

Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats

par

H. BATIFFOL,

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Paris.

Une querelle tenace divise les auteurs et trouble les tribunaux sur le problème de la loi applicable aux contrats. Les adversaires se reprochent réciproquement un objectivisme ou un subjectivisme qu'ils considèrent comme néfaste. L'opposition devait, il y a encore quelque temps, une partie de sa vigueur à la rareté des espèces sur lesquelles on pouvait éprouver les dangers respectifs des deux thèses : les juristes ont peine à raisonner quand les cas concrets manquent; mais le problème n'en a pas moins excité les esprits à cause de ses arrière-plans théoriques. Depuis quelques années l'apparition de certaines décisions et la réflexion prolongée sur les précédentes permet de dégager avec un peu plus de précision les incidences du problème.

Il importe pour la clarté des idées d'observer que l'opposition entre objectivistes et subjectivistes est entendue en deux sens qui ne sont pas sans liaison l'un avec l'autre mais doivent cependant être distingués.

En un premier sens, de portée relativement réduite, on dénomme subjectivistes ceux qui réclament la recherche de la volonté concrète

des parties quant à la loi applicable eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas singulier, et en excluant toute présomption générale qui s'attacherait, pour une catégorie de contrats, à tel ou tel indice, serait-ce la situation d'un immeuble ou une clause attributive de juridiction. Les objectivistes en ce premier sens sont les partisans des présomptions, à défaut au moins d'indications positives sur la volonté effective des parties.

Mais en un second sens l'opposition va beaucoup plus loin. Pour les subjectivistes, les parties choisissent la loi applicable comme elles choisissent la teneur de leurs conventions. Ces dernières ne sont donc pas à proprement parler *soumises* à la loi choisie; cette loi est l'objet des stipulations intervenues, elle prend le caractère d'une disposition contractuelle; un des enjeux de la discussion est, par exemple, de savoir si les parties peuvent écarter les dispositions à venir de la loi qu'elles ont choisie. Pour les objectivistes, au contraire, la désignation de la loi applicable au contrat doit se concilier avec l'idée qu'un contrat est *soumis* à une loi.

L'opposition est moins vive dans le premier sens que dans le second et peut être étudiée indépendamment. On l'examinera donc tout d'abord.

*
**

I

L'opposition au premier sens qui vient d'être défini peut paraître relative, étant donné que les objectivistes, auteurs ou juges, admettent que les présomptions n'ont à intervenir qu'en l'absence d'une volonté établie. Il leur a été sans doute reproché par des subjectivistes de ne pas être fidèles à ce programme, mais sans preuve à l'appui (1). Il faut, au contraire, insister sur ce que les objectivistes, admettant en principe l'efficacité d'une clause de désignation expresse de la loi applicable, n'ont aucune peine à accueillir aussi une désignation quasi-expresse comme celle qui résulte d'une clause d'arbitrage ou attributive de juridiction. C'est seulement à défaut de désignation expresse, ou quasi-expresse par les particularités du cas, qu'il y aura lieu de recourir aux présomp-

(1) V. COHN, *The objective practice on the proper law of contracts, International and comparative Law Quarterly*, 1957, 373. De même M. GAMILLSCHEG, *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht, Archiv für die civilistische Praxis*, 1958, 303, 334 tient que la thèse subjective dispense du recours aux présomptions en permettant seule l'individualisation du cas.

tions valables pour des catégories de contrats, et en dernière analyse aux indices « généraux », tels que le lieu d'exécution, voire finalement le lieu de conclusion.

La différence subsiste en ce que pour les subjectivistes la singularité de chaque cas peut présenter une réunion de circonstances expressives de la volonté raisonnable des parties, tandis que les objectivistes, en l'absence de toute volonté effective probable, se rapportent aux présomptions générales. La différence s'amenuise pour les objectivistes qui admettent que la singularité du cas peut exprimer une volonté — ou une localisation — certaine. Il ne s'agira plus alors que d'une question de tendance : les objectivistes se référeront vite à une présomption générale dès que le cas ne parlera plus nettement par lui-même, les subjectivistes persévéreront à se décider d'après les singularités du cas.

Même ainsi réduite l'opposition traduit cependant une divergence sérieuse. Les subjectivistes y voient d'abord une question de vérité : ce qui compte, c'est l'événement concret, ce que les parties ont voulu. Il n'y a pas de loi « prédestinée » à régir le contrat (Rabel). C'est la raison d'être de l'évolution historique qui a soustrait le contrat à l'application impérative de la loi du lieu de sa conclusion pour laisser les parties libres de se placer sous le régime qui leur convient. Certains subjectivistes craignent même dans les règles générales une atteinte à la liberté individuelle. Ils y voient une ingérence supplémentaire de l'État dans les affaires privées et demandent quels intérêts généraux elle veut défendre (2). Ils ajoutent que l'unification internationale des solutions est plus facilement réalisable dans leur voie, qui est celle d'une appréciation de bon sens, que dans l'élaboration de présomptions générales sur lesquelles l'expérience montre que législateurs, juges et auteurs se divisent. On ajoute même que le subjectivisme permet seul d'exclure le jeu déplorable du renvoi en matière de contrats (3).

Les objectivistes tiennent eux aussi que leur position exprime une vérité : celle de l'inexistence d'une intention hypothétique. Une partie des subjectivistes concède qu'à défaut de volonté expresse ou implicite, la vérité est que le juge localise lui-même le contrat d'après ses caractéristiques. Mais d'autres assurent que la recherche de la volonté hypothétique n'est pas un mythe, parce qu'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

(2) COHN, *loc. cit.*

(3) V.F.A. MANN, *The proper law of a contract, International Law*, 1950, 60, 597.

non existante a existé, mais de reconstituer rationnellement une volonté qui aurait été celle des parties si elles avaient envisagé le problème (4).

Ce point de vue peut s'appuyer sur l'observation qu'il existe des opérations présentant une structure si déterminée qu'elles comportent des conséquences ou des implications quasi-nécessaires: il est donc raisonnable de penser que les parties se seraient mises d'accord sur ces conséquences ou implications si elles les avaient envisagées. Mais il n'en va pas toujours ainsi. Il est bien des stipulations contractuelles qui ne dépendent que de la volonté des parties, ou plus précisément de celle du plus fort, et, selon l'observation de Ripert, comment deviner qui l'aurait emporté, à forces comparables, si la question avait été envisagée? On peut même aller plus loin. Si les parties étaient de forces inégales, la probabilité est pour le triomphe du plus fort; mais il existe une tendance connue chez les juges, et tout particulièrement en droit international privé, à repousser ces probabilités: sentiment d'équité très explicable, mais sans rapport avec la recherche de l'intention hypothétique. L'application la plus nette, et d'ailleurs criticable, se rencontre dans les contrats d'assurances où la tendance est constante, notamment aux États-Unis, à appliquer la loi du domicile de l'assuré dans une intention protectrice de la partie faible (5).

Ses objectivistes considèrent, d'autre part, que les règles générales sont utiles à la prévisibilité. Ce besoin existe même entre les parties. Il n'est pas rare que les contractants, découvrant une difficulté, désirent savoir sans se faire un procès quelle loi serait appliquée par un juge. L'assurance que le bon sens, appréciant chaque cas particulier, est la chose du monde la mieux partagée, n'a pas convaincu tous les juristes. Ils rappellent que l'élaboration de règles générales s'est précisément imposée pour assurer une certaine prévisibilité. Sans doute l'histoire de la loi d'autonomie enseigne qu'une solution rigide n'est pas adaptée à la variété des situations, mais signifie-t-elle qu'il faut tourner le dos à toute prévisibilité?

La certitude du droit, tour à tour réclamée et combattue sans réserves par les « formalistes » et par les « réalistes », est désirable sans qu'il puisse être question qu'elle soit absolue. La présente matière en est un exemple topique. La renonciation à une solution rigide unique n'oblige pas à renoncer à toute présomption suscep-

(4) GAMILLSCHEG, *op. cit.*, p. 325.

(5) V. nos *Conflicts de lois en matière de contrats*, n. 115 et s. 332, 335 bis. La même tendance est notée par M. LANDO, *Scandinavian conflict of laws rules respecting contracts*, *Am. J. of comp. law*, 1957, 1.

tible de guider les juges et les parties quand ces dernières n'ont exprimé aucune volonté.

Il est peut-être trop tôt pour édifier des présomptions précises. Notre expérience n'est pas très développée. Mais les présomptions ne sont pas gênantes puisqu'il n'y sera recouru qu'à défaut d'indices plus particuliers résultant du contrat. Et on peut admettre qu'un faisceau d'indices dans un sens détruit la présomption. Les adversaires des présomptions objectent alors qu'elles ne servent plus à rien. C'est méconnaître le service quotidien que rendent les présomptions au juriste: elles permettent de se fier à leurs indications tant qu'une preuve décisive n'a pas été apportée à leur encontre. D'innombrables procès ont été gagnés sur la charge de la preuve.

On n'insistera pas sur l'allégation que les intérêts généraux sont étrangers au droit des contrats. Elle est trop contraire à l'évolution de tous les systèmes juridiques depuis au moins un siècle. Il est permis de la regretter et de travailler à la freiner, mais il est vain de la nier.

Quant au renvoi, le choix entre le subjectivisme et l'objectivisme ne préjuge aucunement de la question. Il est très facile pour un objectiviste d'exclure le renvoi en matière contractuelle au motif que le sens de la règle de conflit donnant compétence à la loi d'autonomie est de viser la loi *interne* désignée implicitement ou explicitement par les parties (6).

La divergence des positions dites objectiviste et subjectiviste n'est que relative dans ses résultats pratiques. Elle trahit, on le voit, une opposition plus grave sur le plan des idées, laquelle va se retrouver, amplifiée, si on aborde le second sens de l'opposition.

II

Au second sens, l'opposition concerne l'analyse de l'opération par laquelle les parties déterminent la loi applicable.

Pour les subjectivistes, les parties choisissent la loi applicable

(6) V. H. BATIFFOL, *Traité*, 3^e éd., n° 311. La solution a été proposée par LEREBOURS-PIGEONNIÈRE bien avant la discussion contemporaine et sans profession de subjectivisme. M. MORRIS, *The proper law of a contract, A reply*, *Int. Law Q.*, 1950, 197 voit dans le lien entre la thèse subjectiviste et l'exclusion du renvoi une affirmation gratuite et en opposition avec *Vita Food Products v. Unus Shipping Co* (1939) A. C. 277. L'admission du renvoi en la matière par le Bundesgerichtshof (14 février 1958, *Rev. crit. de droit int. privé*, 1958, 542, note Mezger) n'est aucunement une conséquence nécessaire de la position objectiviste de la haute juridiction.

comme elles choisissent la teneur de leurs conventions, cette loi a donc le caractère d'une convention et peut être traitée comme telle. Les objectivistes, au moins contemporains, cherchent une analyse du rôle de la volonté des parties qui conserve à la loi désignée le caractère d'une loi.

Il faut souligner que cette seconde position ne refuse pas aux parties, contrairement à ce que ses adversaires lui ont reproché inconsidérément, une liberté de désignation de la loi applicable bien assise en droit positif, et dont l'ancienneté et l'universalité font sérieusement présumer le bien-fondé. Cette position prétend seulement expliquer autrement le résultat jurisprudentiel principal, ce qui ne va certes pas sans conséquences positives, mais ce qui maintient, estiment ses partisans, l'essentiel de l'expérience acquise, en lui donnant un fondement acceptable, et en évitant, de ce fait, des conséquences peu cohérentes et malencontreuses. La position est un moyen terme entre le refus de la solution jurisprudentielle par l'attaque « classique » (Von Bar, Pillet, Zitelmann, Niboyet, Beale, Schnitzer) et son interprétation subjectiviste.

La progression de la controverse, la réflexion sur les solutions déjà acquises, la précision des problèmes effectivement en jeu dans les décisions nouvelles permettent aujourd'hui de cerner de plus près les conséquences positives de l'une et l'autre attitudes. La première étant la plus facile à définir, on commencera par spécifier les conséquences qu'elle entraîne. Les mobiles de la position objectiviste apparaîtront mieux ensuite.

Reconnaître aux parties le pouvoir de choisir la loi applicable à leur contrat au même titre qu'une clause quelconque de ce contrat aboutit aux résultats suivants :

1° Les parties peuvent choisir une loi qui n'a aucun lien avec leur opération. Ce problème est devenu depuis quelques années le centre principal de la controverse. Tous les subjectivistes admettent cette possibilité, les objectivistes la repoussent. Les premiers observent qu'elle a été admise par le Conseil privé dans sa célèbre décision *Vita Food Products* précitée; mais on peut répondre qu'après l'affirmation, en effet, de l'inutilité d'un lien entre la loi choisie et le contrat, la haute juridiction n'en a pas moins estimé que plusieurs liens existaient en l'espèce (7) : ce que les juges font importer à côté de ce qu'ils disent. Et la décision ajoute que le choix

(7) Leur réalité a été contestée. V. MANN, MORRIS, *loc. cit.* Elle implique assurément une conception suffisamment souple du lien. V. *infra*.

de la loi devait être « *bona fide and legal* ». Ce dernier point sera repris *infra*.

2° Les parties sont libres de ne choisir une loi que sous condition, notamment l'exclusion de toute disposition nouvelle qui viendrait à être promulguée avec effet sur les contrats en cours.

Le problème a été abondamment débattu à propos de l'effet des lois, notamment américaines et canadiennes, dévaluant la monnaie et mettant obstacle à l'exécution des clauses qui se référaient à la monnaie ancienne dans les contrats en cours. Le Kammergericht (sous RG., 28 mai 1936, *Juristische Wochenschrift*, 1936, 2058, *Clunet*, 1936, 951, *Nouv. Revue de dr. int. pr.*, 1936, 353) s'est prononcé pour la licéité d'une telle stipulation. La Cour de Paris (24 avril 1940, S. 42, 2, 29, note Niboyet, *Nouv. Revue de dr. int. pr.*, 1940, 196) a pris la même position. Le Reichsgericht l'a cependant expressément rejetée (arrêt précité), et l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1950 (affaire des *Messageries Maritimes*, D. 1951, 749, note Hamel, S. 1951, 1, 1, note Niboyet, J.C.P. 1950, II, 5812, note J.-Ph. Lévy) a pu être interprété comme condamnant aussi cette attitude (v. la note à la *Revue critique de droit international privé*, 1950, 609). Il n'est cependant pas sûr que tel soit le sens de l'arrêt; le doyen Maury admet également que la jurisprudence française ne s'est pas arrêtée à une conception définie. La Cour de cassation de Belgique a paru admettre la possibilité d'exclure les lois à venir (24 févr. 1938, D.P., 1938, 1, 57, note Philenko, *Revue crit.*, 1938, 661, note Wigly).

3° Une faculté illimitée de choix de la loi applicable au contrat permet aux parties de ne soumettre leur contrat qu'à certaines dispositions de la loi désignée, en excluant telles ou telles autres, seraient-elles impératives. L'exemple s'en trouve dans l'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1910 (S. 1911, 1, 129, note Lyon-Caen). Un contrat d'affrètement soumis expressément à la loi de New-York contient une clause d'irresponsabilité de l'armateur prohibée par la loi de New-York. La Chambre civile a admis que la Cour d'appel avait pu estimer que les parties « n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte-partie ». Les contractants, en effet, dans la conception subjectiviste, sont libres de ne se référer à une loi qu'en y prenant les dispositions qui leur conviennent.

La conséquence inévitable de cette solution est que si la loi choisie annule le contrat dans son ensemble, celui-ci n'en reste pas moins obligatoire: entre la volonté explicite des parties telle qu'elle résulte de leurs stipulations expresses, et la référence à une loi dont

elles ont, d'évidence, mal aperçu la portée, l'hésitation sur leur volonté réelle, qu'il s'agit de déterminer, n'est pas permise. Savigny estimait déjà qu'il fallait faire abstraction, dans la loi choisie, des dispositions annulant le contrat (8) : les besoins du commerce, surtout international, sont contraires aux chicanes.

Les décisions qui ont annulé des contrats conformément à la loi applicable en vertu de la désignation des parties ne sont cependant pas rares (9).

4° Les parties sont enfin libres de ne soumettre leur contrat à aucune loi. Ce résultat est déjà implicite dans les solutions précédentes. On pourrait sans doute le montrer pour la première. C'est assez clair pour la seconde: stipuler que le contrat restera soumis à la loi désignée, malgré son abrogation, signifie que le contrat ne sera plus soumis, à partir de cette abrogation, à la loi d'un État existant, du moment que la loi nouvelle est la seule qui existe dans cet État et s'applique aux contrats antérieurs (10). La troisième solution appelle le même résultat: les parties sont libres de rejeter une disposition de la loi choisie, notamment par une stipulation contraire à une de ses règles impératives, mais on ne spécifie pas que cette stipulation doit être soumise à une autre loi, qui serait d'ailleurs contradictoire avec la précédente (11). Et l'exclusion de toute nullité signifie clairement que le contrat international est valable sans loi.

Cette dernière conséquence, qui paraît bien sous-jacente aux arrêts de la Cour de cassation du 15 mai 1935 (*Revue crit.*, 1936, 463) et du 19 octobre 1938 (*Nouv. Revue de dr. int. pr.*, 1939, 152), a été expressément rejetée en Allemagne par le Reichsgericht dans l'arrêt précité du 28 mai 1936, et en France par la Cour de cassation

(8) *System des heutigen römischen Rechts*, VIII, § 374.

(9) V. H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, notamment n. 222 et suiv.

(10) On objectera la possibilité d'« extrapoler » la loi étrangère par exemple en refusant le renvoi. Faire survivre une loi abrogée par son auteur paraît cependant plus irréaliste si on la considère comme une loi et non comme une convention. M. WOLFF, *Private int. law*, 2^e éd., p. 416, veut la loi d'un État existant, et en vigueur, mais il admet la pluralité de lois. M. RAAPE, *Int. Privatrechts*, p. 437, veut une « wirkliche Rechtsordnung », donc en vigueur, M. MEZGER (*La codification du dr. int. pr.*, p. 214) observe que les parties peuvent, devant la loi nouvelle, désigner une autre loi : sans doute, et sous réserve peut-être des droits des tiers, mais il faut un accord.

(11) L'arrêt de 1910 a cependant soumis la clause litigieuse à la loi française par une formule très « localisatrice ». M. RAAPE, *op. cit.*, p. 436, admet la pluralité des lois conciliables.

dans l'arrêt précité du 21 juin 1950, énonçant que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État ».

On peut dénommer l'ensemble des conséquences de la conception subjective le système de « l'incorporation » de la loi choisie par les parties : la loi choisie devient une stipulation contractuelle, elle peut être l'objet de modifications, de distinctions, de conditions aussi bien que les autres stipulations du contrat. Les parties pourraient recopier les dispositions de la loi étrangère ou certaines d'entre elles: le choix de cette loi, selon ce système, n'a pas d'autre effet.

Une telle « incorporation » ne soulève certes aucune critique de la part des objectivistes dans les domaines réputés supplétifs par la loi applicable en principe au contrat en vertu de la désignation des parties. La critique « classique » qui, après von Bar, a reproché à la jurisprudence d'autoriser les parties à désigner la loi applicable à leur contrat, aurait voulu que cette liberté ne fût admise que dans les domaines où la loi qui serait applicable d'office ne porterait que des dispositions supplétives. Les objectivistes contemporains admettent, à l'encontre des auteurs précités, et conformément à la jurisprudence, la compétence de la loi désignée par les parties pour l'ensemble du contrat, sans distinction entre matières impératives et facultatives, mais ils n'accueillent la notion d'incorporation que dans les domaines déclarés facultatifs par la loi désignée par les parties.

Un exemple, dont l'importance est croissante, d'une telle « incorporation légitime » se rencontre dans les contrats du droit international public qui se réfèrent à une loi nationale. Quand un traité international crée la Banque des règlements internationaux, rien n'est plus légitime qu'une stipulation se référant pour le fonctionnement de la banque à la loi suisse avec la spécification qu'il s'agit de la loi suisse actuelle à l'exclusion de toute disposition à venir (12). Quels que soient les termes employés, la banque, en effet, n'est pas soumise à la loi suisse, elle est soumise au droit international public, et le traité qui l'a créée a emprunté à la loi suisse ses dispositions actuelles comme il aurait pu s'approprier les statuts d'une autre banque. Il en va de même des contrats passés par des organismes internationaux qui sont soumis au droit international public, mais qui peuvent emprunter telle ou telle disposition leur

(12) V. *Compagnies européennes*, publication du Conseil de l'Europe, 1952, p. 18.

paraissant convenable au droit d'un État, notamment de celui sur le territoire duquel le contrat s'exécute (13).

Dans les relations de droit privé, les subjectivistes assurent qu'il n'est nullement indispensable qu'un contrat soit soumis à une loi. L'affirmation a des implications multiples sur le terrain de la théorie générale du droit et de la philosophie du droit (14). Sans vouloir les reprendre ici, il importe de rappeler qu'elles signifient la primauté du contrat par rapport à la loi : un contrat serait obligatoire par lui-même sans qu'il soit besoin d'une loi pour lui conférer ce caractère. L'implication suivante est que la loi a pour mission d'assurer le respect des contrats, mais nullement de dire à quelles conditions ils sont valables, ou d'imposer certains effets aux stipulations intervenues. A l'arrière-plan se profile la thèse que la société et son droit sont créés pour le service des individus, sans qu'on voie bien comment et pourquoi les intérêts particuliers devraient plier devant les intérêts généraux, ni la conciliation de la thèse avec celle que la loi est l'ennemie de la liberté.

C'est la gravité des problèmes en jeu qui explique l'ardeur qu'a revêtue la controverse avant même que ses conséquences positives aient été dégagées avec précision. Nous nous en tiendrons ici à l'aspect positif du problème.

Le droit interne a fait l'expérience des insuffisances du libéralisme pur et simple : les interventions législatives se sont multipliées dans tous les pays industriels pour protéger le faible contre son cocontractant puissant. Les développements économiques ont conduit l'État à intervenir de plus en plus dans les relations contractuelles pour y prohiber des clauses librement et loyalement consenties, mais qu'il estime contraires à l'intérêt général, notamment en matière monétaire. A la vérité, il a toujours existé des lois impératives, même à la plus belle époque du libéralisme. Si leur petit nombre a pu laisser croire qu'il y avait là des accidents, et que le législateur en matière contractuelle intervenait seulement pour consacrer et sanctionner la volonté des parties, l'accident suffirait à montrer que le législateur détermine lui-même en quelles matières il y a lieu de poser des lois impératives et dans quel domaine la liberté des parties pourra s'exercer.

Le résultat n'est guère plus contesté en droit interne. Mais le droit international offre un terrain de revanche. Si, dans l'opinion

(13) V. REUTER, *Études Mestre*, p. 223; van HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, p. 29 et l'exemple des contrats de la B.I.R.D.

(14) V. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, p. 70 et s. et les réflexions, divergentes, de M. MAURY, *Revue crit.*, 1957, 237.

commune (15), soutenue notamment par le doyen Maury, un contrat passé en France entre deux Français pour être exécuté en France ne saurait échapper aux lois françaises impératives par une référence à une loi étrangère, et si de même un contrat anglais purement interne est soumis aux lois anglaises impératives, le contrat passé entre un Français et un Anglais est de la catégorie des contrats internationaux pour lesquels le choix d'une loi est prévu : c'est l'aveu, disent les subjectivistes, qu'aucune loi ne se reconnaît le pouvoir de régir ces accords; ils échappent donc à toute loi avec les conséquences qui ont été énumérées; la loi à laquelle les parties se réfèrent est donc une partie de leurs stipulations, le contrat ne lui est pas en propres termes soumis.

Une différenciation aussi remarquable entre le droit international et le droit interne pourrait assurément s'appuyer sur ce que le premier a toujours réclamé un régime plus souple, vu la concurrence plus grande qui règne dans les relations qu'il régit. On peut dire aussi que ceux qui s'y aventurent sont généralement mieux armés. Il reste cependant singulier que les besoins de protection et d'organisation qui ont fait sentir leur action avec tant de force en droit interne se voient refuser toute satisfaction dans les relations internationales. Un pareil contraste inspire la méfiance (16).

Le Reichsgericht a pensé qu'il n'était pas possible de renoncer en droit international à la protection du faible et à la sauvegarde des intérêts généraux. Son arrêt précité du 28 mai 1936 rejette la récusation d'une disposition déterminée à caractère impératif de la loi désignée par les contractants. Il rejette aussi l'exclusion des dispositions à venir et en donne le motif que :

« seule la soumission sans restriction à une législation déterminée donne la garantie — indispensable aussi pour la vie juridique internationale — que le rapport de droit sera réglé en cas de besoin, même contre la volonté égoïste de la partie économiquement la plus forte, voire des deux parties, conformément aux principes juridiques communs aux États conjoints entre eux par la même civilisation,

(15) V. *contra* RAAPE, *Internationales Privatrecht*, p. 428, s'il y a un « intérêt légitime » (contre la loi ?); GRAVESON, *International contracts*, p. 666. M. SCHNITZER a relevé (v. *Rev. crit.*, 1955, 485) que Mancini n'admettait pas une autonomie exclusive de toute loi dans les relations internationales.

(16) V. en ce sens YNTEMA, *Autonomy in choice of law*, *Am J. of comp. Law*, 1952, 341. Cf. K. H. NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en dr. int. pr. des obligations*, *Rev. crit.*, 1957, 579. L'autonomie est déjà compromise en droit international pour les contrats qui tendent au « statut » en droit interne.

en tenant compte des intérêts généraux en jeu dans chaque cas » (17).

De fait, la tendance, déjà relevée, des tribunaux à ne pas appliquer dans les relations internationales la loi de la partie la plus forte montre que le souci exprimé par la haute juridiction allemande ne leur est pas étranger.

D'autre part, la définition d'un accord libre et loyal a fait l'objet d'une expérience juridique millénaire; s'en remettre au bon sens ou à la loi naturelle est faire fi de toute cette expérience. Pratiquement ce dédain conduira simplement chaque juge à apprécier les conditions de formation d'un contrat d'après sa propre loi, et chaque arbitre d'après la loi qu'il connaît. Faire dépendre les résultats de la désignation du juge, qui dépend souvent du choix du demandeur, ou des connaissances de l'arbitre, n'est pas de bonne méthode.

On n'oubliera pas que si d'après l'article 1134 C. civ. les conventions « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », il s'agit des conventions « légalement formées ». Il n'y a peut-être pas d'impossibilité logique à ce que la loi abdique tout contrôle, serait-ce par l'intermédiaire d'une loi étrangère, sur la formation des contrats internationaux, mais une telle abstention est-elle viable ? Il faut que le juge sache à quels signes il reconnaîtra qu'un accord est suffisamment sérieux pour être générateur d'obligations. On répondra que c'est là une question de fait. Mais quand les faits se multiplieront, il faudra bien élaborer un système pour assurer un minimum de prévisibilité. En attendant, les États paraissent préférer que les contrats qui ne sont pas soumis à leur propre loi

(17) V. aussi les arrêts ultérieurs rassemblés par M. GAMILLSCHEG dans son étude fouillée et incisive, p. 327, note 95 et 328 visant le respect des intérêts généraux et l'appréciation objective par le juge de la situation. La position du Tribunal fédéral suisse visant la « prestation caractéristique » du contrat conformément à la formule de M. SCHNITZER est connue. V. les arrêts du 12 février 1952, R.O., 78, 11, 74; 10 juin 1952, R.O., 78, 11, 194, *Revue crit.*, 1953, 390, note FLATTEF. On retrouve la formule dans Paris, 27 février 1955, *Revue crit.*, 1955, 330, note MORULSKY. Les tribunaux scandinaves recherchent « la loi du pays avec lequel le contrat a le lien le plus étroit étant donné l'ensemble des circonstances de la cause » (LANDO, *Scandinavian conflict of laws rules respecting contracts*, Am. J. of comp. Law, 1957, 1). La position des juges américains paraît fidèle à un examen de l'ensemble des points de contact, tout en tenant compte de la volonté des parties. V. encore Lauritzen v. Larsen, 345 U.S., 571 (25 mai 1953, *Revue crit.*, 1954, 166, note BONASSIES). Les décisions anglaises font l'objet des interprétations les plus divergentes : subjectiviste par MANN et COHN, objectiviste par CHESHIRE et MORRIS, dubitative par LORENZ, *Vertragsabschluss und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht Englands*, 1957. La position française est également ambiguë, v. Civ., 5 déc. 1910 et 21 juin 1950 précités. La Cour de cassation de Belgique (24 février 1938 précité) a affirmé un subjectivisme radical, mais cf. le projet Benelux, art. 17, très restrictif.

le soient à celle d'un autre État. Les intérêts individuels et collectifs auxquels pourvoit le droit des contrats seront assurés différemment sans doute, mais trouveront tout de même une protection.

Une loi n'est pas seulement utile pour démêler si un contrat s'est convenablement formé. Il faut déterminer ses effets : les parties ne peuvent tout prévoir, et la seule interprétation des contrats pose des problèmes qui ne sont pas résolus de la même façon dans tous les pays, en vertu de conceptions divergentes sur les rôles respectifs de la volonté des parties, de son expression, de la mission du juge, et des intérêts généraux en jeu. Il n'appartient pas, d'autre part, aux parties de régler les effets du contrat à l'égard des tiers, règlement dont on aperçoit de plus en plus l'importance, contre ce qu'affirmait un certain individualisme. Un contrat est un fait social qu'on ne peut isoler du milieu dans lequel il s'insère pour le faire échapper à la loi de ce milieu — et à toute loi. Il est vrai que le milieu auquel appartient un contrat international est précisément équivoque : une telle opération intéressée par définition plusieurs systèmes juridiques nationaux, et sa soumission à la loi de l'un d'eux emporte assurément une part d'irréalisme; mais il faudrait, pour échapper à cet inconvénient, constater l'existence d'un « milieu international » suffisamment défini pour engendrer son propre droit : un tel phénomène s'observe dans certains milieux d'affaires déterminés, caractérisé par le recours à l'arbitrage avec l'assurance que le refus d'exécution volontaire de la sentence « disqualifierait » le perdant, c'est-à-dire l'exclurait du milieu considéré. Mais s'il appartient aux parties de se placer, quand elles le peuvent, dans tel ou tel milieu social ou commercial, faut-il en déduire qu'elles peuvent prétendre échapper à tout complexe social pour conclure des contrats qui les intéresseraient seules, à l'exclusion de tout tiers, et échapperaient à toute loi ? La prétention, non exempte de romantisme, est d'autant plus insolite que ces mêmes contractants entendent pouvoir demander, le cas échéant, au juge l'aide de la force publique pour l'exécution de telles conventions. Admettons que le législateur puisse prescrire à ses juges de sanctionner ce qu'ils considéreront comme un accord en fait, quelles que soient les conditions dans lesquelles il ait été conclu, du moment qu'il ne s'agit pas d'un contrat purement interne (18). La question se réduit, dirait Kelsen, à un

(18) Il n'y a même plus alors de règle de conflit puisqu'on ne désigne pas de loi applicable : l'autonomie ainsi comprise est en dehors du système des conflits (J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, 1938, p. 552). V. au contraire, BALLADORE PALLIERI, *Dir. int. privato*, 2^e éd., p. 229.

problème de politique juridique. Même sur ce terrain il reste curieux qu'on abandonne tous les mobiles du droit contractuel, et ce d'autant plus que la transition est insensible entre le contrat purement interne et le contrat proprement international, à travers ceux qui relèvent principalement, et plus ou moins, d'un système juridique déterminé. Si la finalité du droit contractuel appelle son application, serait-ce par référence à une loi étrangère, aux contrats internationaux, il serait bien surprenant que cette requête « politique » ne traduise pas la valeur internationale de la subordination du contrat à la loi, admise en droit interne.

D'ailleurs l'expérience a déjà commencé à démentir le rêve d'un contrat qui se suffirait à lui-même. Les sociétés et organismes internationaux qui, pour des raisons diverses, veulent éviter le recours au juge étatique, confient à des arbitres la mission de trancher leurs différends contractuels « conformément au contrat qui constitue la loi des parties ». Mais on s'est vite aperçu que les différends naissent souvent sur les points que le contrat n'a justement pas prévus. Le bon sens et l'équité des arbitres paraissent alors la méthode de solution appropriée à ceux qui ignorent les problèmes juridiques, regardant les règles de droit comme des chicanes. Il suffit souvent d'un arbitrage pour leur faire apercevoir que la méthode a au moins l'inconvénient de compromettre sérieusement la prévisibilité. Et plus d'un arbitre confesserait sans doute qu'il se sentirait plus sûr de sa décision s'il pouvait s'appuyer sur une règle générale — car tous les cas ne parlent pas par eux-mêmes. Aussi rencontre-t-on maintenant des clauses confiant aux arbitres la mission de statuer « conformément aux principes généraux du droit internationalement reconnus ». La formule a pu rendre des services au niveau du droit international public; en présence du développement infiniment plus élaboré des droits privés internes, plusieurs souriront : qui dira si la conception anglaise de la force majeure exprime mieux les principes en question que la conception allemande ou française ? (19). Nous nous bornerons à constater qu'on retrouve la nécessité de juger d'après une règle. On n'apprécie pas sans critère. Et le contrat ne peut être ce critère si on estime qu'il est lui-même objet d'appréciation ou qu'il s'agit de régler ce qu'il n'a pas prévu.

*
**

(19) V. sur ce problème, pour la question de la date du calcul du change, la sentence du Président Cassin, du 10 juin 1955, dans l'affaire dite des « cargaisons déroutées », *Revue crit. de dr. int. privé*, 1956, 278, et la note.

La thèse de la localisation du contrat par les parties, qui peut se prévaloir d'une tradition ancienne chez les auteurs anglais (20), cherche à rendre compte de la voie moyenne ainsi esquissée. Elle admet avec la jurisprudence qu'une solution rigide est inadaptée à la variété des situations, que la loi désignée par les parties régira le contrat dans l'ensemble de ses dispositions sans distinction entre matières impératives et facultatives (21). Mais elle tient que le rôle propre des parties est de localiser leur contrat, en spécifiant au besoin celui de ses éléments qui dans l'économie de leur opération, telle qu'elles la conçoivent, lui crée le lien le plus sérieux avec l'un des systèmes juridiques en cause. Le juge en déduit la loi applicable. Celle-ci n'est donc pas l'objet d'une stipulation, elle est applicable en raison des faits — qui comprennent la volonté des parties — mais est applicable comme une loi, avec les conséquences qui s'ensuivent. Autrement dit, les parties sont libres de se placer, si elles le peuvent, dans tel ou tel milieu juridique, mais non de récuser la loi qui le régit.

On a adressé à ces vues deux objections. D'une part, elles compromettraient toute certitude en autorisant le juge à rectifier la désignation expresse de la loi applicable, notamment parce que cette loi serait sans rapport avec l'opération (22). D'autre part, elles seraient artificielles, attribuant aux clauses de choix exprès un sens tout différent de leur teneur — ou, dans une critique opposée, indiscernable de cette teneur.

L'objection d'incertitude ne peut être retenue telle quelle. Une certitude totale, de caractère mathématique, est impossible en droit dans la majorité des problèmes, et peu désirable : le droit, comme

(20) Le contrat est régi par la « *proper law* », et savoir si un contrat est un « *English contract* » ou un « *French contract* » dépend de la volonté des parties : V. DICEY, *Règle* 160; WESTLAKLE, § 212; FOOTE, 5^e, p. 413. V. aussi, à une époque plus récente, CHESHIRE, 4^e éd., p. 203; MORRIS, *loc. cit.*; SCHMITTHOFF, p. 666; CARTER, *Int. law Q.*, 1950, 255.

(21) Il reste surprenant de voir encore reprocher à cette thèse (F.A. MANN, *loc. cit.*) de conduire au morcellement du contrat. Des positions antérieures de M. CHESHIRE et des tendances de M. MORRIS ont pu induire à le penser. Mais la thèse ne l'implique nullement. La *Spaltung* de la jurisprudence allemande n'en est aucunement la conséquence nécessaire, comme l'illustre son abandon par le Tribunal fédéral suisse. Sur l'impossibilité d'une solution rigide, l'expérience soviétique contemporaine est instructive, V. PISAR, *Soviet conflict of laws in international commercial transactions*, *Harvard Law Review*, 1957, 593; RAMZAÏTSEV, *La jurisprudence en matière de droit international privé de la commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur*, *Revue crit.*, 1958, 459.

(22) V. notamment RAAPE, *Internationales Privatrecht*, p. 425; MOSER, *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht*, p. 251.

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; l'espoir est vain de se passer entièrement du recours à ces limites. Les « réalistes » américains d'avant guerre s'irritaient, dans leur recherche de solutions adaptées au cas singulier, contre l'exigence de certitude. Les formalistes placent la certitude au premier rang des finalités du droit. La vérité paraît être intermédiaire : il s'agit de savoir dans chaque problème si la solution débattue offre une certitude suffisante eu égard aux données de ce problème.

On peut répondre affirmativement ici (23). La rectification par le juge de la désignation des parties sera extrêmement rare, et facilement prévisible, si on conçoit avec souplesse le lien d'une opération avec un système juridique, et si les parties ne contredisent pas manifestement dans leur désignation les localisations possibles de leur opération, ainsi largement comprises. En particulier l'attribution de juridiction au juge d'un pays « neutre » peut être réputée un lien avec le système de ce juge, justifiant la soumission du contrat à sa loi (24). Le choix d'un arbitre particulièrement qualifié a la même valeur. Il est même légitime d'admettre, avec M. Wolff, que certains contrats se placent dans un milieu commercial dominé par une loi donnée. Le cas de nombreuses affaires maritimes est topique; quand le Conseil privé dans *Vita Food Products* observe qu'en ces affaires les assureurs (on pourrait ajouter de multiples autres tiers) « are likely to be English », il se réfère judicieusement, au delà d'une vue purement interindividuelle du contrat, à la notion du milieu dans lequel celui-ci s'insère (25). Le terme localisation, quoi qu'en dise M. Gamillscheg (26), a toujours signifié un lien avec un système juridique, et non pas seulement la constatation d'un événement spatial : le

(23) Cf. en ce sens MORRIS, *loc. cit.*

(24) M. COHN, *loc. cit.*, note diverses raisons du choix d'une loi « neutre »; cf. sur leurs valeurs respectives les observations à la *Revue crit. de dr. int. pr.*, 1958, 454. Les parties peuvent essentiellement vouloir se refuser mutuellement l'avantage de plaider selon leur propre loi. Mais un tel mobile présuppose le choix concomittant d'un juge « neutre ». Le choix d'un juge ou d'un arbitre étranger dans un contrat purement interne ne saurait cependant légitimer en soi une référence à la loi étrangère, autrement que dans les matières réputées facultatives par la loi interne.

(25) V. également pour une conception souple du lien OFFERHAUS, *Nederlands Tijdschrift voor int. Recht*, 1953, 33. L'objectivisme n'impose nullement la limitation de choix de la loi tchécoslovaque ou la position mixte du projet Benelux.

(26) *Loc. cit.*, p. 337 et suiv.

langage courant englobe la nationalité dans les éléments « localisateurs » d'un rapport juridique, et M. Wengler a bien montré la complexité de la notion (27).

D'autre part, le choix ne peut éliminer le contrôle de la sincérité du caractère international de l'opération : un contrat purement interne en fait ne peut se jouer des lois impératives en mentionnant qu'il est conclu à l'étranger. Boullenois le notait déjà (28) et les tribunaux ont dû le spécifier (29).

Enfin, certains subjectivistes concèdent une réserve possible de la fraude (30). Le Conseil privé l'a retenue dans *Vita Food Products* : le choix de la loi doit être « bona fide and legal ». La Cour Suprême des États-Unis a également réservé dans *Lauritzen v. Larsen* (31) le cas où les parties auraient écarté « la loi normalement applicable ». Si on retient, d'autre part, que la souplesse dans l'objectivisme pourrait aller jusqu'à admettre tout choix reposant sur un « intérêt légitime » (v. le premier projet français de Code civil, art. 89), la différence se ramènerait à la charge de la preuve.

D'autres subjectivistes refusent cependant la réserve comme sans objet : il n'y a pas de fraude possible parce qu'il n'y a pas de « loi prédestinée » à régir un contrat international (Rabel). En fait, d'ailleurs, on ne cite même pas de choix de loi sans rapport avec le contrat : lutte contre des moulins à vent dit M. Gamillscheg. Le caractère imaginaire de la difficulté a au contraire fait conclure au nom de l'objectivisme qu'une liberté illimitée de choix ne répond à aucun besoin réel (32).

La fraude paraît cependant possible : si un contrat conclu à Paris entre un Français et un Belge pour s'exécuter entièrement en France et en Belgique, est soumis à la loi hollandaise, laquelle valide la convention, ou une de ses clauses essentielles, nulle selon les lois française et belge, ces deux lois sont aussi visiblement tournées que par un contrat purement interne qui se référerait à une loi étrangère.

(27) *Die Belegenheit von Rechten* 1955.

(28) *Personnalité et réalité des lois*, 11, p. 472.

(29) V. Cass., It., 26 juillet 1929, *Riv. di dir. int.*, 1931, 406. Il n'y a donc pas lieu de suivre M. F.A. MANN, *loc. cit.*, opposant à la thèse objective que la fraude est inévitable puisqu'il suffit de déplacer les éléments du contrat; un droit n'est pas viable qui accepte sans discernement toutes les apparences, même artificieuses. Au surplus, M. MANN admet la réserve de la fraude.

(30) V. F.A. MANN, *loc. cit.*

(31) 345 U.S. 571 (25 mai 1953), *Revue crit.*, 1954, 166, note BONASSIES, p. 174.

(32) V. MORRIS, *loc. cit.*

On reproche, d'autre part, à la thèse de la localisation un irréalisme: les parties ont expressément, par hypothèse, choisi une loi, elles ne se sont pas bornées à localiser leur contrat, différence subtile qui leur échappe, comme à plus d'un juriste. Il faut répondre que le cas n'est pas rare de stipulations auxquelles la loi accorde un effet différent de celui de leur teneur grammaticale, parce que la volonté des parties s'est portée sur un objet qui relevait, partiellement ou totalement, de la détermination légale. L'exhérédation d'un réservataire vaut réduction à sa réserve et legs universel au successible subséquent. Plus généralement les tribunaux rectifient les qualifications contractuelles contraires à la teneur des conventions; devant deux stipulations contradictoires, ils recherchent celle qui exprime la volonté réelle des parties. De même, ici, les tribunaux ont le droit de voir dans le « choix » de la loi applicable, la désignation du centre de gravité de l'opération (33); si cette désignation est vraiment contradictoire avec les autres termes de la convention, ils auront le droit de l'écarter — quelque rare que doive être l'usage de cette prérogative.

Et sur le terrain du réalisme, la thèse de la localisation revendique une supériorité qu'elle estime manifeste quand on considère les contrats sans désignation expresse de la loi applicable. Plusieurs subjectivistes concèdent que la recherche de la volonté des parties est alors une fiction: le juge, en réalité, détermine lui-même la localisation du contrat d'après ses éléments (34). C'est la vérité qu'exprime la thèse de la localisation. D'autres, cependant, refusent la concession: la volonté hypothétique n'est pas une fiction, disent-ils, car elle ne prétend pas être ce que les parties auraient décidé si la question leur était apparue, mais ce qu'il aurait été raisonnable

(33) Sur la possibilité effective d'une localisation sans choix de la loi, v. Civ., 24 avril 1952, *Revue crit.*, 1952, 502, note MOTULSKY, et pour une espèce parallèle BGH, 30 sept. 1952, CLUNET, 1958, 224.

(34) V. RABEL, *Conflict of Laws*, p. 666; F.A. MANN, *loc. cit.*: la dualité vient d'être énoncée expressément par Civ., 6 juil. 1959, *Rev. crit.*, 1959, 708. Ce mutisme des contrats a peut-être diminué avec le développement des relations internationales et de la connaissance de la jurisprudence, mais il reste fréquent, et l'idée qu'en donnent les décisions judiciaires n'est pas trompeuse, bien que le silence des parties soit naturellement une cause de litige: on sait aujourd'hui que, en sus de l'ignorance, facile à constater, il existe aussi la volonté de ne pas aborder la question, de crainte qu'elle n'engendre une opposition dangereuse pour l'aboutissement des pourparlers, alors que l'utilité de la régler paraît relative, les hommes d'affaires non juristes s'imaginant facilement qu'un contrat bien fait se suffit à lui-même (cf. à ce propos sur les « conditions générales », FERID, *Zum Abschluss von Auslandsverträgen* 1954). Nous ne suivrons donc pas M. GAMILLSCHEG (*op. cit.*, p. 311) quand il relègue au « domaine de la légende » l'allégation que les parties ne seraient pas « mûres » pour le choix de la loi.

de décider étant donné les circonstances (35). Le terme « raisonnable » est compromettant: il ne s'agit plus de constater une volonté comme un fait, mais de déterminer un devoir être: c'est une question de droit (36). Elle appartient de soi à la loi ou au juge: les parties se créent des obligations par leur volonté, et les objectivistes estiment comme une quasi-tautologie que c'est la loi qui leur donne valeur légale; mais quand cette volonté n'a pas existé, peut-on nier que le devoir être ne soit l'office de la loi ou du juge?

L'effort pour ramener l'absence de volonté à une volonté dite hypothétique est explicable, car il veut éviter une dualité dangereuse. Il est dangereux d'admettre qu'à défaut de volonté exprimée le juge recherche la localisation du contrat si on veut maintenir que la volonté exprimée consiste, selon sa teneur apparente, en un choix pur et simple de la loi, avec toutes les conséquences qui en résultent. On aboutira, en effet, à deux régimes profondément divergents pour des situations substantiellement identiques, ne se différenciant que par l'accident d'une référence omise. Et surtout cet accident ne sera même pas défini avec clarté: entre la volonté exprimée et l'absence de volonté, il y a les cas, dont la proportion est grande, de volonté implicite manifestée par exemple dans une clause d'arbitrage, ou attributive de juridiction, ou la localisation apparente d'une opération à la situation d'un immeuble. Mais comment tracer la limite entre ces volontés implicites de plus en plus hypothétiques, et l'absence de volonté? Il le faudrait pourtant puisque la volonté implicite, comme l'expresse, emporterait choix proprement dit de la loi, c'est-à-dire notamment licéité des clauses contraires à cette loi et possibilité d'exclure ses dispositions à venir (37).

(35) GAMILLSCHEG, *loc. cit.*, p. 325.

(36) Cf. soulignant aussi la distinction dans le sens indiqué ici, CHESHIRE, 5^e éd., p. 209; DICEY-MORRIS, 7^e éd., p. 719; Trib. féd. suisse, 2 fév. 1952, R.O., 78, 11, 74, *Revue crit.*, 1953, 390, note FLATTET.

(37) Sinon même l'exclusion a priori, sauf clause contraire, comme le soutenait, en toute cohérence, le pourvoi sous Cass. Belge, 24 fév. 1938 (D.P., 1938, 2, 57, note PHILONENKO, *Revue crit.*, 1938, 661, note WIGNY). Si, selon la formule de l'arrêt, les juges du fond n'ont pas « fait application des lois étrangères comme telles mais de dispositions légales étrangères invoquées et insérées par les parties dans leur convention et devenues, par conséquent, des dispositions conventionnelles », comment imputer aux parties une adoption, dans ce style, de dispositions futures dont elles ignoraient la survenance à venir aussi bien que la teneur? Pour les raisons énoncées au texte, il paraît difficile de suivre M. LANDO, *loc. cit.*, quand il propose une liberté illimitée pour les contrats « libres » en droit interne, et plus limitée pour les contrats tendant au statut: la complexité du droit interne rend insolite, nous semble-t-il aussi, une liberté

La thèse de la localisation présente une vue homogène du problème qui évite un contraste étonnant et des distinctions artificielles, au prix, assurément, d'une incertitude éventuelle, en raison du pouvoir rectificateur du juge. Mais la rareté de son exercice et l'impossibilité d'éviter tout aléa en une pareille matière réduisent sérieusement l'objection. Le subjectivisme trouve sa force dans une idée simple: entendre la faculté de choix de la loi selon sa teneur est conforme au principe que l'échange des consentements oblige, et favorise les échanges et la liberté. Mais il accorde peu d'importance au fait qu'un contrat n'est pas, en dépit des apparences, une affaire purement interindividuelle, il constitue un fait social qui s'insère dans la vie d'une collectivité, comme suffirait à le prouver le recours du créancier au juge pour obtenir son exécution. Peut-on, dès lors, méconnaître qu'un contrat est soumis, directement ou indirectement, à la loi de la collectivité dans laquelle il s'insère? Préconiser une faculté de choix qui implique celle de ne choisir aucune loi met en cause les notions que le contrat est un fait social et que toute société implique un droit. Il faut accorder la liberté, la souplesse désirables, et l'idée que la loi n'est pas un contrat.

Ces vues ne suppriment pas, comme les subjectivistes le croient, le principe de la liberté contractuelle: on peut penser que le meilleur instrument des intérêts généraux est précisément ce principe, quand ce ne serait que par le stimulant qu'il constitue pour l'activité individuelle, mais en maintenant que la loi ayant pour mission de pourvoir aux intérêts généraux, doit veiller à ce que la liberté ne s'exerce pas sans aucune directive ni limite. Entre le totalitarisme et un individualisme négateur de la loi, c'est-à-dire de la société, il faut trouver un moyen terme.

illimitée, mais la gradation indiscontinue qu'il présente veut en droit international un principe homogène et souple permettant d'exprimer cette gradation, et non une dualité profonde et impossible à délimiter avec objectivité et précision en termes généraux. Cf. l'arrêt du BGH du 14 février 1958 admettant le renvoi en matière contractuelle seulement à défaut de toute volonté même hypothétique, et sa critique de ce chef par RAAPE, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1959, 1013.