

CONTRIBUTIONS DE LA JURIDICTION INTERNATIONALE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

par

Henri BATIFFOL

Le recul du temps et l'évolution des idées permettent de mieux apprécier la contribution qu'ont apportée au droit international privé les deux décisions de la Cour permanente de justice internationale rendues en 1929 dans les affaires des emprunts franco-serbes et franco-brésiliens, et celle de la Cour internationale de justice intervenue en 1958 entre les Pays-Bas et la Suède dans l'affaire *Boll*. Ces trois décisions sont connues comme étant celles qui ont eu directement affaire à des questions importantes de droit international privé. Il n'est donc pas sans intérêt de mettre en relief les enseignements qui peuvent en être tirés.

Ils concernent les sources du droit international privé, la loi applicable aux contrats, et une matière qui a fait l'objet, depuis, de grandes discussions, que l'on peut appeler des lois de police ou d'application immédiate.

I. — SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les deux arrêts rendus en 1929 sont conçus dans l'ensemble selon le même plan. Ils ne diffèrent que par certains détails propres à chacune des deux affaires. Nous suivrons ici de préférence l'arrêt relatif aux emprunts franco-serbes, quitte à rappeler le cas échéant telle particularité propre à l'affaire des emprunts brésiliens.

La Cour a commencé, après un exposé des faits, par un examen de sa compétence. Le litige initial était né entre l'Etat serbe emprunteur et les porteurs français réclamant le service des emprunts

en francs-or. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 34 de son statut « seuls les Etats ou les membres de ladite Société des Nations ont qualité pour se présenter devant elle ». En l'espèce l'Etat français avait pris fait et cause pour ses ressortissants, démarche qui n'était pas nouvelle. Mais dans les cas antérieurement soumis à la haute juridiction l'Etat demandeur invoquait la violation d'un accord international. Au contraire dans le cas présent l'Etat français réclamait contre l'inexécution prétendue par l'Etat serbe de ses obligations à l'égard des porteurs français des emprunts. La Cour relève cependant que le gouvernement français est intervenu au préalable auprès du gouvernement serbe, et que l'insuccès de ses démarches n'avait pas été le résultat d'un refus du gouvernement serbe de négocier, mais du maintien de son point de vue. Il y avait donc un différend entre le gouvernement qui justifiait l'action de l'Etat français devant la Cour dans l'exercice de son droit de protéger ses nationaux.

Au fond, cependant, la Cour est appelée, selon l'article 38 du statut, à trancher des différends entre Etats « sur la base du droit international ». Pouvait-on dire que le différend originaire entre l'Etat serbe et les porteurs relevait du droit international ? La Cour observe qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 36 du statut les Etats peuvent reconnaître comme obligatoire sa juridiction sur les différends d'ordre juridique qui ont pour objet « la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ». Il est ainsi possible de lui demander de se prononcer sur l'existence de certains faits ; pourquoi ne pas lui demander de se prononcer sur un point de droit interne provoquant le différend entre les Etats ? De toute manière la Cour ne s'occupera que des aspects du litige originaire dont le gouvernement français l'a saisi en faveur des porteurs.

Suivant un plan sur lequel nous reviendrons plus loin, la Cour passe ensuite à l'examen des contrats d'emprunt pour déterminer si les parties ont entendu se référer à un franc-or ou à la monnaie légale française telle qu'elle pouvait varier dans sa valeur par la suite. C'est ce point qui a plus particulièrement attiré l'attention des commentateurs à l'époque, en raison de sa nouveauté et de son actualité (v. notamment l'article d'André Prudhomme au *Clunet*, 1929.137 comp.). L'arrêt conclut que l'intention des parties était de se référer au franc-or.

La Cour aborde alors le problème de la loi applicable, présenté comme « l'examen des thèses subsidiaires du gouvernement serbe-croate-slovène, selon lesquelles les obligations contractées seraient soumises à la loi française, laquelle s'opposerait à la validité d'une

clause de payer en or ou de payer à la valeur de l'or, du moins pour autant que le paiement devrait être fait en argent français et en France ».

C'est là que la Cour énonce ses motifs bien des fois repris qui concernent directement les sources du droit international privé. L'arrêt déclare :

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit des lois. Les règles en peuvent être communes à plusieurs Etats et même être établies par des conventions internationales ou des coutumes, et dans ce dernier cas avoir le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne. »

La première phrase de ce passage indique que des Etats peuvent passer entre eux des accords qui ne relèvent pas du droit international. Ce sont manifestement ceux dans lesquels ils entrent comme pourraient le faire des personnes privées. L'idée est parallèle à celle qui est connue dans beaucoup de droits internes, en tout cas le droit français : l'Etat, ou plus précisément l'administration, peut conclure des contrats dans les mêmes conditions que les personnes privées, qui seront, sous des distinctions multiples, soumis au droit privé et de la compétence des tribunaux judiciaires ; ce sont des contrats de l'administration, mais non des contrats administratifs soumis au droit public et relevant de la compétence des juridictions administratives. L'éventualité des accords entre Etats qui ne relèveraient pas du droit international public a été longuement discutée notamment par la sentence du président Cassin dans l'affaire dite des cargaisons déroutées entre la Grande-Bretagne et la Grèce (10 juin 1955, *Revue Critique de droit international privé*, 1956.278).

La formule de l'arrêt paraît bien impliquer qu'un contrat passé entre deux Etats dans les mêmes conditions que des personnes privées relèverait d'une loi nationale. En réalité l'évolution ultérieure a mis en question l'affirmation que tout contrat entre personnes privées relèverait nécessairement d'une loi nationale. C'est le développement contemporain des études relatives à la « *lex mercatoria* ». Les arrêts de 1929 sont le témoignage qu'à l'époque ce courant d'idées était encore faiblement représenté ; ils n'en ont pas moins été invoqués par les partisans de la soumission de tout contrat à la loi d'un Etat. C'est là une des premières contributions de ces décisions à la construction du droit international privé.

L'essentiel est assurément dans les affirmations qui suivent sur l'appartenance du droit international privé au droit interne. Passons sur l'assimilation du droit international privé et de la théorie du conflit des lois : elle constate une différence de terminologie fréquente, notamment entre les pays continentaux et les pays de *common law*. Elle évoque aussi aux lecteurs d'aujourd'hui l'absence à l'époque des abondantes discussions qui se sont élevées depuis une quinzaine d'années sur le rôle légitime du procédé des conflits de lois en droit international privé, et principalement pour mettre en relief le rôle des règles dites matérielles, qu'elles soient, nationales, conventionnelles ou de droit « spontané », et des lois dites de police ou d'application immédiate.

La Cour exclut sans autre explication l'idée que des règles communes à plusieurs Etats pourraient exprimer par leur ancienneté et leur diffusion quasi universelle le sentiment d'une obligation à l'égard des autres Etats : n'est-ce pas là, cependant, la coutume ? On sait que la question a divisé les internationalistes de droit privé, et le parti pris par la Cour manifeste une fois de plus son souci de constater le droit international existant, sans se risquer à créer du droit, si nous l'entendons bien, à l'encontre de la liberté des Etats. Or en l'espèce il n'y avait ni traité, ni coutume constatée.

Il s'agit de savoir si la Cour est restée fidèle à son programme. Il fallait en effet déterminer si les emprunts litigieux étaient soumis à la loi serbe ou à la loi française. A cet effet la haute juridiction ajoute immédiatement après ce qui précède :

« La Cour, saisie d'un différend impliquant la question de savoir quelle est la loi qui régit les obligations contractuelles dont il s'agit, ne saurait déterminer cette loi qu'en s'inspirant de la nature même de ces obligations et des circonstances qui ont accompagné leur création, sauf à tenir compte également de la volonté exprimée ou présumée des parties. C'est d'ailleurs ce que semblent devoir faire aussi les tribunaux nationaux en l'absence de règles du droit national relatives à la solution des conflits de lois. »

La Cour ne pose-t-elle pas, ce faisant, une règle de conflit de lois ? Dans son commentaire au *Dalloz* (1930.2.45), Decensière-Ferandière a soutenu que ce motif prenait parti sur une question de pur fait, et pour la raison que les règles de conflits de lois sont déterminées par la *lex fori*, alors que la Cour n'a pas de *lex fori*.

Il est possible que les rédacteurs de l'arrêt en aient eu le sentiment. La formule « ne saurait » exprimerait comme une position prise en désespoir de cause, en l'absence de toute règle de conflits de lois à laquelle la Cour pourrait se référer. Et en effet la consi-

dération de la « nature » des obligations, des « circonstances » de leur création, et même de la volonté des parties ont pu être regardées comme des considérations de fait, voire de bon sens.

Mais il se trouve qu'en s'exprimant ainsi la Cour a pris parti sur une question de droit international privé parfaitement définie. Et la position qu'elle prend est une de celles qui peuvent être soutenues, et même la plus répandue de beaucoup en droit comparé, mais qui n'est pas la seule possible, comme on y reviendra.

La seconde phrase est d'ailleurs curieuse : « C'est d'ailleurs, dit la Cour, ce que semblent devoir faire aussi les tribunaux nationaux en l'absence de règles du droit national relatives à la solution des conflits de lois ». Quel est au juste le sens de ce « devoir faire » ? Il est possible que la Cour ait simplement entendu énoncer que sa position répondait au bon sens, et qu'en la prenant elle ne risquait pas ou peu de se mettre en opposition avec l'attitude la plus répandue en droit comparé. Mais cette conviction est exprimée par un « devoir faire », qui va au-delà d'une constatation. La Cour déclare la méthode bonne, et estime qu'elle devrait être suivie par les tribunaux nationaux.

Il est vrai que, par un singulier accident sur un point de cette importance, le texte anglais de l'arrêt est rédigé en termes fort différents. Il énonce que : « Moreover, this would seem to be in accord with the practice of municipal courts in the absence of rules of municipal law concerning the settlement of conflicts of laws ». Ici il s'agit purement et simplement d'une constatation de l'état du droit comparé ; cette constatation a pu confirmer la Cour dans la conviction du bien fondé de sa méthode ; elle n'implique aucune indication à l'usage des juges nationaux.

Mais il est indiqué à la fin de la décision que « le présent arrêt ayant été rédigé en français et en anglais, c'est le texte français qui fait foi ». L'intention ferme de pure constatation n'est donc pas dans le texte original. Ce dernier est certes prudent : le verbe « semble » suffit à l'exprimer. Il ne paraît pas inacceptable d'y voir une invitation aux juges nationaux à s'inspirer de la méthode retenue. Plus précisément il n'est pas question de considérer la juridiction internationale comme hiérarchiquement supérieure aux juridictions suprêmes nationales ; la suite de la décision suffirait à le prouver. Il n'est cependant pas interdit de reconnaître à ses arrêts ce que les Anglais et les Américains appellent une « autorité persuasive » : ce n'est ni la force du précédent tel qu'il est admis dans les pays de *common law*, ni même l'autorité moins facile à définir des décisions des cours suprêmes dans les systèmes du type continental, qui sont cependant incontestablement, malgré certaines

opinions dissidentes curieuses, des sources de droit. Et une autorité persuasive, surtout si elle s'appuie sur le droit commun comparé, n'est pas à dédaigner.

Pourquoi refuserait-on alors à la juridiction internationale le pouvoir de dire le droit, même quand il n'est pas écrit dans un traité ou constaté par une coutume établie ?

Le « devoir faire » se réfère peut-être seulement à l'attitude que les tribunaux nationaux paraissent être conduits à prendre sur le problème dans le silence de la loi. Mais n'y a-t-il pas alors ici une de ces règles communes — au moins dans son principe — ancienne de plusieurs siècles et largement diffusée en droit comparé que la Cour a exclues plus haut comme source d'obligation entre Etats, mais qui ressemble fort à la coutume que l'arrêt admet comme source de telles obligations ?

La démarche que la Cour trouve naturelle chez les tribunaux nationaux, elle l'accomplit elle-même : placée devant le problème des conflits de lois en matière de contrats, elle formule la solution qui lui paraît praticable, utile, conforme à la nature des choses, puisqu'aussi bien elle ne peut se référer ni à la règle de conflit serbe ni à la règle de conflit française. Pourquoi son arrêt n'aurait-il pas, dans les rapports entre Etats, le même genre d'autorité que les arrêts des cours suprêmes nationales dans les systèmes continentaux pour les rapports entre personnes privées ou pour les rapports entre l'Etat et les particuliers dans le cas de la juridiction administrative ? Une telle autorité exercerait son influence par voie de conséquence sur les tribunaux nationaux comme « persuasive » — sans examiner plus avant l'incidence sur le problème de la thèse que le droit interne ne saurait méconnaître le droit international.

Il est vrai que la Cour a pu entendre, comme Decensière-Ferrandière l'affirmait, résoudre le problème purement en fait. L'arrêt adopte cependant une formule générale qui pourrait figurer dans d'autres décisions, et qui, nous l'avons dit, aurait pu être différente. Cette formule a, de surcroît, été appliquée selon la méthode la plus classique, et sur un point novatrice, du droit des conflits de lois.

II. — SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE CONTRATS

En 1929 le débat restait vif entre la position généralement affirmée par les tribunaux internes et une doctrine qui la critiquait avec vigueur.

Les tribunaux affirmaient en général que la loi applicable aux contrats était celle que les parties avaient désignée, et, en l'absence de désignation expresse, le recours aux circonstances de la cause était placé sous l'étiquette de la recherche de la volonté implicite des contractants.

La majorité des auteurs tout au contraire attaquait avec vigueur la faculté reconnue aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat, en demandant notamment quelle loi régissait l'accord sur le choix de la loi, et en dénonçant les incertitudes engendrées par cette jurisprudence à défaut de choix exprès. Pour ces auteurs, et notamment pour Niboyet dans le cours qu'il avait professé en 1927 à l'Académie de droit international, la volonté des parties ne pouvait s'exercer que dans le cadre des matières considérées comme supplétives par la loi qui devait être appliquée d'office, selon eux, au contrat. V. aussi son commentaire de ces arrêts *Rev. dr. int. pr.*, 1929, 478.

D'autres auteurs admettaient déjà la volonté des parties pour désigner la loi applicable, mais reconnaissaient qu'à défaut de volonté réelle la loi était déterminée par le juge d'après les circonstances de l'espèce.

Les arrêts de la Cour permanente de 1929 ne prennent aucune de ces trois positions. A l'encontre de la troisième ils posent comme principe la recherche objective de la loi régissant le contrat d'après les circonstances de l'espèce, la volonté des contractants n'ayant qu'un rôle subsidiaire. A l'encontre de la seconde ils ne spécifient pas que la volonté des parties n'interviendrait que pour les matières déclarées supplétives par une loi applicable d'office. A l'encontre de la première ils ne considèrent pas la volonté des parties comme la solution générale étendue sous l'étiquette de volonté implicite aux cas d'absence de volonté déclarée. C'est bien dire qu'ils prennent parti sur une question de droit discutée où plusieurs positions étaient possibles, et en n'adoptant aucune de celles qui étaient formulées à l'époque.

Est-il possible de dire que le problème est traité comme de pur fait ? Il faut observer qu'en ne mentionnant pas au départ le respect de la volonté des parties, la Cour paraît bien ne pas admettre une autonomie de la volonté radicale, comme les adversaires de la jurisprudence lui reprochaient d'y tendre. D'autre part en mentionnant le rôle de la volonté à titre subsidiaire, la Cour laisse ouverte, et à résoudre, la question de droit de savoir dans quel domaine s'exercera cette volonté, et s'il dépassera les matières réputées supplétives. A ces deux points de vue, il est difficile de réduire la portée des deux arrêts à la solution d'une question de pur fait.

Et il se trouve que la position de la Cour correspondait remarquablement à celle qui a été développée ultérieurement pour laquelle l'autonomie de la volonté pure et simple est en effet difficilement justifiable. Il appartient à la loi, c'est-à-dire en fait au juge, de déterminer la loi applicable au contrat en s'inspirant de ce qui a été appelé sa localisation, résultant précisément de l'ensemble des circonstances de la cause ; dans cette appréciation la volonté des contractants joue un rôle doublement effectif : d'une part ce sont les parties qui localisent les éléments de la situation, notamment par le choix d'un lieu de conclusion et du ou des lieux d'exécution ; d'autre part elles peuvent, par une clause expresse ou une volonté implicite mais réelle, exprimer que le contrat, tel qu'elles l'ont conçu est placé sous l'empire de tel système juridique plutôt que de tel autre.

Il faut donc voir dans les arrêts de 1929 une manifestation particulièrement significative de la conception qui cherche à obtenir deux résultats. Le premier est d'expliquer la jurisprudence qui n'a jamais limité le rôle de la volonté aux matières déclarées supplétives par une loi applicable d'office dont personne n'a pu donner un moyen décisif de la déterminer. En second lieu il s'agit d'exclure une autonomie de la volonté radicale qui permettrait aux parties de soumettre leur contrat à n'importe quelle loi, excluant, si bon leur semble, dans la loi choisie des dispositions impératives, notamment celles qui annuleraient le contrat ou une de ses clauses, ou les dispositions à venir qui seraient déclarées applicables aux contrats en cours ; le résultat extrême est la faculté de soustraire le contrat à toute loi étatique.

Cette dernière conséquence, dont il est facile de montrer qu'elle est solidaire des précédentes, a été précisément écartée par les arrêts de 1929 dans le motif de principe cité plus haut : « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale ». La Cour permanente a ainsi donné l'appui de son autorité à la tendance dite objective.

Et cependant la haute juridiction s'est ressentie, inconsciemment sans doute, mais comme de nombreuses juridictions étatiques affirmant aussi la même conception objective, de la tendance à regarder la volonté des parties comme souveraine. Il faut en effet reprendre ici la question du plan de la décision. Il est assez remarquable qu'après avoir résolu la question de sa compétence, la Cour a directement abordé l'interprétation des clauses relatives au paiement pour savoir si les parties avaient ou non stipulé des francs-or. C'est ensuite que le problème de la loi applicable est abordé, où il

est dit que tout contrat a son fondement dans une loi nationale. Une telle déclaration aurait plutôt conduit à rechercher d'abord quelle loi régissait le contrat pour déterminer ensuite comment il convenait de l'interpréter.

La démarche inverse a été adoptée sans doute d'abord parce que c'était celle que les parties avaient elles-mêmes suivie, ainsi que l'arrêt le relève en abordant le problème de la loi applicable comme concernant les « thèses subsidiaires du gouvernement serbe-croate-slovène ».

Peut-être aussi la détermination de la volonté des contractants sur le choix de la monnaie est-elle apparue comme une question de fait à régler antérieurement aux questions de droit.

Il faut cependant relever que l'interprétation des contrats n'est pas une simple question de fait. Il y a une question de fait dans la recherche de ce que les parties ont voulu expressément, voire implicitement. Mais il existe aussi dans les droits internes sur les contrats, comme d'ailleurs en droit international, des *règles* d'interprétation en vue des cas dans lesquels la volonté des parties est incertaine, manifestement absente, ou même contradictoire. Ces règles attirent peu l'attention des juristes parce que leur généralité et leur élasticité les a souvent fait considérer comme des directives, des conseils plus que comme des prescriptions proprement dites. Elles n'en sont pas moins fort utiles, et plus qu'on ne le croit, et elles ne sont précisément pas les mêmes d'un pays à l'autre, sans qu'il y ait lieu ici d'insister sur les causes de ces différences.

Dans le cas présent il a sans doute paru que la volonté des parties pouvait être établie sur le seul examen des contrats et sans recours à des règles d'interprétation.

Mais l'isolement de cette question est souligné par le qualificatif « subsidiaire » reconnu par la Cour à la thèse du gouvernement serbe sur la loi applicable : celle-ci n'est considérée que sous un angle déterminé. Il s'agit certes d'abord de la licéité des clauses or : mais si la loi applicable les avait interdites, n'aurait-il pas été de meilleure méthode de le constater d'abord sans chercher plus avant quelle avait été la volonté des parties ? Et s'il est question de « thèses subsidiaires », c'est que subsidiairement le gouvernement serbe tenait qu'une clause or n'était pas permise par la loi française en tout cas pour les paiements à effectuer en France : question manifestement plus particulière.

La démarche de la Cour s'apparente donc finalement à celle qui voit dans la volonté des parties le guide premier du juge, et même, pour tout dire, exclusif selon certains. Il y a là une oscillation de pensée qu'on retrouve dans bien des décisions étatiques,

et qui suffirait à montrer, si besoin était, que la Cour permanente a bien perçu le problème de droit sous les différents aspects qu'il revêt dans les jurisprudences internes.

L'observation est confirmée par l'analyse des circonstances qui a mené la Cour à conclure à l'applicabilité de la loi serbe.

La considération première que l'arrêt retient est l'unité de l'emprunt à l'égard de tous les porteurs ; elle est classique, mais sa valeur est soulignée ici par l'observation que dans le libellé des titres, comme dans les prospectus, seule la personne de l'Etat emprunteur est déterminée et non celles des porteurs — ce qui n'est pas si fréquemment relevé.

L'arrêt ajoute aussi qu'un Etat souverain « ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre ». Cette observation a été souvent mise en opposition avec celle de la Cour de cassation affirmant en 1932 que dans un contrat de droit privé passé par un Etat aucune présomption ne peut être posée en faveur de la loi de l'Etat (31 mai 1932, *D.P.* 1933.1.169, note Crémieux, *S.*1933.1.17, note Niboyet, *Clunet*, 1933.347). A y regarder de plus près l'opposition n'est peut être pas aussi tranchée qu'il pourrait paraître, mais cette recherche déborderait le cadre du présent examen. Il importe de remarquer ici que la Cour a estimé certain qu'un emprunt lancé par un Etat à l'étranger se présentait comme un contrat de droit privé, alors que la question peut se poser de savoir s'il ne serait pas, au moins dans certaines conditions, une opération de droit public interne (v. notamment van Hecke, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2^e éd., 1964).

L'arrêt fait cependant allusion à ce qu'« il s'agit d'emprunts contractés par l'Etat serbe en vertu d'une loi spéciale qui en fixe les conditions. Ces lois sont invoquées dans les titres et, de ce fait, la validité des obligations inscrites aux dits titres est incontestable en droit ». Cette observation vient même avant celle de l'unité de l'emprunt, mais il n'en est pas déduit que l'opération serait de droit serbe parce qu'elle a été autorisée par des lois serbes spéciales, ce qui conduirait précisément à regarder le contrat comme de droit public serbe. En réalité la suite montre que ce motif doit être entendu comme constatant que les organes de l'Etat serbe ayant lancé l'emprunt avaient bien qualité et pouvoir pour ce faire en vertu d'une loi serbe. L'arrêt met donc en relief que parallèlement à la règle de conflits de lois soumettant la capacité des personnes physiques à leur loi nationale, les pouvoirs d'organes étatiques sont

nécessairement déterminés par la loi qui a institué ces organes et a déterminé leurs compétences, comme il est bien établi pour les organes des personnes morales de droit privé. L'intérêt du parallélisme et de la distinction est apparu clairement à une époque récente dans le problème des clauses compromissaires acceptées par des personnes morales de droit public français dans des contrats internationaux de droit privé.

La Cour examine ensuite si une volonté implicite contraire à l'application de la loi serbe ne se dégagerait pas des circonstances de la cause. Elle examine en détail les clauses relatives à la cotation des titres dans les différentes bourses, le dépôt à Paris des sommes nécessaires au service des emprunts, ou de certains d'entre eux, la clause d'élection de domicile pour les notifications, enfin les contrats intervenus entre l'Etat serbe et les différentes banques acceptant de lancer les emprunts — cette dernière considération évoquant l'intérêt des liens d'un contrat avec d'autres quant à la détermination à la loi applicable. Toutes ces circonstances sont écartées pour des raisons très concluantes quant à la notion, de plus en plus reconnue aujourd'hui, de valeur localisatrice.

L'arrêt termine ce chapitre par l'examen du lieu d'émission : en quoi il se conforme à la tendance de plus en plus accentuée qui regarde le lieu de conclusion comme ayant une valeur finalement subsidiaire. Cette valeur est particulièrement faible pour les emprunts lancés simultanément dans plusieurs pays sans distinction de régime propre à différentes tranches.

La compétence de la loi serbe étant ainsi affirmée en principe, la Cour en arrive à se demander si la loi française n'aurait pas aussi son mot à dire du fait que les paiements des intérêts et amortissements devaient avoir lieu en France. C'est sur ce point que l'arrêt apporte une contribution digne de remarque à un problème qui a fait l'objet depuis de nombreuses discussions.

III. — LOIS DE POLICE

En tête même du développement qui précède sur la détermination de la loi applicable au contrat la Cour avait averti qu'« avant de procéder à ladite détermination, il y a cependant lieu de rappeler qu'il se peut que la loi qui pourrait être jugée, par la Cour, applicable aux obligations de l'espèce, soit, sur un territoire déterminé, tenue en échec par une loi nationale de ce territoire, loi d'ordre public et d'application inéluctable, bien que le contrat ait été conclu sous le régime d'une loi étrangère ».

Et après avoir établi, comme il a été expliqué ci-dessus, la compétence de principe de la loi serbe, l'arrêt ajoute : « Mais la constatation du fait que les engagements pris ne prévoient pas une soumission volontaire à la loi française, en ce qui concerne la substance de la dette, n'exclut pas que la monnaie dans laquelle le paiement doit ou peut être fait en France dépende de la loi française. En effet c'est un principe généralement reconnu que tout Etat a le droit de déterminer lui-même ses monnaies ».

L'histoire oblige à rappeler que c'est seulement dans l'article bien connu de M. Wengler en 1941 qu'a été dégagée franchement l'idée que quand un contrat s'exécute sur un ou des territoires différents de ceux de l'Etat dont la loi le régit, les lois de ces territoires peuvent avoir des titres à s'appliquer qui ne sauraient se ramener à l'application classique de l'ordre public : celle-ci consiste en un refus d'appliquer une loi étrangère à raison de son contenu, alors que les lois ici considérées se voient reconnaître une compétence propre sur les faits et actes survenus dans les territoires où elles sont en vigueur. L'idée a été reprise et développée d'abord par M. Francescakis 1958 et M. De Nova en 1959, puis par de nombreux auteurs, et est devenue un des sujets les plus discutés de l'heure.

En 1929 l'idée n'était pratiquement pas connue. Les auteurs admettaient bien que la loi du lieu d'exécution, quant elle n'était pas celle du contrat, peut déterminer certains « modes » d'exécution (*Art und Weise* en droit allemand) mais les développements ultérieurs ont montré qu'il fallait aller beaucoup plus loin.

La Cour permanente exprime la conscience d'une dualité de problèmes en parlant de « lois d'ordre public et d'application inéluctable ». L'adjonction de la deuxième expression signifie bien le sentiment obscur des rédacteurs de l'arrêt qu'il ne s'agit pas d'une application de l'ordre public au sens traditionnel de l'expression. L'expression « d'application inéluctable » prélude comme d'instinct à celles de lois d'application immédiate, d'application nécessaire, d'application « péremptoire », « auto-limitées », qui ont fleuri depuis.

L'arrêt pressent même le développement à venir qui va déborder de simples modalités d'exécution. Après l'avertissement ci-dessus rappelé, la Cour ajoute que « la distinction qui semble s'imposer pour les besoins de l'affaire est notamment celle entre la substance de la dette et certaines modalités de son paiement ». Mais plus loin en reprenant le problème après le développement sur la compétence de la loi serbe, et la compétence de la loi du lieu du paiement pour la détermination des monnaies, l'arrêt ajoute que « l'application des

lois de cet Etat ne soulève pas de difficultés tant qu'elle n'affecte pas la substance de la dette à payer, et qu'elle n'entre pas en conflit avec la loi qui régit ladite dette ».

En l'espèce la Cour a jugé que la loi française ne s'opposait pas aux clauses valeur or dans les règlements internationaux. Mais le dernier motif cité montre le sentiment des juges qu'un problème pourrait apparaître si une loi « d'application inéluctable » mettait en cause la substance de la dette et entraînait donc en conflit avec la loi qui régit celle-ci. C'est précisément le problème auquel a été confronté la Cour internationale de justice dans la troisième des décisions annoncées ci-dessus, celle qui a été rendue dans l'affaire *Boll* en 1958.

L'apport principal de l'arrêt *Boll* au droit international privé est précisément la reconnaissance de l'applicabilité de certaines lois en raison du domaine que leurs auteurs leur ont assigné, abstraction faite de toute règle de conflits de lois qui donnerait compétence à une loi étrangère, et ce sur un terrain qui déborde les simples modalités d'exécution d'une obligation.

On se rappelle que dans cette affaire (Pays-Bas c. Suède, 28 nov. 1958, *Revue critique de droit international privé*, 1958.713), la Cour a rejeté la réclamation du gouvernement néerlandais contre l'application par les autorités suédoises à une mineure néerlandaise d'une loi suédoise portant des « mesures d'éducation protectrice », malgré la soumission de la tutelle des mineurs à leur loi nationale par la convention de La Haye de 1902 en vigueur en Suède comme aux Pays-Bas.

L'arrêt constate que la loi suédoise de 1904 en cause est applicable, en raison de son but, à tous les mineurs résidant en Suède, et est inapplicable aux mineurs suédois résidant à l'étranger. Comme on en conviendrait facilement, ainsi que le souligne l'arrêt, pour des mesures sur l'instruction obligatoire ou la surveillance sanitaire des mineurs, il y a là des mesures qui s'appliquent abstraction faite de la consultation de toute règle de conflits de lois.

C'est bien l'affirmation de la spécificité d'une telle catégorie, bien que les termes mêmes de « lois d'application inéluctable », ou de tous autres n'apparaissent pas.

L'intérêt propre de l'arrêt *Boll* est que cette fois la loi se voulant applicable, selon la terminologie de l'unilatéralisme, mettait en cause la substance même des droits soumis par la règle de conflit à la loi hollandaise, savoir le droit de garde du père. Aussi bien l'arrêt a-t-il affirmé que la tutelle organisée aux Pays-Bas n'a

pas été méconnue par les autorités suédoises ; le moins qu'on puisse dire est que sa portée se trouve cependant bien restreinte par l'application de la loi suédoise. C'est peut être le point faible de l'arrêt de ne pas l'avoir reconnu.

Mais son intérêt principal est le suivant. Dans les discussions qui se sont développées depuis, la thèse a été soutenue que les prétendues lois de police n'étaient que des règles de conflits de lois d'un genre particulier. On a en effet noté qu'elles doivent être pourvues d'un point de rattachement (résidence du mineur, ou domicile, ou simple présence ; en 1929 lieu du paiement), et d'autre part que l'expérience a montré l'impossibilité de ne jamais tenir compte d'aucune loi étrangère de police : ce qui était déjà acquis en matière de contrats comme les arrêts de 1929 le montraient bien, sans qu'il y ait lieu ici d'entrer plus avant dans le problème.

Il semble cependant que l'intuition soit juste de l'existence de lois auxquelles leurs auteurs ont assigné un domaine déterminé, abstraction faite de toute règle de conflits de lois. Or l'arrêt *Boll* le montre dans une espèce où la loi de police et la règle de conflit relevaient de deux ordres nettement distincts : la première d'une loi nationale, la seconde d'un traité. L'arrêt précise qu'il ne s'agit pas de savoir si la loi nationale était contraire à un traité, mais si son domaine était celui du traité. La réponse négative montre bien qu'il ne s'agit pas de conflits de lois, puisque ceux-ci seuls sont considérés par le traité.

L'arrêt spécifie que le problème de conflit de lois se pose quand un choix est ouvert (« une hésitation ») quant à la possibilité d'appliquer deux lois différentes. Il montre que pour l'autorité suédoise aucun problème de ce genre ne se posait étant donné les caractères de la loi suédoise en cause. L'ordre des idées est confirmé par le refus brièvement opposé dans l'arrêt (*Revue critique*, p. 727) d'examiner si la convention de 1902 réservait la possibilité pour un Etat d'opposer l'ordre public à la loi applicable en vertu du traité. La position implique clairement que l'ordre public, au sens classique et indispensable de la notion, intervient, quand une loi étrangère est applicable, à l'encontre de telle ou telle de ses dispositions. Dans le cas présent la règle de conflit de lois n'a pas joué : l'ordre public ne saurait intervenir. La position est claire.

On n'entrera pas ici dans l'examen des motifs donnés par la Cour à l'appui de la qualification qu'elle a appliquée à la loi suédoise en cause. Il suffira de dire que la question ne soulevait pas de graves difficultés du fait que l'éducation protectrice était confiée par la loi suédoise à un service public. Elle est beaucoup plus difficile en l'absence d'une pareille intervention. Mais il paraît utile de

souligner que la Cour a noté le caractère « anormal » des situations auxquelles la loi suédoise entendait remédier. Il y a là une indication utile sur le problème qui divise le plus les interprètes aujourd'hui : les lois dites de police auraient-elles une priorité logique qui réduirait le domaine des conflits de lois à un rôle « résiduel » ? Le signataire de ces lignes est de ceux qui croient à la réponse négative, pour de multiples raisons qu'il n'y a pas lieu de reprendre ici. Il suffira de relever que l'arrêt *Boll*, dans le motif précité, illustre que l'idée de la protection des mineurs dans les cas normaux est confiée à la famille, c'est-à-dire à ce qu'il faut bien encore appeler le droit privé, et par suite aux règles de conflits de lois. La protection générale des mineurs par l'Etat serait une entreprise impraticable psychologiquement, et matériellement faute de moyens suffisants. Elle ne peut donc s'exercer que dans des cas particuliers où la défaillance de la famille le justifie, ou s'il y a lieu de remédier à certaines incidences sociales d'une protection familiale par ailleurs suffisante.

Il y a lieu en terminant de signaler que les arrêts de 1929 ont aussi touché à une question de grand intérêt, celle de la preuve et de l'interprétation de la loi d'un Etat devant un juge qui ne relève pas de cet Etat. On se bornera ici à souligner le parallélisme entre la position prise par la Cour dans les arrêts de 1929 et celle qui est le plus souvent retenue par les juridictions suprêmes nationales sur la preuve et l'interprétation des lois étrangères : les juges ont le droit de demander aux parties de les informer sur les lois invoquées, et ils doivent respecter l'interprétation de ces lois qui prévaut dans l'Etat qui les a édictées. Cette dernière spécification rappelle le rôle de la jurisprudence comme source de droit, l'ensemble de la formule montre le lien entre les deux problèmes. Qu'il s'agisse d'une loi étrangère pour une juridiction interne, ou d'une loi nationale pour la juridiction internationale, il y a dans l'un et l'autre cas un élément extérieur à l'ordre juridique au nom duquel le juge prononce. Sans pour autant accepter un dualisme intégral entre droit interne et droit international, et en admettant que les droits internes doivent se conformer à l'ordre international, le respect par la juridiction internationale de la souveraineté législative et judiciaire de chaque Etat suffit à autoriser la formule proposée.

Il faut d'ailleurs rappeler la réserve remarquée du cas où l'interprétation nationale ne paraîtrait pas à la Cour « raisonnable ». Certains y ont vu une allusion à une loi nationale contraire au droit international (Decensière-Ferrandière, commentaire précité).

On pourrait aussi y voir une référence à un « ordre public » de la communauté internationale se refusant à appliquer des lois ou des interprétations qui paraîtraient contraires à des principes regardés comme indispensables à maintenir.

En tout cas la fermeté de la haute juridiction sur sa position de principe a été manifestée par son interprétation d'une clause propre à l'affaire des emprunts brésiliens, d'après laquelle la Cour ne serait pas « liée par la jurisprudence des tribunaux respectifs ». L'arrêt a refusé d'y voir l'obligation d'une interprétation propre des lois nationales en présence, et a maintenu que « étant arrivée à la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé, il ne semble guère douteux qu'elle doit s'efforcer de l'appliquer comme on l'appliquerait dans ledit pays ».

La communauté des problèmes à travers la diversité des circonstances dans lesquelles ils se posent est un des traits frappants de cet examen de la contribution de la juridiction internationale aux problèmes du droit international privé.