truchement d'un certain nombre d'artifices, plus ou moins habilement dissimulées. Relèvent de cette dernière catégorie nombre de solutions fondées sur des fictions de volonté et masquées, avec plus ou moins d'adresse, sous le fard de la volonté tacite.

1289. Pour débusquer ces fictions, encore fallait-il revenir sur la façon dont la volonté est appréciée et saisie par notre système juridique. Un détour par le droit interne paraissait de ce point de vue intéressant. Pour déterminer s'il fait face à une manifestation tacite de volonté, l'interprète doit-il nécessairement établir une volonté réelle certaine ? Ou peut-il, en raison de l'impénétrabilité du for intérieur, axer son analyse sur la volonté apparente, celle qui résulte des signes objectifs de volonté en présence ? Pour répondre à cette interrogation, il fallait distinguer le problème de la formation de l'acte juridique et celui de son interprétation. Pour la formation de l'acte juridique, il est apparu qu'une approche objective était plus opportune et que le Code civil n'interdisait aucunement l'adoption de cette dernière. Quant à l'interprétation de l'acte juridique, en revanche, l'interprète est actuellement tenu par les termes de l'article 1188 du Code civil : il doit prioritairement rechercher la volonté réelle. Quoi qu'il en soit, que ce soit en matière de formation ou en matière d'interprétation du contrat, pour qu'une manifestation de volonté tacite puisse valablement être caractérisée, il faut qu'il existe *a minima* une volonté apparente. En l'absence de toute volonté apparente, en l'absence de tout indice objectif de volonté probant, la prétendue manifestation tacite dont l'existence est alléguée repose sur une fiction de volonté.

²²⁹³ E. Cioran, *De l'inconvénient d'être né*, Galimard, 1973, p. 14.

1290. Exploitant les résultats obtenus au terme du chapitre préliminaire, nous nous sommes ensuite attelés à un travail de systématisation des solutions fondées sur la volonté tacite. Il s'agissait, ainsi, de pénétrer au cœur du droit positif et de mettre en lumière la façon dont ce concept fuyant de volonté tacite pouvait s'incarner et se manifester à travers une pluralité de solutions juridiques. Sur-tout, il fallait faire le départ entre les solutions fondées sur des signes objectifs de volonté probants et les solutions fondées sur des fictions de volonté. Aux fins de cet effort de systématisation, une distinction simple a été privilégiée : celle de l'acte unilatéral et de l'accord tacite.

Au sein de la catégorie de l'acte unilatéral tacite, nous avons en premier lieu analysé les renonciations. Ces dernières sont apparues comme étant diverses par leurs objets : renonciations au privilège des articles 14 et 15 du Code civil, renonciation aux immunités étatiques et renonciations à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale. Un leitmotiv a cependant émergé. Il est fréquemment allégué qu'un litigant aurait, *au moment où le contentieux a émergé*, renoncé à l'un de ses droits. Or, il est tout de même curieux d'affirmer qu'un litigant a, *alors que le procès a déjà débuté*, manifesté une volonté de réaliser un acte juridique directement contraire à ses intérêts. C'est bien là l'essence de la renonciation : le renonçant abdique irrévocablement et sans contrepartie un droit dont il est titulaire. Ces solutions reposent purement et simplement sur des fictions.

1291. Afin de prolonger notre étude de l'acte unilatéral tacite, nous nous sommes intéressés au mécanisme de l'acceptation. Les clauses d'élection de droit et de choix de for peuvent, en effet, être tacitement acceptées. L'hypothèse type est celle dans laquelle un opérateur communique à son partenaire contractuel ses conditions générales. En réceptionnant lesdites conditions générales, ce dernier reste silencieux, ne formulant ni objection ni acceptation expresse. Lorsque certaines circonstances sont réunies, les conditions générales, ainsi que les clauses de choix de loi ou de for insérées en leur sein, sont réputées avoir été tacitement acceptées. Pour appréhender la problématique de l'acceptation tacite, il fallait, en premier lieu, s'interroger sur la question du droit applicable à l'acceptation. Pour les clauses d'*electio juris*, un détour par le raisonnement conflictualiste est nécessaire. L'acceptation tacite est, en principe, régie par le droit désigné par la clause. Par exception, pour prouver son absence de consentement, une partie peut se prévaloir de l'application du droit de l'État de sa résidence habituelle. Quant aux clauses de choix de for, le raisonnement conflictualiste est presque intégralement évincé. Le problème de l'acceptation tacite est régi par un ensemble de règles matérielles internationales.

1292. Il convenait, en second lieu, de s'intéresser au contenu des règles régissant l'acceptation tacite. Pour déterminer si l'acceptation est caractérisée, la jurisprudence estime que différentes circonstances de fait doivent être prises en considération. Au titre des indices qui, aux yeux de la jurisprudence, sont susceptibles de révéler l'existence d'une acceptation tacite figurent les relations d'affaires habituelles et les usages du commerce international. Néanmoins, pour la jurisprudence, même s'il existe des relations d'affaires habituelles ou des usages commerciaux internationaux, l'acceptation tacite ne sera pas nécessairement établie. La clause litigieuse peut être illisible, rédigée dans une langue étrangère ou contredite par une stipulation figurant dans un autre document contractuel. Ce sont autant de facteurs qui peuvent interférer avec le processus de reconstitution du consentement.

1293. Dans l'ensemble, aucune des solutions relatives à l'acceptation tacite ne nous a paru être fondée sur une fiction de volonté. Dans certaines situations, le processus de reconstitution de la volonté est assez convaincant et rigoureux ; dans d'autres, il emporte moins la conviction. Les solutions les plus convaincantes sont celles fondées sur le concept de relations d'affaires habituelles. Les solutions fondées sur la caractérisation d'usages commerciaux sont souvent plus contestables. Au titre des tendances générales se dégageant de l'examen de la jurisprudence, il peut être relevé qu'en matière d'arbitrage, la jurisprudence semble plus facilement admettre que les parties ont accepté la clause compromissoire. Elle a, en effet, affirmé que « la clause compromissoire par référence à un document qui la stipule est valable lorsque la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté cette référence ».²²⁹⁴

1294. Pour mener à bien notre étude de l'accord tacite, nous avons distingué l'accord procédant de l'extension d'une clause accessoire et celui indépendant de toute extension. Quant à l'accord résultant de l'extension d'une clause accessoire, nous avons retenu une triple distinction : l'extension *ratione materiae*, l'extension *ratione personae* et la double extension, se faisant à la fois *ratione materiae* et *ratione personae*. Lorsqu'une clause est étendue à des litiges qu'elle ne vise pas expressément, il y a extension *ratione materiae*. C'est le type d'extension qui — du point de vue de la solidité et de la consistance du consentement — est le moins contestable. La jurisprudence française et arbitrale a, par exemple, estimé que lorsqu'une clause attribue compétence à une juridiction déterminée pour statuer sur des litiges relatifs à l'exécution et à l'interprétation du contrat, cette dernière peut être étendue au contentieux de la validité. Une telle solution emporte la conviction. Pour donner un second exemple,

²²⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Prodexport I*, *Rev. arb.* 1998. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999. 92.

qui est cette fois plus contestable, dans les groupes de contrats, les tribunaux français ont favorisé l'extension des clauses d'arbitrage.

1295. Lorsqu'une clause de choix de for est étendue à une personne qui ne l'a pas formellement acceptée, il y a extension *ratione personae*. Le concept renvoie, pour l'essentiel, à la jurisprudence sur l'extension de la clause d'arbitrage dans les groupes de sociétés. Les juridictions françaises estiment, en effet, que dès lors qu'une personne s'est immiscée dans la négociation, la résiliation ou l'exécution du contrat, cette dernière est réputée avoir tacitement accepté de se soumettre à la clause d'arbitrage contenue dans ledit contrat. Dans certaines décisions, les actes d'immixtion au sein de la relation contractuelle relevés au soutien de l'extension sont très significatifs et on peut éventuellement admettre que l'extension repose — véritablement — sur la volonté des parties. Néanmoins, dans d'autres décisions, plus nombreuses, les actes d'immixtion relevés au soutien de l'extension sont très faibles et peu significatifs. La référence à la volonté implicite dont se parent certains arrêts des juridictions françaises est un leurre, car l'extension repose purement et simplement sur une fiction de volonté.

Lorsqu'une clause de choix de loi ou de for est étendue à la fois *ratione personae* et *ratione materiae*, il y a une double extension. Par exemple, la clause d'*electio juris* insérée dans un contrat de prêt est étendue à l'égard du contrat de cautionnement destiné à garantir le remboursement des sommes prêtées. En droit positif, la double extension est rarement admise. De notre point de vue, en dehors de circonstances très particulières, cette double extension ne peut pas être fondée sur la volonté tacite.

1296. Pour que l'étude de l'accord tacite soit parfaite, il restait à analyser les hypothèses dans lesquelles l'accord est indépendant de toute extension d'une stipulation expresse. Deux types d'accords ont, de nouveau, été distingués : ceux conclus avant le procès et ceux conclus durant ce dernier. Pour l'essentiel, l'accord tacite conclu avant le procès renvoie au choix tacite de la *lex contractus*. Au sens de l'article 3 du règlement « Rome 1 », le choix peut être tacite, mais il doit résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Le standard de la certitude, qui sous-tend la disposition et enserme le pouvoir de l'interprète, est particulièrement contraignant. Par application de cette disposition, les choix de lois implicites devraient normalement être rarement caractérisés.

Pourtant, l'examen de la jurisprudence relative au choix tacite de la *lex contractus* révèle un tableau normatif plus contrasté. Certaines solutions sont fondées sur des signes objectifs de volonté probants. Néanmoins, dans bien des cas, les choix de loi tacites sont caractérisés dans des hypothèses dans

lesquelles la volonté est en réalité très incertaine. En particulier, dans certaines situations contentieuses, la volonté des parties est déduite de la localisation du contrat. Or, ce raisonnement est infecté d'un vice congénital, car la localisation de la convention ne peut pas révéler la volonté des parties. Au sein de la catégorie de l'accord tacite conclu durant le procès figurent l'accord procédural tacite, la prorogation tacite de compétence, la renonciation à la convention d'arbitrage, et l'accord relatif à l'éviction d'une convention de droit matériel. Autant de solutions où le concept de volonté tacite est indûment mobilisé et où il y a un véritable détournement de la notion.

1297. Pour que notre étude de la volonté tacite soit parachevée, cette analyse d'ordre essentiellement technique, centrée sur l'évaluation de la réalité et de la consistance de la volonté des parties, devait être doublée d'une étude fonctionnaliste. Pour cerner les fonctions de la volonté tacite, nous avons exploité les résultats obtenus au titre de la première partie. Nous avons en effet cherché à montrer que les solutions juridiques fondées sur une véritable recherche de volonté et les solutions reposant sur des fictions étaient inspirées par des finalités assez différentes. Elles ne suscitent pas non plus les mêmes critiques et devaient ainsi être soigneusement distinguées.

1298. Une véritable recherche de la volonté a, tout d'abord, pour effet de favoriser la réalisation du projet matériel et procédural poursuivi par les parties. Par exemple, il est possible que les parties aient souhaité centraliser l'ensemble de leur contentieux devant un juge unique, mais qu'elles aient, à cette fin, imparfaitement exprimé leur volonté. Si elle est convenablement effectuée, la recherche de la volonté tacite favorisera la concrétisation de ce projet procédural. Ensuite, et plus fondamentalement, les solutions procédant d'un véritable processus de reconstitution de la volonté ont pour fonction commune de favoriser la protection des attentes étant spontanément nées au moment de la formation du rapport de droit. *Toutes* les solutions reposant sur une réelle recherche de la volonté ont pour vertu de favoriser la réalisation d'un objectif de protection des légitimes prévisions des parties. À ce titre, lorsqu'elle est convenablement menée, une véritable recherche de la volonté implicite peut constituer un instrument de réalisation de la justice de droit international privé.

C'est dire que de notre point de vue, la recherche de la volonté tacite peut s'avérer vertueuse. Cela est d'autant plus vrai que dans bien des situations, aux fins de la préservation des attentes des parties, la volonté tacite est le seul instrument qui peut légitimement être mobilisé par le juge. De notre point de vue, la clause d'exception et la volonté tacite doivent être distinguées et ne font aucunement double emploi. Et pour cause, les critères pertinents pour révéler un choix de loi implicite ne sont pas les

mêmes que ceux qui permettent de caractériser ces « liens manifestement plus étroits », qui conditionnent l'application de la clause d'exception.

1299. Cependant, la recherche de la volonté tacite présente aussi un certain nombre de vices. Elle rend, en particulier, les solutions des conflits de lois et de juridictions plus imprévisibles. Cela tient à deux raisons principales. En premier lieu, pour qu'il y ait une véritable recherche de volonté, le juge doit le plus souvent prendre en considération un ensemble de circonstances de fait. L'approche qui prévaut en cette matière est casuistique et la jurisprudence qui se rapporte à la volonté tacite est donc assez impressionniste. En second lieu, en matière de volonté implicite, des divergences jurisprudentielles ont vu le jour. Cela tient notamment au caractère plastique et malléable de la notion.

En particulier, les tribunaux français et anglais ont interprété différemment l'article 3 du règlement « Rome 1 ». Ces divergences jurisprudentielles ont compromis l'œuvre d'unification des règles de conflit de l'Union européenne et ont porté atteinte à l'objectif d'harmonie internationale des solutions. C'est dire que si la recherche d'une réelle volonté tacite peut être analysée comme un instrument de réalisation de la justice de droit international privé, elle ne constitue qu'un instrument imparfait. En dépit de ces défauts, la recherche de la volonté tacite rend des services précieux et ne devrait pas être abandonnée. Il serait, en revanche, souhaitable que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur cette question, qu'elle impose une approche objective de la volonté, qu'elle définisse les indices pertinents et qu'elle exclue les indices étant dépourvus de valeur.

1300. Les solutions fondées sur des fictions de volonté ont répondu à des objectifs matériels et à des objectifs se rattachant à l'efficacité procédurale. À quelques exceptions près, ces solutions, procédant d'un détournement du concept de volonté tacite, n'ont pas été inspirées par le souci de réalisation de la justice de droit international privé. Les fictions juridiques, formées à partir de la notion de volonté tacite, ont été un instrument par lequel des impératifs extérieurs à la justice conflictuelle ont pénétré au sein du droit international privé contemporain.

1301. Quant à l'efficacité procédurale, les fictions de volonté ont tout d'abord constitué un instrument de centralisation du contentieux. Que l'on songe, par exemple, à la jurisprudence sur l'extension de la clause d'arbitrage dans les groupes de sociétés. Les fictions de volonté ont, ensuite, été utilisées pour rendre la procédure judiciaire plus rapide et plus expéditive. Pour ce faire, en usant de

la volonté tacite, les tribunaux ont favorisé l'application de la loi du for. En outre, par la grâce de la volonté tacite, des décisions furent sauvées de la cassation.

1302. Quant aux objectifs matériels maintenant, deux sous-objectifs paraissent inspirer les solutions fondées sur des fictions. Le détournement de la volonté tacite a, tout d'abord, constitué l'un des canaux par lequel la justice matérielle s'est infiltrée au sein du droit international privé contemporain. En usant de la volonté tacite, les juridictions ont bien souvent désigné comme « compétente » la loi qui, en raison de son contenu substantiel, paraissait la meilleure. Par exemple, en matière de contrat de travail international, les tribunaux français ont souvent favorisé l'application de la loi française, car cette dernière est réputée plus protectrice du salarié. Le détournement de la volonté tacite a également répondu à un impératif de loyauté procédurale. Par l'entremise de la volonté tacite, des comportements procéduraux contradictoires et déloyaux furent sanctionnés.

1303. La diversité des fonctions de la volonté tacite n'a rien de surprenant, car le droit international privé est inspiré par des objectifs multiples et souvent contradictoires²²⁹⁵. De ce pluralisme des objectifs découle un « pluralisme des méthodes »²²⁹⁶, une superposition des instruments conceptuels utilisés aux fins de la résolution des conflits de lois et de juridictions. C'est dans cette multiplicité des objectifs et ce raffinement des méthodes que gît l'une des principales causes de la complexité du droit international privé. Mais c'est aussi ce qui fait la richesse de cette matière : une richesse qui n'est pas qu'intellectuelle. L'utilité du droit international privé, en effet, n'est plus à démontrer ; il n'est plus un droit des « happy few »²²⁹⁷. Plus que jamais, les hommes, par attrait ou nécessité, se meuvent au-delà des frontières des États-nations : « Des relations interpersonnelles transfrontières se nouent ainsi, tant il est vrai que l'amour n'a guère de frontières dans l'espace, s'il en a dans le temps »²²⁹⁸.

²²⁹⁵ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 171 et s.

²²⁹⁶ H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *op. cit.*, p. 75 et s.

²²⁹⁷ Selon l'expression de Malaurie, « La législation de droit international privé en matière de statut personnel », *TCFDIP* 1979, p. 177 et s. et not. p. 181. En ce sens, v. aussi : H. Gaudemet-Tallon, « Regards sur soixante ans d'évolution du droit international privé français et européen », *RDLA* n° 28, 2024, p. 113 et s. et not. p. 114 : « Le DIP n'est plus réservé à quelques personnalités mais devient un droit de masse ».

²²⁹⁸ J.-Y. Carlier, thèse, *op. cit.*, p. 1.

Bibliographie

I) Ouvrages généraux : traités et manuels

ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} édition, Dalloz, 2006.

ANCEL (M.-E.), DEUMIER (P.), LAAZOUZI (M.), *Droit des contrats internationaux*, 2^{ème} édition, Sirey, 2020.

ANCEL (M.-E.), GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2024.

ANCEL (P.), *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, 1^{ère} édition, Larcier, 2015.

ARROYO (M.), *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Wolters Kluwer, 2013.

AUBERT (J.-L.), FLOUR (J.), SAVAUX (E.), *Droit civil : les obligations, Tome I, L'acte juridique*, 17^{ème} édition, Sirey, 2022.

AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit*, 19^{ème} édition, Sirey, 2023.

AUBRY (CH.), RAU (CH.), *Cours de droit civil français, t. IV*, 6^{ème} édition, par Martin, Marchal et Billard, 1936.

AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit international privé*, 9^{ème} édition, LGDJ, 2022.

AUDIT (M.), BOLLEE (S.), CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2019.

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), *Droit international privé, Tome II*, LGDJ, 7^{ème} édition, 1984.

BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^{ème} édition, LGDJ, 2021.

BERGER (B.), KELLERHALS (F.), *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3rd edition, Stämpfli Publishers, 2015.

BOISSESON (M. de), FOUCHARD (C.), MADESCLAIR (J.), *Le droit français de l'arbitrage*, LGDJ, 2023.

BORE (J.), BORE (L.), *La cassation en matière civile*, 5^{ème} édition, Dalloz Action, 2015-2016.

BORN (G.-B.), *International commercial Arbitration, volume I*, 3^{ème} édition, Wolters Kluwer, 2020.

BRIDGE (M.-G.), *The International sale of goods*, 4th edition, Oxford University Press, 2017.

BUCHER (A.), BONOMI (A.), *Droit international privé*, 3^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn, 2013.

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations*, 17^{ème} édition, Dalloz, Sirey, 2020-2021.

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé, tome 1 — partie générale*, 5^{ème} édition, PUF, 2021.

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé, tome 2 — partie spéciale*, 5^{ème} édition, PUF, 2021.

CABRILLAC (R.),

- *Droit des régimes matrimoniaux*, 11^{ème} édition, LGDJ, 2019.
- *Droit européen comparé des contrats*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2016.

CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2018.

CALLIESS (G.-P.) (dir.), *Rome Regulations : Commentary*, 2nd Edition, Wolters Kluwer, 2014.

CAPITANT (H.),

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 1^{ère} édition, 1934, Dalloz, réédité en 2024.
- *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, 5^{ème} édition, Pedone, 1929.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les Biens, Les obligations, t. 2*, Quadriga/PUF, 2004.

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 36^{ème} édition, Dalloz, 2022.

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2019-2020.

COLLINS OF MAPEBURY (L.), HARRIS (J.), *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 16th edition, Sweet and Maxwell, 2022.

DEMOGUE (R.),

- *Traité des obligations en général, tome 1*, Rousseau, 1923.
- *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911.

DESHAYES (O.), GENICON (Th.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^{ème} édition, LexisNexis, 2018.

DEUMIER (P.), *Introduction au droit*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2023.

EL AHDAB (J.), MAINGUY (D.), *Droit de l'arbitrage*, 1^{ère} édition, LexisNexis, 2021.

ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} édition, Staempfli Éditions, 1997.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, 6^{ème} édition, PUF, 2021.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2020.

FALDALLAH (I.), HASCHER (D.), *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019.

FAUVARQUE-COSSON (B.), KÖTZ (H.), SIGNAT (C.), GALBOIS-LEHALLE (D.), *Droit européen des contrats*, 1^{ère} édition, Sirey, 2019.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, 25^{ème} édition, Dalloz, 2023.

FOELIX (J.-G.), *Traité de droit international privé, tome 1*, 4^{ème} édition, Marescq Ainé, 1866.

FOUCHARD (PH.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

GAILLARD (E.), SAVAGE (J.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, 1937, Dalloz, réédition en 2004.

GEISSBÜHLER (G.), *Le droit des obligations*, La pratique du droit, 2020.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1*, 4^{ème} édition, LGDJ, 2013.

GIRSBERGER (D.), VOSER (N.), *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, 4th Extended Edition, Schulthess, 2021.

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (PH.), USUNIER (L.), *Droit du commerce international*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2021.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français. II. Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés.*, 3^e édition, Sirey, 1939.

KAUFMANN-KOHLER (G.), *International arbitration: law and practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015.

KESSEDJIAN (C.), PIRONON (V.), *Droit du commerce international*, 2^{ème} édition, PUF, 2020.

LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations, tome 7*, Durand & Pédone-Lauriel, 1885.

LATINA (M.), CHANTEPIE (G.), *Le nouveau droit des obligations*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2018.

LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Précis de droit international privé*, 4^{ème} édition, Dalloz, 1946.

LOQUIN (E.), *L'arbitrage du commerce international*, 1^{ère} édition, Joly, Lextenso, 2015.

MALAUZIE (PH.), AYNES (L.), PETERKA (N.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2021.

MALAUZIE (PH.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (PH.), *Droit des obligations*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2022.

MARTY (G.), RAYNAUD (PH.), *Droit civil, t. II, volume 1*, Sirey, 1962.

MAYER (P.), HEUZE (V.), REMY (B.), *Droit international privé*, 12^{ème} édition, LGDJ, 2019.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.), *Leçons de droit civil, Tome II, Premier volume, Les obligations*, 9^{ème} édition par F. Chabas, Montchrestien, 1998.

MCKENDRICK (E.), *Contract law*, 11th edition, Palgrave, 2015.

NIBOYET (J.-P.),

- *Traité de droit international privé français, Tome VI*, Recueil Sirey, 1949.
- *Traité de droit international privé français, Tome V*, Sirey, 1948.
- *Cours de droit international privé*, Recueil Sirey, 1946.

NIBOYET (M.-L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), FULLI-LEMAIRE (S.), *Droit international privé*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2023.

PEEL (E.), *Treitel, The Law of contract*, 15th edition, Sweet and Maxwell, 2015.

PELLET (A.), MIRON (A.), *Les grandes décisions de la jurisprudence de droit international public*, 1^{ère} édition, Dalloz, 2015.

PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français, t. VI*, 2^{ème} édition, par Esmein, LGDJ, 1952.

RABEL (E.), *The Conflict of Laws: A Comparative Study, Foreign Corporations: Torts : Contracts in General, Volume Two*, 2nd Edition, The University of Michigan Press, 1960.

RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, 1^{ère} édition, PUF, 2016.

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, 3^{ème} édition, Litec, 1992.

ROUILLER (N.), *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, CEDIDAC, 2007.

SAVIGNY (F.-C.),

- *Traité de droit romain, t. VIII*, trad. Guenoux, Éditions Panthéon-Assas, 2002.
- *Traité de droit romain, t. III*, trad. Guenoux, Paris, 1843.

SCHLECHTRIEM (P.), WITZ (CL.), *Contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, 2008.

SERAGLINI (CH.), ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^{ème} édition, LGDJ, 2019.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Les obligations, vol. 2*, 6^{ème} édition, Litec, 1998.

SURVILLE (F.), *Cours élémentaire de droit international privé*, 7^e édition, Rousseau, 1925.

SUTTON (D.), GILL (J.), GEARING (M.), *Russell on Arbitration*, 24th edition, Sweet & Maxwell, 2015.

TAYLOR (R.), TAYLOR (D.), *Contract Law*, 6th Edition, Oxford University Press, 2017.

TERRE (F.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, 15^{ème} édition, Dalloz, 2023.

TERRE (F.), SIMLER (PH.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les obligations*, 13^{ème} édition, Dalloz, 2022.

TORREMAN (P.) FAWCETT (J.-J.), *Cheshire, North & Fawcett : Private International Law*, 15th edition, Oxford, 2017.

TOULLIER (C.-M.-B.), *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil, tome 6*, 3^{ème} édition, Stapleaux, 1821.

TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué dans l'ordre des articles du Code, tome 1*, Charles Ingray, 1850.

VAREILLES-SOMMIERES (P. de), LAVAL (S.), *Droit international privé*, 11^{ème} édition, Dalloz, 2023.

WEISS (A.), *Traité théorique et pratique de droit international privé, Tome VI*, 2^e édition, Sirey, 1913.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (TH), *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006.

II) Ouvrages spéciaux : thèses, monographies, ouvrages collectifs

ANCEL (B.), *Éléments d'histoire du droit international privé*, éditions Panthéon-Assas, 2017.

ARRUE MONTENEGRO (C.-A.), *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, 2011.

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970.

AUDIT (B.),

- « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2001, t. 305, p. 9 et s.
- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI* 1984, t. 186, p. 219 et s.

AVOUT (L. D'),

- « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *RCADI* 2019, t. 397, p. 9 et s.
- *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006.

BARBA (M.), *La langue en droit international privé*, thèse, Lyon III, 2019.

BARRAULT (J.), *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, thèse, Dijon, 1912.

BARTIN (E.),

- *Principes de droit international privé, vol. 1*, Éditions Domat-Montchrestien, 1930.
- *Études sur les effets internationaux des jugements*, 1907.

BASEDOW (J.), "The law of open societies – Private ordering and public regulation of international regulations", *RCADI* 2013, t. 360, p. 9 et s.

BASILESCO (N.), *Du conflit des lois en matière de succession ab intestat*, thèse, Paris, 1884.

BATIFFOL (H.),

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002.
- *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.
- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 75 et s.
- *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, 1938.

BERMANN (G.), "International Arbitration and Private International Law General Course on Private International Law", *RCADI* 2016, t. 381, p. 41 et s.

- BERNHEIM VAN DE CASTEELE (L.), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.
- BILLEMONT (J.), *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013.
- BINDER (P.), *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4th edition, Wolters Kluwer, 2019.
- BLAJAN (PH.), *La combinaison des autonomies en droit international privé des contrats*, thèse, Paris 1, 2021.
- BOLLEE (S.),
- « Les pouvoirs inhérents des arbitres internationaux », *RCADI* 2021, t. 418, p. 9 et s.
- *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Economica, 2004.
- BORDRES (E.), *Le silence et le droit. Recherches sur une métaphore*, Dikè, 2018.
- BOUWERS (G.-J.), *Tacit Choice of Law in International Commercial Contracts. A Global Comparative Study*, Schulthess, 2021.
- BRIGGS (A.), *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, 2008.
- BUCHER (A.),
- « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI*, t. 330, 2009, p. 9 et s.
- « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, t. 239, p. 9 et s.
- BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris 2, 1992.
- CACHARD (O.), *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002.
- CAIRE (A.-B.) (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Centre Michel de l'Hospital, PU Clermont, 2015.
- CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992.
- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État, tome I*, Éditions du CNRS, 1920.
- CELICE (B.), *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, LGDJ, 1968.
- CHABAS (J.), *La déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931.
- CIORAN (E.), *De l'inconvénient d'être né*, Galimard, 1973.
- COHEN (D.), *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993.
- COIPEL-CORDONNIER (N.), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, 1999.

CORDERO-MOSS (G.), « Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration », *RCADI* 2015, tome 372, p. 129 et s.

COSNARD (M.), *La soumission des États aux tribunaux internes*, Pedone, 1996.

COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, 2000.

COVIAUX (N.), *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, thèse, Paris 2, 1973.

CUNIBERTI (G.), *Rethinking International Commercial Arbitration : Towards Default Arbitration*, Edward Elgar Publishing, 2017.

CURTI-GIALDINO (A.), « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI* 1972, t. 137, p. 743 et s.

DABIN (J.),

- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.
- *La technique de l'élaboration du droit positif : spécialement en droit privé*, Bruylant, 1935.

DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Economica, 2002.

DIALLO (O.), *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, PUF, 2010.

DIAMOND (A.-L.), « Harmonisation of private international law relating to contractual obligations », *RCADI* 1986, t. 199, p. 233 et s.

DICKINSON (A.), *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2010.

DIENER (P.), *Le silence et le droit*, thèse, Bordeaux, 1975.

DREIFUSS-NEITZER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, 1985.

DROZ (G.-A.-L.), « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », *RCADI* 1974, t. 143, p. 1 et s.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, PUF, 1^{ère} édition, 1930, 8^{ème} édition, 2013.

EL-SAWAH (S.), *Les immunités des États et des organisations internationales. Immunités et procès équitable*, Larcier, 2011.

ESPINASSOUS (V.), *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, 2010.

FARNOUX (E.), *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions*, LGDJ, 2022.

FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996.

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome VI*, Paris, 1836.

FERNET (M.), *La langue et le droit dans les relations commerciales internationales*, thèse Dijon, 2009.

FERRY (CL.), *La validité des contrats en droit international privé*, LGDJ, 1989.

FLECHTNER (H.-M.), *Honnold's Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 5th Edition, Kluwer Law International, 2021.

FOX (H.), WEBB (PH.), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2013.

FRANÇOIS (G.), *Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, PUAM, 2007.

FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, LGDJ, 2017.

FULLI-LEMAIRE (S.), *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, LGDJ, 2022.

GAJARDO (P.), *Les théories objective et subjective du contrat*, LGDJ, 2020.

GAILLARD (E.), « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *RCADI* 2007, t. 329, p. 49 et s.

GALBOIS (D.), *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020.

GANNAGE (L.), « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *RCADI*, t. 357, 2013, p. 223 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.),

- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *RCADI* 2005, t. 312, p. 9 et s.
- *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965.

GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921.

GIULIANO (M.), « La loi applicable aux contrats : Problèmes choisis », *RCADI* 1977, t. 158, p. 183 et s.

GODE (P.), *Volonté et manifestations tacites*, PUF, 1977.

GOLDSTEIN (G.),

- *Droit international privé, Volume 1, conflits de lois : dispositions générales et spécifiques*, éditions Yvon Blais, 2011.
- *Droit international privé, Tome II, Règles spécifiques*, éditions Yvon Blais, 2003.

GONZÁLEZ BEILFUSS (C.), « Party Autonomy in International Family Law », *RCADI* 2020, t. 408, p. 89 et s.

GONZALES CAMPOS (J.-D.), « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé : cours général », *RCADI* 2002, t. 287, p. 9 et s.

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, 1912.

GRAMMATIKAS (G.), *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, LGDJ, 1971.

GUENZOU (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009.

GUEZ (PH.), *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris 10, 2000.

GUILLARD (CH.), *Justice conflictuelle et justice matérielle : pertinence et pérennité de la distinction*, *Étude de droit international privé*, thèse, Paris 2, 2021.

HAFTTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, thèse, Paris 2, 2008.

HANOTIAU (B.), *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2021.

HARTLEY (T.), *Choice-of-Court Agreements Under the European and International Instruments*, Oxford University Press, 2013.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, 1971.

HAYE (P.), « Flexibility versus predictability and uniformity », *RCADI* 1990, t. 226, p. 282 et s.

HEUZE (V.), *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, Joly Editions, 1990.

HILL (J.), SHÚILLEABHÁIN (M.-N.), *Clarkson & Hill's Conflict of Laws*, 5th edition, Oxford University press, 2016.

HOLLEAUX (D.), *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.

HOLTZMANN (H.), NEUHAUS (J.), *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration : Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989.

HOOK (M.), *The Choice of Law Contract*, Hart, 2016.

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001.

JACQUES (PH.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005.

JACQUET (J.-M.),

- « Droit international privé et arbitrage commercial international », *RCADI* 2019, t. 396, p. 9 et s.
- *Principes d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983.

JANDARD (L.), *La relation entre l'arbitre et les parties*, LGDJ, 2021.

JAYME (E.),

- « Les langues et le droit international privé », *RCADI* 2017, t. 381, p. 11 et s.

- « Identité culturelle et intégration : le droit international post-moderne », *RCADI* 1995, t. 251, p. 9 et s.

JHERING (R. v.),

- *L'évolution du droit*, Hachette Livre BNF, 2014.
- *L'esprit du droit romain, tome 4*, 3^{ème} édition, trad. par O. de Meulenaere, Chevalier-Marescq, 1888.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *L'apparence en droit international privé, Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, 1984.

JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928, Dalloz, réédité en 2006.

KEGEL (G.), "The crisis of conflict of laws", *RCADI* 1964, t. 112, p. 91 et s.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962.

KESSEDJIAN (C.), « Le tiers impartial et indépendant en droit international, juge, arbitre, médiateur, conciliateur », *RCADI* 2020, t. 42, p. 49 et s.

KINSCH (P.), « Le rôle du politique en droit international privé », *RCADI* 2019, t. 402, p. 9 et s.

KOHLER (C.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatisme », *RCADI* 2013, t. 359, p. 285 et s.

KPOAHOUN AMOUSSOU (A.), *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, PUAM, 2002.

KRUGER (TH.), « The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases », *RCADI* 2016, t. 380, p. 281 et s.

LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994.

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196, p. 9 et s.

LALIVE (J.-F.), « L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales », *RCADI* 1953, t. 84, p. 205 et s.

LARRIBERE (L.), *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droit français et américain*, LGDJ, 2023.

LAWSON (R.), *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 7th edition, Thomson, Sweet and Maxwell, 2003.

LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé ; réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz, 2020.

LENGLART (E.), *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, LGDJ, 2023.

LEQUETTE (Y.),

- « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2015, t. 387, p. 9 et s.
- « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *RCADI* 1994, t. 246, p. 9 et s.

LEROYER (A.-M.), *Les fictions juridiques*, thèse, Paris II, 1995.

LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, 2013.

LIMBACH (F.), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, LGDJ, 2004.

LITTMAN (J.-M.), *Le silence et la formation du contrat*, thèse, Strasbourg, 1969.

LOQUIN (E.), « Les règles matérielles internationales », *RCADI* 2007, t. 322, p. 13 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 269 et s.

LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Édition Panthéon-Assas, 2007.

MADJARAN (J.-C.), *Le silence dans la formation du contrat*, thèse, Nice, 1965.

MARTIAL-BRAZ (N.), TERRY (F.) (Dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS Éditions, 2014.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral. Essai sur la notion et sa technique en droit civil*, thèse, Toulouse, 1951.

MAYER (L.), *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, IRJS éditions, 2009.

MAYER (P.),

- « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 9 et s.
- « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *RCADI* 1989, t. 217, p. 325 et s.
- *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

MILLS (A.), *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge University Press, 2018.

MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, Gallimard, tome 1, 1949.

MORON-PUECH (B.), *L'acte juridique, une réponse à la crise du contrat*, LGDJ, 2020.

MOYA (D.), *L'autorité des règles de conflits de lois. Réflexions sur l'incidence des considérations substantielles*, IRJS Éditions, 2020.

MUIR WATT (H.),

- « Discours sur les Méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-Altérité) », *RCADI* 2017, t. 389, p. 9 et s.

- *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Paris 2, 1985.

NAJM (M.-C.), *Les principes directeurs du droit international privé. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005.

NIBOYET (J.-P.), « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, t. 16, p. 1 et s.

NIETZSCHE (F.), *Par-delà le bien et le mal*, Librairie Générale Française, 1991.

NISHITANI (Y.) (dir.), *Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ?*, Springer, 2017.

NYGH (P.-E.),

- "The reasonable expectations of the parties as a guide to choice of law in contract and in tort", *RCADI* 1995, t. 251, p. 269 et s.
- *Autonomy in international contracts*, Oxford University Press, 1999.

PANET (A.), FULCHIRON (H.), WAUTELET (P.) (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017.

PATAUT (E.), *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, LGDJ, 1999.

PATOCCHI (P.-M.), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg, 1985.

PELLE (S.), *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007.

PIAZZON (TH.), *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009

PERELMAN (CH.), FORIERS (P.) (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974.

PERELMAN (CH.), VANDER ELST (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

PERES-DOURDOU (C.), *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

PESENTI (S.), *La tolérance en droit civil*, thèse, Paris II, 2002.

PILLET (A.), *Principes de droit international privé*, Pedone, 1903.

PINGEL (I.) (dir.),

- *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, 2005.
- *Les immunités des États en droit international*, Bruylant, 1998.

POIRIER (V.), *Les effets juridiques du silence*, thèse, Paris, 1920.

PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éditions Confluences, 2004.

POSEZ (A.), *L'inexistence du contrat. Un autre regard sur sa formation*, thèse, Paris 2, 2010.

PRE (Y.), *L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, thèse, Paris 1, 2022.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolutions d'un concept*, PUF, 1980.

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

REMY-CORLAY (P.), *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois*, thèse, Poitiers, 1997.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, LGDJ, 1961.

RIPERT (G.),

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} édition, LGDJ, 1949.

ROUBIER (P.),

- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.
- *Théorie générale du droit*, Sirey, 1946.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Éditions Nathan, 1998.

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté*, Pichon, 1901.

SANDERS (P.), *The work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation, Second and Expanded Edition*, Kluwer Law International, 2004.

SCHMIDT (J.), *Négociations et conclusions des contrats*, Dalloz, 1982.

SCHUTZE (R.-A.), *Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary*, Beck/Hart, 2013.

SERAGLINI (CH), *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.

SIBICIANO (N.), *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, thèse, Paris, 1932.

SINDRES (D.), *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008.

STARK (L.), *L'internationalité en droit international privé*, thèse, Dijon, 2020.

STEINGRUBER (A.-M.), *Consent in International Arbitration*, Oxford International Arbitration, 2012.

SUPIOT (A.), *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrat*, LGDJ, 1975.

TRAIN (F.-X.), *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*, LGDJ, 2003.

TWINING (W.), *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2nd edition, 2006.

VON OVERBECK (A.-E.), « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI* 1982, t. 176, p. 9 et s.

WALTER (J.-B.), *L'espérance légitime*, Institut Universitaire Varenne, 2011.

ZGHAL (E.), *La concentration du contentieux en droit international*, thèse, Limoge, 2023.

III) Articles, communications, chroniques, rapports

ADESINA OKOLI (C.-S.), YEKINI (A.), “Implied jurisdiction agreements in international commercial contracts: a global comparative perspective”, *Journal of Private International Law* 2023, p. 321 et s.

AGOSTINI (E.), « L'estoppel et les trois unités », *D.* 2010, p. 285 et s.

AHMED (M.), “The nature and enforcement of choice of law agreements”, *Journal of Private International Law* 2018, p. 500 et s.

AIKENS (R.), “Looking across la Manche. Should english law take a lesson from France on how to determine the applicable law of an arbitration agreement in a contract?”, in *Mélanges en l'honneur de Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 4 et s.

ALLAND (D.), FLEURY GRAFF (Th.), « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1 et s.

ALPA (G.), « Le contrat individuel et sa définition », *RIDC* 1988, p. 327 et s.

AMATO (A. d'), « Legal Uncertainty », *California Law Review* 1983, Vol. 71, n° 1, p. 1 et s.

AMRANI-MEKKI (S.),

- « L'Economie procédurale », *International Journal of Procedural Law* 2016, p. 7 et s.
- « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois* 2002, p. 355 et s.

ANCEL (B.), « La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles », *Riv. dir. int. Priv. Proc.* 1991, p. 263 et s.

ANCEL (B.), MUIR WATT (H.), « Annotations sur la consultation 53 de Du Moulin traduite en français », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, p. 1 et s.

ANCEL (M.-E.),

- « La loi applicable à la convention d'arbitrage au Royaume-Uni : les enseignements de l'arrêt Enka », *RDLA* 2021, p. 169 et s.
- « Le nouveau droit français de l'arbitrage : le meilleur de soi-même », *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones* 2011 p. 822 et s.

ANCEL (P.),

- « Arbitrage et novation », *Rev. arb.* 2022, p. 3 et s.

- « Stoppera-t-on l'estoppel ? Petite histoire de la pénétration en droit français d'un concept du droit anglais », in *Liber Amicorum David Pugsley*, Bruylant, 2013, p. 178 et s.
- « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », in S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 307 et s.
- « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français », in *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, p. 161 et s.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD cin.* 1999, p. 771 et s.

ANCEL (J.-P.),

- « Un remède : la concentration du contentieux devant l'arbitre. Extension et transmission de la clause d'arbitrage », in B. Darmon, E. Glucksmann (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 67 et s.
- « L'arbitrage international en France (principes et système) », *Arch. phil. droit* 2009, p. 197 et s.

AUBERT (J.-F.), « Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence suisse », *Rev. Crit. DIP* 1962, p. 19 et s.

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, p. 983 et s.

AUDIT (B.),

- « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25 et s.
- "Choice of The Applicable Law By the Parties", in F. Bortolotti, P. Mayer (dir.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, International Chamber of Commerce (ICC), 2014, p. 10 et s.
- « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Liber Amicorum Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 13 et s.
- « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du code civil », *D.* 2006, p. 1846 et s.
- « Le droit international privé à la fin du XXe siècle : progrès ou recul », *RIDC* 1998, p. 421 et s.
- « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », in *TCFDIP* 1988, p. 59 et s.
- Obs. sous civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, *D.* 1979, inf. rap. 337.

AUDIT (M.),

- « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en France », in *L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant, 2020, p. 39 et s. et not. p. 50.
- « La renonciation par un État à son immunité d'exécution », in A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, Ch. Tomuschat (Dir.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill, 2014, p. 70 et s.
- « La Cour de cassation française au secours de l'Argentine », *Les Echos*, 5 avril 2013.

AUDIT (P.-E.), « Une controverse oubliée : la place du raisonnement conceptuel dans le Droit », *Revue de droit d'Assas* 2018, p. 29 et s.

AUDIT (M.), CUPERLIER (O.), « Arbitrage, loi de police et responsabilité délictuelle », note sous Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *D.* 2010, p. 2884 et s.

AVOUT (L. d'),

- « La notion de système dans le droit contemporain », C. Nourissat, L. Paillet (dir.), *Un système de droit international privé de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2023, p. 29 et s.
- « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *TCFDIP* 2014-2016, Pedone, 2017, p. 215 et s.
- « Le consentement à l'arbitrage international sans l'appui de la règle de droit (retour critique sur la jurisprudence Dalico/Zanzi/Soerni) », note sous civ 1^{ère}, 16 mars 2016, *Ren. arb.* 2016, p. 818 et s.
- « Les lois de police », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 91 et s.
- « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 15 et s.
- Obs. sous CJUE, 12 septembre 2013, *ADUE* 2013, p. 459 et s.
- « La Refonte du règlement Bruxelles I », *D.* 2013, p. 1014 et s.
- « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas* 2012, p. 70 et s.

AVOUT (L. d'), LOPEZ DE TEJADA (M.), « Les non-dits de la procédure européenne d'injonction de payer », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 717 et s.

AYNES (L.),

- « La licéité de la convention d'arbitrage : le consentement », *Ren. arb.* 2022, p. 23 et s.
- « Le sort de la clause d'arbitrage en cas d'apurement conventionnel des dettes (novation, transaction) », note sous Paris, 12 juin 2012, *Ren. arb.* 2012, p. 811 et s.
- « L'obligation de loyauté », *Arch. phil. Droit* 2000, t. 44, p. 195 et s.

AZZI (T.),

- « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP* 2010-2012, p. 147 et s.
- « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2169 et s.
- « L'office du juge dans la mise en œuvre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 647 et s.

BALDES (O.), « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Procédures* 2013, étude 5.

BANU (R.), « Conflicting Justice in Conflict of Laws », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, p. 461 et s.

BARBA (M.), « Des clauses attributives stipulées au sein de conditions générales », note sous civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.927 et 22-12.916, p. 827 et s.

BARBET (J.), « Chronique de jurisprudence française », *Ren. arb.* 2017, p. 617 et s.

BARBIER (H.), « Le contractant de fait », note sous civ. 3^{ème}, 23 mars 2017, n° 15-23.683, *RTD civ.* 2017, p. 627 et s.

BARRAULT (J.), « De l'acceptation des factures par le silence », *Annales Dr. Com.* 1913, p. 347 et s.

BARRIERE BROUSSE (I.), « Le droit international privé de la famille à l'heure européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 347 et s.

BATIFFOL (H.),

- « La loi appropriée au contrat », in *études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 1 et s.
- « Les intérêts de droit international privé », in *Festschrift für Gerhard Kegel*, Alfred Metzner, 1977, p. 11 et s.
- “The objectives of private international law”, *The American Journal of comparative law* 1966-1967, p. 159 et s., reproduit in *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 33 et s.
- « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », in *Choix d'articles*, LGDJ, 1976, p. 271 et s.
- « Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit », *RIDC* 1970, p. 661 et s.
- Note sous soc. 5 mars 1969, *Rev. crit. DIP* 1970, p. 280 et s.
- « La “crise du contrat” et sa portée », *Arch. Phil. Droit* 1968, t. XIII, Sirey, p. 13 et s.
- Note sous civ. 1^{ère}, 7 novembre 1961, *Rev. crit. DIP* 1962, p. 682 et s.
- « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz/Sirey, 1960, p. 39 et s.
- « Le rôle de la volonté en droit international privé », in *Arch. Phil. Droit*, 1957, p. 71 et s.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 99 et s.

BAYART (A.), « Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ? », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 27 et s.

BEALE (J.-H.), “What Law Governs the Validity of a Contract. I”, *Harvard Law Review*, nov. 1909, Vol. 23, p. 1 et s.

BEAUMONT (P.), YUSKEL (B.), “The validity of choice of court agreements under the Bruxelles I regulation and the Hague choice of court agreement convention”, in *Liber Amirocum K. Siehr*, Schultess 2010, p. 563 et s.

BELSKY (A.-C.), MERVA (M.), ROHT ARRIAZA (N.), « Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law », *Californian Law Review* 1989, p. 365 et s.

BENABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137 et s.

BENCHENEB (A.), « À propos de l'extension de la clause compromissoire aux non-signataires du contrat international », in *Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 57 et s.

BERAUDO (J.-P.),

- « Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire », *JDI* 2013, p. 741 et s.
- « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 93 et s.

BERGEL (J.-L.), « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de McGill* 1988, p. 357 et s.

BERLIOZ (P.), « La clause d'exception », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 189 et s.

BERNARD (A.), « Law and Economics : une science idiote ? », *D.* 2008, p. 2806 et s.

BERNHEIM-DESVAUX (S.), « La clause d'acceptation des conditions générales du contrat », *CCC* n° 11, novembre 2012, form. 10.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE (L.), « Maintien de la présomption d'acceptation de la clause compromissoire par référence dans l'arbitrage international », note sous civ. 1^{ère}, 11 mai 2012, *Rev. arb.* 2012, p. 563 et s.

BESSIS (A.), « L'extension *ratione personae* des conventions d'arbitrage international : vers un retour au droit des obligations ? », *LPA*, 2 août 2012, p. 6 et s.

BESSON (A.), « La notion de déchéance en matière d'assurance », *RGAT* 1936, p. 225 et s.

BESSON (S.), « L'importance du siège de l'arbitrage », *RBAr* 2007, n° 13, p. 107 et s.

BIDAUD-GARON (CH.), « La loi applicable aux successions internationales selon le règlement du 4 juillet 2012 », *JCP* 2013, p. 1109 et s.

BIENVENU (J.-J.), « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits* 1999, p. 3 et s.

BISMUTH (R.), « L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2 », *JDI* 2018, p. 445 et s.

BLESSING (M.), « Choice of substantive law in international arbitration », *Journal of International Arbitration* 1997, p. 39 et s.

BOICHE (A.), « Les règles de compétence judiciaire », in *Recouvrement des obligations alimentaires dans l'Union*, *AJ fam.* 2009, p. 107 et s.

BOISSESON (M. de),

- Substantive Applicable Law in International Arbitration : an Arbitrator's Perspective", in F. Bortolotti, P. Mayer (dir.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, ICC, 2014, p. 116 et s.
- « La nouvelle convention d'arbitrage », in Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 81 et s.

BOLARD (G.), « Le droit de se contredire au détriment d'autrui ? », *JCP* 2015. 146

BOLLEE (S.),

- « L'arbitre international et la *lex arbitri* française », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 157 et s.

- « Le refus d'accueillir la décision d'un juge non élu », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 241 et s.
- « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », in H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D.-P. Fernandez Arroyo (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 139 et s.
- « Les dispositions de la loi Sapin 2 relatives à l'immunité d'exécution » *D.* 2016, p. 2560 et s.
- « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », *Rev. arb.* 2016, p. 676 et s.
- « L'abandon de l'exigence de spécialité de la renonciation à l'immunité d'exécution », note sous Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *D.* 2015, p. 1936 et s.
- « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 119 et s.
- « La gestation pour autrui en droit international privé », *TCFDIP* 2014, p. 215 et s.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *D.* 2013, p. 2294 et s.
- « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, p. 121 et s.
- « La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété », note sous civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *D.* 2007, p. 2077 et s.
- « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307 et s.
- « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.* 2005, p. 917 et s.

BOLLEE (S.), PERES (C.), « Le caractère impératif ou supplétif des nouvelles règles du droit des contrats devant l'arbitre », *Rev. Arb.* 2017, p. 93 et s.

BONELL (M.-J.), « Article 6 », in C.-M. Bianca, M.-J. Bonell (dir.), *Commentary on the international sales law. The 1980 Vienna sales convention*, Giuffrè, 1987, p. 51 et s.

BONOMI (A.),

- « Compétence accessoire versus proximité et prévisibilité du for : quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des règlements sur les régimes et partenariats », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 227 et s.
- « Article 22 », in A. Bonomi, P. Wautelet (dir.), *Le droit européen des successions*, Bruylant, 2016, p. 350 et s.
- « Article 9 », in A. Bonomi, P. Wautelet (dir.), *Le droit européen des successions*, Bruylant, 2016, p. 225 et s.

BORE (J.), note sous ch. mixte, 26 avril 1974, *D.* 1975, p. 249 et s.

BORELLI (S.), OLLESON (S.), « Article 8 », in R. O'Keefe, C. Tams (dir.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property. A Commentary*, Oxford, 2013.

BORN (G.-B.), « The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective », *Singapore Academy of Law Journal* 2014, p. 814 et s.

BOSKOVIC (O.),

- « L'objectif de concentration du contentieux en droit judiciaire européen », in *TCFDIP* 2018, Pedone, 2020, p. 279 et s.
- « L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639 et s.

BOUCOBZA (X.),

- « L'extension de la clause compromissoire à l'épreuve du droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur d'Eric Loquin*, LexisNexis, 2018, p. 101 et s.
- « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495 et s.

BOULANGER (J.), « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Mélanges Frédéricq*, Gand, 1966, p. 199 et s.

BOUREL (P.), « Arbitrage international et immunité des États étrangers. À propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1982, p. 119 et s.

BOUT (R.), « La convention dite d'assistance », in *Études offertes à Pierre Kayser. Tome 1*, PUAM, 1979, p. 157 et s.

BOUWERS (G.-J.), « Tacit choice of law in international commercial contracts: an analysis of Asian jurisdictions and the Asian Principles of Private International Law », *Uniform law review* 2021, p. 14 et s.

BREDIN (J.-D.), Obs. sous Paris, 20 janvier 1965, *JDI* 1965, p. 906.

BREKOUKAKIS (S.), « Parties in International Arbitration : Consent v. Commercial Reality », in S. Brekoulakis, J.-D.-M. Lew, et al. (dir.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2016, p. 119 et s.

BRIERE (C.),

- « La pensée de Foelix : entre universalisme et particularisme. Contribution à l'histoire du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 65 et s.
- « Réflexions sur l'influence de la Conférence de La Haye », *D.* 2018, p. 1656 et s.

BROS (S.),

- « L'interdépendance contractuelle, la Cour de cassation et la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 29 et s.
- « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.* 2009, p. 960 et s.

BRUNET (P.),

- Interprétation normative et structure du système juridique », *Diritto e questioni pubbliche* 2011, p. 9 et s.
- « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques* 2016, p. 9 et s.

BUCHER (A.), « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1996, Pedone, p. 209 et s.

Burda (J.), « The Participation of Third Parties to Arbitration under Swiss Law », *International Business Law Journal* 2011, p. 515 et s.

BUREAU (D.),

- « Une illustration du choix tacite de la loi applicable en matière contractuelle », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 410 et s.
- « Regards sur la règle de conflit européenne », in *Concurrence et Europe, Liber Amicorum Laurence Idot, Volume II*, Édition concurrences, 2022, p. 537 et s.
- « Les lois de police étrangères entre ombres et lumières », in H. Muir Watt, L. Biziková, A. Brandão de Oliveira Fernández Arroyo, M. Ma (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 709 et s.
- « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans des conditions générales contractuelles », note sous com., 21 février 2012, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 630 et s.
- « L'exclusion tacite de la Convention de Vienne doit être consciente », note sous civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 373 et s.
- « Entre consommation et intermédiation : la loi applicable au courtage matrimonial », *RDC* 2006, p. 503 et s.
- « L'extension conventionnelle d'un statut impératif », in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 125 et s.
- « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 285 et s.
- « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 587 et s.

CABRILLAC (R.), « L'interprétation du contrat : le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 45 et s.

CACHARD (O.), « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. Arb.* 2006, p. 893 et s.

CADIET (L.),

- « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation* 2013, p. 13 et s.
- « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3 et s.

CALAIS-AULOY (J.), « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif? », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 171 et s.

CALIESS (G.-P.), « Article 3 Rome I », in G.-P. Calieess (dir.), *Rome regulations. Commentary on the European rules of the conflict of laws*, Wolters Kluwer, 2010, p. 57 et s.

CALLE (P.), « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille) », in A. Panet, H. Fulchiron et P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 31 et s.

CALVO CARAVACA (A.-L.), CARRASCOSA GONZALEZ (J.), « Article 26 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *European Commentaries on Private International Law*, Ottoschmidt, 2016.

CAMILLERI (S.-P.), « Article 23 : Formal Validity, Material Validity or Both? », *Journal of Private International Law* 2011, p. 297 et s.

CARBONNIER (J.),

- « L'hypothèse du non-droit », *Arch. Phil. Droit* 1963, repris in *Flexible droit*, 10^{ème} édition, LGDJ, 2001, p. 25 et s.
- « La maxime “Nul n'est censé ignorer la loi” en droit français », *Ecrits*, PUF, 2008, p. 1216 et s.
- Note sous Civ. 10 juin 1941, *RTD civ.* 1940-1941, p. 602 et s.

CARRASCOSA GONZALEZ (J.), « Règle de conflit et théorie économique », *Ren. crit. DIP* 2012 p. 521 et s.

CARRUTHERS (J.), “Party autonomy in the legal relation regulation of adult relationship: What place for party choice in private international law?”, *International and comparative law quarterly* 2012, p. 881 et s.

CAVERS (D.),

- “The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: Some Preventive Law Aspects”, *Southern California Law Review* 1975, p. 603 et s.
- « A Critique of the Choice of Law Problem », *Harvard Law Review* 1933, p. 173 et s.

CAYLA (O.), « Ouverture : Le jeu de la fiction entre “comme si” et “comme ça” », *Droits* 1995, p. 3 et s.

CERQUEIRA (G.), NORD (N.), « Retour sur le silence des parties à propos de l'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », *AJ contrat* 2020, p. 517 et s.

CESARO (J.-F.), « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Dr. soc.* 2006, p. 734 et s.

CHAABAN (R.), « Clause D'Arbitrage et Cautionnement », *Ren. Arb.* 2007, p. 721 et s.

CHAGNY (Y.), « La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la Cour de cassation », *TCFDIP* 2008-2010, p. 199 et s.

CHAMBREUIL (B.), « Arbitrage international et garanties bancaires », *Rev. arb.* 1991, p. 33 et s.

CHAN (D.), YANG (T.-J.), “Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None”, *Journal of International Arbitration* 2020, p. 635 et s.

CHAPELLE (A.), « Le droit des personnes morales - (Groupes de sociétés ; Interventions d'État) », *Rev. arb.* 1988, p. 475 et s.

CHAUVY (Y.), « Le contrat de travail international et sa loi : volonté, exécution, liens d'affinité », *D.* 1998, p. 57 et s.

CHAZAL (J.-P.), « De la théorie générale à la théorie critique du contrat », *RDC* 2003/1, p. 27 et s.

CHENEDE (F.),

- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 et s.
- « Contrat », in *Hommages à Georges Rouhette*, Dalloz, 2013, p. 25 et s.

- « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative. Du mythe à la réalité », in *Devenir de l'autonomie de la volonté, Droit & Philosophie* 2012, p. 155 et s.

CLARET (H.), « L'illettré et l'acte juridique, l'impossible adéquation ? », *RRJ* 2002, p. 1777 et s.

CLAVEL (S.),

- « Le droit international privé européen est-il « honorable », retour sur une controverse doctrinale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 119 et s.
- « Substitution d'une clause attributive de juridiction à une clause compromissoire : conditions de mise en œuvre », note sous Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-23.669, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 413 et s.

CLAY (TH.),

- « “Liberté, égalité, efficacité”. La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI* 2012, p. 443 et s. et p. 815 et s.
- « Le siège de l'arbitrage international entre “ordem” et “progresso” », in *Les Cahiers de l'arbitrage*, Pedone, Vol. V, 2011, p. 21 et s.
- « L'efficacité de l'arbitrage », *LP4* 2 octobre 2003, p. 4 et s.

COHEN (D.),

- « Immunités d'exécution des États et arbitrage international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 159 et s.
- « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 35 et s.
- « Arbitrage et groupe de contrats », *Rev. Arb.* 1997, p. 471 et s.

COHEN (F.-S.), “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *Columbia law review* 1935, p. 809 et s.

COHN (E.-J.), « Waiver of Immunity », *British Yearbook of International law* 1958, p. 260 et s.

CORDERO-MOSS (G.), “Does the Use of Common Law Contract Models Give Rise to a Tacit Choice of Law or to a Harmonised, Transnational Interpretation ?”, in G. Cordero-Moss (dir.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, 2011, p. 37 et s.

CORNELIUS MANNER (S.), SCHMITT (M.), “Article 6”, in Ch. Brunner and B. Gottlieb (dir.), *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*, Kluwer Law International, 2019, p. 77 et s.

CORNELOUP (S.),

- « L'application facultative de la loi étrangère dans les situations de disponibilité du droit et l'application uniforme des règles de conflit d'origine européenne », in *L'application du droit étranger*, Société de législation comparée, 2018, p. 75 et s.
- « Les liens entre *forum* et *ius* : réflexion sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 461 et s.
- « Article 8 », in S. Corneloup, V. Egéa, E. Gallant, F. Jault-Seseke (dir.), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples*, Société de législation comparée, 2018, p. 113 et s.
- « L'application de la loi étrangère », *RIDC* 2014, p. 361 et s.
- « Application de la loi chinoise à un contrat de travail », note sous soc. 28 mars 2012, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 587 et s.

- « Choix de loi et contrats liés », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 285 et s.

CORNELOUP (S.), JOUBERT (N.), « Autonomie de la volonté et divorce : le règlement Rome III », in A. Panet, H. Fulchiron, et P. Wautelet (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Larcier, 2017, p. 179 et s.

COSTA (D.), « Apparence, fiction et présomption juridiques » in N. Jacquinet (dir.), *Juges et apparences*, LGDJ, 2010, disponible sur <https://books.openedition.org/putc/278?lang=fr#text>

COULOMBEL (P.), « Force et but dans la pensée juridique de Jhering », *RTD civ.* 1957, p. 609 et s.

COURBE (P.),

- « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p. 99 et s.
- Note sous civ. 1^{ère}, 17 juillet 1980, *JCP G* 1982. I. 19717.

COYLE (J.-F.), « The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses », *Wash. L. Rev.* 2017, p. 631 et s.

CROFF (C.), « The Applicable Law in an International Commercial Arbitration: Is It Still a Conflict of laws problem ? », *The International Lawyer* 1982, p. 613 et s.

CUNIBERTI (G.),

- « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *JDI* 2016, p. 765 et s.
- « Droit international coutumier et régime de l'immunité diplomatique », note sous Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *JDI* 2013, *comm.* 10.
- « Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage », *Cah. Arb.* 2011 p. 433 et s.
- « Beyond Contract – The Case for Default Arbitration in International Commercial Disputes », *Fordham Int'l L.J.* 2009, p. 417 et s.

CUNIBERTI (G.), KAPLAN (Ch.), « Arbitrage et volonté implicite de l'État de renoncer à son immunité d'exécution », *JCP G.* II. 10512.

CURRIE (B.), « Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws », *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, 1970, p. 170 et s.

DALMAZIR (P.), REYDELLET (C.), « Chronique Jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union - Clauses attributives de juridiction et mise en œuvre du droit international privé européen », *RTD eur.* 2014 p. 446 et s.

DASSER (F.), « That Rare Bird: Non-National Legal Standards as Applicable Law in International Commercial Arbitration », *World Arb. & Med. Rev.* 2011, p. 143 et s.

DE BOER (T.-M.), « Party autonomy and its limitations in the Rome II regulation », *Yearbook of private international law* 2007, p. 19 et s.

DEBOURG (C.), « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit français », *Rev. arb.* 2024, p. 11 et s.

DELANEY (J.), LEWIS (K.), "The Presumptive Approach to the Construction of Arbitration Agreements and Separability English Law Post Fiona Trust and Australian Law Contrasted", *University of New South Wales Law Journal* 2008, p. 341 et s.

DEL MAR (M.), « Legal Fictions and Legal Change », *International Journal of Law in Context* 2013, p. 442 et s.

DEL PRADO (F.-N.), « The Fallacy of Consent: Should Arbitration Be a Creature of Contract? », *Emory Int'l L. Rev.* 2021, p. 219 et s.

DEPREZ (J.),

- « Conflit de lois en matière de contrat de travail international », *RJS* 1998, p. 25 et s.
- « Évolutions récentes des solutions de conflit de lois en matière de contrat de travail international », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 165 et s.
- « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail [article 3,6 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980], *Dr. Soc.* 1995, p. 323 et s.
- « La loi applicable au contrat de travail dans les relations internationales », *RJS* 1990, p. 119 et s.

DERAINS (Y.),

- « Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté », in Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, 2011, p. 91 et s.
- « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1984-1985, p. 81 et s.
- « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, p. 122 et s.

DERAINS (Y.), SCHAF (S.), « Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés », *RDAI* 1985, p. 231 et s.

DERRUPPE (J.), « Plaidoyer pour le renvoi », *TCFDIP* 1967, p. 181 et s.

DESHAYES (O.), « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 159 et s.

DEUMIER (P.),

- « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.* 2017, p. 1783 et s.
- « Clause attributive de juridiction : les spécificités du droit commun et du droit de l'Union européenne réunies par la spécificité d'une adhésion peu conventionnelle », note sous Civ. 1^{ère}, 17 février 2010, *RDC* 2010, p. 965 et s.
- Note sous civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, *RDC* 2008, p. 900 et s.
- « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », *LP4* mars 2000, p. 6 et s.

DEUMIER (P.), LAAZOUZI (M.), TREPPOZ (E.), « Le règlement Bruxelles I bis et la géométrie dans l'espace », *RDC* 2013, p. 1037 et s.

DICKINSON (A.), “Realignment of the Planets – Brexit and European Private International Law”, *IPRax* 2021, p. 213 et s.

DICKINSON (E.-D.), « Waiver of State Immunity », *American Journal of International Law* 1925, p. 555 et s.

DIMOLITSA (A.-C.), « L’“extension” de la clause compromissoire à des non-signataires : rien de neuf », *ASA Bulletin* 2012, p. 516 et s.

DOUCHY-LOUDOT (M.), « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.* 17 novembre 2009, p. 3 et s.

DROZ (G.-A.-L.),

- « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 631 et s.
- « La convention de Lugano parallèle à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l’exécution civil », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 1 et s.
- « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *Rev. Crit. DIP* 1975, p. 1 et s.

DUBARRY (J.-C.), LOQUIN (E.), Note sous Com. 5 mars 1991, *Peptrax*, *RTD com.* 1992, p. 591.

DUPONT (N.),

- « Estoppel et appel », note sous Com., 10 févr. 2015, n° 13-28.262, *JCP E* n° 16, 16 avril 2015. 1189.
- « L’interdiction de se contredire au détriment d’autrui en procédure civile française », *RTD cin.* 2010, p. 459 et s.

DUPICHOT (J.), « Pour un retour aux textes : défense et illustration du “petit guide-âne” des articles 1156 à 1164 du Code civil », in *Études offertes à Jacques Flour*, LGDJ, 1979, p. 179 et s.

DURAND (F.), « La nullité pour erreur obstacle », *LPA* 25 mars 2010, p. 3 et s.

DWORKIN (R.), « Judicial Discretion », *Journal of Philosophy* 1963, p. 624 et s.

EGEA (V.), « L’impératif d’accélération des procédures étatiques et arbitrales », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 511 et s.

EISEMANN (F.), « La clause d’arbitrage pathologique », in *Essais in memoriam Eugenio Minoli*, U.T.E.T., 1974, p. 120 et s.

EKELMANS (M.), « Le dépeçage du contrat dans la convention de Rome », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Némésis, 1986, p. 243 et s.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « L’analyse économique est-elle une source du droit ? », *RTD cin.* 2006, p. 505 et s.

ENDREO (G.), « L’habitude », *D.* 1981, p. 313 et s.

ESQUENAZI (J.), « Propos introductifs », in M.-F. Bénard, J. Esquenazi, C. Serrano (dir.), *La bonne administration de la justice*, LEJEP, 2023.

ETIENNE (H.), « Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique Suisse », in *Quelques actions en exécution*, Helbing & Lichtenhahn, 2011, p. 263 et s. Disponible sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2013045>

ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.),

- « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, RDC 2016, p. 384 et s.
- « “L'interprétation créatrice” : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, RDC 2015, p. 166 et s.

FADLALLAH (I.), « Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés », in *TCFDIP 1984-1985*, p. 105 et s.

FALLIN (J.), « La détermination juridictionnelle de la loi applicable aux sûretés personnelles depuis le règlement “Rome I” », *Dr. et patrimoine* juin 2009, p. 46 et s.

FARNOUX (E.), « Le moyen de défense tiré de l'immunité de juridiction : entre efficacité procédurale et protection de la souveraineté étrangère », in D. Simon (dir.), *Le droit international des immunités : constantes et ruptures*, Pedone, 2015, p. 13 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.),

- « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », RDC 2017, p. 363 et s.
- “Foreign Law before the French Courts: A Unique Procedural Treatment”, in M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, 2015, p. 66 et s.
- « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 43 et s.
- « L'interprétation du contrat : observations comparatives », RDC 2007, p. 481 et s.
- « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », note sous civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, RDC 2006/4, p. 1279 et s.
- « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 263 et s.
- « Le juge français et le droit étranger », D. 2000, p. 125 et s.
- « Un accord procédural, qui peut être tacite, peut écarter une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente », note sous Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, Rev. crit. DIP 1997, p. 514 et s.

FAVRE (D.), « L'immunité de Juridiction des États et des organisations internationales : la pratique suisse », in I. Pingelle (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, 2004, p. 44 et s.

FAWCETT (J.-J.), « Multi-Party Litigation in Private International Law », *The International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 744 et s.

FEINMAN (J.-M.), “Good Faith and Reasonable Expectations”, *Arkansas Law Review* 2014, p. 525 et s.

FENTIMAN (R.),

- “The Significance of Close Connection”, in J. Ahern, W. Binchy (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to non-contractual obligations*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 85 et s.
- “Foreign Law in English Courts”, *LQR* 1992, p. 142 et s.

FERRARI (F.),

- « Article 3 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome 1 Regulation*, Ottoschmidt, 2017.
- « Article 12 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome 1 Regulation*, Ottoschmidt, 2017.
- « Tendance insulariste et *lex forisme* malgré un droit uniforme de la vente », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 323 et s.
- « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l’absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 459 et s.
- « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l’article 4 de la proposition de règlement Rome I », *TCFDIP* 2006-2008, Pedone, 2009, p. 115 et s.
- « Exclusion et inclusion de la CVIM », *International Business Law Journal* 2001, p. 401 et s.

FERRARI (F.), BISCHOFF (J.-A.), « Article 10 », in F. Ferrari (dir.), *Rome 1 regulation*, Sellier European law publishers, 2015, p. 354 et s.

FLETCHER (G.-P.), « Comparative Law as a Subversive Discipline », *The American Journal of Comparative Law* 1998, Vol. 46, n° 4, p. 683 et s.

FOHRER-DEDEURWAERDER (E.), « Les clauses attributives de juridiction dans les relations commerciales établies », *RTD Com.* 2018 p. 1083 et s.

FONGARO (E.), « L’anticipation successorale à l’épreuve du “règlement successions” », *JDI* 2014, p. 477 et s.

FONTMICHEL (M. de),

- « Le consentement à l’arbitrage, aspects originaux du droit français de l’arbitrage international », in *L’originalité du droit français de l’arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant 2020, p. 23 et s.
- Note sous civ. 1^{ère}, 2 décembre 2020, n° 19-15.396, *JDI* n° 4, octobre 2021, comm. 30.
- « L’équilibre contractuel des clauses relatives au litige », *JCP G* 2019, doctr. 583.

FORIERS (P.), « Présomptions et fictions », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 7 et s.

FOSSAERT (A.), « Les procédés de sauvetage de la décision attaquée. Exercice d’une bonne administration de la justice par la Cour de cassation ? », *Justice et Cassation* 2013, p. 61 et s.

FOUCHARD (PH.), note sous com. 22 novembre 1977, *Rev. arb.* 1978, p. 461 et s.

FOYER (J.),

- « La protection problématique du salarié dans les relations de travail internationales », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 689 et s.
- « Lois de police et principe de souveraineté », in *Mélanges en l’honneur de B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 339 et s.

- « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169 et s.

FRANCESCAKIS (PH.),

- « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation », *Rev. arb.* 1974, p. 67 et s.
- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1968, p. 149 et s.
- « Quelques précisions sur les lois d'application immédiates et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 et s.

FRANCQ (S.),

- « Le droit international privé européen, entre confiance mutuelle et sécurité juridique », in *TCFDIP* 2016-2018, Pedone, 2019, p. 153 et s. et not. p. 159
- « Unilatéralisme versus bilatéralisme : une opposition ontologique ou un débat dépassé ? Quelques considérations de droit européen sur un couple en crise perpétuelle », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 49 et s.
- « Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis », in E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014, p. 107 et s.

FRANZINA (P.),

- "The substantive validity of forum selection agreements under the Brussels Ibis Regulation", in P. Mankowski (dir.), *Research handbook on the Brussels Ibis Regulation*, Edward Elgar, 2020, p. 95 et s.
- « Article 24 », in S. Corneloup, V. Egéa, E. Gallant, F. Jault-Seseke (Dir), *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples*, Société de législation comparée, 2018, p. 241 et s.

FRICERO (N.),

- « Double degré de juridiction : de la « bonne justice » à la « bonne administration de la justice », *Justice et Cassation* 2013, p. 67 et s.
- « La loyauté dans le procès civil », *LPA* 2012, p. 27 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarque sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573 et s.

FULLER (L.-L.), « American Legal Realism », *University of Pennsylvania Law Review* 1934, p. 429 et s.

FULLI-LEMAIRE (S.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé européen de la famille », in M.A. Parra Lucán (dir.), S. Gaspar Lera (coord.) *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Editorial Comares, 2017, p. 435 et s., accessible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2942841

GAILLARD (E.),

- « Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire Kout Food) », *Rev. arb.* 2020, p. 701 et s.
- « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007, p. 697 et s.
- « Effectivité des sentences arbitrales, immunité d'exécution des États et autonomie des personnes morales dépendant d'eux. Réflexion sur trois principes incompatibles », in I. Pingel (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pedone, 2004, p. 119 et s.

- « Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales », *Bull. ASA*, 2000, p. 471 et s.
- Note sous Paris, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1997, p. 263 et s.
- « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Rev. arb.* 1985, p. 241 et s.

GAMA (L.), « Tacit Choice of Law in the Hague Principles », *Uniform L. Rev.* 2017, p. 336 et s.

GANNAGE (L.),

- « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP* 2006-2008, Pedone, 2009, p. 205 et s.
- « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, 2008, p. 417 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.),

- « Regards sur soixante ans d'évolution du droit international privé français et européen », *RDLA* n° 28, 2024, p. 113 et s.
- « L'irrésistible ascension des conflits de juridictions », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 735 et s.
- « Clause attributive de juridiction et droit de la concurrence : l'affaire eBizcuss devant la CJUE », note sous CJUE, 24 oct. 2018, *D.* 2018, p. 2338 et s.
- « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255 et s.
- « Unité et diversité : quelques mots de droit international privé européen », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 387 et s.
- « Individualisme et mondialisation : aspect de droit international privé de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Hans Van Loon*, Intersentia, 2013, p. 181 et s.
- « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 431 et s.
- « De l'insaisissabilité des fonds affectés à une mission diplomatique », Note sous civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 124 et s.
- « De quelques aspects de la concentration des contentieux en droit communautaire. Les litiges impliquant des juridictions d'États tiers », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 465 et s.
- « Portée du privilège de juridiction en matière de divorce et conflit de procédures », note sous civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 133 et s.
- « Le destin mouvementé des articles 14 et 15 du Code civil français de 1804 au début du XXI^{ème} siècle », in *Liber Fausto Pocar*, Giuffré, 2009, p. 433 et s.
- « Des conditions de validité d'une clause attributive de juridiction », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 731 et s.
- « Conditions de validité d'une clause attributive de juridiction et fixation contractuelle artificielle du lieu d'exécution de l'obligation dans un contrat de distribution sélective », note sous Com. 27 février 1996, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 736 et s.
- « L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les Conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 181 et s.

- « La litispendance internationale dans la jurisprudence française après la communication de D. Holleaux au Com. Fr. DIP », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 121 et s.
- « Divisibilité de deux contrats d'agent commercial, l'un comportant une clause attributive de compétence, l'autre non », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 358 et s.
- « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *TCFDIP* 1986-1988, Éditions du CNRS, p. 171 et s.

GAUDEMET-TALLON (H.), KESSEDJIAN (C.), « La refonte du règlement Bruxelles I », *RTD. eur.* 2013, p. 435 et s.

GAURIAU (B.), « L'identification de la loi applicable au contrat de travail international », in B. Teyssié (dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, Panthéon-Assas, éd. 2014, p. 234 et s.

GAUTIER (P.-Y.), « Eloge du syllogisme », *JCP G* 2015, act. 902

GENICON (Th.),

- « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015, p. 625 et s.
- « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d'assistance bénévole », *RDC* 2014, p. 16 et s.
- « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013, p. 336 et s.
- « Acceptation tacite dans une relation d'affaires habituelle : un silence circonstancié qui ne dit pas son nom », *RDC* 2011, p. 795 et s. :
- « Erreur-obstacle : nullité pour erreur (excusable) sur l'objet », note sous Cass. com., 15 avr. 2008, n° 07-12645 et Cass. civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-10772, *RDC* 2008, p. 716 et s.

GHESTIN (J.),

- « La notion de contrat », *D.* 1990, p. 147 et s.
- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, p. 4 et s.
- « La notion de contrat », *Droits* 1990, p. 7 et s.

GIARDINA (A.), « Les contrats liés en droit international privé », *TCFDIP* 1995-96-97, p. 97 et s.

GODECHOT-PATRIS (S.), « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfactions et craintes », *D.* 2012, p. 2462 et s.

GOLDMAN (B.), « La lex mercatoria dans les contrats et arbitrages internationaux : réalités et perspectives », *TCFDIP* 1977-1979, p. 221 et s.

GOLDSTEIN (G.),

- « L'exception de prévisibilité », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 3 et s.
- « Objective, Subjective and Imperative Localization in the Resolution of Conflict of Laws », *Yearbook of Private International Law* 2022/2023, volume XXIV, p. 18 et s.

GONZALEZ BEILFUSS (CR.), « Article 6 », in S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, p. 557 et s.

GORE (M.), « La professio Juris », *Défrénois* 2013, p. 762 et s.

GOTHOT (P.),

- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 1971, p. 1 et s., p. 209 et s. et p. 415 et s.
- « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *TCFDIP* 1977, p. 201 et s.

GOUTAL (J.-L.), « L'arbitrage et les tiers : I. - Le droit des contrats », *Ren. arb.* 1988, p. 439 et s.

GRAFFI (L.), « International Arbitration Agreements “by reference” : a European Perspective », *Gaz. Pal.* 22 octobre 2005, p. 22 et s.

GREENBERG (S.), « The Law Applicable to Non-contractual Claims in International Commercial Arbitration », in *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, Kluwer Law International, 2018, p. 345 et s.

GRIDEL (A.), Obs. sous Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.95, *D.* 2022, p. 1777.

GRIMALDI (C.),

- « La valeur normative des directives d'interprétation », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 154 et s.
- « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008, p. 207 et s.
- « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448 et s.

GRZEGORCZYK (C.), « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits* 1988, p. 47 et s.

GUASTINI (R.), « Le réalisme juridique redéfini », *Revus* 2013, p. 113 et s., traduit de l'italien par E. Millard, accessible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2426902

GUILLARD (CH.), « Protection de l'environnement et justice conflictuelle : une nouvelle équation pour le droit international privé ? », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 251 et s.

GUILLAUME (J.), « La clause compromissoire insérée dans un contrat spécial et rédigée en termes généraux n'est pas restreinte aux litiges relatifs à ce contrat », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 90 et s.

GUNTER (P.-Y.), « La clause d'arbitrage et les non-signataires : retour sur l'extension *ratione personae* de la clause d'arbitrage en droit suisse », *Ren. arb.* 2024, p. 61 et s.

HAFTEL (B.),

- « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, p. 1477 et s.
- « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 409 et s.

HAHN (C.), « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II : L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP* 2006-2008, p. 187 et s.

HAMMJE (P.), « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », note sous Civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 08-13.431, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 344 et s.

HANNOUN (CH.), « Méthodologie d'un droit des montages contractuels », *RDC* 2007, p. 1036 et s.

HANOTIAU (B.),

- « L'arbitre garant du respect des valeurs de l'arbitrage », in *Liber Amicorum in honor of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 364 et s.
- « Consent to Arbitration : Do We Share a Common Vision? », in William W. Park (dir.), *Arbitration International*, Oxford University Press, 2011, p. 539 et s.
- « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *Gaz. Pal.* 19 décembre 2002, p. 6 et s.
- « Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts Parties Issues », *Journal of International Arbitration* 2001, p. 251 et s.
- « Arbitration and Bank Guarantees », *J. int'l. arb.* 1999, p. 15 et s.

HART (H.),

- « Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford Press, 1983, p. 265 et s.
- « Diamonds and String: Holmes on the Common Law », in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford Press, 1983, p. 278 et s.

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, 1^{ère} édition, 1910, Dalloz, réédité en 2010.

HEBRAUD (P.), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II*, Dalloz, 1960, p. 420 et s.

HERMAN (H.), HANNOTIN (G.), « Le nouveau régime applicable aux mesures conservatoires et mesures d'exécution prises contre des États étrangers issu de la loi Sapin 2 », *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, p. 14 et s.

HEUZE (V.),

- « Un avatar du pragmatisme juridique : la théorie des lois de police », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 31 et s.
- « Faut-il confondre les clauses d'élection de for avec les conventions d'arbitrage dans les rapports internationaux? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 295 et s.
- « Arbitrage international : quelle raison à la déraison? », *D.* 2011, p. 2880 et s.
- « La volonté en droit international privé », *Droits* 1999, p. 114 et s.
- « La notion de contrat en droit international privé », in *TCFDIP* 1998, p. 319 et s.
- « Du droit applicable à un contrat de travail qui exclut le droit français sans en élire aucun autre », note sous conseil des prud'hommes d'Angers, 18 mai 1989, *Soc. Minéo c. Albert*, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 501 et s.

HEYMANN (J.), « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution », *JCP* 2017, p. 102 et s.

HILL (J.), « Choice of law in contract under the Rome Convention: The approach of the UK courts », *ICLQ* 2004, p. 325 et s.

HOLLEAUX (D.), « La litispendance internationale », *TCFDIP* 1971-1973, p. 203 et s.

HOLMES (O.-W.), « The Path of the law », *Harvard Law review* 1897, p. 463 et s.

HOOK (M.), “Arbitration Agreements and Anational Law: A Question of Intent?”, *Journal of International Arbitration* 2011, Volume 28, Issue 3, p. 175 et s.

HOUTCIEFF (D.),

- « Essai de maïeutique juridique : la mise à jour du principe de l'estoppel », *JCP* 2009. Doctr. 463.
- « Sur le principe de cohérence en procédure civile », *RJ com.* 2009. 347

HUDAULT (J.), « Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français », *Rev. crit. DIP* 1972, p. 249 et s.

HUET (A.),

- « Le nouvel article 15 du Code civil », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 311 et s.
- « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques. Études à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 501 et s.
- Obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, *JDI* 1997, p. 175.
- Note sous CA Paris, 1^{er} décembre 1969, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 295 et s.

HUSS (A.), « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit Luxembourgeois », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1968, p. 203 et s.

IZAC (L.), « Volonté individuelle et acte juridique : Regard d'un privatiste sur le contrat », in M. Nicod (dir.), *De la volonté individuelle*, LGDJ, 2009, p. 193 et s.

JACQUET (J.-M.),

- « L'autonomie de la volonté et la pensée juridique internationaliste », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 905 et s.
- « Les libertés de l'arbitre international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 311 et s.
- « La théorie de l'autonomie de la volonté », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 1 et s.
- « Avons-nous besoin de jurisprudence arbitrale ? », *Rev. arb.* 2010, p. 445 et s.
- « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène-Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 727 et s.
- « L'incorporation de la loi dans le contrat », *TCFDIP* 1993-1995, p. 23 et s.

JAMIN (C.), « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901 et s.

JANVILLE (I.), note sous Cass. ass. plén., 27 févr. 2009, *Gaz. Pal.* 18-19 mars 2009, p. et 10 s.

JARROSSON (CH.),

- « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Ren. crit. DIP* 1997, p. 657 et s.
- Note sous civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Ren. crit. DIP* 1992, p. 689 et s.

JARROSSON (CH.), PELLERIN (J.), « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5 et s.

JAULT-SESEKE (F.),

- « L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles : le choix de la continuité pour le contrat de travail (Commentaire de l'article 8 du règlement Rome I) », *RDT* 2008, p. 619 et s.
- « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *Rev. Crit. DIP* 2005, p. 253 et s.
- « La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 455 et s.

JEAMMAUD (A.), « L'ordre, une exigence du droit ? », in P. Ancel (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 15 et s.

JEANNENEY (J.), « Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus », *Droit et Philosophie* 2017, p. 69 et s.

JESTAZ (PH.),

- « La qualification en droit civil », *Droits* 1994, p. 45 et s.
- « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 et s.

JESTAZ (PH.), JAMIN (CH.), « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, p. 167 et s.

JHERING (R.), « In the Heaven for Legal Concepts: À Fantasy », *Temple Law Quarterly* 1985, p. 799 et s.

JOBARD-BACHELIER (M.N.),

- « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in M. Béhar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 53 et s.
- « De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international, en présence même d'éléments d'extranéité », *Gaz. Pal.* 2001, p. 13 et s.

JOHNSON (Th.A.), « A Violation of Jus Cogens Norms as an Implicit Waiver of Immunity under the Federal Sovereign Immunities Act », *Maryland Journal of International Law and Trade* 1995, p. 259 et s.

JOUBERT (N.),

- « Article 6. Consent and material validity », in S. Corneloup (dir.), *The Rome III regulation*, Elgar, 2020, p. 79 et s.
- « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : Vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 229 et s.
- « De l'opposabilité d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat d'adhésion relatif au contrôle aérien », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 525 et s.

JOURDAN-MARQUES (J.),

- « Faut-il consolider Dalico ? Réflexion sur les règles matérielles relatives à la compétence arbitrale », *Rev. arb.* 2021, p. 1049 et s.
- « Action extracontractuelle et arbitrage », *Rev. arb.* 2019, p. 685 et s.

JUENGER (F.-K.), « Jurisdiction, Choice of Law and the Elusive Goal of Decisional Harmony », in *Law and Reality – Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 137 et s.

JULIEN (J.), « La langue française et le contrat », in *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 465 et s.

KADNER GRAZIANO (Th.), “Freedom to choose the applicable law in tort – Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation”, in W. Binchy, J. Ahern (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime*, Leiden, 2009, p. 113 et s.

KADNER GRAZIANO (Th.), MEYLE (H.), “Swiss Perspectives on the Hague principles”, in Girsberger (D.), Kadner Graziano (Th.), Neels (J.) (dir.), *Choice of law in international commercial contracts, Global perspectives on the Hague Principles*, Oxford university Press, 2021, p. 838 et s.

KAUFMANN-KOHLER (G.), « Le lieu de l’arbitrage à l’aune de la mondialisation », *Rev. Arb.* 1998, p. 517 et s.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Arch. Phil. Dr.* 1940, p. 33 et s.

KERAMEUS (N.K.), « L’engagement des sociétés d’un groupe à l’arbitrage — Une approche comparative », *Rev. arb.* 2013, p. 617 et s.

KESSEDJIAN (C.),

- « Le droit international privé : archétype de coordination des systèmes juridiques », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 1183 et s.
- « Le principe de proximité vingt ans après », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 507 et s.
- « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales) », *RIDC* 1995, p. 373 et s.

KESSLER (F.), “Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract”, *Columbia Law Review* 1943, p. 629 et s.

KHAIRALLAH (G.), « La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux », in *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, p. 197 et s.

KINSCH (P.),

- « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 377 et s.
- « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in *Mélanges en l’honneur de Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 455 et s.
- « La “sauvegarde de certaines politiques législatives”, cas d’intervention de l’ordre public international ? », in *Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447 et s.

KLEIMAN (E.), SALEH (SH.), « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties ? », *Cab. Arb.* 2012, p. 99 et s.

KLEINER (C.), « L'affaire du siècle : NML c/ République d'Argentine ou la "contribution" des fonds voutours au droit international », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 391 et s.

KLERMONT (K.M.), PALMER (J.R.B.), « French Article 14 Jurisdiction, viewed from the United States », in *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 473 et s.

KNETSCH (J.), « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations. Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 419 et s.

KOHLER (Ch.), « Rigueur et souplesse en droit international privé : les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction "dans le commerce international" par l'art. 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction », in *Droit international et droit communautaire. Actes du colloque, Paris, 5 et 6 avril 1990*, 1991, p. 159 et s.

KRAMER (X.), THEMELI (E.), « The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum », in V. Lazić, S. Stuij (dir.), *Brussels Ibis Regulation. Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, Springer, 2017, p. 27 et s.

KUKLIN (B.-H.), « The Justification for Protecting Reasonable Expectations », *Hofstra Law Review* 2001, p. 863 et s.

KUPELYANTS (H.),

- « Choisissez au hasard ? Les raisons d'une divergence regrettable », in H. Muir Watt, L. Bíziková, A. Brandão de Oliveira, D.-P. Fernandez Arroyo (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 127 et s.
- « Implication of jurisdiction agreements », *The Cambridge Law Journal* 2016, p. 216 et s.

LAAZOUZI (M.),

- « Approche comparée du droit applicable à la convention d'arbitrage international : de Enka à la proposition de réforme de l'arbitration act », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 601 et s.
- « Proximité et prévisibilité », in C. Nourissat, L. Pailler (dir.), *Un système de droit international privé de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2023, p. 243 et s.
- « Avant-propos », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 9 et s.
- « La neutralisation de la renonciation conventionnelle à l'immunité d'exécution de l'État étranger en France », *RDC* 2013, p. 1485 et s.

LAGARDE (P.),

- « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691 et s.
- « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 331 et s.
- « De la loi applicable à un contrat de courtage matrimonial », *Rev. crit.* 2006, p. 94 et s.

- Note sous civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Ren. crit. DIP* 1992, p. 331 et s.
- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Ren. crit. DIP* 1991, p. 287 et s.
- « Loi applicable aux exclusions de garantie dans les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », note sous Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, *Ren. crit. DIP* 1990, p. 316 et s.
- « Sur le contrat de travail international, analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83 et s.
- « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125 et s.
- « Le dépeçage en droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. Priv. Proc.* 1975, p. 649 et s.
- « Les modes non formels d'expression de la volonté juridique en droit international privé français », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, TAHC, T. XX, Dalloz, 1972, p. 189 et s.

LAGARDE (X.), « Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *JCP* 2013, n° 48, Doctr. 1255.

LATTHIER (Y.-M.),

- « Quand peut-on invoquer la caducité du contrat ? », *RDC* mars 2021/1, p. 161 et s.
- « Une nouvelle avancée de la nullité relative : la nullité du contrat conclu sous une condition suspensive impossible », obs sous civ. 3^{ème}, 8 octobre 2008, *RDC* 2009, p. 51 et s.

LALIVE (P.),

- « Note sur la jurisprudence suisse en matière d'immunité des États », *JDI* 1987, p. 1000 et s.
- « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit international privé. Rapport général », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1968, p. 171 et s.

LANDO (O.), NIELSEN (P.), « Rome I Regulation », *CMLR* 2008, p. 1687 et s.

LARRIBERE (L.), « Le minimalisme des exigences formelles en matière de convention attributive de juridiction », Note sous CJUE, 24 novembre 2022, n° C-358/21, *Tilman SA c/ Unilever Supply Chain Company AG*, *Rev. crit. DIP* 2023, p. 443 et s.

LAZIC (V.), KRUISINGA (S.A.), « Prorogation of Jurisdictions: Validity Requirements and Methods of Interpretation », in *Festschrift für Herbert Kronke*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2020, p. 275 et s.

LEBOULANGER (PH.),

- « Propos introductifs relatifs aux problématiques spécifiques à l'arbitrage commercial international », in B. Darmon, E. Glucksmann (dir.), *Procédures parallèles et décisions contradictoires*, Bruylant, 2015, p. 67 et s.
- « La renonciation à l'immunité d'exécution », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 455 et s.
- « Multi-Contract Arbitration », *Journal of International Arbitration* 1996, p. 43 et s.
- « État, politique et arbitrage. L'affaire du plateau des Pyramides », *Rev. arb.* 1986, p. 3 et s.

LECLERC (F.), « Le contrat-cadre en droit international privé », *TCFDIP* 2002-04, p. 3 et s.

LECOMTE (F.), « L'élaboration d'un droit judiciaire européen : le cas de la "concentration du contentieux" », *Revue des affaires européennes* 2021, p. 351 et s.

LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s.

LEFLAR (R.), « Choice-influencing Considerations in Conflict Laws », *New York University Law Review* 1966, p. 267 et s.

LEGENDRE (R.), « L'échec de la concentration du contentieux familial dans l'espace judiciaire européen », note sous CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/18 et CJUE, ord., 3 octobre 2019, aff. C-759/18, *Rev. crit. DIP* 2020, p. 503 et s.

LEGGATT (G.), « Making sense of contracts: the rational choice theory », *Law Quarterly Review* 2015, p. 454 et s.

LEHMANN (M.), « Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, p. 381 et s.

LEIBLE (S.), « Choice of the applicable law », in *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, 2008, p. 61 et s.

LEIN (E.), « Article 8 », in A. Bonomi, P. Wautelet (dir.), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, Bruylant, 2021, p. 449 et s.

LEITER (B.), « Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered », *Ethics* 2001, p. 278 et s.

LENGLART (E.), « Les conflits de juridictions à l'épreuve de l'individualisme », *Rev. crit. DIP* 2023, p. 317 et s.

LE PILLOUER (A.), « Indétermination du langage et indétermination du droit », *Droit & Philosophie* 2018, accessible à l'adresse suivante : <https://www.droitphilosophie.com/articles/indetermination-du-langage-et-indetermination-du-droit-199>

LEQUETTE (Y.),

- « De la "proximité" au "fait accompli" », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 481 et s.
- « De Bruxelles à La Haye (actes II), Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », in *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 503 et s.
- « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 oct. 1988) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277 et s.

LESSONA (S.), « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », *RTD cin.* 1912, p. 361 et s.

LEVEL (P.), « Le contrat dit sans loi », *TCFDIP* 1964-66, p. 213 et s.

LEVY (E.),

- « Les droits sont des croyances », *RTD civ.* 1924, p. 59 et s.
- « Responsabilité et contrat », *RCLJ* 1899, p. 361 et s.

LEW (J.-D.-M.), « Sulamérica and Arsanovia: English Law Governing Arbitration Agreements », in G. Affaki, H. Grigeria Naon (dir.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Kluwer Law International, 2015, p. 136 et s.

LIBCHABER (R.),

- « Heurs et malheurs d'une catégorie mal conçue : la convention d'assistance bénévole », note sous civ. 1^{ère}, 18 janvier 2023, *RDC* 2023/2, p. 14 et s. et not. p. 15.
- « Les présomptions, entre fonction probatoire et rôle substantiel », *Droit & Philosophie* 2019, p. 157 et s.
- « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP* 2016, doct. 632.
- « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats - Le sort des engagements non bilatéraux », *RDC* 2015, p. 634 et s.
- « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 505 et s.
- « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz 2005, p. 226 et s.

LOCKIEC (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, p. 321 et s.

LOPEZ DE TEJADA (M.), « Le choix implicite de la loi applicable à la succession », *JCP N* 2021, p. 1135 et s.

LOQUIN (E.),

- « L'application par les tribunaux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 533 et s.
- « Clauses compromissaires et groupe de sociétés, approche méthodologique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, LexisNexis, 2014, p. 241 et s.
- « Le temps dans l'arbitrage », in *Le temps et le droit*, Dalloz, 2014, p. 5 et s.
- « La bonne administration de la justice arbitrale », *Justice et Cassation* 2013, p. 73 et s.
- « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011, p. 255 et s.
- « Sécurité juridique et relations internationales », in *La sécurité juridique*, Larcier, 2008, p. 467 et s.
- « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Cah. Arb.* 2004, p. 49 et s.
- Note sous civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *RTD com.* 2001, p. 409 et s.
- Note sous CA Paris 23 nov. 1999 et CA Versailles, 7 septembre 1998, *RTD Com.* 2001, p. 59 et s.
- « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994, p. 235 et s.
- « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI* 1983, p. 293 et s.

LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, p. 44 et s.

LOUVEL (B.), « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 et s.

LÜTTRINGHAUS (J.-D.), « article 12 », in F. Ferrari (dir.), *Rome I Regulation*, Sellier European Law Publishers.

LYON-CAEN (G.), « La convention collective de travail en droit international privé », *JDI* 1964, p. 247 et s.

MAGNUS (U.), « Article 23 » in *Brussels I Regulation*, 2nd Revised Edition, 2012.

MALAURIE (PH.),

- « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », *JCP G* 2011, n° 51, act. 1402.
- « La législation de droit international privé en matière de statut personnel », *TCFDIP* 1979, p. 177 et s.

MANKOWSKI (P.),

- « Article 3 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome I regulation*, Sellier European law publishers, 2017.
- « Article 14 », in U. Magnus, P. Mankowski (dir.), *Rome II regulation*, Ottoschmidt, 2019.

MANN (F.-A.), « Lex Facit Arbitrum », in *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, Martinus Nijhoff, 1967, p. 157 et s.

MANSEL (H.-P.), « Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws », in S. Leible, *General Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, 2016, p. 131 et s.

MANTILLA-SERRANO (F.), « Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues ? », in Bernard Hanotiau, Eric Schwartz (dir.), *Multiparty Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, 2010 p. 11 et s.

MARCHADIER (F.), « L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2017, p. 159 et s.

MARTIAL-BRAZ (N.),

- « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la "personne raisonnable" et l'interprétation in favorem », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 193 et s.
- « L'ambivalence du silence en droit des contrats », in *Le silence saisi par le droit privé*, IRJS Éditions, 2014, p. 9 et s.

MARTIN (X.),

- « Fondements politiques du Code Napoléon », *RTD civ.* 2003, p. 247 et s.
- « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985/2, p. 117 et s.
- « Anthropologie et code Napoléon », *Bull. soc. fr. idées et hist. relig.* 1984, n° 1, p. 39 et s.
- « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHD* 1982/4, p. 589 et s.

MAXEINER (J.-R.),

- « Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law », *Hous. J. Int'l L.* 2008, p. 27 et s.
- « Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy », *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2007, p. 541 et s.

MAYER (P.),

- « Le mythe du contrat d'arbitre », in *Mélanges en l'honneur de Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1181 et s.
- « La liberté de l'arbitre », *Rev. Arb.* 2013, p. 339 et s.
- « La dispersion des demandes connexes entre plusieurs procédures arbitrales est-elle inéluctable ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 129 et s.
- « Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories under French law. The Irreconcilable Position of French and English courts », *Am. U. Int'l LR* 2012, p. 831 et s.
- « The Laws or Rules of Law Applicable to the Merits of a Dispute and the Freedom of the Arbitrator », in Y. Derains, L. Lévy (dir.), *Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*, ICC, 2011, p. 47 et s.
- « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace », *Dr. et patr.* mai 2011, p. 30 et s.
- « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 423 et s.
- « Extension of the arbitration clause to non-signatories under French Law » in *Multiple-party actions in international arbitration*, PCA, 2009, p. 195 et s.
- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 547 et s.
- « Le rôle des Principes d'Unidroit dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *Suppl. Spécial, Bull. CCI*, 2002, p. 115 et s.
- « Office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère et régime de l'accord procédural », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 60 et s.
- « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 513 et s.
- « Le juge et la loi étrangère », *Rev. suisse dr. Internat et europ.*, 1991, p. 481 et s.
- « Les lois de police », *TCFDIP* 1988, p. 105 et s.
- Note sous civ. 1ère, 18 novembre 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 786 et s.
- « Les lois de police », *TCFDIP*, Journées du cinquantenaire, 1985, édition CNRS, 1988, p. 105 et s.
- « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 et s.
- « L'insertion de la sentence arbitrale dans l'ordre juridique français », in *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, FEDUCI, 1984, p. 81 et s.
- « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDIP* 1975-1977, p. 233 et s.

MAZEAUD (D.), « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », note sous Civ. 2^{ème}, 14 déc. 2017, n° 16-26.687, *RTD civ.* 2018 p. 72 et s.

MAZEAUD (H.), « Les notions de “droit”, de “justice” et d’“équité” », in *Aequitas und bona fides : Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Basel*, Helbing und Lichtenhahn, 1955, p. 229 et s.

MEHREN (A.-T. Von), « Choice of law and the problem of justice », *Law and contemporary problems* 1977, p. 27 et s.

MEHTIYEVA (K.), « Les immunités et l'exequatur », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 1001 et s.

MERRETT (L.), “Article 23 of the Brussels I regulation: A comprehensive code for jurisdiction agreements?”, *International and Comparative Law Quarterly* 2009, p. 545 et s.

MESTRE (J.), « Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles », *TCFDIP* 1987-1988, p. 57 et s.

MEYER-FABRE (N.), « Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereign States, A new Milestone : Signing ICC Arbitration Clause Entails Waiver of Immunity from Exécution Held French Court of Cassation in Creighton v. Qatar », *Mealey's International Arbitration Report*, Sept. 2000, p. 48 et s.

MEYNIAL (E.), « La déclaration de volonté », *RTD civ.* 1902, p. 545 et s.

MICHAELS (R.), “Private International Law and the Question of Universal Values”, in F. Ferrari, D.P. Fernández Arroyo (dir.), *Private international law: contemporary challenges and continuing relevance*, Elgar, 2019, p. 148 et s.

MILLS (A.),

- « Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 405 et s.
- “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, in J. Ahern, W. Binchy (dir.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to non-contractual obligations*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 133 et s.

MINIATO (L.), « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035 et s.

MITCHELL (C.), “Leading a Life of Its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, p. 639 et s.

MOLFESSIS (N.), « Discontinuité du droit et sécurité juridique », *Louisiana Law Review*, 2004, p. 1309 et s.

MOREAU (M.-A.), « Continuité des règles de DIP en matière de contrat de travail international et communautarisation », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 401 et s.

MORVAN (P.), « L'expulsion de la norme étrangère par le droit du travail français », *JCP S* 2016. 1153.

MOTULSKY (H.), « Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire », *JCP G* 1954. I. p. 1194 et s., reproduits in *Écrits. Études et notes sur l'arbitrage*, p. 189 et s.

MOURALIS (D.), « Loyauté et arbitrage », in F. Petit (dir.), *Droit et Loyauté*, Dalloz, 2015, p. 47 et s.

MOURY (J.), « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD civ.* 1994, p. 255 et s.

MUIR WATT (H.),

- « Le “principe d'autonomie des parties” : un impensé du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 423 et s.
- « La loi applicable à la convention d'arbitrage : leçon de droit anglais », note sous Cour suprême du Royaume-Uni, 20 oct. 2020, [2020] UKSC 38, *Rev. crit. DIP* 2021, p. 415 et s.
- « Immunité d'exécution des États (renonciation) : portée du droit international coutumier », Obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *Rev. crit. DIP* 2015, p. 652 et s.
- « De la renonciation à l'immunité de juridiction des États », Note sous civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 671 et s.
- « L'immunité souveraine et les fonds “vautour” », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 789 et s.
- « Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 539 et s.
- « De la loi applicable au divorce d'un couple franco-allemand », obs. sous Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, n° 08-11.872, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 353 et s.
- « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néo-libéralisme », in M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Perruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé?*, Dalloz, 2009, p. 77 et s.
- « La politique de la Cour de cassation en matière de droit international privé : économie de la justice et contentieux international », Conférence prononcée à la Cour de cassation, 18 septembre 2006.
- « Les parties écartent tacitement la Convention de Vienne en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 93 et s.
- « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé* 2000, p. 503 et s.
- « Reliance et définition du contrat », in *Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 57 et s.
- « Sur l'actualité de la jurisprudence Roho : de la licéité de l'accord procédural en matière de conflits de lois », *Justices* 1997, n° 6, p. 264 et s.
- « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 et s.

MULLER (TH.), “Extension of Arbitration Agreements to Third Parties Under Swiss Law”, in *Cross Border Arbitration Handbook*, 2010, p. 9 et s.

NADELMANN (K.-H.), « Jurisdictionally improper fora », in *Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 321 et s.

NEUHAUS (P.-H.), « Legal Certainty versus Equity in the Conflict of Laws », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 28, n° 4, New Trends in the Conflict of Laws, 1963, p. 795 et s.

NIBOYET (M.-L.),

- « Office du juge et déclenchement du raisonnement conflictuel », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? — Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, 2015, p. 19 et s.

- « Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure », in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 363 et s.
- « Office du juge : la vérification et l'exercice de la compétence », *Dr. et patr.* 2005, n° 138, p. 75 et s.

NORD (N.),

- « La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 309 et s.
- « La protection du salarié en droit international privé : approximations et artifices », *JCP S* 2006. 1832.

NOURISSAT (C.),

- « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement "Bruxelles 1 bis" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 567 et s.
- « Le dépeçage », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 205 et s.
- « Le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Procédures* 2009, étude 5.

NOURISSAT (C.), REVILLARD (M.), « Le notaire français et le règlement "successions" », *Defrénois*, 15 octobre 2015, p. 985 et s.

NUYTS (A.), « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1 et s.

OKOLI (C.-S.-A.),

- « The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective », *Uniform Law Review* 2023, p. 1 et s.
- « The Significance of the Doctrine of Accessory Allocation as a Connecting Factor under Article 4 of the Rome I Regulation », *Journal of private international law* 2013, p. 449 et s.

OKOLI (C.-S.-A.), ARISHE (G.), « The operation of the escape clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation », *JPIL* 2012, p. 513 et s.

OPPETIT (B.),

- « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551 et s.
- « La pratique française en matière d'immunité d'exécution », in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Cahiers du CEDIN, 1988, p. 49 et s.
- « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1988, p. 121 et s.
- « L'arbitrage et les tiers : présentation générale », *Rev. arb.* 1988, p. 433 et s.
- Note sous Paris, 21 avril 1982, *JDI* 1983, p. 145 et s.
- Note sous Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, *JDI* 1972, p. 845 et s.

PAILLER (L.), « Les clauses d'élection de for à l'épreuve des droits fondamentaux », in M. Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de compétence internationale : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 33 et s.

PATAUT (E.),

- « La clause d'exception dans la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 2014, note sous CJUE 12 septembre 2013, aff. C-64/12, p. 159 et s.
- « Prorogation tacite de compétence par le défendeur qui comparaît sans soulever d'exception d'incompétence », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 575 et s.

PEARSON (S.), "Sulamerica v Enesa: The Hidden Pro-Validation Approach Adopted by the English Courts with Respect to the Proper Law of the Arbitration Agreement", *Arbitration International* 2013, p. 115 et s.

PEASE (CH.), NORMAN (E.), "Better the devil you know: the incorporation of standard terms", *In-House Lawyer* 2012, p. 33 et s.

PENADÉS FONTS (M.), "Commercial Choice of Law in Context - Looking Beyond Rome-1", *The Modern Law Review* 2015, p. 241 et s.

PERELMAN (C.),

- « Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse », in Ch. Perelman, R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 363 et s.
- « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 339 et s.

PERREAU-SAUSSINE (L.),

- « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 611 et s.
- « Le nouveau règlement européen "successions internationales" : un équilibre délicat entre juridique et judiciaire », *Europe* 2013, étude 6.

PERRET (F.), « Resolving Conflicts between Contractual Clauses and Specific Rules of the Governing Law - Strict Application of the Law or Flexible Approach », in F. Bortolotti, P. Mayer (dir.), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, ICC, 2014, p. 109 et s.

PERROT (R.), « La loyauté procédurale », note sous Civ. 1re, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *RTD civ.* 2006, p. 151 et s.

PEYRFITTE (L.), « Le problème du contrat sans loi », *D.* 1965, p. 113 et s.

PINSOLLE (PH.),

- « Les applications du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en droit du commerce international », in M. Behar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 37 et s.
- « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, p. 905 et s.

PIRONON (V.), « Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ? », in J. Rochfeld (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, LGDJ, 2010, p. 100 et s.

PLOUVIEZ (M.), « Durkheim et l'histoire du droit contractuel. Une relativisation socio-historique de l'autonomie de la volonté », *Droit & Philosophie* 2012, p. 231 et s.

POCAR (F), « Quelques remarques sur la loi applicable au contrat de sous-traitance », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 155 et s.

POIRAT (F), « Les immunités des sujets du droit international », in J. Verhoeven (dir.), *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, LGDJ, Larcier, 2004, p. 11 et s.

POLLAUD-DULIAN (F), A. RONZANO, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, p. 179 et s.

PONSARD (A.), « Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères », *TCFDIP* 1985-1986, p. 47 et s.

POPELIER (P.), « Five Paradoxes on Legal Certainty and the Lawmaker », *Legisprudence* 2008, p. 47 et s.

POPESCO-RAMNICEANO (R.), « Le silence créateur d'obligations et l'abus du droit », *RTD cin.* 1930, p. 999 et s.

POUDRET (J.-F.),

- « L'extension de la clause d'arbitrage. Approches française et suisse », *JDI* 1995, p. 893 et s.
- « Trois remarques au sujet de la théorie des groupes de sociétés », *ASA Bulletin* 1995, p. 145 et s.
- « La Clause arbitrale par référence selon la Convention de New York et l'article 6 du Concordat sur l'arbitrage », *Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet*, Payot, 1985, p. 523 et s.

POUND (R.), « Mechanical Jurisprudence », *Columbia Law Review* 1908, p. 605 et s.

PRYLES (M.), WAINCYMER (J.-M.), « Multiple Claims in Arbitration Between the Same Parties », in A.J. Van den Berg (dir.), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, Kluwer Law International, 2009, p. 437 et s.

PUIG (P.), « L'excès de proportionnalité », *RTD. cin.* 2016, p. 70 et s.

RACINE (J.B.),

- « Brefs propos sur la notion de besoins du commerce international/Brief reflections on the needs of international trade », *International Business Law Journal* 2019, p. 375 et s.
- « L'application par les juridictions françaises du droit uniforme et des conventions internationales », in *L'application du droit étranger*, Société de législation comparée, 2018, p. 19 et s.
- « Arbitrage et cautionnement en droit français », *Cab. arb.* 2010, p. 353 et s.
- « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.* 2005, p. 305 et s.

RADIN (M.), « Legal realism », *Columbia Law Review* 1931, p. 824 et s.

RAGNO (FR.), « Article 3 », in F. Ferrari (dir.), *Rome I Regulation*, Sellier, 2015, p. 73 et s.

RAINVILLE (P.), « Volonté interne et for intérieur : le silence et l'inaction en guise d'outils interprétatifs du contrat », *Les Cahiers de droit* 2015, p. 615 et s.

RAKOFF (T.-D.), “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, *Harvard Law Review* 1983, p. 1173 et s.

RANIERI (F.),

- « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du *venire contra factum proprium* dans les droits allemand et suisse et sa diffusion en Europe », in M. Béhar-Touchais (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 25 et s.
- « Bonne foi et exercice du droit en civil law », *RIDC* 1998, p. 1055 et s.
- « Verwirkung et renonciation tacite, quelques remarques de droit comparé », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, 1974, Litec, p. 427 et s.

RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », *RTD cin.* 1936, p. 763 et s.

REITER (B.-J.), SWAN (J.), “Contracts and the Protection of Reasonable Expectations” in B.J. Reiter, J. Swan (dir.), *Studies in Contract Law*, 1980, p. 1 et s.

REMOND-GOULLLOUD (M.), « Des clauses de connaissances maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère : essai de démystification », *DMF* 1995, p. 339 et s.

REMY-CORLAY (P.),

- « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 37 et s.
- « L'existence du consentement », in D. Fenouillet, P. Rémy-Corlay (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit des contrats*, Dalloz, 2003, p. 29 et s.

REMY (B.),

- « À quelles conditions le paiement d'une facture renvoyant à une clause d'élection de for contenue dans des conditions générales vaut-il acceptation de celle-ci ? », *Rev. crit. DIP* 2020, p. 317 et s.
- « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois – Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, 2015, p. 791 et s.
- « De la profusion à la confusion : réflexions sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011, p. 51 et s.

REJET (Th.),

- « Une philosophie générale ? », *RDC* 2016, p. 5 et s.
- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 199 et s.
- « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in Ch. Jamin, D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 83 et s.

REYDELLET (C.),

- « Le cautionnement international devant le juge étatique », *RLDA* janvier 2017, p. 19 et s.
- « Office du juge et diligences des parties dans le projet de Code de droit international privé », *Gaz. Pal.* 30 mai 2023, p. 14 et s.

REYMOND (CL.), « Conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *TCFDIP* 1988-1990, p. 97 et s.

RICHARD DE LA TOUR (J.), « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *RDC* 2016, p. 392 et s.

RIEG (A.),

- « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, *TAHC*, t. XX, 1968, Dalloz, 1972, p. 40 et s.
- « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. Phil. Droit* 1968, p. 31 et s.
- « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. Phil. Droit* 1957, p. 125 et s.

RIGAUD (L.), « La conception nationaliste de la compétence judiciaire en droit international privé : sa persistance et ses origines », *Rev. crit. DIP* 1938, p. 605 et s.

RIVERO (J.),

- « Fictions et présomptions en droit public français », in Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 101 et s.
- « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, p. 99 et s., Reproduit in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, p. 3 et s.

ROBIN (G.), « La portée des immunités d'exécution dans les transactions commerciales internationales », *RDAl* 2002, p. 3 et s.

ROBIN-OLIVIER (S.), « La mobilité internationale du salarié », *Dr. soc.* 2005, p. 495 et s.

RODOLFO (S.), « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC* 2007, p. 743 et s.

ROMANO (G.-P.), « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles 1/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », in A. Bonomi, E.-C. Ritaine, G.-P. Romano (dir.), *La Convention de Lugano : passé, présent et devenir : Actes de la 19^e Journée de droit international privé*, Schulthess, 2007, p. 165 et s.

RONCA (M.), « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit international privé », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XX, Dalloz, 1968, p. 228 et s.

ROOSEVELT (K.), « Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws », in F. Ferrari & D. Fernández Arroyo (dir.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Elgar, 2019, p. 6 et s.

ROSHER (P.), « Regards caustiques d'un anglais (ou français ?) sur l'affaire Kout food », in *Mélanges en l'honneur de Dany Cohen*, Dalloz, 2023, p. 453 et s.

ROUHETTE (G.),

- « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits* 1990, p. 59 et s.
- « La force obligatoire du contrat, Rapport français », in D. Harris, D. Tallon (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, LGDJ, 1987, p. 27 et s.

ROUVIERE (F.),

- « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p. 118 et s.
- « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in A.B. Caire (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Centre Michel de l'Hospital, P.U. Clermont, 2014, accessible à l'adresse suivante : <https://hal.science/hal-01316686/document>

RUIZ ABOU-NIGM (V.), "United Kingdom: The Traditional Approach to Foreign Law in Civil Litigation in the Legal Systems of the United Kingdom", in Y. Nishitani (dir.), *Treatment of Foreign Law : Dynamics Towards Convergence ?*, Springer, 2017, p. 361 et s.

SAGAR (S.), « Waiver of Sovereign Immunity Clauses in Contracts: An Examination of their Legal Standing and Practical Value in Enforcement of International Arbitral Awards », *Journal of International Arbitration* 2014, p. 609 et s.

SALAH MOHAMED MAHMOUD (M.), « Groupes de contrats : intérêt de la notion en droit international privé et dans le droit de l'arbitrage international », *RDAI* 1996, p. 593 et s.

SAMUEL (A.), "Arbitration clauses incorporated by general reference and formal validity under article II (2) of the New York Convention", in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.F. Poudret*, Payot, 1999, p. 505 et s.

SAVATIER (R.), « Le droit et l'accélération de l'histoire », *D.* 1951, p. 29 et s.

SCALBERT (H.), MARVILLE (L.), « Les clauses compromissaires pathologiques », *Ren. arb.* 1988, p. 117 et s.

SCHERER (M.), « Le choix implicite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement ? — L'exemple du choix tacite résultant des clauses attributives de juridiction et d'arbitrage », in S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec 2011, p. 253 et s.

SEILLAN (Y.), « L'acte abdicatif », *RTD civ.* 1966, p. 686 et s.

SERAGLINI (CH.),

- « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *Ren. Arb.* 2003, p. 1101 et s.
- « Le droit français de l'arbitrage international : entre vocation universelle et tendance *lex foriste* », in *L'originalité du droit français de l'arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant, 2020, p. 9 et s.

SERIAUX (A.),

- « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 299 et s.
- « Le futur contractuel », in *Le droit et le futur*, Travaux et recherche de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF, 1985, p. 77 et s.

SEUBE (A.), « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 621 et s.

SHEPPARD (A.-W.),

- “Third Party Non-Signatories in English Arbitration Law”, in S. Brekoulakis, J.D.M. Lew et al. (dir.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2016, p. 183 et s.
- “Applicable Substantive Law”, in J.-D.-M. Lew, H. Bor et al. (dir.), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Kluwer Law International, 2013, p. 225 et s.

SILVA ROMERO (E.),

- « Legal Fictions in the Language of International Arbitration », *RCADI* 2022, t. 425, p. 295 et s.
- « Les “fictions juridiques” dans le langage du droit français de l’arbitrage international », *Rev. arb.* 2021, p. 343 et s.
- « “Legal Fictions” in the Languages of International Commercial Arbitration Involving States and State Entities », *Revue des Juristes de Sciences Po* 2021.
- « L’apport de la jurisprudence française en matière d’arbitrage international à la doctrine », in *L’originalité du droit français de l’arbitrage international*, Revue de droit Henri Capitant, 2020, p. 61 et s.

SILVA ROMERO (E.), VELARDE SAFFER (L.-M.), “The Extension Of The Arbitral Agreement To Non-Signatories In Europe: A Uniform Approach?”, *American University Business Law Review*, 2015, p. 371 et s.

SIMLER (PH.),

- « L’interprétation des actes juridiques, un mal nécessaire ? Dialogue avec l’ami Claude », in *Mélanges en l’honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 867 et s.
- « À la recherche des frontières de l’interprétation », in *L’interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 146 et s.

SIMON-DEPITRE (M.), Note sous Soc. 1er juillet 1964, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 47 et s.

SINAY-CYTERMANN (A.),

- « L’efficacité renforcée des clauses attributives de juridiction en droit international privé », in *Mélanges en l’honneur d’Isabelle Urbain-Parléani*, Dalloz, 2023, p. 663 et s.
- « État des lieux sur les articles 14 et 15 du Code civil en droit international privé », in *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 433 et s.
- « La protection du salarié en droit international privé », *JCP S* 2005. 1026.
- « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 737 et s.

SINDRES (D.),

- « Le “destinataire réel” des marchandises peut-il se voir opposer la clause attributive de compétence convenue entre le chargeur et le transporteur maritime ? », *Rev. crit. DIP* 2024, p. 23 et s.
- « Nouvelles réflexions sur les clauses attributives de compétence optionnelles », *Rev. crit. DIP* 2023, p. 335 et s.
- « Les actions indemnitaires sanctionnant la violation de l’attribution de compétence », in Malik Laazouzi (dir.), *Les clauses attributives de juridiction : de la prévisibilité au désordre*, Éditions Panthéon-Assas, 2020, p. 203 et s.

- « Les “Situations étrangères” et le devenir du conflit de lois », in H. Muir Watt, L. Biziková, A. Brandão de Oliveira Fernández Arroyo, M. Ma (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 681 et s.
- « Le juge de l'exequatur et la clause d'élection de for », *Ren. crit. DIP* 2019, p. 194 et s.
- « Le contrat-cadre en matière internationale », *AJ contrat* 2017, p. 107 et s.
- « La référence au droit international ne peut valoir choix d'une loi pour régir les relations contractuelles », *Ren. crit. DIP* 2017, p. 431 et s.
- « Choix de la loi applicable au contrat de travail et dispositions impératives protectrices du salarié », *Ren. crit. DIP* 2017, p. 409 et s.
- « La rupture du contrat international », *AJ contrat* 2016, p. 464 et s.
- « Le tourisme procréatif et le droit international privé », *JDI* 2015, doct. 4.
- « Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for », *Ren. crit. DIP* 2015, p. 787 et s.
- « Contrat, principe d'autonomie et analyse économique du droit international privé », in R. Sefton-Green, L. Usunier (dir.), *La concurrence normative. Mythes et réalité*, Société de législation comparée, 2014, p. 171 et s.

SOURIOUX (J.-L.), « La croyance légitime », *JCP G* 1982. I. 3058.

SPAGNOLO (L.), “Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: Iura Novit Curia and Opting out of the CISG”, *International Trade and Business Law Review* 2014, p. 477 et s.

SPLITZ (J.-F.), « “Qui dit contractuel dit juste” : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.* 2007, p. 281 et s.

STEFANO (C. de), « Arbitration Agreements as Waivers to Sovereign Immunity », *Arbitration International* 2014, p. 59 et s.

STOFFEL-MUNCK (PH.), « La caducité : observations en guise de synthèse », in *La caducité du contrat*, *RDC* 2023, p. 140 et s.

STRICKLER (Y.), « La loyauté processuelle », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 355 et s.

SYMEONIDES (S.),

- « Party autonomy in Rome I and II from a comparative Perspective », in K. Boele-Woelki et al. (dir.), in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 513 et s.
- “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law”, in *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, 2001, p. 125 et s. Également accessible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906485
- « Exception Clauses in American Conflict of Laws », *American Journal of Comparative Law* 1994, p. 813 et s.

TEYSSIE (B.), « L'impératif de sécurité juridique », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 985 et s.

THERY (Ph.), « Feu l'immunité d'exécution ? », *Gaz. Pal.*, 12 juin 2001, n° 163, p. 18 et s.

THOLOZAN (O.), « Raisonement juridique casuistique et faisceau d'indices. L'exemple de la subordination juridique », *RRJ* 2018-5 — Cahiers de méthodologie juridique, accessible à l'adresse suivante : https://cmj.univ-amu.fr/wordpress/wp-content/uploads/2021/05/CMJ-2018-5-219-232_RAI-SONNEMENT_JURIDIQUE_CASUISTIQUE.pdf

THOMAS (Y.),

- « Les artifices de la vérité en droit commun médiéval », *L'Homme* 2005, p. 113 et s.
- « *Fictio Legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* 1995, p. 17 et s.

TRAIN (F.-X.),

- « L'extension de la clause compromissoire - chronique des années 2012-2017 », *Ren. arb.* 2017, p. 389 et s.
- « Droit applicable à la convention d'arbitrage international – Sulamérica et Arsanovia v. Droit français », in *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Kluwer Law International, 2015, p. 145 et s.
- « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères : le droit français au prisme de la Convention de New York », *RIDC* 2014, p. 249 et s.
- « L'affaire Dallah ou de la difficulté pour le juge anglais d'appliquer le droit français », note sous Paris, 17 février 2011 et Cour suprême du Royaume-Uni, 3 novembre 2010, *Ren. arb.* 2011, p. 374 et s.
- « Arbitrage et action directe : à propos de l'arrêt ABS du 27 mars 2007 », *Gaz. Pal.* 22 novembre 2007, p. 6 et s.
- Note sous CA Paris, 21 février 2002, *Ren. arb.* 2002, p. 961 et s.

TRICOT (D.), « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC* 2015, p. 149 et s.

USUNIER (L.),

- « Recherche système désespérément, ou les règles de compétence internationale de l'Union européenne entre ordre et désordre », in C. Nourissat, L. Pailler (dir.), *Un système de droit international privé de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2023, p. 351 et s.
- « Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l'article 25 § 1 du Règlement Bruxelles I bis », in *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, Kluwer Law International, 2015, p. 158 et s.
- « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *RDC* 2012, p. 1372 et s.
- « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 37 et s.

VALERY (J.), « De l'acceptation des factures par le silence », *Annales Dr. Com.* 1914, p. 118 et s.

VAN HOUTTE (V.), « Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience », *Arb. Int.* 2000, p. 1 et s.

VAN HOUTTE (V.), VERMEERSCH (R.), WAUTELET (P.), « La sous-traitance internationale : questions choisies », in *La sous-traitance*, Bruylant, 2003, p. 269 et s.

VARADY (I.), « Waiver in Arbitral Proceedings and Limitations on Waiver », *Belgrade Law Review* 2009, p. 6 et s.

VAREILLES-SOMMIERES (P. de),

- « Localisation et globalisation en droit international privé. Esprit de Savigny, es-tu là ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 1555 et s.
- « Autonomie matérielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 869 et s.
- « L'ordre public », in T. Azzi, O. Boskovic (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, p. 169 et s.
- « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 207 et s.
- L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe », in *Mélanges en l'honneur de Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393 et s.
- « La communautarisation du droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 781 et s.
- « Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485 et s.
- « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998/2000, p. 49 et s.

VERHOEVEN (J.), « Avant-propos » in J. Verhoeven (dir.), *Droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, LGDJ, Larcier, 2004.

VIAL (G.), « Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration », *Int'l Law.* 2017, p. 329 et s.

VILLEY (M.), « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. Phil. Dr.* 1957, p. 87 et s.

VIVIEN (G.), « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, p. 305 et s.

VOIRIN (P.), Note sous Req. 29 mars 1938, *DP* 1939. I, p. 5 et s.

VON OVERBECK (A.), « L'irrésistible ascension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in *Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619 et s.

VOSER (N.), «The Swiss Perspective on Parties in Arbitration: "Traditional Approach With a Twist regarding Abuse of Rights" or "Consent Theory Plus"», in S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, et al. (dir.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, International Arbitration Law Library, 2016, p. 161 et s.

WATTE (N.), NUYTS (A.), « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI* 2003, p. 365 et s.

WEILLER (L.), « Retour sur la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Loïc Cadiet*, LexisNexis, 2023, p. 1651 et s.

WENGLER (W.),

- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657 et s.
- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *Rev. crit. DIP* 1952, p. 595 et s. et *Rev. crit. DIP* 1953, p. 33 et s.

WESTER-OUISSE (V.), « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JPC G* 2001. I. 290, p. 181 et s.

WHITE (R.-C.-A.), « The State Immunity Act 1978 », *The Modern Law Review* 1979, p. 72 et s.

WIEDERKEHR (M.-O.), « La convention européenne sur l'immunité des États », *Annuaire de droit international*, volume 20, 1974, p. 924 et s.

WINIGER (B.),

- « Art. 6. CO », in L. Thévenoz, Fr. Werro (dir.), *Code des obligations I*, Helbing et Lichtenhahn, 2003.
- « Art. 18. CO », in L. Thévenoz, Fr. Werro (dir.), *Code des obligations I*, Helbing et Lichtenhahn, 2003.

WITZ (C.), « L'exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980) », *D.* 1990, p. 107 et s.

WOLFF (L.-C.), « Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? », *Journal of Private International Law* 2014, p. 431 et s.

XIFARAS (M.), « Fictions juridiques. Remarques sur quelques procédés fictionnels en usage chez les juristes », *Droit & Philosophie* 2011, p. 451 et s.

YNTEMA (H.-E.), « Les objectifs du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1959, p. 1 et s.

ZENATI-CASTAING (F.),

- « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511 et s.
- « La notion de divergence de jurisprudence », in P. Ancel (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2003, p. 53 et s.

ZEYEN (G.), « Les immunités des États dans les contrats d'investissement : du nouveau avec l'arrêt Creighton ? », *RDAl* 2006, p. 333 et s.

ZHANG (M.), « Party autonomy in non-Contractual obligations: Rome II and its impacts on choice of law », *Seton Hall Law Review* 2009, p. 861 et s.

IV) Entrées d'encyclopédies et dictionnaires

AGOSTINO (F. d'), GAUS (G.), THRASHER (J.), « Contemporary Approaches to the Social Contract », in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021, accessible à l'adresse suivante : <https://plato.stanford.edu/entries/contractarianism-contemporary/>

ANCEL (B.), « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 491 et s.

AUDIT (B.), « Vente », in *Rep. Dr. int.*, Dalloz, 2016.

BORE (J.), BORÉ (L.), « Pourvoi en cassation », in *Rep. proc. civ.* Dalloz, 2023.

- BUREAU (D.), « Lex Mercatoria », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, 2003, p. 933 et s.
- CHANTEPIE (G.), « Contrat : effets – Contenu du contrat », *Rep. dr. civ. Dalloz*, 2018.
- CHAZAL (J.-P.), « Justice contractuelle », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 743 et s.
- CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, 2020.
- FRANCK (S.), « Loi applicable aux obligations contractuelles : matières civile et commerciale », *Rep. dr. int. Dalloz*, 2023.
- GAUDEMET-TALLON (H.),
- « Compétence internationale : matière civile et commerciale », *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 2019, n° 171.
 - *J.-Cl. Int.*, fasc. 552-15, 2024.
- GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.), « Erreur », *Rep. dr. civ. Dalloz*, 2017.
- GOYARD-FABRE (S.), « Contrat social », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 281 et s.
- HAMMJE (P.), « Domicile », *Rep. dr. int. Dalloz*, 2003.
- HOUTCIEFF (D.), « Renonciation », *Rep. Civ. Dalloz*, 2017.
- HUET (A.),
- *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-41, 2020.
 - *J.-Cl. Int.*, fasc. 581-32, 2016.
 - *J.-Cl. Int.*, fasc. 584-40, 2015.
- JARROSSON (CH.), CALLÉ (P.), « Transaction », in *Rep. dr. int. Dalloz*, 2017.
- KESSEDJIAN (C.), « Immunités », *Rep. dr. int. Dalloz*, 2024.
- KESSEDJIAN (C.), PIRONON (V.), « Contrat de distribution », *J.-Cl. Int.*, fasc. 571-20, 2011.
- KLEINER (C.), *J.-Cl. Int.*, fasc. 584-165.
- LAGARDE (P.), « Régimes matrimoniaux », *Rep. dr. int. Dalloz*, 2020.
- LARDEUX (G.),
- « Preuve : règles de preuve », in *Rep. dr. civ. Dalloz*, 2024.
 - « Sources extracontractuelles des obligations. Domaine de la loi applicable », *J.-Cl. Int.*, fasc. 553-2, 2023, § 3.
- MAINGUY (D.), « Conditions générales », *J.-Cl. Contrats - Distribution*, fasc. 60.
- MAYER (P.), « Lois de police », in *Rep. dr. int. Dalloz*, 1998.

MUIR WATT (H.), « Domicile », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 410 et s.

PERUZZETTO (S.), MEUR (H.), « Intermédiaires », in *Rep. dr. int.*, Dalloz, 2024

PFERSMANN (O.), « Volonté », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1527 et s.

RACINE (J.-B.), *J.-Cl. Int.*, fasc. 750.

RALSER (E.), « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *J. cl. int.* 2017.

REVILLARD (M.), *J.-Cl. Int.*, fasc. 557-50, 2018.

SIMLER (PH.), « Interprétation des contrats », *J.-Cl. civ.* 2020.

TESTU (F.-X.), « Casuistique », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 169 et s.

THERY (PH.), « Dérogation, dispense, excuse, tolérance », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 333 et s.

TROPER (M.), « Science du droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1392 et s.

VAREILLES-SOMMIERES (P. de),

- « Jugement étranger : matières civile et commerciale », *Rep. Dr. Int. Dalloz*, 2023.
- « Fraude à la loi », *Rep. dr. int. Dalloz*, 2009.

WICKER (G.), « Fiction », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 716 et s.

Jurisprudence citée

I) Jurisprudence française

A) Décisions de la Cour de cassation

Req. 18 mars 1807, *S.* 1807. 1. 361.

Sect. réun., 2 février 1808, *GA*, p. 144 et s.

Req. 15 nov. 1827, *D.* 1828. 1. 23.

Civ. 14 février 1837, *DP* 1837. 1. 100, *S.* 1837. 1. 251.

Req. 24 février 1846, *DP* 1846. 1. 153.

Req. 19 novembre 1855, *S.* 1856. 1. 146 ; *D.* 1856. 1. 455.

Req. 23 mars 1859, *S.* 1859. 1. 289.

Req. 11 déc. 1860, *S.* 1861. 1. 331.

Req. 7 février 1862, *S.* 1862. 1. 376.

Req. 22 novembre 1865, *DP* 1866. 1. 108, *S.* 1866. 1. 23 concl. av. gén. Fabre.

Civ. 24 août 1869, *S.* 1870. 1. 201.

Civ. 25 mai 1870, *DP* 1870. 1. 257, *S.* 1870. 1. 341, *GAJC*, t. 2, n° 146.

Civ. 15 avr. 1872, *Bull. civ.* 1872, n° 72 ; *DP* 1872. 176 ; *S.* 1872. 232.

Req. 6 décembre 1878, *DP* 1879. I. 176.

Req. 13 février 1881, *GP* 1882. 2. 192.

Req. 13 février 1882, *S.* 1882. 1. 341, *D.* 1882. 1. 129, *JDI* 1882. 530.

Req. 13 février 1883, *S.* 1883. 1. 466.

Req. 16 février 1892, *S.* 1892. 1. 409.

Req. 1 juillet 1896, *DP* 97. 1. 12 ; *S.* 1900. 1. 315 ; *J.* 96. 840 ;

Civ. 5 décembre 1910, *American Trading, Rev. Dr. Int.* 1911. 395 ; *JDI* 1912. 1156 ; *GA* n° 11.

Req. 29 avril 1912, *DP* 1912. 1. 305 ; *S.* 1913. 1. 185, note Naquet.

Req. 8 janvier 1924, *JDI* 1924 974, *G.P.* 1924. 1. 405.

Civ. 2 mai 1928, *Banque d'Italie*, *DH* 1928. 334 ; *JDI* 1929. 76 ; *S.* 1928. 843.

Civ. 19 février 1930, *Mardelé*, *D.H.* 1930. 228, *Rev. crit. DIP* 1930. 282, *JDI* 1931. 290.

Req. 23 janvier 1933, *Hanukiew c/ gouvernement d'Afghanistan*, *S.* 1933. 1. 249, obs. C. Rousseau ; *Rev. Crit. DIP* 1934. 935, note J.-P. Niboyet.

Req. 4 juin 1935, *Zelcer*, *Rev. crit. DIP* 1936. 557, note Basdevant ; *S.* 1936. 1. 377, rapp. Pilon, note J.-P. Niboyet ; *DP* 1936. 1. 7, rapp. Pilon, note Savatier, *GA* n° 15.

Civ. 25 octobre 1937, *DH* 1937. 565.

Civ. 8 octobre 1940, *GP* 1940. 2. 132 ; *DC* 1942. 143

Civ. 10 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948. 2. 41.

Soc. 11 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948. 2. 41.

Civ. 29 novembre 1948, *D.* 1949. 117, note H. Lalou.

Civ. 13 février 1950, *JDI* 1950. 200, obs. B. Goldman ; *JCP* 1950. II. 5507, note G.-R. Delaume ; *Rev. crit. DIP* 1950. 64.

Com. 7 novembre 1950, *Bull. civ.* III, n° 321.

Com. 21 mai 1951, *Bull. civ.* III, n° 168.

Civ. 24 avril 1952, *Rev. crit. DIP* 1952. 502, note H. Motulsky ; *S.* 1952. 1. 185, note H. Batiffol ; *JCP G* 1952. II. 7140, note J.L.P.

Civ. 6 mai 1954, *Bull. civ.* II, n° 165.

Com. 9 janvier 1956, *Bull. civ.* III, n° 17.

Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1957, *Rev. crit. DIP* 1958. 735, note Y. Loussouarn ; *JDI* 1958. 828, obs. J.-B. Sialelli.

Civ. 28 janvier 1958, *Rev. arb.* 1958. 17, note J. Robert.

Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1958, *D.* 1958. 763.

Com. 21 octobre 1958, *Bull. civ.* III, n° 355.

Civ. 6 juillet 1959, *Fourrures Renel*, *Rev. Crit. DIP* 1959. 708, note H. Batiffol ; *GA* n° 35.

Civ. 1^{ère}, 30 décembre 1959, 1^{ère} esp., *Rev. crit. DIP* 1961. 326, note M. Simon-Depitre.

Civ. 1^{ère}, 10 octobre 1960, *JCP* 1961. II. 11980, note Esmein.

Com. 13 décembre 1960, *Bull.* IV, n° 410.

Civ. 1^{ère}, 17 octobre 1961, *Bull. civ.* I, n° 464.

Civ. 1^{ère}, 7 novembre 1961, *Rev. crit. DIP* 1962. 681, note H. Batiffol.

Civ. 1 juillet 1964, *JDI* 1964. 128, note J. Robert.

Soc. 1 juillet 1964, *JDI* 65. 128, *Rev. crit. DIP* 1966. 47, note S. Depitre.

Com. 18 nov. 1965, n° 63-11.712.

Civ. 2^{ème}, 6 juillet 1966, *Bull. civ.* n° 2, n° 737.

Civ. 1^{ère}, 31 janvier 1968, *Bull.* I, n° 342 ; *Gaz. Pal.* 1968. 1. 245 ; *Rép. Commaille* 1968. 493, note G.-A.-L. Droz.

Com. 27 avril 1968, *Bull. civ.* 1968, IV, n° 137 ; *JDI* 1969. 932, note Ph. Kahn ; *D.* 1968, somm. 94.

Civ. 3^{ème}, 10 octobre 1968, *Bull.* III, n° 366.

Civ. 3^{ème}, 11 octobre 1968, *Bull.* n° 374

Civ. 3^{ème}, 18 novembre 1968, *JCP* 1969. IV. 10.

Soc. 8 janvier 1969, *Bull.* V, n° 2.

Com. 14 janvier 1969, *D.* 1970. 458, note Pédamon ; *RTD civ.* 1969. 556, obs. Loussouarn ; *Defrénois* 1971. 111, obs. Aubert.

Civ. 1^{ère}, 25 février 1969, *Rev. Crit. DIP* 1970. 102, note P. Bourel ; *Grands arrêts*, n° 47.

Soc. 5 mars 1969, *Zanarelli*, *Rev. crit. DIP*, 1970. 280, note H. Batiffol.

Civ. 1^{ère}, 23 avril 1969, n° 66-12.767.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1969, *Bull. civ.* 1969. I, n° 375 ; *D.* 1970. 422, note Puech ; *JCP G* 1970. II. 16445, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1971. 164, obs. G. Durry.

Civ. 3^{ème}, 30 avril 1970, *Bull. civ.* n° 300.

Com. 17 juin 1970, *JCP* 1970. II. 16504.

Civ. 3^{ème}, 5 février 1971, n° 69-12.443.

Civ. 3^{ème}, 5 mars 1971, *Bull. civ.*, n° 175.

Civ. 1^{ère}, 15 février 1972, n° 70-12.756, *Rev. crit. DIP* 1973. 77, note P. Lagarde.

Soc. 31 mai 1972, *Thuillier*, *Rev. crit. DIP* 1973. 683, note P. Lagarde ; *JCP* 1973. II. 17 317, note A. Lyon Caen.

Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1972, *JDI* 1972. 843, note B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1974. 82, note P. Level ; *RTD com.* 1973. 499, obs. Y. Loussouarn ; *Rev. arb.* 1974. 89.

Civ. 3^{ème}, 14 novembre 1972, *Bull. civ.* n° 600.

Civ. 3^{ème}, 5 décembre 1972, n° 71-13.818, *Bull. civ.* II, n° 651, *D.* 1973. 401, note J. Mazeaud.

Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1973, *JDI* 1974. 583, note J. Bigot.

Civ. 3^{ème}, 12 février 1974, *Bull. civ.* n° 70.

Ch. mixte, 26 avril 1974, *Bull. civ.* n° 1 ; *D.* 1975. 249, note Boré ; *JCP* 1975. II. 18157, concl. Gegout.

Civ. 1^{ère}, 25 juin 1974, *JDI* 1975. 154, note Huet.

Civ. 29 octobre 1974, *Bull. civ.* I, n° 287 ; *Rev. crit. DIP* 1976. 91, note H. Batiffol ; *JDI* 1975. 314, note Ph. Fouchard.

Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne*, *Rev. crit. DIP* 1975. 491, note D. Holleaux, *JDI* 1975. 108, note Ponsard, *GA* n° 54.

Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1974, *Bull. civ.* I, n° 321.

Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1974, *Rev. crit. DIP* 1975. 509, note Huet.

Civ. 1^{ère}, 15 juin 1975, *Rev. Arb.* 1976. 189, note E. Loquin.

Civ. 3^{ème}, 7 octobre 1975, *Bull. civ.* n° 282.

Soc. 26 novembre 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 707, note G. Wiederkehr.

Soc. 14 janvier 1976, *Bull. V*, n° 25, p. 21 ; *JDI* 1977. 495, note A. Lyon-Caen.

Civ. 1^{ère}, 5 mai 1976, *Rev. crit. DIP* 1977. 137, 1^{ère} esp., note Huet.

Civ. 1^{ère}, 11 juin 1976, n° 75-10.491, *Bull. civ.* III, n° 260.

Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1977, *JCP* 1977. IV. 50.

Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1977, *D.* 1977. IR 351, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1978. 146, note E. Mezger.

Com. 22 novembre 1977, *Rev. arb.* 1978. 461, note Ph. Fouchard.

Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 689.

Soc. 31 mars 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 701, note A. Lyon Caen.

- Civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, *JDI* 1978, note B. Oppetit ; *Rev. Arb.* 1979. 230, note P. Level.
- Civ. 1^{ère}, 5 décembre 1978, *D.* 1979. IR 337, obs. B. Audit ; *Gaz. Pal.* 1979. 2. 355, note Viatte.
- Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 825, *Bull. civ.* n° 80, p. 65.
- Civ. 1^{ère}, 16 mars 1979, *Bull. civ.* I, n° 81.
- Civ. 2^{ème}, 3 avril 1979, n° 77-11.361, *Bull.* II, n° 117.
- Civ. 1^{ère}, 23 mai 1979, *D.* 1979. IR 488.
- Soc. 20 juin 1979, *JDI* 1979. 852, note A. Lyon-Caen.
- Com. 18 février 1980, *Bull. civ.* IV, n° 85.
- Civ. 1^{ère}, 25 mars 1980, n° 78-15.862.
- Civ. 1^{ère}, 17 juillet 1980, *JCP G* 1982. II. 19717, note P. Courbe.
- Soc. 3 juin 1981, n° 79-17.157, *Bull. civ.* V, n° 490.
- Civ. 1^{ère}, 16 juin 1981, *D.* 1982, inf. 71, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1981. 721, note H. Gaudemet-Tallon.
- Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1981, n° 80-11.934, *Rev. crit. DIP* 1982. 336, note P. Lagarde ; *JDI* 1982. 148, note P. Bourel.
- Com. 8 juillet 1981, *D.* 82. I.R. 73, obs. B. Audit.
- Com. 16 décembre 1981, *JCP* 1982. IV. 88.
- Civ. 1^{ère}, 17 mars 1982, *Bull. civ.* I, n° 113 ; *D.* 1982. IR 327.
- Com. 20 avril 1982, *Bull. civ.* IV, n° 134.
- Civ. 1^{ère}, 27 octobre 1982, *GP* 1983.1. Pan 113.
- Com. 20 décembre 1982, *D.* 1983. 365, note M. Vasseur ; *Rev. arb.* 1984. 477, note B. Moreau.
- Civ. 1^{ère}, 25 janvier 1983, n° 81-16415, *Rev. crit. DIP* 1983. 516, note H. Gaudemet-Tallon.
- Com. 28 février 1983 ; *JCP G* 1983. IV. 155 ; *DMF* 1983. 720, note R. Achard.
- Civ. 2^{ème}, 21 mars 1983, *Bull. civ.* n° 85.
- Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1983 ; *JDI* 1984. 887, note P. Courbe ; *Rev. crit. DIP* 1985. 100, note H. Batiffol.
- Soc. 25 janvier 1984, *Rev. crit. DIP* 1985. 327.

Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, n° 82-12.462, *Rev. crit. DIP* 1984. 644, note Bischoff, *JDI* 1984. 598, note B. Oppetit, *JCP* 1984. II. 20205, note H. Synvet, *Rev. Arb.* 1985. 69, note Couchez.

Com. 20 novembre 1984, *JCP G* 1987. II. 20832, note A. Blaisse.

Com. 29 octobre 1985, n° 83-14.738, *Bull. civ.* IV, n° 254 ; *JCP* 1986. IV. 20.

Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1985, *Bull. civ.* I, n° 311.

Com. 3 décembre 1985, *JCP* 1986. IV. 65.

Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1985, *Segers*, *Bull. civ.* I, n° 339 ; *D.* 1987. 449, note G. Paire ; *RTD civ.* 1987. 309, obs. J. Mestre.

Civ. 2^{ème}, 5 février 1986, n° 84-13.840.

Civ. 1^{ère}, 18 février 1986, n° 84-12.347, *Bull. civ.* I, n° 31.

Civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, *Bull. civ.* I, n° 148.

Soc. 21 juillet 1986, n° 84-11.626, *Bull. civ.* V, n° 421 ; *RTD civ.* 1987. 533, obs. J. Mestre.

Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1986, n° 84-17.500, *Bull. civ.* I, n° 256 ; *D.* 1986. IR 442.

Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1986, *SEEE*, *Rev. crit. DIP* 1987. 786, note P. Mayer ; *JDI* 1987. 120, note B. Oppetit ; *Rev. Arb.* 149, note J.-L. Delvolve.

Civ. 1^{ère} 25 novembre 1986, *Bull. civ.* I, n° 277 ; *JCP G* 1, 1987. IV. 41 ; *Rev. crit. DIP* 1987. 396, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 1987, p. 706, note P.-Y. Nicolas ; *DMF* 1988, p. 156, obs. P. Bonassies.

Soc. 3 mars 1988, n° 85-41.768.

Civ. 1^{ère}, 19 avril 1988, *Robo*, *Rev. crit. DIP* 1989. 68, note H. Batiffol ; *D.* 1998, somm. 345, obs. B. Audit.

Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1988, n° 86-19.068, *Bull. civ.* I, n° 35.

Com. 10 janvier 1989, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *JCP G* 1989. IV. 95.

Soc. 12 juillet 1989, n° 86-41.668, *Bull. V*, n° 519.

Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1989, n° 87-13.020, *Rev. crit. DIP* 1990. 316, note P. Lagarde ; *JDI* 1990. 415, note Ph. Kahn.

Civ. 1^{ère}, 11 octobre 1989, *Bomar Oil I*, *JDI* 1990. 663, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1990. 134, note C. Kessedjian.

Com. 12 décembre 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 358, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1991. 158, obs. A. Huet.

Com. 30 janvier 1990, n° 88-10.466.

Civ. 1^{ère}, 26 juin 1990, *Rev. Arb.* 1991. 291.

Civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, n° 89-14.285, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *GA* n° 71 et s.

Civ. 1^{ère}, 19 février 1991, n° 89-14.418, *Bull. civ.* I, n° 66.

Soc. 29 mai 1991, *Bull. civ.*, V, n° 270.

Civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, *D.* 1991. IR 253 ; *Rev. arb.* 1992. 457, note P. Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note B. Oppetit ; *JDI* 1992. 177, note B. Goldman ; *RTD com.* 1992. 171, obs. E. Loquin.

Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1991, n° 89-21.898, n° 90-14.203, *JCP N* 1992. II. 358, note E. Kerckhove.

Com. 5 mars 1991, *Rev. arb.* 1992. 66, note L. Aynès, *RTD com.* 1992. 591, obs. J.-Cl Dubarry et E. Loquin.

Com. 5 mars 1991, n° 89-17.360, *Bull. civ.* IV, n° 96.

Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Rev. arb.* 1992. 73, note D. Cohen.

Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Sté Soabi c/ État du Sénégal*, *JDI* 1991. 1005, note E. Gaillard ; *Rev. Crit. DIP* 1992. 331, note P. Lagarde.

Civ. 3^{ème}, 12 juin 1991, n° 89-16.525.

Civ. 1^{ère}, 25 juin 1991, *Rev. arb.* 1991. 453, note P. Mayer.

Civ. 1^{ère}, 9 juillet 1991, n° 89-13.940, *Bull. civ.* I, n° 236 ; *JCP* 1991. IV. 353.

Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, n° 90-14.203, *JCP N* 1992. II. 177, note E. Kerckhove ; *Defrénois* 1992. 35, note M. Revillard.

Civ. 3^{ème}, 16 octobre 1991, 2^{ème} esp., n° 89-17.166, *Bull. civ.* III, n° 240 ; *D.* 1992. 341, note Giverdon et Lecharny.

Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1991, *JDI* 1992. 357, note M.-A. Moreau, *Rev. crit. DIP* 1992. 314, 1^{ère} esp., note H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1991, n° 90-11.520, *Sarkis*, *Rev. crit. DIP* 1992. 314, note H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 13 avril 1992, n° 90-16.953.

Civ. 1^{ère}, 25 mai 1992, *Rev. crit. DIP* 1992. 689, note Ch. Jarrosson.

Com. 26 mai 1992, n° 90-17.352, *Rev. crit. DIP* 1992. 703, note H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, *D.* 1994. 169, note Ph. Guez.

Soc. 16 décembre 1992, *Bull. civ.* V, n° 593.

Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, n° 91-12.131 ; *Bull. civ.* I, n° 42 ; *JCP G* 1993. I. 3727, n° 5, obs. G. Viney.

Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993 ; *D.* 1993. 602.

Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, *Rev. arb.* 1994. 108, note C. Kessedjian ; *JDI* 1994. 690, note E. Loquin.

Soc. 16 novembre 1993, n° 90-16.030.

Com. 14 décembre 1993, n° 92-11.313.

Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, n° 91-19.612.

Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *JDI* 1994. 432, note E. Gaillard ; *JDI* 1994. 690, note E. Loquin, ; *Rev. arb.* 1994. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994. 663, note P. Mayer.

Civ. 2^{ème}, 26 janvier 1994, n° 92-12.307.

Com. 8 février 1994, *RJDA*, 1994. 612.

Civ. 1^{ère}, 16 février 1994, n° 92-14.205, *Rev. crit. DIP* 1994. 341, note H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 23 mars 1994 ; *Bull. civ.* 1994, I, n° 104 ; *Rev. crit. DIP* 1995. 356, note B. Oppetit ; *JDI* 1994. 701, note E. Gaillard ; *RTD com.* 1994. 702, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994. 327, note Ch. Jarrosson.

Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, *Rev. arb.* 1995. 88, note E. Gaillard ; *Rev. crit. DIP* 1994. 680, note D. Cohen.

Civ. 1^{ère}, 13 décembre 1994, n° 93-15.337, *Bull. I*, n° 368 ; *Rev. crit. DIP* 1995. 319, note M. Revillard.

Civ. 3^{ème}, 1^{er} février 1995, n° 92-16.729, *Bull. civ.* III, n° 36, p. 23 ; *RTD civ.* 1995. 979, obs. J. Mestre ; *RDI* 1996. 1996. 79, obs. Groslière et Saint-Halary-Houin ; *Defrénois* 1995. 1400, obs. Ph. Delebecque.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *Bull. civ.* I, n° 140 ; *D.* 1995, inf. rap. 119.

Com. 11 juillet 1995, n° 94-18.996.

Com. 17 octobre 1995, n° 93-13.498, *Bull. civ.* IV, n° 238 ; *D.* 1995. IR. 236.

Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, n° 93-16.484, *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 173, obs. Huet.

Civ. 1^{ère}, 23 janvier 1996, *JCP* 1996. II. n° 22734, note H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 1996. 460, note D. Bureau ; *D.* 1996, Jur. 334 s., note Cl. Witz.

Com. 27 février 1996, n° 94-14.122 ; *Rev. crit. DIP* 1996. 731, note H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, n° 94-12.228, *Bull. civ.* I, n° 154.

Civ. 1^{ère}, 16 avril 1996, *RTD civ.* 1996. 894, obs. J. Mestre.

Soc. 7 mai 1996, n° 93-43.771, *Rev. crit. DIP* 1997. 77, note G. Droz.

Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *Sigma*, *Rev. Arb.* 1997. 535 ; *Défrénois* 1997. 325.

Civ. 1^{ère}, 29 mai 1996, n° 94-13.990.

Soc. 9 juillet 1996, n° 93-41.549, *Bull. cin.* V, n° 266 ; *JCP* 1966. IV. 2068.

Com. 15 octobre 1996 ; *DMF* 1997. 705, note P.-Y. Nicolas.

Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, n° 94-17.863, *Rev. crit. DIP* 1997. 318, note B. Ancel ; *JDI* 1997. 1020, note Revillard.

Civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, n° 94-18.281, *JCP* 1997. II. 22827, note H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1996, n° 94-21.838 ; *Bull. civ.* I, n° 463 ; *RTD civ.* 1997. 431, obs. P. Jourdain.

Com. 17 décembre 1996, n° 95-20.273, *Rev. crit. DIP* 1997. 72, note J.-P. Rémerly ; *D.* 1997. 337, note Cl. Witz.

Com. 4 mars 1997, n° 95-10.507, *Bull. cin.* IV, n° 61.

Com. 11 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997. 537, note H. Gaudemet-Tallon. ; *Défrénois* 1997, n° 147, p. 1348, obs. Ph. Delebecque ; *JDI* 1998. 139, obs. A. Huet.

Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Société Hannover international*, *Rev. Crit. DIP* 1997 514, note B. Fauvarque-Cosson, *JDI* 1997. 804, note D. Bureau.

Civ. 2^{ème}, 14 mai 1997, n° 94-20.776, *Rev. Arb.* 1998. 409, note C. Malinvaud et L. Kiffer.

Civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997. 537, note E. Gaillard.

Com. 27 mai 1997, *D.* 1997. IR. 143.

Civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, *Rev. arb.* 1998. 537 ; *Rev. crit. DIP* 1999. 92, note P. Mayer.

Soc. 26 juin 1997, n° 94-45.173.

Civ. 1^{ère}, 1 juillet 1997, *Karl Ibold*, *Rev. crit. DIP* 1998. 60, note P. Mayer.

Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, n° 95-17.880, *Bull. civ.* I, n° 243 ; *RTD civ.* 1997. 944, obs. P. Jourdain.

Soc. 28 octobre 1997, n° 94-42.340, *D.* 1998. 57, concl. Chauvy ; *Dr. soc.* 1998. 186, note Moreau.

Soc. 10 février 1998, n° 95-44.449.

Com. 17 février 1998, n° 95-21.668.

Com. 26 mai 1998, n° 96.12.207, *Bull. civ.*, n° 165.

Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 1999. 260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1999. 546, note D. Bureau ; *JDI* 1999. 784, note S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD com.* 1999. 380, obs. E. Loquin.

Civ. 1^{ère}, 16 février 1999, *JCP* 1999. II. 10162, note B. Fillion-Dufouleur.

Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n° 97-16.684, *Rev. crit. DIP* 1999. 708, note H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 6 juillet 1999, n° 97-17.578.

Com. 22 février 2000, n° 97-18.728, *CCC* 2000, n° 81, obs. M. Malaurie-Vignal.

Civ. 1^{ère}, 7 mars 2000, n° 97-20.858, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *RTD civ.* 2001. 132, obs. J. Mestre et B. Fages.

Soc. 19 avril 2000, n° 98-40.039.

Civ. 2^{ème}, 11 mai 2000, *Rev. arb.* 2000. 635, note E. Tay-Pamart.

Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, *Sté Creighton c. Ministre des finances de l'État du Qatar et autre*, *Bull. civ. I*, n° 207 ; *Rev. arb.* 2001. 114, note Ph. Leboulanger ; *RTD com.* 2001. 410, note E. Loquin ; *JCP E* 2001. 223 et *JCP G* 2001. II. 10512, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; *Gaz. Pal.*, 1^{er} février 2001. 6, note S. Pièdelièvre ; *JDI* 2000. 1054, note I. Pingel-Lenuzza.

Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2000, n° 98-22.132, *Bull. civ. I*, n° 231.

Com. 3 octobre 2000, n° 97-14.433.

Soc. 29 novembre 2000, n° 98-41.724.

Com. 19 décembre 2000, n° 98-11.577.

Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n° 98-21.548.

Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n° 99-13.054.

Civ. 1^{ère}, 6 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 22, p. 15 ; *JCP* 2001. II. 10567, note C. Legros ; *D.* 2001, S.C. 1135, obs. Ph. Delebecque ; *CCC* 2001, com. 82, note L. Leveneur ; *Defrénois* 2001, article 37365, n° 42, note R. Libchaber ; *JCP E* 2001. 1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube.

Civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 98-16.183.

Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *D.* 2001. 3607, note C. Witz ; *Ibid.*, 2591, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD. com.* 2001. 1052, obs. J.-M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP* 2002. 93, note H. Muir Watt.

Soc. 4 juillet 2001, n° 99-44.519.

Civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, n° 00-11.376.

Com. 12 février 2002, n° 99-16.124.

Civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n° 00-17.709 ; *JDI* 2003. 146, chron. A. Huet ; *RJDA* 2002, n° 969.

Civ. 2^{ème}, 20 juin 2002, n° 99-15.135, *Bull. civ.* II, n° 138, *LPA* 31 décembre 2002, note Massip ; *RTD civ.* 2002. 789, obs. Hauser.

Civ. 2^{ème}, 11 juillet 2002, n° 00-21.823, *Bull. civ.* II, n° 161.

Civ. 2^{ème}, 21 novembre 2002, n° 01-10.047.

Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *JDI* 2003. 468, note J.-M. Jacquet.

Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2003, n° 01-10.019.

Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2004, n° 02-13.675, *Rev. arb.* 2004. 446.

Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 443, obs. E. Loquin ; *JCP* 2004. II. 10132, note G. Chabot ; *Rev. arb.* 2005. 959, note Ch. Seraglini.

Civ. 1^{ère}, 27 avril 2004, *Cotigny et Fédération française de Parachutisme c. Suarez et États-Unis d'Amérique*, *RTD civ.* 2004. 769, obs. Ph. Théry ; *Rev. crit. DIP.* 75, note H. Muir Watt.

Civ. 3^{ème}, 30 juin 2004, n° 02-20.721.

Soc. 23 mars 2005, n° 03-42.609, *RDC* 2005. 1181, note D. Bureau ; *LPA* 2006, n° 66, p. 6, obs. F. Jault.

Civ. 1^{ère}, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *D.* 2005. 2570, note Boursier ; *D.* 2006. 545, obs. Julien ; *RTD civ.* 2006. 151, obs. Perrot ; *JCP* 2005. I. 183, n° 12, obs. Clay ; *Procédures* 2005. Repère 8, obs. Croze ; *Dr. et patr.* 2006. 102, n° 144, obs. Amrani-Mekki ; *Rev. buiss.* 2006, n° 35, note Fricero.

Com. 28 juin 2005, *Itraco* et Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Aubin*, *Rev. crit. DIP* 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, *Golshani c/ Gouv. Rép. islamique d'Iran*, *Bull. civ.* I, n° 302 ; *D.* 2006. 1424, note E. Agostini, et 2005. 3050, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006. 18, note F.-X. Train ; *JCP E* 2005. 1988, obs. J. Ortscheidt ; *JDI* 2006. 608, note M. Béhar-Touchais ; *Rev. arb.* 2005. 993, note P. Pinsolle ; *Rev. crit. DIP* 2006. 602, note H. Muir Watt ; *RTD com.* 2006. 309, obs. E. Loquin.

Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005, n° 03-15.223 ; *Rev. arb.* 2006, p. 429, note P. Pic.

Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2005, *JDI* 2006. 985, note A. Sinay-Cytermann ; *Rev. crit. DIP* 2006. 94, note P. Lagarde ; *D.* 2006. 1498, obs. P. Courbe et F. Jault-seseke ; *Dr. et patr.* 2005.113, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2/2006.503, obs. D. Bureau.

Com. 12 juillet 2005, n° 03-12.507, *JCP G* 2005, I, n° 194, obs. Constantin ; *RTD cin.* 2006. 307, obs. Mestre et Fages ; *Defrénois* 2006. 610, obs. R. Libchaber.

Civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, n° 03-13.375, *Bull. I*, n° 350.

Civ. 1^{ère}, 18 octobre 2005, n° 03-18.467.

Civ. 1^{ère}, 25 octobre 2005, *D.* 2007. 530, obs. C. Witz, *RTD. cin.* 2006. 268, obs. P. Remy-Corlay, *RTD. com.* 2006. 249, obs. P. Delebecque.

Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, n° 02-18.512, *D.* 2005. 2896 ; *ibid.* 3050, obs. T. Clay ; *RTD cin.* 2006. 143, obs. P. Théry ; *Rev. arb.* 2006. 925, note D. Bensaude.

Civ. 1^{ère}, 14 décembre 2005, n° 05-10.951, *D.* 2006, inf. rap. 12, obs. I. Gallmeister ; *AJF* 2006. 161, obs. S. David ; *Gaz. Pal.* 2006, n° 55. 14, note Ph. Guez ; *D.* 2006. 1502, obs. P. Courbe, F. Jault-Seseke ; *RJPF* 2006-4/22. 14, note M.-Ch. Meyzeaud-Garraud ; *RLDC* 2006/31, n° 2193, p. 31, note C. Pomart ; *Dr. et patrimoine* 2006, n° 145. 115, obs. M.-L. Niboyet.

Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n° 05-10.953, *JCP* 2006. II. 10 114, 2^e esp., note Dammam et Ollivry.

Civ. 1^{ère}, 31 janvier 2006, n° 03-19.054.

Civ. 1^{ère}, 28 février 2006, n° 03-14.058.

Civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, n° 05-15.528, *Rev. crit. DIP* 2007. 128, note F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2006. 764, obs. E. Loquin ; *JCP* 2006. IV. 2106.

Civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, n° 04-12.777, *Prieur, GA* n° 87 ; *D.* 2006. 1846, chron. B. Audit ; *JCP* 2006. II. 10 134, note P. Callé ; *LPA* n° 190, 22 septembre 2006, p. 10, note P. Courbe ; *JDI* 2006. 1377, note C. Chalas ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, n° 03-12.034, *Rev. arb.* 2006. 945, note E. Gaillard, *JDI* 2006, comm. 21. 1384, note A. Mourre, *JCP G* 2006. 187, obs. Ch. Seraglini.

Civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, n° 04-19.636, *AJ fam.* 2006. 376, obs. Boiché (2^e esp) ; *Dr. fam.* 2006, n° 176, note Farge.

Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, *Rev. arb.* 2006. 959, note F.-X. Train ; *JCP G* 2006. I. 187 n° 6, obs. Ch. Sergalini.

Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n° 03-20.802, *D.* 2006. *IR.* 2052, obs. Delpech.

Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n° 03-11.768.

Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-12.253, *Bull. I*, n° 472.

Civ. 1^{re}, 28 novembre 2006, n° 05-19.838, *Bull. civ. I*, n° 522.

Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2006, n° 05-21388, *D.* 2007, *AJ* 221, obs. E. Chevrier ; *JCP* 2007. IV. 1157.

Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *ABS c/ société Amkor*, *Rev. arb.* 2007. 786, note X Ahdab ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *JDI* 2007. 968, note C. Legros ; *LPA* 2007, n° 192, p. 12, note F. Parsy ; *RTD com.* 2007. 677, obs. E. Loquin ; *D.* 2008, pan. 184, obs. Th. Clay ; *JCP G.* 2007. II 10118, note C. Golhen ; *D.* 2007. 2077, note S. Bollée ; *CCC* 2007. 166, note L. Leveneur ; *JCP G.* 2007. I.168, § 11, obs. Ch. Seraglini ; *JCP G.* 2007. I. 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *LPA*, 2007, n° 160, p. 23, note A. Malan.

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, n° 04-14.716, *Banque de développement local c/ Sté Ferrométal*, *D.* 2007. Pan. 1516, obs. Jault-Seseke ; *JCP* 2007. Actu. 258, note Chabert ; *Gaz. Pal.* 21-22 mars 2008, note M.-L. Niboyet ; *JDI* 2007. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Rev. crit. DIP* 2007. 610, note H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 29 juin 2007, *Rev. crit. DIP* 2008. 109, note S. Bollée ; *Rev. arb.* 2007. 507, note E. Gaillard.

Com. 27 novembre 2007, n° 06-16.523 ; *CCC* 2008, comm. 62, note L. Leveneur.

Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2007, *Rev. arb.* 2008. 679, obs. O. Cachard.

Ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343, Bull. ass. plén. n° 10 ; *D.* 2008. 1102, Deshayes ; *RDI* 2008. 102, obs. Malinvaud ; *RTD cin.* 2008. 317, obs. Gautier ; *BICC* 15 avr. 2008, p. 18, rapp. Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; *JCP* 2008. II. 10 006, note Weiller ; *JCP* 2008. I. 138, no 9, obs. Amrani-Mekki ; *Procédures* 2008. Comm. 70, obs. Perrot ; *RCA* 2008. Comm. 112, note Hoquet-Berg ; *Dr. et pr.* 2008. 103, note Lefort ; *CCC* 2008. Comm. 92, note Leveneur ; *RDC* 2008. 435, obs. Serinet.

Com. 15 avril 2008, n° 07-12.645, *RDC* 2008. 716, obs. Th. Genicon.

Civ. 3^{ème}, 21 avril 2008, n° 07-10.772, *D.* 2008. *AJ.* 1693, *RDC* 2008. 716, obs. Genicon ; *CCC* 2008, n° 224, obs. Leveneur ; *Dr. Et Patr.* Février 2009.

Civ. 3^{ème}, 20 mai 2008, n° 06-20.316.

Civ. 2^{ème}, 23 octobre 2008, n° 07-15.769, *Bull. cin.* II, n° 220.

Civ. 1^{ère}, 3 décembre 2008, n° 07-19.657, *JDI* 2009. 877, note Ch. Chalas ; *Rev. crit. DIP* 2009. 537, note E. Gallant.

Ass. plén., 27 févr. 2009, n° 07-19.841, *D.* 2009. 1245, note D. Houtcieff ; *ibid.* 723, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2010. 169, obs. N. Fricero ; *RTD cin.* 2010. 459, étude N. Dupont ; *JCP* 2009. II. 10 073, note P. Callé.

Com. 10 mars 2009, *JCP G* 2009. IV. 1641 ; *DMF* 2009. 681, obs. P.-Y. Nicolas ; *DMF* 2010, hors-série n° 14. 93, obs. P. Bonassies et Ph. Delebecque ; *RGDA* 2009. 894, note F. Turgné.

Civ. 1^{ère}, 6 mai 2009, n° 08-10.281.

Soc. 27 mai 2009, n° 08-41.90.

Soc. 3 juin 2009, n° 08-40.981, *Bull. civ.* V, n° 141 ; *RDT* 2009. 507, obs. G. Auzero ; *RDC* 2009. 1507, note C. Neau-Leduc ; *D.* 2009. 2517, note B. Edelman ; *ibid.* 1530, obs. M. Serna ; *ibid.* 2116, chron. J.-F. Cesaro et P.-Y. Gautier ; *ibid.* 2010. 342 et les obs. ; *Dr. soc.* 2009. 780, avis D. Allix ; *ibid.* 791, obs. J.-J. Dupeyroux ; *ibid.* 930, note C. Radé ; *RDT* 2009. 507, obs. G. Auzero ; *RTD com.* 2009. 723, obs. F. Pollaud-Dulian.

Civ. 1^{ère}, 1 juillet 2009, *LPA* 18 décembre 2009. 17, note F. Guerchoun, *Gaz. Pal.* 2009, n° 245. 12, note G. Huchet.

Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-16.141, *D.* 2010. Pan. 1591, obs. Jault-Seseke ; *Gaz. Pal.* 27-28 novembre 2009, n° 331-332. 35, 2^{ème} esp. ; *Gaz. Pal.* 27-28 novembre 2009, n° 331-332. 8, chron. M.-L. Niboyet ; *Rev. crit. DIP* 2010. 133, 3^{ème} esp., note H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, n° 08-17.587.

Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2009, *RGDIP.* 2010. 227, note M. Cosnard ; *RDBF* 2010, comm. 20 ; *JCP G.* 2009. 379, note. E. Cornut.

Com. 3 novembre 2009, *D.* 2010. 924, obs. Cl. Witz ; *JDI* 2010. 496, note J.-M. Jacquet.

Civ. 1^{ère}, 3 février 2010, *Rev. arb.* 2010. 93, note Laura Weiller.

Civ. 1^{ère}, 17 février 2010, n° 08-12.749, *Procédures* 2010. Comm. 117, obs. Nourissat ; *JCP* 2010. 440, note Bruneau ; *Rev. crit. DIP* 2010. 525, note N. Joubert.

Com. 9 mars 2010, *CCC* 2010, comm. 180, note N. Mathey.

Com. 8 juin 2010, n° 08-16.298 ; *Gaz. Pal.* 5-6 nov. 2010. 42, note J. Morel-Maroger ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 198, p. 112, obs. M.-E. Ancel.

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, *D.* 2010. 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; *D.* 2010. 2933, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2010. 513, note R. Dupeyré.

Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Abela*, *Rev. arb.* 2010. 813, note F.-X. Train ; *JCP* 2010. 1286, obs J. Ortscheidt ; *Cah. arb.* 2011. 443, note J.-B. Racine ; *D.* 2010. 2943, obs. Th. Clay.

Com. 19 octobre 2010, n° 09-69.246, *D.* 2011. Pan. 1377, obs. F. Jault-Seseke ; *D.* 2011. 2434, obs. L. d'Avout ; *RTD com.* 2011. 668, obs. Delebecque ; *RJ com.* 2011. 280, obs. M.-E. Ancel ; *RDC* 2011. 935, note J.-B. Racine.

Com. 18 janvier 2011, n° 10-11.885.

Soc. 19 janvier 2011, n° 09-66.797.

Com. 8 mars 2011, n° 09-11.751, *JDI* 2011. comm. 11, note J. Morel-Maroger.

Civ. 1^{ère}, 9 mars 2011, n° 09-14.743 ; *Rev. crit. DIP* 2011. 385, avis P. Chevalier, rapp. A.-F. Pascal ; *JDI* 2011. 953, note Ph. Delebecque, A. Sandra.

Com. 15 mars 2011, n° 10-16422, *RDC* 2011. 795, note Th. Genicon.

Civ. 1^{ère}, 23 mars 2011, n° 09-72.312.

Com. 6 avril 2011, n° 10-12.097, *AJDI* 2011. 526, obs. Rouquet.

Com. 10 mai 2011, n° 10-16.052.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, n° 10-16.482, *D.* 2011. 1618.

Civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, n° 09-17.346.

Com. 13 septembre 2011, n° 09-70.305, *Cybernetix*; *JCP E* 2011. 1899, obs. L. Leveneur; *D.* 2012. 1232, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke; *LPA* 10 févr. 2012, n° 30, p. 9, obs. Ch. Granier; *CCC* 2011, comm. 254, note L. Leveneur; *Rev. crit. DIP* 2012. 88, note H. Muir Watt.

Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2011, *RDBF* 2012. 39, note S. Piédelièvre; *Rev. crit. DIP* 2012. 124, note H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 12 octobre 2011, n° 10-19.517; *JDI* 2012, comm. 20. 1335, note V. Parisot; *Gaz. Pal.* 7 janv. 2012, n° 6-7, chron. de jurispr. 25, obs. A. Devers; *D.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon.

Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, n° 10-17.708, *Bull. civ.* I, n° 175.

Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, n° 10-10.996, *Dalloz actualité*, 6 janvier 2012, obs. Marrocchella; *JCP E* 2012, n° 1056; *LPA*, 24 février 2012, note Legrand.

Civ. 3^{ème}, 18 janvier 2012, n° 11-10.389, *Dalloz actualité*, 27 janvier 2012, obs. Rouquet; *D.* 2013. 863, obs. Damas.

Soc. 25 janvier 2012, n° 11-11.374, *D.* 2012. 444; *D.* 2012. 2331 obs. L. d'Avout et S. Bollée; *Dr. Soc.* 2012. 412, obs. J.-P. Laborde; *JCP* 2012. 495, note A. Devers; *JCP S* 2012, n° 1231, note J.-P. Tricoit; *JDI* 2012. 1354, note A. Sinay-Cytermann.

Com. 21 février 2012, n° 11-16.156, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke; *Rev. crit. DIP* 2012. 630, note D. Bureau.

Com. 20 mars 2012, n° 11-11.570, *JCP E* 2012, n° 1500; *CCC* 2012, n° 208.

Soc. 28 mars 2012, n° 11-12.778, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke; *Rev. crit. DIP* 2012. 587, note S. Corneloup.

Civ. 1^{ère}, 11 mai 2012, n° 10-25.620; *JCP G* 2012, doct. 1354, n° 4, obs. Ch. Seraglini; *Rev. arb.* 2012, p. 561, note L. Bernhrein-Van De Castele.

Civ. 2^{ème}, 16 mai 2012, n° 11-16.942; *Bull. civ.* II, n° 91; *JDI* 2014, comm. 3. 155, note N. Mrejen; *RLDC* 2012, n° 95. 57, obs. P. Alexandre.

Crim. 25 septembre 2012, n° 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, n° 198.

Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2012, n° 10-20.797.

Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2012, *JCP* 2012. I. 1354, n° 5, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2012, Pan. 1195, obs. Th. Clay.

Civ. 1^{ère}, 13 février 2013, n° 11-27.967, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2013. 725, note D. Bureau ; *RTD com.* 2013. 324, obs. B. Bouloc.

Civ. 1^{ère}, 27 février 2013, n° 11-23.520.

Civ. 1^{ère}, 12 mars 2013, n° 10-24465 ; *D.* 2013. 1603, note C. Paulin, *D.* 2013. 2293, obs. L. d'Avout, *D.* 2014. 1059, obs. F. Jault-Seseke, *D.* 2014. 2750, obs. H. Kenfack ; *RTD com* 2014. 456, obs. Ph. Delebecque.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, *JDI* 2013. 899, note G. Cuniberti ; *Rev. crit. DIP* 2013. 671, note H. Muir Watt ; *D.* 2013. 1728, note D. Martel ; *ibid.* 1574, obs. A. Leborgne ; *ibid.* 2293, obs. S. Bollée ; *RTD cin.* 2013. 437, obs. R. Perrot ; *ibid.* 2014. 319, obs. L. Usunier ; *Rev. arb.* 2013. 989, note L. Franc-Menget ; *RDC* 2013. 1485, note M. Laazouzi.

Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n° 12-14.929 et 12-15.323.

Civ. 1^{ère}, 26 juin 2013, n° 12-17.537.

Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-21.218.

Civ. 1^{ère}, 11 septembre 2013, n° 12-26.180.

Civ. 2^{ème}, 12 septembre 2013, n° 12-23.530, *RDC* 2014. 16, obs. T. Genicon.

Com. 1^{er} octobre 2013, n° 12-17.067.

Civ. 1^{ère}, 6 novembre 2013, *Rev. arb.* 2013. 1081 ; *JCP G* 2013. 1391, n° 4, obs. Ch. Seraglini ; *RDC* 2014. 260, note X. Boucobza et Y.-M. Sérinet.

Civ. 3^{ème}, 22 janvier 2014, n° 12-29.856, *D.* 2014. 277 ; *RDC* 2014. 397, note J.-B. Seube.

Civ. 1^{ère}, 29 janvier 2014, *Rev. arb.* 2017. 903, note Th. Dufour.

Com. 4 mars 2014, n° 13-15.846.

Com. 25 mars 2014, *JCP* 2014. 619, note D. Bureau ; *Rev. crit. DIP* 2014. 823, note O. Boskovic ; *D.* 2014. 1250, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD cin.* 2014. 848, obs. L. Usunier.

Civ. 1^{ère}, 30 avril 2014, n° 12-23.712, *JCP* 2014. 611.

Civ. 1^{ère}, 14 mai 2014, *Rev. arb.* 2017. 498, *D.* 2014, Pan. 2541, obs. Th. Clay ; *Procédures* 2014. 206, obs. L. Weiller.

Com. 24 juin 2014, n° 10-27.648.

Civ. 1^{ère}, 25 juin 2014, n° 13-23.669, *Rev. crit. DIP* 2015. 413, note S. Clavel.

Civ. 3^{ème}, 23 septembre 2014, n° 11-20.972 et 11-23.948.

Soc. 28 octobre 2014, n° 13-20.025.

Civ. 3^{ème}, 16 décembre 2014, n° 14-14.168.

Civ. 2^{ème}, 5 février 2015, n° 13-27.780.

Com. 10 février 2015, n° 13-28.262, *JCP G* 2015, 470, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2015, comm. 108, obs. H. Croze.

Civ. 1^{ère}, 4 mars 2015, n° 14-19.015, *JCP G* 2015, chron. p. 1647 ; *Dr. famille* 2015, comm. 95, note C. Neirinck ; *Gaz. Pal.* 2015. 31, note S. Hamou.

Soc. 15 avril 2015, n° 13-23.150.

Civ. 1^{ère}, 13 mai 2015, *Commisimpex*, *D.* 2015. 1936, note S. Bollée, et 2031, obs. L. d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2015. 652, note H. Muir Watt ; *JCP* 2015. 759, note M. Laazouzi, et p. 1004, obs. C. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 2015. 11, obs. C. Brenner ; *LP4* 2015. 20, obs. F. Jault-Seseke ; *JDI* 2016, comm. 4, note S. El Sawah et Ph. Leboulanger.

Civ. 1^{ère}, 16 septembre 2015, n° 14-10.373, *D.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *JCP* 2015. 1188, note P. Berlioz ; *Rev. crit. DIP* 2016. 132, note H. Muir-Watt et D. Bureau ; *RTD com.* 2016. 590, obs. Ph. Delebecque.

Civ. 1^{ère}, 21 octobre 2015, *Procédure* 2015, comm. 161, obs. L. Weiller ; *D.* 2015. 2590, obs. Th. Clay (rendu en matière d'arbitrage interne).

Civ. 1^{ère}, 28 octobre 2015, n° 14-22.207, n° 2015-023938 ; *Procédures* 2016, comm. 7, Y. Strickler ; *D.* 2015, p. 2246, obs. P. Noual ; *Gaz. Pal. Rev.* 2015, 1, p. 39, obs. S. Amrani-Mekki ;

Com. 24 novembre 2015, n° 14-14.924 *D. actualité*, 11 déc. 2015, obs. X. Delpech ; *D.* 2015. 2509 ; *ibid.* 2016. 574, obs. M. Mekki ; *ibid.* 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2017. 269, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD cin.* 2016. 98, obs. Barbier ; *RDC* 2016, p. 269, note Grimaldi ; *JCP E* 2015. 931 ; *JCP N* 2016. 241, obs. C. Nourissat ; *CCC* 2016, no 40, note Mathey.

Civ. 1^{ère}, 24 février 2016, n° 15-10.639, *RTD com.* 2016. 588, obs. Ph. Delebecque.

Com. 5 avril 2016, n° 14-22.686.

Civ. 1^{ère}, 13 avril 2016, n° 14-26.515.

Civ. 1^{ère}, 25 mai 2016, n° 15-14.666.

Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2016, n° 15-19.521, *D.* 2016. 2589, obs. T. Clay, *Rev. crit. DIP* 2017. 90, note J. Guillaumé.

Soc. 13 octobre 2016, n° 15-16.872 ; *RDT* 2017. 66, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP S* 2016. 1406, note Ph. Coursier.

Civ. 1^{ère}, 19 octobre 2016, n° 15-21.902.

Civ. 3^{ème}, 20 octobre 2016, n° 15-20.285, *D.* 2016. Act. 2214 ; *Dalloz actualité*, 8 novembre 2015, obs. A. Cayol ; *AJDI* 2017. 209, obs. Blatter ; *AJDI* 2017. 286, obs. F. Monéger ; *RTD com.* 2017. 37, obs. Kendérian ; *JCP E* 2017. 1006, n° 2, obs. J.-B. Seube ; *RJDA* 2017, n° 9.

Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2016, n° 15-25.554.

Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n° 15-26.105, *D.* 2017. 1011, obs. F. Jault-Seseke, et 2559, obs. T. Clay ; *AJ Contrat* 2017. 139, obs. C. Nourissat ; *Rev. crit. DIP* 2017. 269, note D. Bureau et H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2017. 391, obs. H. Barbier ; *RTD eur.* 2018. 338, obs. A. Jeaneau. V. aussi, à ce sujet, Civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, n° 06-10.946, *Bull. cin.* I, n° 93 ; *D.* 2007. AJ 951, obs. Chevrier.

Civ. 1^{ère}, 18 janvier 2017, n° 15-25.678.

Soc. 19 janvier 2017, n° 15-20.095, *Rev. Crit. DIP* 2017. 409.

Soc. 1 février 2017, n° 15-21.198, *Rev. crit. DIP* 2017. 409, note D. Sindres.

Civ. 2^{ème}, 2 février 2017, n° 16-13.521, *D.* 2017. 350 ; *Dalloz actualité*, 22 février 2017, obs. de Ravel d'Esclapon.

Civ. 1^{ère}, 20 avril 2017, n° 16-11.413.

Civ. 1^{ère}, 17 mai 2017, n° 15-28.767 ; *D.* 2018. 966, obs. S. Clavel ; *Rev. crit. DIP* 2017. 431, note D. Sindres.

Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2017, n° 16-11.487.

Com. 21 juin 2017, n° 16-11.828, *D.* 2017. 2070, obs. L. d'Avout.

Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, n° 16-26.445 et 16-25.657.

Com. 27 septembre 2017, n° 15-25.927, *D. actu.* 6 octobre 2017, obs. F. Mélin ; *D.* 2018. 966, obs. S. Clavel, F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1934, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2017. 602, rapp. F. Schmidt ; *ibid.* 612, note H. Muir Watt ; *RJDA* 2018, n° 96 ; *Gaz. Pal.* 27 févr. 2018, p. 32, note R. Carayol ; *EEI* 2018, n° 7, obs. O. Cachard ; *DMF* 2017. 1012, rapp. F. Schmidt, obs. P. Delebecque.

Civ. 1^{ère}, 10 janvier 2018, *Commisimpex*, *JCP* 2018. 294, avis N. Ancel ; *ibid.* 295, note M. Laazouzi ; *D.* 2018 ; *D.* 2019. 542, note B. Haftel ; *Rev. Crit. DIP* 2018. 315, note D. Alland ; *RTD cin.* 2018. 353, obs. Usunier et P. Deumier ; *Ibid.* 474, obs. Ph. Théry ; *JCP* 2018. 157, n° 9, obs. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 19 juin 2018, p. 37, obs. Brenner ; *Rev. arb.* 2018. 382, note C. Cohen ; *Cah. arb.* 2018. 65, note B. Siino et A. Kirillov.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n° 17-31.427, *Rev. crit. DIP* 2019. 111, note C. Chalas.

Civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-12.044, *RJDA* 2019. 198.

Civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n° 17-17.546, *RDC* 2018. 382, note M. Laazouzi ; *D.* 2019. 1015, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2018. 919, note F. Mailhé ; *JDI* 2019. 10, note M.-E. Ancel ; *Rev. crit. DIP* 2019. 194, note D. Sindres.

Com. 4 juillet 2018, *D.* 2018. 2448, obs. Th. Clay.

Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2018, n° 17-26.850.

Civ. 1^{ère}, 13 février 2019, n° 18-11.609, *CCC* n° 5, Mai 2019, comm. 84, note M. Malaurie-Vignal.

Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2019, n° 17-20.423.

Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2019, n° 18-21.854, *D.* 2020. 1970, obs. E. Farnoux ; *Rev. crit. DIP* 2020. 317, note B. Remy.

Soc. 27 novembre 2019, n° 18-13.790 ; *D.* 2019. 2359.

Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2019, n° 18-23.176, *JCP G* 2020. 1318, note Ph. Cosson.

Civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-26.661.

Civ. 1^{ère}, 4 mars 2020, n° 18-22.019, *JurisData* n° 2020-003281 ; *Dalloz actualité*, 3 juill. 2020, obs. L. Jandard ; *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, note J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020. 608 ; *Rev. arb.* 2020, note D. Bensaude ; *JDI* 2021 comm. 15., note C. Debourg.

Soc. 13 janvier 2021, n° 19-17.157, *D.* 2021. 139, et 923, obs. S. Clavel ; *Dr. soc.* 2021. 470, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD cin.* 2021. 376, obs. L. Usunier.

Civ. 1^{ère}, 10 février 2021, *Rev. crit. DIP* 2021. 837, note S. Fulli-Lemaire ; *JCP* 2021. 403, note E. Fongaro.

Civ. 1^{ère}, 17 mars 2021, n° 20-10.702.

Civ. 1^{ère}, 26 mai 2021, n° 19-15.102, *D.* 2021. 1522, note J. Guillaumé ; *Rev. crit. DIP* 2021. 850, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD cin.* 2021. 854, obs. L. Usunier ; *RTD com.* 2021. 800, obs. Passa ; *JCP* 2021, n° 733, note L. d'Avout.

Civ. 1^{ère}, 29 septembre 2021, n° 20-18.954 ; *Rev. crit. DIP* 2022. 410, note D. Bureau ; *JCP G* 2022, 148, obs. C. Nourissat ; *D.* 2022. 915, obs. S. Clavel ; *D.* 2022, p. 1773, obs. A. Gridel.

Com. 20 octobre 2021, n° 20-14.275 ; *D.* 2021. 2296, note T. Luye ; *ibid.* 2022. 915, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2021. 909, obs. B. Bouloc ; *DMF* 2021. 1026, obs. P. Delebecque ; *Rev. crit. DIP* 2022. 771, note F. Jault-Seseke.

Civ. 3^{ème}, 16 mars 2022, n° 21-10.032.

Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 21-12.331.

Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2022, n° 20-20.260, *D.* 2023. 157, note D. Mainguy ; *Ibid.* 1825, obs. S. Bollée ; *D.* 2022. 1757, et 2330, obs. T. Clay ; *D. actu.* 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 8 nov. 2022, p. 6, obs. L. Larribère, et p. 22, note J. Clavel-Thoraval ; *JCP* 2023. Doctr. 143, obs. C. Nourissat, et Doctr. 221, obs. C. Seraglini ; *JCP E* 2023. 1105, note P. Casson ; *Procédures* 2022. Comm. 277, note L. Weiller.

Com. 16 novembre 2022, n° 21-17.338, *D.* 2022. 2040 ; *ibid.* 2023. 925, obs. S. Clavel et F. Jault-Seséke ; *JCP* 2023. 143, obs. C. Nourissat ; *Rev. crit. DIP* 2023. 745, note D. Bureau et H. Muir Watt.

Com. 18 janvier 2023, n° 21-17.426.

Civ. 1^{ère}, 13 avril 2023, n° 22-14.708, *Sté Leplatre & Cie*, *JCP* 2023. 1254, § 1, obs. P. Giraud ; *D. actu* 30 mai 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2023, p. 4, obs. L. Larribère.

Civ. 1^{ère}, 7 juin 2023, n° 21-24.927 et 22-12.916, *Rev. crit. DIP* 2023. 827, note M. Barba.

Soc. 4 juillet 2023, n° 23-70.004, avis n° 9043 FS-D, *Rev. crit. DIP* 2023. 924, note D. Bureau.

Civ. 1^{ère}, 27 septembre 2023, n° 22-15.146, *Rev. crit. DIP* 2024. 142, obs. D. Bureau ; *D.* 2024. 937, obs. S. Clavel.

B) Décisions des juridictions du fond

CA Paris, 9 juillet 1884, *GP* 84. 2. 328.

CA Orléans, 18 novembre 1896, *JDI* 1897. 326.

CA Rabat, 17 mai 1930, *JDI* 1931. 672.

CA Colmar, 5 novembre 1930, *JDI* 1932. 163.

CA Paris, 21 juillet 1950, *Rev. crit. DIP* 1952. 706, note H. Batiffol.

Trib. Mixte Saigon, 3 novembre 1951, *Rev. Crit. DIP* 1952. 319, note A. Ponsard.

CA Paris, 5 juin 1959, *Laforest c/ Office commercial de l'ambassade d'Espagne*, *JDI* 1960. 482.

CA Colmar, 9 décembre 1960, *JDI* 1961, p. 1096, obs. B.G. ; *JCP G* 1961, II, 12257, note J.C.

TGI Seine, 28 février 1961, *JDI* 1962. 176, obs. Sialelli ; *Rev. crit. DIP* 1961. 572, note Y. Loussouarn.

CA Paris, 26 octobre 1962, *Rev. crit. DIP* 1965. 535, note H.B.

CA Paris, 20 janvier 1965, *GP* 1965.2.141 ; *JDI* 1965. 906, note J.-D. Bredin.

CA Paris, 27 février 1967, *D.* 1967. 450.

CA Paris, 1^{er} décembre 1969, *Rev. crit. DIP* 1971. 295, note J. Huet.

CA Paris, 10 janvier 1970, *Rev. crit. DIP* 1971. 518, note G. Droz.

CA Aix-en-Provence, 16 février 1971, *D.* 1972. 239.

CA Paris, 17 juin 1971, *Rev. arb.* 1971. 116, note Ph. Fouchard.

CA Paris, 9 décembre 1971, *Gaz. Pal* 1972. I. 213.

CA Paris, 25 janvier 1972, *Rev. arb.* 1973. 158, note Ph. Fouchard.

CA Paris, 10 avril 1972, *JDI* 1973. 363.

CA Paris, 18 octobre 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 371, note F. Deby-Gérard.

CA Paris, 7 décembre 1972, *D.S.* 1973, Somm. p. 60, obs. R. Savatier, *RTDC* 1975. 752.

CA Paris, 9 mai 1974, *Rev. crit. DIP* 1975.97, obs. H. Gaudemet-Tallon.

CA Paris, 12 novembre 1974, *JDI* 1975. 808, note Ruzié ; *Gaz. Pal.* 1975. 1. 50, note Viatte ; *Rev. crit. DIP* 1975. 484, note Droz.

CA Paris, 13 décembre 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 507, note B. Oppetit ; *JDI* 1977. 107, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977. 147, note Ph. Fouchard.

T. com. Marseille, 15 octobre 1976, *DMF* 1977. 295.

CA Paris, 14 octobre 1977, *D.* 1978. 298, note J. Robert ; *Gaz. Pal.* 1977. 2. 604.

CA Paris, 17 mars 1978, *Rev. Crit. DIP* 1978. 714, note P. Bourel ; *JDI* 1978. 605, note Kahn, *D.* 1978. IR 370, obs. B. Audit.

TGI Paris, 12 septembre 1978, *JDI* 1979. 857, 1^{ère} esp., note B. Oppetit.

CA Paris, 29 septembre 1978, *Gaz. Pal.* 1979. 1. Somm. 171.

CA Paris, 16 février 1979, *Gaz. Pal.* 1979. 2. 385, note R.S. ; *Rev. crit. DIP* 1980. Somm. 825.

TGI Paris, 5 mars 1979, *Procureur de la République c. Liamco et autres*, *JDI* 1981. 365, note B. Oppetit.

CA Aix-en-Provence, 20 mars 1979, *DMF* 1979. 725.

T. com. Paris, 7 mai 1979, *DMF* 1980. 416.

T. com. Paris, 15 mai 1979, *DMF* 1980. 477.

CA Paris, 28 septembre 1979, *Rev. crit. DIP* 1981. 109, note Y. Lequette

CA Aix-en-Provence, 14 mai 1981, *DMF* 1982. 341, note R. Achard.

CA Paris, 26 juin 1981, *Benvenuti Bonfant c. République populaire du Congo*, *Rev. arb.* 1982. 207 ; *JDI* 1981. 843, note B. Oppetit.

CA Paris, 21 avril 1982, *JDI* 1983. 145, note B. Oppetit.

CA Paris, 2 mars 1983, *Rev. arb.* 1984. 363, J. Robert.

CA Paris, 18 mars 1983, *Rev. arb.* 1983. 491, J. Robert

CA Paris, 21 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984. 98, note A Chapelle.

CA Paris, 7 juin 1984, *Rev. arb.* 1984. 504, note E. Mezger.

CA Aix-en-Provence, 20 mars 1986, *DMF* 1988. 466.

CA Pau, 26 novembre 1986, *Rev. arb.* 1988. 153.

CA Paris, 19 décembre 1986, *Rev. Arb.* 1987. 359.

CA Paris, 9 décembre 1987, *GIE Acadi c/ société Thomson-Answare*, *Rev. arb.* 1988. 573.

CA Paris, 14 décembre 1987, *Rev. arb.* 1989. 240, note Vasseur

CA Paris, 27 janvier 1988, *D.* 1988. 342, obs. B. Audit.

CA Paris, 16 juin 1988, *Rev. arb.* 1989. 309, note Ch. Jarrosson

CA Dijon, 26 octobre 1988, *JurisData* n° 1988-604259.

CA Paris, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989. 691, note P.Y. Tschan.

CA Versailles, 20 décembre 1988, *D.* 1989. Somm. 258, obs. B. Audit.

CA Paris, 14 février 1989, *Ofer Brothers*, *Rev. arb.* 1989. 691, note P.Y. Tschanz.

CA Grenoble, 26 avril 1989, n° 043662.

CA Dijon, 31 octobre 1989, n° 2060/1988.

CA Paris, 31 octobre 1989, *Rev. arb.* 1992. 90, note L. Aynès.

CA Grenoble, 28 novembre 1989, *JDI* 1990. 626, note Kahn.

CA Paris, 28 novembre 1989, *Rev. arb.* 1990. 675, note P. Mayer.

CA Paris, 11 janvier 1990, *Ori*, *Rev. arb.* 1992. 95, note D. Cohen.

CA Paris, 8 mars 1990, *SA Entreprise Ducler*, *Rev. arb.* 1990. 675, 2^{ème} esp., note P. Mayer.

T. com. Bobigny, 29 mars 1990, *Rev. arb.* 1992. 66, note L. Aynès.

CA Rennes, 26 septembre 1990, *DMF* 1993. 309.

CA Paris, 10 octobre 1990, *JurisData* n° 1990-600463 ; *Rev. crit. DIP* 1991. 605, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1990, inf. rap. 274.

CA Versailles, 6 février 1991, *Rev. crit. DIP* 1991. 745, note P. Lagarde ; *JDI* 1992. 125, note J. Foyer ; *D.* 1991, jurispr. p. 174, note J.D. Mondolini ; *RTDE* 1992. 529, obs. H. Gaudemet-Tallon.

CA Paris, 22 mars 1991, *Rev. arb.* 1993, p. 680, obs. D. Cohen.

CA Paris, 18 avril 1991, *Rev. arb.* 1994. 95.

CA Paris, 30 mai 1991, *Rev. arb.* 1994. 95.

CA Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.* 1993. 617, note L. Aynès.

CA Paris, 17 décembre 1991, *Gatol*, *Rev. arb.* 1993. 281, note H. Synvet.

CA Paris, 19 juin 1992, *Société Bordelaise de crédit industriel et commercial*.

CA Versailles, 15 octobre 1992, *DMF* 1994. 174, obs. P. Bonassies ; *DMF* 1994. 392.

CA Versailles, 22 septembre 1993, *JCP G* 1995. II. 22459, note H. Muir-Watt.

CA Rouen, 28 octobre 1993, *JurisData* n° 1993-047379.

CA Paris, 10 novembre 1993, *JDI* 1994. 678, note J.M. Jacquet, *JCP G* 1994. II. 22 314, note B. Audit.

CA Metz, 4 janvier 1994, n° 4262/92.

CA Paris, 10 février 1994, *Rev. arb.* 1996. 57.

CA Paris, 11 février 1994, *D.* 1994, Somm. 354, obs. B. Audit.

CA Paris, 7 juillet 1994, *Rev. arb.* 1995. 107, note S. Jarvin.

CA Paris, 12 octobre 1994, n° 94/7683.

CA Paris, 7 décembre 1994, *Jaguar*, *RTD com.* 1995. 401, obs. J.C. Dubarry, E. Loquin ; *Rev. arb.* 1996. 245, note Ch. Jarrosson.

CA Paris, 10 mars 1995, *Rev. arb.* 1996. 143, obs. Y. Derains ; *RTD com.* 1996. 653, obs. E. Loquin.

CA Paris, 22 mars 1995, *SMABTP*, *Rev. arb.* 1997. 550.

CA Paris, 17 mai 1995, *JDI* 1996. 110, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997. 90, obs. Y. Derains.

CA Paris, 21 septembre 1995, *D.* 1996. Somm. 168, obs. B. Audit ; *JDI* 1996. 683, note Kahn.

TGI Paris, 10 janvier 1996, *Bull. ASA* 1996. 319 ; *Rev. arb.* 2002. 427, note Ph. Fouchard.

CA Paris, 27 mai 1996, *Juris-Data* n° 022424.

CA Rouen, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1997. 263, note E. Gaillard.

CA Grenoble, 23 octobre 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 762, note A. Sinay-Cytermann.

CA Paris, 17 décembre 1997, *RTD com.* 1998. 580, obs. E. Loquin.

CA Orléans, 14 mai 1998, n° 96/002385.

CA Paris, 14 octobre 1998, *D.* 1999. 291, obs. B. Audit.

CA Versailles, 14 janvier 1999, inédit, n° 2840/98, *Juris-Data* n° 040329.

CA Dijon, 16 septembre 1999, n° 02258/9.

CA Paris, 7 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000. 288.

CA Paris, 23 novembre 1999, *Rev. arb.* 2000. 501 ; *RTD com.* 2001. 59, obs. E. Loquin.

TGI de Poitiers, 22 décembre 1999, *M. J. Mayer c. M. et Mme Deshoulières*, *Rev. crit. DIP* 2001. 670, note P. Remy-Corlay.

CA Reims, 5 janvier 2000, n° 99/01733.

CA Paris, 24 février 2000, *STNM-CNAN c/ AGENA*, *JurisData* : 2000-112489.

CA Paris, 23 mars 2000, *S.A.R.L. Pierre Alexandre c/ S.A. Socab Distribution*, inédit, n°1998/22336.

CA Paris, 10 août 2000, *Ambassade de Russie en France c/ Noga*, n°2000/14157, *Juris-Data* n° 120182 ; *JCP G* 2001. II. 10512, note Ch. Kaplan et G. Cuniberti ; *D.* 2001. 2157, note E. Fongaro ; *JDI* 2001. 116, note I. Pingel-Lenuzza ; *DMF* 2001, doct. 3, par J.-P. Rémerly ; *Rev. arb.* 2001. 114, 2^{ème} esp., note Ph. Leboulanger ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 163, G. de Geouffre de La Pradelle.

CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.* 2001. 806, obs. Y. Derains ; *Rev. arb.* 2001. 773, note Seraglini.

CA Paris, 5 juillet 2001, *Gaz. Pal.* 2002, som. 760.

CA Lyon, 28 septembre 2001, n° 2001/02975.

CA Paris 25 octobre 2001, *JDI* 2002. 1065, note G. Cuniberti ; *D.* 2002. IR. 41.

CA Paris, 17 janvier 2002, *Rev. arb.* 2002. 202.

CA Pau, 13 février 2002, n° 99/00.872.

CA Paris, 21 février 2002, *RTD com.* 2002. 277, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2002. 955, note F.X. Train.

CA Paris, 23 mai 2002, *SARL Euro Agri Foods*, *Rev. arb.* 2002. 786 ; *Rev. arb.* 2003. 1341, 2^{ème} esp., note C. Legros.

CA Paris, 27 juin 2002, *Rev. arb.* 2003. 427, note C. Legros.

CA Paris, 13 février 2003, *Rev. arb.* 2004. 311 (2^{ème} espèce), note J.B. Racine ; *RTD com.* 2003. 696, obs. E. Loquin.

CA Paris, 2 avril 2003, *État équato-guinéen c/ SA Gideppe*, *JurisData* n° 2003-212324.

Com. 13 mai 2003, n° 00-21.555, *Bull. civ.* IV, n° 82 ; *D.* 2004. 414, note J. Bahans et M. Menjucq ; *RTD civ.* 2003. 727, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2003. 802, obs. B. Bouloc ; *CCC* 2003, n° 124, obs. L. Leveneur.

CA Paris, 26 juin 2003, *Rev. arb.* 2006. 143 ; *Gaz. Pal.*, 7-8 novembre 2003. 47.

CA Paris, 23 octobre 2003, *Rev. arb.* 2006. 149.

CA Nancy, 27 novembre 2003, n° 00/00224.

CA Paris, 22 janvier 2004, n° 02-35086, *RJS* 2004, n° 874.

CA Lyon, 18 février 2004, n° 2003/00993.

CA, Versailles, 18 mars 2004, n° 2003-03889.

CA Paris, 2 juin 2004, *Rev. arb.* 2005. 673, note J.-B. Racine.

CA Rouen, 15 juin 2004, n° 02/00916.

CA Paris, 15 mars 2005, n° 14/13855.

CA Besançon, 11 octobre 2005, n° 04/00.888.

CA Paris, 26 octobre 2005, n° 04/04597.

CA Toulouse, 24 novembre 2005, *Advanced Copygraph Systems*, RG n° 05/04009.

CA Versailles, 3 février 2006, n° 04/06907.

CA Versailles, 28 septembre 2006, n° 05/09565.

CA Paris, 25 janvier 2007 ; *Rev. arb.* 2007. 137.

CA Paris, 26 avril 2007, *JCP G.* I. 216, n° 1, obs. J. Béguin.

CA Rouen, 15 mai 2007, n° 06/02490 : *JurisData* n° 2007-340509.

CA Paris, 13 septembre 2007, *Rev. arb.* 2007, somm. 649 ; *Rev. arb.* 2008. 313, note F.X. Train.

CA Paris, 19 octobre 2007, *Merril Lynch*, n° 06/20561.

CA Paris, 19 décembre 2007, n° 07/14823

CA Paris, 6 mars 2008, *D.* 2008. 1452, note P. Courbe, *JCP G* 2008. II. 10115, note Bruneau.

CA Paris, 22 mai 2008, *Rev. arb.* 2008. 730, note F.X. Train ; *JCP* 2008. I. 222, n° 7, obs. Ch. Seraglini.

CA Paris, 18 juin 2008, n° 08/02659.

CA Toulouse, 16 septembre 2008, n° 08/01424.

CA Paris, 7 janvier 2009, n° 08/04089.

CA Paris, 21 janvier 2009, n° 08/16518.

CA Agen, 25 février 2009, n° 07/00216.

CA Colmar, 7 avril 2009, n° 08/02156.

CA Paris, 7 mai 2009, *Société Suba France c/ Société Pujol*, n° 08/02025.

CA Douai, 11 juin 2009, n° 08/09245.

CA de Rouen, 10 septembre 2009, n° 08/03137.

CA Rouen, 22 octobre 2009, n° 09/02556.

CA Paris, 21 janvier 2010, *Rev. arb.* 2010. 339, note F.-X. Train.

CA Amiens, 11 février 2010, n° 04/04434.

CA Lyon, 1^{er} juin 2010, n° 10/01457.

CA Lyon, 8 juin 2010, n° 09/07368.

CA Aix-en-Provence, 20 janvier 2011, n° 09/13.468.

CA Paris, 17 février 2011, *Dallah*, *Rev. arb.* 2012. 369, note F.-X. Train.

CA Paris, 17 mars 2011, *Rev. arb.* 2011. 575.

CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/04688.

CA Paris, 9 juin 2011, *Rev. arb.* 2011, somm. 832.

CA Colmar, 9 juin 2011, n° A10/02652.

Civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, *JCP* 2011, doct. 1432, n° 3, obs. Ch. Seraglini ; *JDI* 2012. 611, note S. Sana-Chaillé de Néré, *Cab. Arb.* 2013. 63, note S. Bonnard.

CA Paris, 15 février 2012, n° 11/11302 ;

CA Nancy, 14 mars 2012, n° 09/02.392.

CA Pau, 23 mars 2012, *D.* 2012. 1061, obs. C. Manara ; *D.* 2012. Pan. 2350, obs. P. Tréfigny ; *D.* 2013. Pan. 1511, obs. F. Jault-Seseke ; *RDC* 2012. 1340, obs. E. Treppoz ; *JCP* 2012. 690, obs. E. Jeuland.

CA Orléans, 2 avril 2012, n° 11/00733.

CA Paris, 12 juin 2012, *Rev. arb.* 2012. 811, note L. Aynès.

CA Nancy, 11 octobre 2012, n° 11/02427.

CA Rennes, 23 octobre 2012, n° 11/07397.

CA Paris, 23 octobre 2012, *Soleil de Cuba*, en somm. in *Rev. arb.* 2012. 872.

CA Chambéry, 20 novembre 2012, n° 12/00787.

CA Paris, 22 novembre 2012, *Société ED Franchise et autre c/ Sarl Evrygis*, *Rev. arb.* 2013. 283.

CA Pau, 10 décembre 2012, n° 11/01638.

CA Angers, 19 février 2013, n° 12/00813.

CA Paris, 19 février 2013, somm. in *Rev. arb.* 2013. 299.

CA Paris, 26 février 2013, *Rev. arb.* 2014. 82.

CA Metz, 20 mars 2013, n° 10/03586.

CA Versailles, 23 avril 2013, n° 12/02725.

CA Montpellier, 24 juillet 2013, n° 12/04785.

CA Douai, 19 septembre 2013, n° 13/00.889.

CA Paris, 15 octobre 2013, *Rev. arb.* 2013. 1077.

CA Paris, 11 février 2014, *LPA* 27 octobre 2014. 7, obs. L. Zelinkson.

CA Colmar, 19 février 2014, n° 13/04637.

CA Angers, 8 avril 2014, n° 13/00837.

CA Caen, 27 mai 2014, n° 12/00636.

CA Metz, 15 octobre 2014, n° 12/02803.

CA Paris, 28 octobre 2014, *Gouvernement de l'État libyen et autres c/société Mohamed Abdel Mosben Al-Kharafi et fils*, en somm. in *Rev. arb.* 2014. 1035.

CA Rouen, 17 décembre 2014, n° 14/01333.

CA Pau, 25 juillet 2014, n° 12/02.356.

CA Paris, 7 avril 2015, *Rev. arb.* 2015. 1216.

CA Aix-en-Provence, 16 avril 2015, n° 14/21925.

CA Rennes, 13 mai 2015, n° 13/05901.

CA Versailles, 21 mai 2015, n° 13/06220.

CA Rouen, 27 mai 2015, n° 14/04116.

CA Paris, 23 juin 2015, *Rev. arb.* 2016. 59.

CA Aix-en-Provence, 2 juillet 2015, n° 13/22.142.

CA Lyon, 10 septembre 2015, n° 13/06739.

CA Nancy, 23 septembre 2015, n° 14/02713.

CA Orléans, 10 décembre 2015, n° 15/00261.

CA Douai, 28 janvier 2016, n° 15/01453.

CA Lyon, 7 avril 2016, n° 15/01137.

CA Paris, 10 mai 2016, *Rev. arb.* 2016. 956.

CA Paris, 10 mai 2016, *Rev. arb.* 2017. 592.

CA Paris, 24 mai 2016, *Rev. arb.* 2017. 617.

CA Paris, 11 octobre 2016, *Rev. arb.* 2017. 586.

CA Aix-en-Provence, 8 juin 2017, n° 15/04715.

CA Metz, 22 novembre 2017, n° 17/00518.

CA Bastia, 3 octobre 2018, n° 18/00008.

CA Paris, 16 octobre 2018, *Rev. arb.* 2019. 891 et s. note S. Willaume.

CA Metz, 15 novembre 2018, n° 17/01467.

CA Paris, 18 décembre 2018, *Rev. arb.* 2018. 847.

CA Paris, 9 janvier 2019, n° 18/09522.

CA Paris, 2 avril 2019, n° 16/24358, *Dalloz actualité* 17 avril 2019, obs. J. Jourdan-Marques ; *CAPJLA* 2019. 751, note C. Crepet-Daigremont ; *Rev. arb.* 2021. 418, note P. Duprey et M. Leduc.

CA Versailles, 6 juin 2019, n° 18/02247.

CA Paris, 5 septembre 2019, n° 18/17592.

CA Paris, 7 janvier 2020, n° 19/12209.

CA Rouen, 20 février 2020, n° 17/03803.

CA Paris, 25 février 2020, *Rev. arb.* 2020. 207, note D. Bureau ; *Dalloz actualité*, 4 mai 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *JDI* 2020, comm. 21, note E. Gaillard.

CA Versailles, 26 février 2020, n° 17/02931.

CA Paris, 10 juin 2020, n° 19/10808.

CA Douai, 25 juin 2020, n° 18/05294.

CA Paris, 8 décembre 2020, n° 19/18298.

CA Grenoble, 8 décembre 2020, n° 18/03725.

CA Paris, 6 janvier 2021, n° 20/08857 ; *CCC* n° 3, Mars 2021, comm. 39, note M. Malaurie-Vignal.

CA Paris, 16 février 2021, n° 18/16695, *Greenwitch*, *Dalloz actualité*, 30 avril 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

CA Paris, 2 mars 2021, *LBCI c/ Rotana*, n° 18/20663 ; *Dalloz actualité*, 30 avr. 2021, obs. J. Jourdan-Marques.

CA Bordeaux, 28 octobre 2021, n° 18/06128.

CA Paris, 21 juin 2022, n° 21/00473, *sté Airbus*, *Dalloz actualité*, 13 juillet 2022, obs. J. Jourdan Marques.

CA Rennes, 1^{er} février 2024, n° 23/01441.

CA Paris, 20 février 2024, n° 23/01702, *DCU Potatoes*, *D. actu.* 21 mars 2024, obs. J. Jourdan-Marques.

CA Paris, 26 mars 2024, n° 23/08940, *Lentilles vertes du Val-de-Loire*, *D. actu.* 14 juin 2024, obs. J. Jourdan-Marques.

CA Paris, 11 juin 2024, n° 23/05505, *Agrotrade*, *D. actu.* 10 oct. 2024, obs. J. Jourdan-Marques.

II) Jurisprudence européenne

A) Arrêts de la Cour de justice de l'Union Européenne

CJCE, 6 octobre 1976, aff. 12/76, *Tessili*, *Rev. crit. DIP* 1977. 751, note P. Gothot et D. Holleaux ; *JDI* 1977. 714, note Huet ; *D.* 1977. 616, note G. Droz.

CJCE, 14 décembre 1976, *Estasis Salotti*, aff. 24/76, *Rev. crit. DIP* 1977. 576, note E. Mezger ; *JDI* 1977. 734, obs. J.-M. Bischoff ; *D.* 1977. IR 349, obs. B. Audit.

CJCE, 14 décembre 1976, *Segoura*, aff. 25/76, *Rec.*, 1851, *JDI* 1977. 734, obs. Bischoff ; *D.* 1977, IR, 349, obs. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1977. 576, 2^e esp., note Mezger.

CJCE, 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh*, *JDI*, 1981. 903, obs. A. Huet ; *Rev. crit. DIP*, 1982. 143, note H. Gaudemet-Tallon.

CJCE, 19 juin 1984, *Tilly Russ*, *JDI* 1985. 159, obs. J.M. Bischoff ; *Rev. crit. DIP* 1985. 385, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 1985. 83, note P. Bonassies.

CJCE, 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89.

CJCE, 20 février 1997, *MSG*, aff. C-106/95, *Rev. crit. DIP* 1997. 563, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997. 625, obs. A. Huet.

CJCE, 3 juillet 1997, *Benincasa*, aff. C-269/ 95, *JDI* 1998. 581, note J.-M. Bischoff.

CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/ 97, *Rev. sociétés* 1999. 386, note Parleani ; *D.* 1999. 550, note Menjucq ; *JCP* 1999. II. 10002, note Luby ; *JDI* 2000. 482, note Luby.

CJCE, 16 mars 1999, *Castelletti*, aff. C-159/97, *Rev. crit. DIP* 1999. 559, note H. Gaudemet-Tallon ; *DMF* 2000. 11, obs. Ph. Delebecque.

CJCE, 27 juin 2000, *Océano Gruppo*, aff. C-240/ 98 et C-244/98, *RTD civ.* 2000. 939, obs. J. Raynard ; *ibid.* 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2001. 291, obs. M. Luby ; *JCP E* 2001. 1281, note Carballo Fidalgo et Paisant ;

CJCE, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime*, aff. C-387/98 ; *Rev. crit. DIP* 2001. 359, note F. Bernard-Fertier ; *JDI* 2001. 701, obs. J.M. Bischoff ; *DMF* 2001. 187, note Ph. Delebecque.

CJCE, 21 nov. 2002, *Cofidis*, aff. C-473/ 00, *D.* 2003. 486, note C. Nourissat ; *ibid.* 2002. 3339, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2003. 345, obs. D. Legeais ; *ibid.* 410, obs. M. Luby ; *JCP G* 2003. II. 10 082, note G. Paisant.

CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *D.* 2006. *AJ* 2910, obs. Avena-Robardet ; *ibid.* Pan. 3027, obs. Clay ; *ibid.* 2007. Pan. 2571, obs. Bollée ; *RTD civ.* 2007. 633, obs. Théry ; *JCP E* 2007, no 35, p. 26, obs. Seraglini ; *LPA* 20 septembre 2007, note Poissonnier et Tricoit ; *LPA* 31 juill. 2007, obs. Legros ; *Gaz. Pal.* 2007. 1972, obs. Train ; *RLDA* mars 2007. 55, note Nourissat ; *Europe* 2006, no 378, obs. Idot ; *JDI* 2007. 581, note Mourre ; *Rev. arb.* 2007. 109, note Idot.

CJUE, 2 avril 2009, aff. C-523/07, *D.* 2009. 1149 ; *D.* 2010. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2009. 791, note E. Gallant ; *RTD civ.* 2009. 714, obs. J. Hauser ; *RTD eur.* 2010. 421, chron. M. Douchy-Oudot et S. Guinchard ; *JCP* 2009. 316, note Boulanger ; *Europe* 2009. Comm. 265, obs. L. Idot ; *Procédures* 2009, n° 277, note C. Nourissat ; *Gaz. Pal.* 2009. Jurisp. 3793, note Ph. Guez.

CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, *D.* 2009. 2312, note G. Poissonnier ; *ibid.* 2010. 169, obs. N. Fricero ; *ibid.* 790, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *RTD civ.* 2009. 684, obs. P. Remy-Corlay ; *RTD com.* 2009. 794, obs. D. Legeais ; *RDC* 2009. 1467, note C. Aubert de Vincelles ; *JCP* 2009. 336, note G. Paisant.

CJCE, 6 octobre 2009, *Intercontainer Interfrigo SC c. Balkenende Oosthuizen BV*, aff. C. 133/08, *Rec. CJCE* I-09687 ; *D.* 2010. 236, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2010. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *D.* 2010. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2011. 1445, obs. H. Kenfack ; *Rev. crit. DIP* 2010. 199, note P. Lagarde ; *RTD com.* 2010. 453, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast ; *RTD com.* 2010. 455, obs. Ph. Delebecque ; *RTD eur.* 2010. 195, chron. L. Grard.

CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *D.* 2009. Pan. 2960, obs. Th. Clay ; *ibid.* AJ 2548 ; *D.* 2010. Pan. 797, obs. S. Poillot ; *RTD civ.* 2009. 684, obs. P. Rémy-Corlay ; *RTD eur.* 2010. 710, obs. C. Aubert de Vincelles ; *JCP* 2009, n° 51, p. 42, obs. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* 2010, n° 644, spéc. n° 1, obs. Seraglini ; *CCC* 2010, no 33, obs. G. R. ; *Gaz. Pal.* 10-11 févr. 2010, p. 23, obs. Piedelièvre ; *ibid.* 2010. 269, note Poissonnier et Tricoit ; *Procédures* 2009, n° 400, note C. Nourissat ; *Europe* 2009, n° 469, obs. L. Idot ; *Rev. arb.* 2009. 813, note Ch. Jarrosson ; *RDC* 2010. 59, obs. O. Deshayes ; *ibid.* 648, note C. Aubert de Vincelles.

CJUE, 20 mai 2010, *Bilas*, aff. C-111/09, *D.* 201. actu. 1492 ; *Rev. crit. DIP* 2010. 575, note E. Pataut ; *RTD eur.* 2010. 927, obs. M. Douchy-Oudot et S. Guinchard ; *Procédures* 2010, n° 341, note C. Nourissat ; *ibid.* 2011. Chron. 2, n° 3, obs. Raschel ; *Europe* 2011, n° 261, note L. Idot.

CJUE, 7 décembre 2010, aff. C-585/08, *D.* 2011. 990, obs. Manara, note Pancrazi ; *D.* 2011. 908, obs. Durrande ; *D.* 2011. 974, obs. Aubry, Poillot et Sauphanor-Brouillaud ; *D.* 2011. 1374, obs. Jault-Seseke ; *D.* 2011. 2363, obs. Larrieu, Le Stanc et Tréfigny-Goy ; *D.* 2011. 2434, obs. d'Avout et Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2011. 414, note Cachard ; *RTD com.* 2011. 663, obs. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTD eur.* 2011. 475, obs. Guinchard ; *JCP* 2011. 129, note d'Avout ; *CCC* 2011, n° 103, note Raymond ; *CCC* 2012, Focus n° 53 ; *Procédures* 2011, n° 585, note Nourissat ; *Europe* 2011, n° 96, note Idot ; *RJ com.* 2011. 274, obs. M.E. Ancel ; *RDC* 2011. 511, note Aubert de Vincelles ; *RDC* 2011. 567, note Treppoz.

CJUE, 22 décembre 2010, aff. n° C-497/10, *D.* 2011. Actu. 248 ; *D.* 2011. Pan. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD eur.* 2011. 481, obs. M. Douchy-Oudot ; *Procédures* 2010, n° 60, note C. Nourissat ; *Europe* 2011, n° 117, note L. Idot.

CJUE, 25 octobre 2012, C-133/11, *D.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.* Pan. 2293, obs. S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2013. 501, note H. Muir Watt ; *RTD civ.* 2013. 166, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2013, n° 13, note C. Nourissat ; *Europe* 2012, n° 519, note L. Idot.

CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, pt. 50, *D.* 2014. 60, note L. d'Avout ; *ibid.* 893, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1967, obs. S. Bollée ; *RTD civ.* 2014. 107, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2014. 457, obs. P. Delebecque ; *ibid.* 376, étude V. Pironon ; *RDC* 2014/1. 80, obs. P. Deumier ; *JDI* 2014. 625, note J.-M. Jacquet.

CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, aff. C. 64/12, *RDT* 2013. 785, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2014. 159, obs. E. Pataut ; *JDI* 2014. 4, obs. C. Brière.

CJUE, 27 février 2014, *Cartier parfums lunettes et Axa Corporate Solutions assurances*, aff. C-1/13.

CJUE, 11 septembre 2014, *A. c/B. et a.*, aff. C-112/13, *Rev. crit. DIP* 2015. 904, note P. Callé.

CJUE, 9 octobre 2014, aff. C-376/14.

CJUE, 23 octobre 2014, aff. C-305/13, *Haeger & Schmidt GmbH c/Mutuelles du Mans assurances LARD*, *D.* 2015. 136, obs. Ph. Delebecque et J.A. Lévy ; *D.* 2015. 1294, obs. H. Kenfack ; *RJ com.* 2015. 450, obs. P. Berlioz.

CJUE, 21 mai 2015, *Cartel Damage Claims*, aff. C-352/13, *D.* 2015. 2031, obs. L. d'Avout, *D.* 2016. 964, obs. D. Ferrier, et 1045, obs. F. Jault-Seseke ; *AJCA* 2015. 382, obs. A.-M. Luciani ; *Rev. crit. DIP* 2019. 786, note L. Idot ; *RTD eur.* 2015. 807, obs. L. Idot ; *Europe* 2015/7. Comm. 287, note L. Idot ; *Procédures* 2015. Comm. 225, note C. Nourissat ; *RLC* 2015/44. 85, obs. C. Robin.

CJUE, 17 mars 2016, *Taser international Inc.*, aff. C. 175-15, *Rev. crit. DIP* 2016. 684, note C. Chalas.

CJUE, 20 avril 2016, *Profit Investment SIM SpA*, aff. C-366/13 ; *JDI* 2017, comm. 8, p. 585, note C. Kleiner ; *Procédures* 2016, comm. 200, obs. C. Nourissat ; *Europe* 2016, comm. 221, obs. L. Idot.

CJUE, 7 juillet 2016, *Hörszig*, aff. C-222/15, *Europe* 2016. Comm. 376, obs. L. Idot.

CJUE, 14 juillet 2016, *Granarolo*, aff. C-196/ 15, *Dalloz Actualité* 1er septembre 2016, obs. Mélin ; *CCC* 2016. 235, obs. Mathey ; *RDC* 2016. 700, obs. Haftel ; *RTD cin.* 2016. 814, obs. Usunier ; *RTD civ.* 2016. 837, obs. Barbier.

CJUE, 28 juin 2017, *Leventis*, aff. C-436/ 16, *Procédures* 2017, comm. 236, C. Nourissat ; *D.* 2017, Pan. 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2018, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke.

CJUE, 8 mars 2018, aff. C-64/17, *Saey Home & Garden*, *D.* 2018. 565, 1934, obs. S. Bollée ; *Ibid* 2019. 783, obs. N. Ferrier ; *AJ contrat* 2018. 240, obs. I. Luc.

CJUE, 24 octobre 2018, *Apple Sales International*, aff. C-595/17, *Europe* 2016, comm. 375, *D.* 2018. 2338, note H. Gaudemet-Tallon ; *ibid.* 2019. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *AJ contrat* 2019. 31, obs. G. Parleani ; *Rev. crit. DIP* 2019. 786, note L. Idot ; *RTD civ.* 2019. 289, obs. L. Usunier ; *RTD eur.* 2019. 907, obs. L. Idot.

CJUE, 5 septembre 2019, aff. C-468/ 18, pt. 31, *Procédures* 2019, comm. 287, C. Nourissat ; *Europe* 2019, comm. 472, L. Idot ; *Dr. fam.* 2020, comm. 36, M. Farge ; *AJ. Fam.* 2020. 63, obs. A. Boiché ; *Dalloz actualité*, 11 octobre 2019, obs. F. Mélin ; *RJPF* 2019/12, obs. S. Godechot-Patris.

CJUE, 25 novembre 2021, aff. C-289/20, *D. actu.* 9 déc. 2021, note P. Callé ; *D.* 2021. 2185 ; *AJ fam.* 2022. 47, obs. D. Eskenazi ; *Rev. crit. DIP* 2022. 779, note S. Fulli-Lemaire ; *RTD eur.* 2022. 193, étude J. Sagot-Duvaurox ; *RTD eur.* 2022. 236, obs. V. Égéa ; *Europe* 2022, n° 34, note L. Idot.

CJUE, 10 mars 2022, aff. C-498/20, *Bull. Joly sociétés*, juin 2022. 53, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2022. 562 ; *Rev. sociétés* 2022. 693, note M. Menjucq ; *Rev. crit. DIP* 2022. 606, note D. Bureau ; *D.* 2022. 1773, obs. L. d'Avout ; *Europe*, Mai 2022, comm. 184, obs. L. Idot ; *Rev. proc. coll.*, Septembre 2022, comm. 71, obs. Th. Mastrullo ; *GPL* 27 septembre 2022. 32, obs. G. Cesare Giorgini.

B) Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, gr. ch., 21 novembre 2001, n° 35763/97, *Al-Adsani c/ Royaume-Uni*, n° 37112/97, *Fogarty c/ Royaume-Uni* et n° 31253/96, *McElhinney c/ Irlande*, RGDIP 2002. 893, note I. Pingel ; *JCP* 2002. I. 105, obs. F. Sudre ; *RBDI* 2001/2. 526, note H. Tigroudja ; *D.* 2003. 1246, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 2003/53. 139 note J.-F. Flauss ; *GACEDH*, n° 28.

III) Jurisprudence étrangère

A) Décisions anglaises

Lovell & Christmas Ltd. v. Wall [1911] 104 LT 85.

Mackender v Feldia AG [1967] 2 Q.B. 590

Henry Kendall & Sons v William Lillico & Sons Ltd, [1968] 2 All E.R. 444.

Amin Rasheed shipping Corp v Kuwait insurance Co [1984] A.C. 50.

Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA [1971] A.C. 572.

Nova (Jersey) Knit Ltd v. Kammgarn Spinnerei GmbH [1977] 1 Lloyd's Rep. 463 (House of Lords).

Hellenic Steel Co v Svolamar Shipping [1991] Lloyd's Rep. 370 (EWCA).

Fletamentos Maritimos SA v. Effjohn Int'l BV [1996] 2 Lloyd's Rep. 304 (QB) (EWHC).

Egon Oldendorff v Liberia Corp [1996] 1 Lloyd's Rep. 380.

Investors Compensation Scheme Ltd. c/ West Bromwich Building Society [1998] 1 WLR 896.

Al-Naimi v. Islamic Press Agency Inc. [2000] 1 Lloyd's Rep. 522, 524 (EWCA).

Tiernan v Magen Insurance Co Ltd [2000], I.L.Pr. 517

Definitely Maybe (Touring) Ltd v Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH [2001] 1 WLR 1745

CGU International Insurance Plc v Szabo CGU Intl Insurance Plc v Ashleigh V Szabo & ors [2002] 1 All ER (Comm) 83.

Samcrete Egypt Engineers v Land Rover Exports Ltd [2001] EWCA Civ 2019, [2002] CLC 533.

Lincoln National Life Insurance Co v Employers Reinsurance Corp [2002] EWHC 28 (Comm), [2002] Lloyd's Rep 853.

Iran Continental Shelf Oil Company v IRI International Corporation [2002] CLC 372 ; [2002] EWCA.

Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Mongolian Government [2002] 2 All ER (Comm) 873.

American Motorists Insurance Co (Amico) v Cellstar Corp [2003] EWCA Civ 206, [2003] IL Pr 22.

Tryg Baltica International (UK) Ltd v Boston Compania De Seguros [2004] EWHC 1986.

Et Plus SA v Welter [2006] 1 Lloyd's Rep. 251 ; [2005] EWHC 2115.

Svenska Petroleum Exploration AB v. Lithuania and al. [2007] 2 WLR 876 ; Y.B. *Com. Arb.*, 2007, vol. 32. 62.

Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov [2007] 1 All ER (Comm) 891, (EWCA), [2007] UKHL 40.

BEA Hotels NV v Bellway LLC [2007] EWHC 1363.

Orascom Telecom Holding SAE v. Republic of Chad and others, [2008] EWHC 1841 (Comm).

Cinnamon European Structured Credit Master Fund v Banco Commercial Portugues SA [2009] EWHC 3381.

Commercial Marine Piling Ltd v Pierse Contracting Ltd [2009] EWHC 2241 (TCC), [2010] 1 All ER (Comm) 1087.

RTS Flexible Systems Ltd v Molkerei Alois Müller GmbH & Co (UK Production) [2010] UKSC 14 ; [2010] 1 WLR 753.

Gard Marine and Energy Ltd v Tunncliffe [2010] EWCA civ 1052.

Stonebridge Underwriting Ltd v Ontario Municipal Insurance Exchange [2010] EWHC 2279.

FR Lurssen Werft GmbH & Co KG v Halle [2010] EWCA civ 587, [2011] 1 Lloyd's Rep. 265.

Barclays Bank plc v. Nylon Capital LLP [2011] EWCA Civ 826, 27 (EWCA).

Enercon GmbH v. Enercon (India) Ltd [2012] EWHC 689, (Comm) (EWHC).

Allen Fabrications Ltd v ASD Ltd [2012] EWHC 2213.

Sulamerica Cia Nacional v Enesa Engenharia [2012] EWCA Civ 638.

Golden Ocean Group Ltd v Salgaocar Mining Industries Pvt Ltd [2012] EWCA civ 265, [2012] 1 WLR 3674, [2012] 1 Lloyd's Rep. 542.

Timothy Joseph Lawlor v Sandvik Mining & ors [2013] EWCA Civ 365, [2013] 2 Lloyd's Rep 98.

Vizcaya Partners Ltd. v Picard [2016] UKPC.

Etihad Airways PJSC v Flöther [2019] EWHC 3107 (Comm) (EWHC).

Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb [2020] EWCA Civ 574.

Kabab-Ji S.A.L. (Koweit) v. Kout Food Group (Lebanon) [2020] EWCA Civ 6.

B) Décisions suisses

Tribunal Fédéral, 5 mars 1987, 113 Ia 6.

Tribunal fédéral Suisse, 15 mars 1990, *Sonatrach v. K.C.A. Drilling ltd*, *Rev. arb.* 1990. 921.

Tribunal fédéral, 7 septembre 1993, 119 II 386.

Tribunal fédéral, 19 janvier 2001, 4C.54/2000.

Tribunal fédéral, 4 novembre 2003, 4C 193/2003.

Tribunal fédéral, 19 août 2008, ATF 129 III 727, p. 73.

Tribunal fédéral, 4 décembre 2009, 4A_394/2009.

Tribunal fédéral, 6 janvier 2010, 4A_348/2009.

Tribunal fédéral, 29 octobre 2010, 4A_234/2010.

Tribunal fédéral, 19 avril 2011, 4A_44/2011.

Tribunal fédéral, 20 septembre 2011, 4A_103/2011.

Tribunal fédéral, 12 juillet 2012, 4A_150/2012.

Tribunal fédéral, 7 décembre 2020, 4A 528/2019.

IV) Jurisprudence arbitrale

Sentence CCI 1859/1973.

Sentence CCI, n° 2272/1975, *Yearbook*, vol. II, p. 151 ; *Rec. Sent.* CCI, vol. I. 11.

Sentence CCI n° 4131/1982, *Dow Chemical*, *Rev. arb.* 1984. 137 ; *JDI* 1983. 899, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 3493/1983, *Rev. arb.* 1986. 105.

Sentence CCI n° 3879/1984, *JDI* 1985. 232 ; *Rev. arb.* 1989. 547.

Sentence CCI n° 5117/1986, *JDI* 1986, obs. Y. Derains.

Sentence CCI n° 5730/1988, *JDI* 1990. 1029, obs. Y. Derains ; *Ren. arb.* 1992. 125.

Sentence CCI n° 6140/1989, *Bull. ASA* 1990. 257.

Sentence CCI n° 6216/1991, *Bull. CCI*, 2002, n° 2. 62.

Sentence CCI n° 6519/1991, *JDI* 1991. 1065.

Sentence CCI n° 6653/1993, *JDI* 1993. 1040, obs. J.J.A.

Sentence CCI n° 7924/1995, *Bull. CCI*, 2002, n° 2. 73.

Sentence CCI, n° 8324/1995, *JDI* 1996. 1019.

Sentence CCI 7710/1995, *JDI* 2001. 1148, obs. Y. Derains.

Sentence CCI 7110/1995, *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2. 40 ; *Uniform Law Review* 1997. 812.

Sentence CCI 8502/1996, *JDI* 2001. 1164, obs. E.J.

Sentence CCI, 7375/1996, *Mealey's International Arbitration Report*, 1996, vol. 11/n° 12, p. A1-A69 ; *Gaz. Pal.* 2001, *Cab. arb.* 38.

Sentence CCI n° 8910/1998, *JDI* 2000. 1085, obs. D. Hascher.

Sentence CCI n° 9517/1998, *Bull. CCI*, 2002, n° 2. 92.

Sentence CCI 9479/1999, *Bull. CCI* 2001, vol. 12/2. 71.

Sentence CCI n° 10758/2000, *JDI* 2011. 1171.

Sentence CCI n° 10329/2000, XXIX *Y.B. Comm. Arb.* 2004. 108.

Sentence CCI n° 10818/2001, *Bull. CCI*. 2005, n° 2, p. 98.

Sentence CCI n° 12167/2002, *JDI* 2007, chron. 8, obs. S. Jarvin.

Sentence CCI n° 10988/2003, *JDI* 2006. 1408, obs. B. Derains.

Sentence CCI n° 14297/2007, *JDI* 2010, chron. 9, obs. S. Jarvin.

Sentence CCI n° 12721/2007, *JDI* 2011. 1165.

Sentence CCI n° 14753/2008, *JDI* 2011. 1257.

Sentence CCI n° 14817/2008, *JDI* 2011, chron. 11, obs. A. Carlevaris.

Sentence CCI 14748/2009, *JDI* 2016, chron. 3. 623.

Sentence CCI n° 17803/2012, *JDI* 2018, chron. 1, obs. Ph. Cavalieros.

Sentence CCI 2021-069/2021, *Seller (Narnia) v. Buyer (Utopia)*, Y.B. *Comm. Arb.* 2021. 79.

Index

A.

Accélération de la procédure : n° 1108 et s.

Acceptation tacite :

- Clause illisible : n° 373 et s.
- Droit applicable à l'acceptation : n° 258 et s.
- Instance indirecte : n° 403 et s.
- Règles matérielles : n° 276 et s.
- Relations d'affaires habituelles : n° 316 et s.
- Usages : n° 342 et s.

Accord procédural : n° 738 et s. ; n° 1121 et s. ; n° 1135 ; n° 1216 et s.

Accords tacites : n° 409 et s.

Accords tacites conclus durant le procès :

- Caractère fictionnel : n° 761 et s.
- Déchéance : n° 781.
- Présentation : n° 735 et s.

Acte juridique :

- Définition : n° 53.
- Et contrat : n° 56.

Acte unilatéral tacite : n° 148 et s.

American Trading Company : n° 634 ; n° 704.

Appréciation objective du consentement :

- Admissibilité : n° 77 et s.
- Description : n° 65 et s.
- Droit anglais : n° 67.
- Droit suisse : n° 67.
- Opportunité : n° 68 et s.
- Principes du droit européen des contrats : n° 66.

Appréciation subjective du consentement :

- Description : n° 63
- Opportunité : n° 68 et s.

Articles 14 et 15 du Code civil : v. renonciation aux articles 14 et 15 du Code civil.

Attentes des parties : v. protection des attentes.

Autonomie de la volonté :

- Critiques : n° 33-34.
- En matière délictuelle : n° 37.
- En matière familiale : n° 37.
- Essor : n° 32 et s.

B.

Bartin : n° 34.

Bonne administration de la justice : n° 1052.

Brexit : n° 48, n° 989 et n° 1033.

C.

Casuistique : n° 918 et s.

Cautionnement : n° 589 et s.

Centralisation du contentieux : n° 1056 et s.

- Contrat judiciaire : n° 1062.
- Extension : n° 1069 et s.
- Renonciation : n° 1063 ; n° 1095 et s.

Choix de la *lex delicti* : n° 448 ; n° 816 ;

Choix de la loi applicable à la succession :

- Contraintes textuelles : n° 658 et s.
- Indices pertinents : n° 665 et s.

Choix de la loi applicable au divorce : n° 662.

Choix de la loi applicable au régime matrimonial : n° 662.

Choix de la loi applicable aux obligations alimentaires : n° 663.

Choix de lois indirects : n° 25 et s.

Choix d'un droit non étatique : n° 623 et s.

Choix négatif : n° 626 et s.

Choix tacite de la *lex contractus* :

- Clause compromissoire : n° 688 et s.
- Clause d'élection de for : n° 679 et s.
- Contraintes textuelles : n° 639 et s.
- Contrat type : n° 694 et s.
- Et localisation du contrat : n° 718 et s.
- Imposition d'une approche objective du consentement : n° 1020 et s.
- Indices pertinents : n° 665 et s. ; n° 1027 et s.
- Loi validant le contrat : n° 701 et s.
- Référence à une convention collective : n° 674.
- Références du contrat à un droit national : n° 670 et s.

Clause d'arbitrage :

- Clause d'arbitrage par référence : n° 301 et s.
- Éviction du raisonnement conflictuel : n° 278 et s.
- Lisibilité : n° 379.
- Relations d'affaires habituelles : n° 329.
- Usages : 352 et s.

Clause d'élection de droit :

- Droit applicable à la validité de la clause : n° 259 et s.
- Lisibilité : n° 378.
- Relations d'affaires habituelles : n° 325 et s.
- Usages : n° 349-351.

Clause d'élection de for :

- Langue de rédaction : n° 387 ; n° 1013.
- Lisibilité : n° 376-377.
- Règle de conflit applicable à la clause : n° 291 et s.
- Règles matérielles applicables à la clause : n° 258 et s.

- Relations d'affaires habituelles : n° 319 et s.
- Usages : n° 345 et s.

Clause d'exception : n° 854 ; n° 1181 et s.

- En matière contractuelle : n° 866 et s. et n° 891-892.
- En matière délictuelle : n° 896-898.
- En matière de succession : n° 893.
- Et groupe de contrats : n° 900 et s.

Conceptualisme : n° 794 ; n° 1281.

Conflits de conditions générales : n° 397 et s.

Contrat :

- Contrat accessoire : n° 504.
- Contrat cadre : n° 494 et s.
- Contrats connexes : n° 464.
- Contrat de travail : n° 1157 et s.
- Contrats indivisibles : n° 464 ; n° 503.
- Contrats interdépendants : n° 464 ; n° 503.
- Contrats liés : n° 464 et s. ; n° 569 et s.
- Contrat social : n° 4.
- Définition : n° 58.

Convention collective :

- Et choix de loi implicite : n° 674 et s.

Convention d'assistance bénévole : n° 136.

D.

Dallab : n° 564.

Décisions contradictoires : v. prévention des décisions contradictoires.

Direction des activités : n° 25.

Divergences jurisprudentielles : n° 931 et s.

Domicile : v. intention domiciliaire.

Dow Chemical : n° 561-562.

Droit au juge : n° 177-178 ; n° 190.

Droit comparé : n° 42, n° 45, n° 48, n° 52, n° 980.

Droit international privé :

- Et droit des étrangers : n° 18.
- Et droit de l'arbitrage commercial international : n° 7.

Droit non-étatique : n° 623 et s. ; n° 1181 et s.

Dumoulin : n° 718.

E.

Efficiences procédurales : n° 49 ; n° 795 ; n° 1051 et s.

Élection de domicile : n° 604.

Élection de for tacite : n° 603-607.

Ensemble contractuel : v. groupe de contrats.

Erreur-obstacle : n° 83.

Estoppel : n° 1215 ;

- Article 1466 du Code de procédure civile : n° 1265.
- Et accord procédural : n° 1228 et s.
- Et renonciation à l'immunité de juridiction : n° 1245 et n° 1246.
- Et renonciation au privilège des articles 14 et 15 : n° 1256.

Exclusion de l'application de la Convention de Vienne : n° 611 et s. ; n° 746 et s. ; n° 1141 et s.

Extension *ratione materiae* : n° 417 et s.

- Extension de la clause à l'ensemble du contentieux contractuel : n° 421 et s. ; n° 1014.
- Extension de la clause à l'égard du contentieux délictuel : n° 442 et s. ; n° 1014 ; n° 1016.
- Groupes de contrats : n° 464 et s. ; n° 1070 et s.

Extension *ratione personae* : n° 518 et s.

F.

Faveur à l'arbitrage : n° 1149.

Favor validitatis : n° 1203 et s.

Fiction :

- Définition : n° 105 et s.
- Et acte juridique : n° 124 et s.
- Et présomptions : n° 111.
- Fonction historique : n° 120-123.
- Fonction politique : n° 116-119.
- Négation de la réalité juridique : n° 113 et s.
- Négation des faits : n° 107 et s.
- Utilité : n° 115 et s.

Focalisation : n° 25.

Fonctionnalisme : n° 794.

Fonctions de la volonté tacite : n° 47 et s. ; n° 792 et s.

Forum Shopping : n° 28.

Fraude à la loi : n° 30.

G.

Garantie : n° 589 et s.

Groupe de contrats : n° 464 et s. ; n° 569 et s. ; n° 1070 et s.

Groupe de sociétés : n° 531 et s.

H.

Harmonie internationale des solutions : n° 940 et s.

I.

Immunité d'exécution : v. renonciation au bénéfice de l'immunité d'exécution.

Immunités de juridiction : v. renonciation au bénéfice de l'immunité de juridiction.

Instance indirecte : v. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers.

Intention domiciliaire : n° 24.

Interprétation du contrat :

- Contrôle de la dénaturation : n° 96-98.
- Définition : n° 88.
- Directives d'interprétation objectives : n° 93.
- Directives d'interprétation subjectives : n° 90 et s.
- Droit anglais : n° 94.
- Droit suisse : n° 94.

J.

Justice conflictuelle : n° 48 ; n° 798-800.

Justice matérielle : n° 49 ; n° 1150 et s.

Justice procédurale : n° 1216.

K.

Kegel : n° 1151.

Kelsen : n° 58.

L.

Langue d'une clause contractuelle : n° 381 et s.

Lex forisme : n° 950 ; n° 958 ; n° 1111 et s.

Lex mercatoria : n° 623 ; n° 630 ; n° 1199.

Lisibilité d'une clause contractuelle : n° 373 et s.

Litispendance : n° 1057 ; n° 1100 et s.

Localisation : n° 718 et s. ; n° 877 et s.

Loi Sapin 2 : n° 199 et s.

Lois de police : n° 19 et s. ; n° 1183 et s.

Loyauté procédurale : n° 1210 et s.

M.

Manifestation tacite :

- Définition : n° 10 et s.

N.

Niboyet : n° 33 ; n° 608.

Novation : n° 506 ; n° 513.

O.

Office du juge : n° 738.

Ordre public : n° 1187 et s.

P.

Pillet : n° 33.

Prévention des décisions contradictoires : n° 1056-1058.

Prévisibilité des solutions : n° 908 et s.

Principes d'Unidroit : n° 623 ; n° 626 ; n° 629-630 ; n° 1196 ; n° 1200-1201.

Privilege de juridiction : n° 154 et s.

Prorogation du délai de l'arbitrage : n° 735.

Prorogation tacite de compétence : n° 750 et s.

Protection des attentes des parties : n° 48 ; n° 72 ; n° 803 et s.

Proximité : n° 857 ; n° 1182.

Q.

Qui elegit judicem elegit jus : n° 678 et s.

R.

Réalisme juridique : n° 134.

Reconnaissance et exécution des jugements étrangers : n° 1094 et s.

Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales : n° 1054-1055 ; n° 1265 et s.

Régime matrimonial :

- Choix de la loi du premier domicile des époux : n° 729 et s.
- Convention tacite : n° 3 ;

Règles matérielles internationales : n° 610 et s.

Règle supplétive : n° 4.

Relations d'affaires habituelles : n° 252 ; n° 316 et s. ; n° 821 et s. ; n° 926 et s.

Renonciation :

- Caractère fictionnel : n° 213 et s.
- Caractère unilatéral : n° 150.
- Contrôle de la Cour de cassation : n° 78.
- Définition : n° 149-150.
- Et arbitrage : n° 180-182 ; n° 193 et s.
- Et déchéance : n° 245-247.
- Et tolérance : n° 220.
- Renonciation à la convention d'arbitrage : n° 757-760
- Renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale : n° 202 et s. ; n° 1267 et s.
- Renonciation au bénéfice de l'immunité de juridiction : n° 179 et s. ; n° 1055.
- Renonciation au bénéfice de l'immunité d'exécution : n° 190 et s. ; n° 1055.

- Renonciation au bénéfice des articles 14 et 15 du Code civil : n° 154 et s. ; n° 1063 ; n° 1095 et s.
- Renonciations et loyauté procédurale : n° 1241 et s.
- Réserves : n° 235-239.

S.

Savigny : n° 719 ; n° 879 ; n° 883 et s.

Silence : n° 1-2 ; n° 216 ; n° 299.

Soumission volontaire : n° 719 ; n° 883 et s.

Sous-contrat : n° 583 et s.

Standard de preuve : n° 64 ; n° 641 et s. ; n° 650.

T.

Testament tacite : n° 4.

Transaction : n° 513.

U.

Unidroit : v. Principes d'Unidroit.

Usage : n° 4 ; n° 343 et s.

V.

Vices du consentement : n° 84 et s.

Volonté du législateur : n° 19 et s.

Volonté hypothétique : n° 16.

Volonté implicite : n° 14-15 ; n° 607 ; n° 640.

Volonté présumée : n° 16.

Volonté réelle et volonté déclarée : n° 52 et s.

W.

Wengler : n° 922.

Table des matières

Remerciements	3
Principales abréviations.....	6
Plan sommaire	1
Introduction	1
I) L'objet de l'étude.....	5
A) Propos liminaires sur le concept de manifestation tacite.....	6
1) Multiplicité des définitions doctrinales.....	7
2) Multiplicité des notions connexes	9
B) Les questions exclues du champ de notre étude	11
1) L'exclusion de la problématique de la volonté du législateur	12
2) L'exclusion de la problématique d'une volonté non orientée vers la production d'effets juridiques.....	14
3) L'exclusion de la problématique des choix de lois indirects	16
II) Une étude liée à l'essor du principe d'autonomie de la volonté.....	18
A) Le temps de la résistance doctrinale	19
B) Le temps du plein essor du principe d'autonomie.....	21
III) Une étude fondée sur la recherche et sur l'analyse des fictions de volonté.....	24
A) Volonté réelle et volonté apparente	24
B) L'identification des solutions fondées sur des fictions	25
C) L'identification des fonctions de la volonté tacite	26
Chapitre préliminaire : Volonté réelle et volonté déclarée dans l'acte juridique.....	29
Section 1 : Le rôle dévolu à la volonté apparente ou la question de l'objectivation de la volonté.....	33
Sous-section 1 : L'objectivation de la volonté dans la formation de l'acte juridique	34
I) Les théories concurrentes en présence	36
A) La présentation des théories en présence	37
1) L'analyse in concreto	37
2) L'analyse in abstracto.....	40
B) L'appréciation de l'opportunité des théories en présence.....	42
1) Les vertus de l'approche in abstracto	42
a) Une approche réaliste	43
b) Une approche conforme à l'impératif de sécurité juridique	44
2) Les contours de l'approche in abstracto préconisée	45
II) Admissibilité d'une approche objective du consentement.....	47
A) La lettre du Code civil	48
B) L'esprit du Code civil.....	49

1) Une protection de la volonté réelle affirmée	49
2) Une protection de la volonté réelle limitée.....	51
Sous-Section 2 : L'objectivation de la volonté dans l'interprétation de l'acte juridique	53
I) L'emprise des directives d'interprétation subjectives.....	55
A) Le droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016	55
B) Le droit postérieur à l'ordonnance du 10 février 2016	57
II) Les limites des directives d'interprétation subjectives	59
A) Les limites purement juridiques	60
B) Les limites de fait.....	61
Section 2 : L'absence de toute volonté apparente ou l'hypothèse de la fiction juridique	65
Sous-section 1 : La présentation du concept de fiction juridique	65
I) La définition des fictions juridiques.....	66
A) Les fictions résultant d'une dénaturation des faits	67
1) Définition positive	67
2) Définition négative.....	69
B) Les fictions résultant d'une dénaturation de la réalité juridique	70
II) Le rôle des fictions juridiques	72
A) La fonction politique : nier le réel pour mieux le réguler.....	72
B) La fonction historique : nier le réel pour créer des règles nouvelles.....	74
Sous-section 2 : L'application du concept de fiction à l'acte juridique	77
I) La thèse de Monsieur Wicker.....	78
A) Présentation de l'analyse.....	78
B) Discussion de l'analyse.....	79
II) La thèse retenue	80
A) La caractérisation des fictions affectant la formation de l'acte juridique	81
B) La caractérisation des fictions affectant l'interprétation de l'acte juridique	85

Première partie : Les différentes manifestations de la volonté tacite..... 89

Titre 1 : L'acte unilatéral tacite 93

Chapitre 1 : Les renonciations tacites..... 94

Section 1 : Des renonciations diverses par leur objet 96

Sous-section 1 : Les renonciations au privilège de nationalité 96

I) Les indices susceptibles de révéler une renonciation 98

A) La saisine d'un tribunal étranger..... 98

B) La comparution devant un tribunal étranger 101

II) Les indices susceptibles de révéler l'absence de renonciation 102

A) Une renonciation remise en cause par l'urgence affectant le demandeur..... 103

B) Une renonciation remise en cause par l'interruption du contentieux amorcé à l'étranger.. 105

1) L'arrêt du contentieux par la survenance d'un désistement d'instance..... 105

a) Le désistement d'instance 105

b) Le désistement de fait.....	106
2) L'arrêt du contentieux par la survenance d'une décision d'incompétence	108
Sous-section 2 : Les renonciations à une immunité étatique.....	108
I) La renonciation à l'immunité de juridiction.....	110
A) Une abdication déduite de la stipulation d'une clause compromissoire	111
B) Une abdication déduite d'un acte procédural	115
1) Une renonciation fondée sur la saisine d'un tribunal étranger	115
2) Une renonciation fondée sur d'autres formes de participation à la procédure.....	116
II) La renonciation à l'immunité d'exécution	118
A) Des renonciations tacites auparavant admises.....	119
B) Des renonciations tacites aujourd'hui exclues	122
1) Les vicissitudes de la jurisprudence antérieure à la loi Sapin II	123
2) Les clarifications apportées par la loi Sapin II.....	126
Sous-section 3 : Les renonciations à l'invocation d'une irrégularité de la procédure arbitrale	128
I) Le délai dans lequel l'irrégularité doit être invoquée.....	131
II) La notion de motif légitime	132
III) La connaissance de l'irrégularité	133
Section 2 : Des renonciations fréquemment affectées par un vice de formation	135
Sous-section 1 : Des renonciations fondées sur des fictions de volonté.....	135
I) Un acte juridique déduit d'un comportement passif.....	136
A) La nécessité d'un acte positif, un principe constamment affirmé.....	137
B) La nécessité d'un acte positif, un principe fréquemment méconnu	138
II) Un acte juridique déduit d'un comportement inconscient.....	141
A) La connaissance du droit abdiqué, une exigence constamment affirmée.....	141
B) La connaissance du droit subjectif abdiqué, une exigence logique systématiquement méconnue	142
III) Un acte juridique contraire à l'intérêt de son auteur	144
A) Volonté abdiquative et contentieux, des données antinomiques	145
1) Présentation de l'analyse retenue	145
2) Illustration de l'analyse retenue	146
B) Volonté abdiquative et réserves des plaideurs, des données antinomiques	148
Sous-section 2 : Des renonciations fondées sur des fictions juridiques	150
I) Le voile constitué par la terminologie subjectiviste	150
II) Un voile masquant un mécanisme de déchéance	152
Chapitre 2 : L'acceptation tacite.....	157
Section 1 : La détermination du droit applicable à l'acceptation tacite.....	160
Sous-section 1 : L'empire du raisonnement conflictuel : étude des clauses d'élection de droit	161
I) Le rattachement de principe.....	162
A) La présentation de la règle de principe.....	162
B) L'opportunité de la règle de principe	164

II) Le rattachement d'exception	165
A) La fonction de la règle dérogatoire	166
B) L'utilité limitée de la règle dérogatoire.....	167
Sous-section 2 : L'éviction du raisonnement conflictuel : étude des clauses de choix de for.....	169
I) La détermination du droit applicable à la convention d'arbitrage	170
A) Les solutions consacrées par la jurisprudence française	170
B) Les solutions consacrées par les normes internationales ou étrangères	173
II) La détermination du droit applicable à la convention d'élection de for	177
A) Les clauses soumises au droit international privé commun	177
B) Les clauses soumises au règlement Bruxelles 1 bis.....	179
Section 2 : La caractérisation de l'acceptation tacite	183
Sous-section 1 : Les indices susceptibles de révéler l'existence du consentement tacite	184
I) La connaissance de la clause d'arbitrage.....	185
A) Les solutions consacrées par la jurisprudence française	186
B) Les solutions consacrées par les normes étrangères et internationales.....	190
II) L'existence de relations d'affaires habituelles	193
A) Le rôle conféré à l'habitude	193
1) Les clauses attributives de juridiction	193
a) Les clauses régies par le règlement « Bruxelles 1 bis ».....	194
b) Les clauses régies par le droit commun.....	196
2) Les clauses d'élection de droit.....	197
3) Les clauses compromissoires.....	200
B) La pertinence de cette référence à l'habitude.....	200
1) Un indice pertinent	201
2) Un indice imprécis	205
III) L'existence d'usages commerciaux internationaux.....	206
A) Le rôle conféré aux usages.....	207
1) L'apparente unité de la jurisprudence.....	207
a) Les clauses attributives de juridiction.....	207
b) Les clauses d'élection de droit.....	209
c) Les conventions d'arbitrage	210
2) Les divergences jurisprudentielles avérées.....	212
B) La pertinence de cette référence aux usages	215
1) L'usage portant sur un mode d'expression de la volonté.....	215
2) L'usage portant sur l'adoption d'un formalisme spécifique	216
Sous-section 2 : Les indices susceptibles de révéler l'inexistence du consentement tacite.....	218
I) Les vices affectant la clause litigieuse	218
A) Une clause illisible	218
1) Les solutions envisageables.....	219
2) Les solutions consacrées.....	219

B)	Une clause rédigée dans une langue inconnue.....	221
1)	Les solutions envisageables.....	222
2)	Les solutions consacrées par la jurisprudence.....	223
a)	La langue de la clause d'élection de for.....	224
b)	La langue de la clause d'élection de droit.....	226
II)	Les vices extérieurs à la clause.....	228
A)	L'absence de communication du document contenant la clause.....	228
B)	La contradiction apportée par une stipulation incompatible.....	231
1)	La contradiction apportée par une stipulation expressément signée.....	231
2)	La contradiction apportée par une stipulation non signée.....	233
Titre 2 : L'accord tacite		241
Chapitre 1 : L'accord tacite relatif à l'extension d'une stipulation expresse.....		245
Section 1 : L'extension <i>ratione materiae</i>		249
Sous-section 1 : L'extension de la stipulation figurant dans un contrat isolé.....		250
I)	L'extension de la stipulation à l'égard de l'ensemble du contentieux contractuel.....	251
A)	La présentation des solutions jurisprudentielles.....	251
1)	Les solutions relatives aux clauses d'élection de for.....	251
2)	Les solutions relatives aux clauses d'arbitrage.....	254
B)	La justification des solutions jurisprudentielles.....	257
1)	Les obstacles à l'extension.....	257
2)	La possibilité d'une extension.....	258
II)	L'extension de la stipulation à l'égard du contentieux délictuel en relation avec le contrat.....	261
A)	Les solutions concevables.....	262
1)	L'extension des clauses de choix de for.....	262
2)	L'extension des clauses d'élection de droit.....	264
B)	Les solutions consacrées.....	265
1)	Les solutions relatives aux clauses attributives de juridiction.....	266
a)	La jurisprudence de la Cour de justice.....	266
b)	La jurisprudence de la Cour de cassation.....	268
2)	Les solutions relatives aux clauses d'arbitrage.....	269
Sous-section 2 : L'extension de la stipulation figurant dans un contrat lié.....		274
I)	Les principes directeurs envisagés.....	275
A)	L'extension, mécanisme fondé sur la volonté tacite.....	275
1)	L'exigence de reconstitution de la volonté tacite.....	275
a)	Le fondement de l'extension des clauses de choix de for.....	276
b)	Les fondements de l'extension des clauses d'élection de droit.....	276
2)	Le processus de reconstitution de la volonté tacite.....	278
B)	L'extension, mécanisme d'exception.....	279
1)	Le caractère exceptionnel de l'extension des clauses d'élection de droit.....	280
2)	Le caractère exceptionnel de l'extension des clauses de choix de for.....	282

II) Les solutions concrètes relatives à l'extension	285
A) Le groupe de conventions comprenant un contrat-cadre	287
1) Les solutions concevables	288
2) Les solutions consacrées.....	289
B) Le groupe de conventions dépourvu de contrat-cadre	292
1) L'extension des clauses d'arbitrage.....	292
2) L'extension des clauses d'élection de for	297
3) L'extension des clauses d'élection de droit.....	298
Section 2 : L'extension <i>ratione personae</i>	302
Sous-section 1 : L'affirmation d'un principe général d'extension	304
I) Les normes françaises relatives à l'extension.....	305
A) La teneur du principe général d'extension.....	305
B) La mise en œuvre du principe général d'extension.....	306
1) L'extension de la clause d'arbitrage dans les groupes de sociétés	308
2) Comparaison avec l'extension de la clause d'élection de for.....	309
II) Les normes étrangères et arbitrales relatives à l'extension	310
A) Les solutions consacrées par la jurisprudence arbitrale.....	310
B) Les solutions consacrées par les tribunaux étrangers.....	312
Sous-section 2 : Le fondement du principe général d'extension.....	314
I) Un fondement difficilement identifiable	314
A) L'évolution de la jurisprudence	314
B) L'état actuel de la jurisprudence	315
II) Un fondement contestable	317
A) L'appréciation du principe avancé.....	317
1) Les indices de la volonté du non-signataire.....	318
2) Les indices de la volonté du signataire	322
B) L'appréciation des solutions concrètes adoptées	324
1) Les décisions convaincantes	324
2) Les décisions discutables	325
Section 3 : La double extension	330
Sous-section 1 : Les directives susceptibles de guider l'interprète	331
I) L'extension des clauses de choix de for.....	331
A) La volonté du non-signataire	331
B) La volonté du contractant pivot.....	334
Sous-section 2 : Les solutions concrètes susceptibles d'être adoptées.....	335
I) L'ensemble composé du contrat principal et d'un sous-contrat.....	336
A) Les solutions concevables	336
B) Les solutions consacrées.....	338
II) L'ensemble composé d'un contrat principal et d'une garantie.....	339
A) L'extension de la clause de choix de for	339

B) L'extension de la clause d'élection de droit	340
Chapitre 2 : L'accord tacite indépendant de toute extension d'une stipulation expresse	345
Section 1 : L'accord tacite antérieur au procès	347
Sous-section 1 : La soumission du rapport juridique à des règles matérielles internationales	351
I) L'application d'un droit étatique	352
A) La présentation des solutions	353
B) L'appréciation des solutions	354
II) L'application d'un droit non étatique	356
A) La présentation de la théorie du choix négatif	358
B) La présentation des sentences liées à l'idée de choix négatif	359
Sous-section 2 : La soumission du rapport juridique à un droit interne	362
I) Les exigences textuelles encadrant la caractérisation du choix	363
A) La matière contractuelle	363
1) Les dispositions régulant le pouvoir d'appréciation du juge étatique	363
a) Les conditions textuelles expressément posées	363
b) Les conditions textuelles implicitement posées	366
2) Les textes régulant le pouvoir d'appréciation de l'arbitre	370
B) La matière familiale	371
1) Les dispositions du règlement « succession »	372
2) Les autres règlements européens	373
II) La prolifération des indices jugés révélateurs d'un choix	374
A) Les indices résultant des stipulations contractuelles	375
1) Un choix déduit d'une référence au droit d'un État déterminé	376
a) Le renvoi du contrat à une législation nationale	376
b) Le renvoi du contrat à une convention collective	379
2) Un choix déduit d'une clause de choix de for	381
a) La clause d'élection de for	381
b) La clause compromissoire	387
3) Un choix déduit de l'utilisation d'un contrat type	391
B) Les indices résultant des circonstances de la cause	392
1) Un choix déduit de la teneur de la loi applicable	393
a) La loi validant le contrat	393
b) La loi comprenant les règles les plus précises	399
2) Un choix déduit de la localisation de la relation juridique	401
a) La jurisprudence relative à l'article 3 du règlement « Rome 1 »	403
b) La jurisprudence relative aux régimes matrimoniaux	407
Section 2 : L'accord tacite conclu durant le procès	410
Sous-section 1 : Multiplicité des accords tacites conclus durant le procès	410
I) Les accords tacites relatifs au droit applicable	411
A) L'éviction d'une règle de conflit de lois	411

1) La notion d'accord procédural	413
2) La notion d'accord procédural tacite	414
B) L'éviction d'une règle matérielle	416
II) Les accords tacites relatifs à la compétence juridictionnelle	417
A) La prorogation tacite de compétence	418
1) En matière civile et commerciale	418
2) En matière familiale	420
B) La renonciation à la convention d'arbitrage	421
Sous-section 2 : Facticité des accords tacites conclus durant le procès	422
I) Des accords fondés sur une fiction de volonté	424
A) Des accords déduits d'une ignorance	424
B) Des accords déduits de la volonté de ne pas exercer un droit	427
II) Des accords fondés sur une fiction juridique	429
A) La négation de l'exigence d'un comportement non équivoque	429
B) La création d'une règle procédurale nouvelle	430

Deuxième partie : Les différentes fonctions de la volonté tacite 438

Titre 1 : Les objectifs de réalisation de la justice conflictuelle et de préservation de la sécurité juridique 443

Chapitre 1 : Un objectif de protection des attentes partiellement réalisé 447

Section 1 : La volonté tacite, instrument utile 450

Sous-section 1 : Le degré de réalisation de l'objectif de protection des attentes 450

I) Les cas de réalisation totale de l'objectif 451

A) Le contrat se référant aux règles d'un ordre juridique donné 451

B) Le contrat comportant une clause d'arbitrage imparfaitement rédigée 452

II) Les cas de réalisation partielle de l'objectif 454

A) Le choix du droit applicable à une action délictuelle 454

B) L'acceptation tacite d'une clause d'élection de for 457

1) Le point de vue du stipulant 457

2) Le point de vue de l'adhérent 459

Sous-section 2 : L'importance de l'objectif de protection des attentes 461

I) L'importance de l'objectif en matière de conflit de lois 463

II) L'importance de l'objectif en matière de compétence internationale 468

Section 2 : La volonté tacite, instrument irremplaçable 471

Sous-section 1 : Volonté tacite et clause d'exception : les sources de la confusion 473

I) Le dévoiement de la notion de volonté tacite 475

A) La description du phénomène jurisprudentiel étudié 475

B) L'appréciation du phénomène jurisprudentiel étudié 477

II) Le dévoiement de la notion de clause d'exception 478

A) La description du phénomène jurisprudentiel étudié 478

B)	L'appréciation du phénomène jurisprudentiel étudié	482
Sous-section 2 : Volonté tacite et clause d'exception : les remèdes à la confusion		483
I)	Vers une meilleure distinction des méthodes de résolution du conflit de lois.....	484
A)	Reconstitution d'une volonté tacite et localisation : une distinction ténue.....	485
B)	Reconstitution d'une volonté tacite et localisation : une distinction nécessaire.....	487
1)	Le rejet de la notion de soumission volontaire.....	487
2)	La proposition d'un critère de distinction des deux méthodes	489
II)	Vers une meilleure délimitation des indices associés à chaque mécanisme	490
A)	Les hypothèses les plus simples	490
1)	La détermination du droit applicable à un contrat isolé.....	490
2)	La détermination du droit applicable à une succession.....	492
B)	Les hypothèses les plus complexes.....	493
1)	La détermination du droit applicable aux actions délictuelles en relation avec le contrat 493	
2)	La détermination du droit applicable à un ensemble contractuel	494
Chapitre 2 : Un objectif de prévisibilité des solutions entravé.....		499
Section 1 : Description de l'imprévisibilité régnant actuellement		505
Sous-section 1 : Les causes de l'atteinte à l'impératif de prévisibilité		506
I)	Une jurisprudence casuistique	506
A)	La casuistique découlant de l'admission du choix de loi tacite.....	507
B)	La casuistique découlant de l'admission de l'acceptation tacite des clauses d'élection de for 510	
II)	Une jurisprudence divisée.....	512
A)	Les divergences opposant les juridictions d'un même État membre.....	512
1)	Les divergences jurisprudentielles relatives à l'interprétation du règlement « Rome 1 ».....	513
2)	Les divergences jurisprudentielles relatives à l'interprétation des clauses d'arbitrage	514
B)	Les divergences opposant des juridictions d'États membres différents	516
1)	Propos liminaires sur la problématique de l'harmonie internationale des solutions	516
2)	Volonté tacite et harmonie internationale des solutions	520
Sous-section 2 : Les conséquences de l'atteinte à l'impératif de prévisibilité.....		525
I)	Les conséquences découlant de l'imprévisibilité de la loi applicable	525
A)	En matière contractuelle.....	526
B)	En matière délictuelle	527
II)	Les conséquences découlant de l'imprévisibilité de la compétence juridictionnelle	529
A)	L'imprévisibilité des solutions procédurales	530
B)	L'imprévisibilité du droit applicable au fond.....	530
Section 2 : Présentation des remèdes à l'imprévisibilité régnant actuellement.....		533
Sous-section 1 : Les solutions rejetées.....		535
I)	Les solutions de compromis	535
A)	Une limitation des circonstances susceptibles d'être prises en considération.....	536

B)	Un durcissement du standard de preuve.....	537
II)	Les solutions les plus radicales.....	539
A)	Un abandon du choix tacite.....	539
1)	Première hypothèse : un accroissement du rôle de la clause d'exception	541
2)	Deuxième hypothèse : l'absence de renforcement du rôle de la clause d'exception	543
B)	Un abandon du choix tacite et de la clause d'exception.....	545
Sous-section 2 : Les solutions souhaitées		547
I)	Propositions relatives aux clauses de choix de for	547
A)	Propositions relatives aux clauses d'élection de for	547
B)	Propositions relatives aux clauses d'arbitrage	548
II)	Propositions relatives au conflit de lois	549
A)	Présentation des solutions préconisées	549
1)	L'imposition d'une approche objective de la volonté.....	550
2)	La circonscription des indices pertinents.....	552
B)	Les limites des solutions préconisées.....	554
1)	Le risque d'une intervention de la Cour de justice trop tardive	554
2)	Le risque d'une persistance de l'insécurité juridique	555
Titre 2 : Les objectifs matériels et procéduraux.....		562
Chapitre 1 : La réalisation d'un objectif d'efficacité procédurale		565
Section 1 : L'impératif de centralisation du contentieux.....		569
Sous-section 1 : La limitation de la portée de règles de compétences exorbitantes.....		571
I)	Les concepts mobilisés	572
II)	Les résultats atteints	573
Sous-section 2 : La politique de faveur à l'extension de la compétence de l'arbitre		575
I)	L'extension de la compétence de l'arbitre dans les groupes de contrats.....	576
A)	L'utilisation du concept de volonté tacite.....	576
B)	L'utilisation de concepts alternatifs	579
II)	L'extension de la compétence de l'arbitre à des non-signataires.....	582
A)	L'utilisation du concept de volonté tacite.....	583
B)	Le recours à une règle purement objective.....	587
Sous-section 3 : La politique de faveur à la reconnaissance des jugements étrangers.....		589
I)	Les moyens utilisés pour favoriser la reconnaissance des décisions	589
II)	Les conséquences découlant de cette faveur à la reconnaissance des décisions	592
A)	Les conséquences juridiques.....	592
B)	Les conséquences pratiques	594
Section 2 : L'impératif d'accélération de la procédure		597
Sous-section 1 : L'accélération de la procédure par l'application de la <i>lex fori</i>		599
I)	Les moyens utilisés pour parvenir à l'application de la <i>lex fori</i>	599
II)	Les conséquences découlant de l'application de la <i>lex fori</i>	601

Sous-section 2 : L'accélération de la procédure par la limitation des motifs d'annulation des décisions	602
I) L'accord procédural tacite	603
A) Intérêt du mécanisme	603
1) Le droit antérieur	603
2) Le droit positif	606
B) La rançon de l'efficacité procédurale	607
II) Le mécanisme de la prorogation tacite de compétence	609
III) L'accord excluant l'application de la Convention de Vienne	612
Chapitre 2 : La réalisation d'objectifs matériels	616
Section 1 : L'objectif de réalisation de la justice matérielle	618
Sous-section 1 : Un interventionnisme étatique favorisé	622
I) La problématique de l'objectif poursuivi	622
A) Identification de l'objectif poursuivi	623
B) Appréciation de l'opportunité de l'objectif poursuivi	629
1) L'atteinte à la justice conflictuelle	629
2) La quête de la justice matérielle	631
II) La problématique des moyens utilisés	635
A) Les mécanismes écartés	635
1) La clause d'exception	636
2) Les lois de police	637
B) Le mécanisme retenu	640
Sous-section 2 : Un interventionnisme étatique bridé	642
I) La faveur au droit non étatique	643
A) La prétendue supériorité du droit non étatique transnational	644
B) Les défauts avérés du droit non étatique	646
II) La faveur à la validité du contrat	648
A) La question de la protection des attentes des parties	649
B) La question de la neutralisation des comportements opportunistes	649
Section 2 : L'objectif de loyauté procédurale	653
Sous-section 1 : L'utilisation du concept d'accord tacite	656
I) La sanction de l'invocation tardive de l'argument du droit applicable	656
A) Les avantages de la solution	656
1) La question de l'existence d'un comportement contradictoire	657
2) La question de l'existence d'un comportement déloyal	659
B) Les défauts de la solution	660
1) Une solution inutilement fondée sur une fiction	661
2) Une solution inopportune	664
II) La sanction de l'invocation tardive de l'incompétence	666
Sous-section 2 : L'utilisation du concept de renonciation tacite	668

I) Dans le contentieux porté devant les juridictions étatiques.....	669
A) Les renonciations aux immunités étatiques.....	669
1) La renonciation à l'immunité de juridiction	669
2) La renonciation à l'immunité d'exécution	671
B) Les renonciations au privilège de nationalité	672
1) La question de la bonne foi du plaideur ayant saisi un tribunal étranger	674
2) La question de la bonne foi du plaideur ayant comparu devant un tribunal étranger	675
II) Le contentieux arbitral.....	677
A) L'utilité de l'article 1466 du Code de procédure civile.....	679
1) L'hypothèse d'un recours en annulation	679
2) L'hypothèse d'un recours contre l'ordonnance d'exequatur	680
B) Les limites au déploiement de l'article 1466 du Code de procédure civile.....	681
<i>Conclusion finale</i>	<i>689</i>
<i>Bibliographie</i>	<i>696</i>
<i>Jurisprudence citée</i>	<i>753</i>
<i>Index</i>	<i>790</i>
<i>Table des matières</i>	<i>797</i>