

COUR DE CASSATION
SERVICE DE DOCUMENTATION ET D'ÉTUDES

observatoire du droit européen

Groupe de travail
sur le "Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent"

Composition du groupe de travail,
réuni sous la présidence de Monsieur le Premier Président Guy Canivet

- Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
- Monsieur le Conseiller Emmanuel Lesueur de Givry
Conseiller à la Cour de cassation, Directeur du S.D.E.
- Madame Catherine Brouard-Gallet
Chargée de mission de Monsieur le Premier Président
- Monsieur Jérôme Betoulle
Conseiller référendaire
- Monsieur Laurent Truchot
Conseiller référendaire
- Monsieur Emmanuel Tois
Conseiller référendaire, adjoint du directeur du S.D.E.
- Madame Marie-Aleth Trapet
Auditeur à la Cour de cassation, chargée de mission auprès du Directeur du S.D.E.
- Monsieur Hugues Adida-Canac
Auditeur à la Cour de cassation
- Monsieur Pierre-Henry Barbier
Greffier en Chef
- Monsieur Ronan Le Clerc
Greffier en Chef

- Madame Sophie Couturier
Assistante de justice

La Commission européenne a, par une communication de juillet 2001, lancé un processus de consultation et de discussion concernant le droit européen des contrats. Le débat porte sur la manière dont les problèmes résultant des divergences entre les droits nationaux des contrats dans l'Union européenne devraient être traités à l'échelon européen.

Le 12 février 2003, la Commission a adopté une nouvelle communication présentant un *Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent*. Ce plan d'action propose notamment l'amélioration de la qualité du droit communautaire par le biais d'un cadre commun de référence et lance une réflexion sur l'opportunité d'un instrument optionnel en droit européen des contrats.

La démarche de la Commission s'inscrit dans une logique consultative, sollicitant l'avis des différentes institutions des pays membres sur trois séries de mesures à court, moyen et long terme :

- l'élaboration de clauses contractuelles types,
- l'élaboration d'un cadre commun de référence afin d'améliorer le droit communautaire existant et futur,
- l'adoption d'un instrument optionnel, s'inscrivant dans une dynamique d'harmonisation globale et non plus spécifiquement sectorielle.

La contribution apportée par la Cour de cassation française se situe dans une perspective purement juridictionnelle. Il s'agit principalement de mettre en lumière les difficultés qui pourraient être soulevées par les choix arrêtés dans le *Plan d'action* de la Commission lors de leur application contentieuse.

Cette volonté de la Cour de préserver sa spécificité institutionnelle posera les limites de la réflexion. Les débats politiques et doctrinaux relatifs aux préalables nécessaires à l'élaboration d'un droit européen des contrats seront laissés ouverts ou supposés tranchés. Il en sera ainsi :

- de la justification légale de l'action communautaire : bien que les traités ne contiennent aucune référence directe à l'élaboration d'un droit privé européen (entravant, en principe, l'action des institutions communautaires liées par le principe de spécialité), plusieurs fondements juridiques ont été envisagés en fonction de l'instrument juridique qui serait utilisé (règlement, directive, convention). La pertinence de chacun de ces fondements (article 95, article 308 ou article 65 TUE) est discutée, certains voyant dans une modification du Traité l'unique échappatoire,

- de la forme juridique de l'instrument optionnel (règlement, directive ou recommandation), le propos de la Cour étant axé sur l'incidence de ce choix sur l'application contentieuse,

- de l'étendue souhaitable de l'harmonisation,

- de l'élaboration d'un réseau conceptuel commun [à laquelle la Cour se réserve la possibilité de participer, conformément à la résolution A5-0256/2003 issue du Rapport A5-0256/2003 du 9 juillet 2003 du Parlement européen], la détermination d'un cadre commun de référence - c'est-à-dire d'une terminologie et de principes communs - relevant au premier chef de la concertation doctrinale et d'une démarche comparatiste, le cas échéant dans le cadre de "l'Institut de droit européen" évoqué,

- de l'élaboration de clauses contractuelles types en collaboration avec les praticiens.

La Cour souhaitant contribuer à l'élaboration d'un "droit idéal" du point de vue de l'application contentieuse et à la mise en place de solutions d'une grande simplicité opérationnelle, la réflexion portera sur :

- les difficultés d'application posées, pour une Cour suprême, par l'adoption d'un instrument optionnel, ce qui suppose d'évoquer tant les modalités du choix des parties (*opting-in* ou *opting-out*) et ses conséquences, que la question du dépeçage du contrat (soumission des parties à l'intégralité de l'instrument optionnel ou bien incorporation, en tout ou partie, dans leur contrat) **(I)**,

- la nécessité d'une interprétation uniforme de l'instrument optionnel, sans laquelle celui-ci pourrait rester lettre morte **(II)**. Si l'objectif d'une interprétation uniforme peut supposer la mise en place de normes d'interprétation (éventuellement de "guide-lines" établies par la Commission, ou l'utilisation du cadre commun de référence comme modèle), on s'interrogera également sur les juridictions de référence qui pourraient favoriser cette uniformisation (CJCE ou juridiction nouvelle). Parce que la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises offre un exemple des difficultés d'application d'une loi uniforme susceptibles d'être transposées à l'instrument optionnel, elle sera évoquée en annexe.

I - Les difficultés d'application d'un instrument optionnel

Une fois admise l'idée que seule la voie du règlement optionnel est praticable (la technique de la directive, qui suppose une transposition dans le droit interne de chaque État membre n'est en effet pas compatible avec l'exclusion des contrats internes ; quant à celle de la recommandation, purement incitative, elle n'est guère susceptible d'influencer l'office du juge) et qu'un règlement européen peut prendre la forme d'un instrument optionnel dans des domaines où les parties ont la libre disposition de leurs droits (particulièrement en matière contractuelle), l'adoption d'un tel texte soulève encore deux sortes de difficultés d'application. La première concerne les modalités du choix des parties (**A**). La seconde question, relative à la pratique dite du « dépeçage », prend un tour très particulier car elle soulève, pour le juge national, également juge de droit commun du droit communautaire, de nouveaux conflits d'impérativités (**B**).

A - Les modalités du choix des parties :

Les parties doivent-elles désigner expressément l'instrument optionnel afin qu'il s'applique (*opting-in*) ou bien doivent-elles expressément l'exclure afin qu'il ne s'applique pas (c'est la solution, plus radicale, de l'*opting-out*) ?

a) - Au stade actuel de la réflexion, la Cour de cassation serait favorable au système de l'*opting-in*, à la fois respectueux de la volonté des parties et des souverainetés étatiques (le règlement optionnel ne se substituera alors pas au droit interne et ne concernera que les contrats "communautaires").

Au surplus, s'agissant des contrats de vente communautaires, tout conflit avec l'application concurrente de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 serait ainsi évité puisque le choix exprès de l'instrument optionnel exclurait tacitement, mais nécessairement, celui de toute autre loi uniforme.

Il existe néanmoins des arguments en faveur de l'*opting-out*. Du point de vue de la pratique judiciaire, ces arguments sont essentiellement les suivants : l'exigence d'un accord écrit des deux parties afin d'exclure l'application de l'instrument optionnel et, à défaut d'un tel accord, l'application automatique du règlement permettant d'éviter le contentieux susceptible de se nouer autour de la question des modalités d'expression du choix par les parties de l'instrument optionnel. Privilégier cette solution supposerait toutefois que la question de la base juridique de l'instrument optionnel soit préalablement résolue.

b) - La Cour de cassation souhaite attirer l'attention de la Commission sur diverses difficultés d'application que le choix du système de l'*opting-in* laisse cependant subsister

Ces difficultés concernent l'accord des parties (a) et l'office du juge (b). Les

problèmes de même nature qui ont pu se poser à l'occasion de l'application judiciaire de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, évoqués dans l'annexe, s'inscrivent dans un contexte différent puisque la Convention de Vienne, soumise au système de *l'opting-out*, s'intègre au système juridique français, indépendamment du choix des parties.

a) L'accord des parties

En matière de choix de l'instrument optionnel, il faut distinguer deux formes d'accords. Cette distinction est clairement faite par la Cour de cassation à propos de la loi applicable au contrat :

- l'accord de fond, qui porte choix d'une loi applicable et qui intervient généralement lors de la conclusion du contrat (mais peut être effectué ultérieurement) pour l'ensemble des questions régies par le contrat,

- l'accord procédural, qui emporte exclusion de la loi normalement applicable (fût-elle celle expressément choisie par les parties ou celle applicable en l'absence de choix). Cet accord est ainsi nommé car il intervient lors du litige. Son objet consiste à empêcher le juge de retenir la loi étrangère normalement applicable (encore faut-il pour cela que les parties aient la libre disposition de leurs droits), au profit de la *lex fori*. Un tel accord doit en principe être exprès, mais il ressort de la jurisprudence de la première chambre civile que des conclusions concordantes (et notamment silencieuses) sur cette question peuvent suffire.

Retenir le système de l'*opting-in* signifie que les parties doivent expressément désigner, par un accord de fond, l'instrument optionnel. Ce système ne résout toutefois pas toutes les difficultés qui peuvent se poser, en cours de litige. Au moment du litige, les parties peuvent confirmer ce choix : il semble alors logique de faire peser sur la partie qui demande l'application de l'instrument optionnel la charge de la preuve de son contenu (on transposera ici les principes de solutions posés par l'arrêt *Amerford*) ainsi surtout que la charge de la preuve de l'existence d'un accord de fond exprès en faveur de cet instrument. Mais les parties peuvent aussi changer d'avis au terme d'un accord procédural. Si, lors du litige, aucune des parties n'invoque l'instrument optionnel, faut-il considérer qu'il y a un accord procédural des parties visant à exclure l'instrument optionnel ? Telle est la solution retenue par la première chambre civile à propos de la Convention de Vienne : dans le silence des parties, elle en déduit que celles-ci ont finalement opté pour la loi interne française en tant que *lex fori*. Cette solution semblerait ici d'autant plus justifiée que, contrairement à la Convention de Vienne qui se substitue au droit français dans les litiges portant sur des contrats de vente internationaux, l'instrument optionnel ne présente de force obligatoire qu'en vertu du choix des parties. La solution à cette question dépend encore étroitement des principes procéduraux de chaque État en matière d'office du juge.

B) L'office du juge

Si, au cours du litige, aucune des parties ne revendique l'application de l'instrument optionnel mais que le choix de cet instrument apparaît dans le débat, le juge doit-il néanmoins l'appliquer ? C'est le problème de l'application d'office de l'instrument optionnel.

Si l'on transpose la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la question plus vaste de l'office du juge en droit international privé, il faut considérer que, puisque la matière est celle, par excellence, où les parties ont la libre disposition de leurs droits, le juge n'est pas tenu d'appliquer d'office l'instrument optionnel (arrêt *Coveco*, Civ. 1ère, 4 décembre 1990, Bull., I, n° 272, p. 193). Tout au plus a-t-il le pouvoir de le faire, sous réserve de respecter le principe de la contradiction.

Mais alors, la question rebondit : le juge peut-il se contenter d'appliquer sa loi interne ou bien doit-il appliquer la loi normalement applicable à défaut de choix, telle que déterminée par l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? La solution française (absence d'application d'office de la règle de conflit de lois lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits et donc retour à la *lex fori*) est loin d'être universelle. En réalité, elle se situe à mi-chemin entre deux camps opposés : ceux qui, à l'instar de l'Allemagne ou de l'Italie, imposent en principe l'application d'office de la règle de conflit de lois et ceux qui, telle la Grande Bretagne, exigent que les parties aient plaidé l'application de la loi étrangère. Si l'application de l'instrument optionnel n'est pas invoquée devant les juges, certaines juridictions nationales s'en remettent à leur *lex fori* tandis que d'autres appliqueront d'office soit la règle de conflit de lois (et, le cas échéant, de la loi étrangère qu'elle désigne), soit l'instrument optionnel lui-même.

En raison de l'absence d'unification du régime procédural de la règle de conflit de lois, des divergences d'interprétation relatives à l'office du juge subsisteront. Pour les résoudre, on ne peut se contenter d'adopter le système de l'*opting-in* car celui-ci ne concerne que les modalités du choix des parties mais non l'office du juge.

B - Le dépeçage du contrat

La pratique du dépeçage, admise sous certaines limites pour les contrats internationaux (cf. article 3, alinéas 1 et 3, de la Convention de Rome), consiste à retenir certaines dispositions de la loi choisie ou, en l'occurrence, de l'instrument optionnel, et à en exclure d'autres. Cette éviction s'accompagne alors soit du choix d'une autre loi ou instrument désigné par les parties, soit de la loi normalement applicable en l'absence de choix. Comme en matière de choix d'une loi applicable, cette pratique devrait être admise, sous les mêmes réserves : préserver la cohérence de l'instrument optionnel, respecter ses dispositions impératives. En réalité, ces deux conditions sont liées : le maintien de la cohérence de l'instrument optionnel sera en partie assuré par l'instrument optionnel lui-même, à travers la formulation de règles impératives que les parties ne pourront pas exclure. Dans une certaine mesure, cette solution est comparable à celle du droit interne : lorsque les parties choisissent un statut qui n'avait pas vocation à s'appliquer, elles ne peuvent en écarter les dispositions impératives.

Se pose alors directement la question de l'office de la Cour de cassation qui peut relever d'office les moyens de pur droit, à la fois comme juge de l'application uniforme du droit français (dispositions d'ordre public interne) et comme juge de droit commun en dernier ressort du droit communautaire (dispositions d'ordre public communautaire). Pour cette raison, il importe de déterminer avec précision comment les dispositions impératives de l'instrument optionnel s'articuleront avec celles des ordres juridiques internes. En d'autres termes, comment le juge national résoudra-t-il le conflit entre les lois impératives de l'instrument optionnel, qui tire sa force obligatoire du seul choix des parties, et celles, internationalement impératives, de la loi interne du juge saisi (également dénommées lois de police) ? D'après la règle de principe, les lois de police du for priment le choix des parties et l'emportent donc sur la loi choisie par les parties. Mais si l'instrument optionnel prend la forme d'un règlement, il devient un instrument communautaire et ses dispositions impératives semblent de ce fait appelées à bénéficier du même régime que toute autre loi impérative communautaire. Elles l'emporteront alors, en vertu de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire, sur les lois de police du for (et *a fortiori* sur les lois de police étrangères auxquelles le juge peut donner effet en vertu de l'article 7, alinéa 1er, de la Convention de Rome). Est-il bien certain que la volonté des parties puisse produire de tels effets ? N'est-il pas étonnant que ce texte, qui n'aura de force obligatoire qu'en raison du choix des parties, contienne des dispositions érigées en lois de police communautaires, primant les lois de police internes, par le seul effet de ce choix ?

L'instrument optionnel va donc soulever de nouveaux conflits d'impérativités. En l'absence de règle de conflit spécifique, il appartiendra aux juridictions suprêmes de les trancher, chacune à sa manière. S'il est encore trop tôt pour poser des principes directeurs à cet égard, du moins peut-on relever que les solutions retenues par la Cour de cassation dans le contexte du droit interne paraissent aller en sens inverse de celui-ci. En cas de choix par les parties d'un statut autre que celui normalement applicable, les dispositions impératives du statut écarté semblent devoir être réintroduites. Il serait important que des directives soient données aux juges étatiques sur l'effet d'éviction et l'effet de substitution d'un éventuel ordre public communautaire du contrat afin de favoriser une application uniforme de l'instrument optionnel.

II - La nécessité d'une interprétation uniforme de l'instrument optionnel

Quels que soient les choix opérés entre les divers instruments juridiques possibles, le champ couvert par l'instrument optionnel et les modalités selon lesquelles son application est déterminée (*opting-in* ou *opting-out*), il importe avant tout de garantir l'interprétation uniforme de ses termes sur tout le territoire de l'Union européenne.

On ne peut, en effet, à la fois soutenir que les opérations économiques transfrontalières souffrent des contenus divergents des droits nationaux et admettre que la lecture qui sera faite du droit commun pourra varier selon les États ou leurs juridictions.

D'où la nécessité d'élaborer des règles claires et simples incitant les opérateurs économiques à s'y référer et conduisant les juridictions à les appliquer sans avoir à s'interroger sur de multiples sens possibles. Il est aussi essentiel d'éviter, par une définition précise du champ d'application de l'instrument optionnel et des cas dans lesquels cette application devient effective, la moindre incertitude quant à la soumission de relations contractuelles données au régime juridique qu'il propose.

La détermination d'un cadre commun de référence constitue un préalable indispensable. Il doit contribuer non seulement à conférer aux règles de droit nouvelles une légitimité supplémentaire mais aussi à faciliter leur compréhension et leur maniement par les juges nationaux.

L'élaboration de ce cadre et l'interprétation uniforme de l'instrument optionnel sont d'autant plus souhaitables que les difficultés d'application des normes communes nouvelles seront accrues par leur coexistence avec les normes communautaires existantes dans le domaine contractuel.

Aussi, pour déterminer un contenu du cadre commun de référence en harmonie avec le droit communautaire existant, est-il utile d'y intégrer les notions définies dans les règlements et directives en vigueur, qui échappent d'ores et déjà au risque d'une interprétation divergente des États membres. D'un point de vue général, les juridictions nationales pourraient contribuer à l'élaboration du cadre commun en recensant les notions clés de leur droit interne contractuel qui méritent d'être reprises et celles parmi ces notions qui font l'objet d'interprétations spécifiques.

Cependant, parce que le cadre commun de référence est construit à partir des principaux concepts juridiques des États membres, son utilisation ne fait pas disparaître le risque de voir se perpétuer les interprétations divergentes, propres à chaque droit national, de ces concepts pourtant communs.

Au-delà des considérations propres à cet outil, la multiplicité des États, la variété des traditions juridiques nationales et le nombre des juridictions appelées à appliquer le nouveau droit contractuel impose, en tout état de cause, de désigner une juridiction unique dont la principale mission sera de procéder à une interprétation uniforme de la règle de droit.

La situation ne se présente pas de manière différente de celle qui a conduit les États membres fondateurs de la Communauté économique européenne à instituer la Cour de justice des Communautés européennes.

Il importe peu, à ce stade de la réflexion, de trancher le point de savoir si cette compétence nouvelle doit être ajoutée aux attributions des actuelles juridictions communautaires (CJCE, TPI ou chambres juridictionnelles adjointes au TPI) ou si une nouvelle juridiction chargée spécifiquement des contentieux soumis à l'instrument optionnel doit être créée. L'actuelle Cour de Justice des Communautés européennes est familière depuis de nombreuses années de questions qui ne sont pas strictement communautaires, telles que les dispositions de l'ancienne Convention de Bruxelles, depuis lors transformée en règlement communautaire. On pourrait, à l'inverse, considérer que le volume prévisible du contentieux, compte tenu de l'élargissement imminent, de l'importance des litiges de nature contractuelle et du succès qu'on est en droit d'attendre d'un instrument optionnel qui répondrait à des exigences élevées de qualité, et sa particularité, justifient l'institution d'un organe nouveau.

Quoiqu'il en soit, il paraît surtout nécessaire de prévoir que la juridiction qui sera désignée bénéficiera d'une compétence exclusive pour interpréter en dernier ressort le droit contractuel communautaire et mettre ainsi fin aux divergences éventuelles de jurisprudence.

Il serait opportun de lui confier une compétence préjudicielle telle que celle dont bénéficie la Cour de justice des Communautés européennes, en application de l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne. Plus que l'article 68 de ce traité, qui limite le nombre des juridictions nationales autorisées à saisir la Cour de Justice, ou l'article 35 du Traité sur l'Union européenne, qui permet aux États membres de prévoir une telle limitation, la saisine de la juridiction en charge de l'interprétation de l'instrument optionnel devra être aussi ouverte que possible.

Car il convient de ne pas sous-estimer les bouleversements liés à la mise en oeuvre d'un tel instrument dans les droits nationaux. Destinée à gommer les effets négatifs sur les relations transfrontalières des différences affectant les droits nationaux, elle risque, dans un premier temps, d'accroître l'incertitude sur le sens de la règle applicable et donc l'insécurité juridique qu'elle est précisément destinée à combattre. Le temps nécessaire à son interprétation uniforme par les juges nationaux d'abord, puis par la juridiction communautaire, risque en effet d'être long.

De ce fait, que l'on adapte la structure juridictionnelle communautaire existante ou qu'on la complète, il est certain que des moyens nouveaux et substantiels devraient être envisagés pour lui permettre de répondre avec célérité aux interrogations qui lui sont adressées par les juridictions nationales, quelles qu'elles soient.

Et sans attendre qu'une jurisprudence communautaire soit élaborée sur les principales et plus urgentes questions d'interprétation posées par l'instrument optionnel, il peut être intéressant d'inciter les juridictions nationales elles-mêmes, et parmi elles celles qui sont en charge d'unifier la jurisprudence nationale, de communiquer davantage entre

elles.

Par le développement de leur relations et de leur connaissance mutuelle, il pourrait être ainsi mis fin, en amont, à certaines divergences d'interprétation évitables du droit commun applicable.

Ainsi garantie par des mesures appropriées, l'interprétation uniforme de l'instrument optionnel contribuera à son efficacité.

ANNEXE : Examen, à l'aune de la question de l'application et de l'interprétation du mécanisme optionnel de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, de certaines difficultés que pourrait soulever le projet de règlement optionnel.

L'article 6 de la Convention de Vienne instaure le système optionnel suivant : "*Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention, ou sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets*".

En vertu de ce texte, les parties peuvent, dans leur contrat, exclure l'application de la Convention de Vienne, soit totalement, soit partiellement. L'expérience de la Cour de cassation relative à l'application et à l'interprétation de l'article 6 qui instaure un système optionnel, permet d'illustrer, par analogie, les difficultés qui pourront se poser concernant l'applicabilité d'office du règlement optionnel, l'interprétation de ses conditions d'exclusion, ainsi que le renvoi aux droits nationaux pour les questions pendantes non réglées par un texte communautaire.

Première difficulté : l'application d'office de la Convention par le juge

Sur ce point, la Cour de cassation a jugé que la Convention de Vienne instituait "*un droit uniforme sur les ventes internationales de marchandises, applicable en l'espèce en vertu de l'article 3, alinéa 2, de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, combiné à son article 1er, 1), b)*", que ce droit constituait le "*droit substantiel français de la vente internationale de marchandises*" et qu'à ce titre, cette convention s'imposait au juge français, qui doit en faire application même d'office, sous réserve de son exclusion, selon l'article 6, qui s'interprète comme permettant aux parties de l'éviter tacitement, en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français (Civ. 1ère, 26 juin 2001, Bull., I, n° 189, p. 120).

Deuxième difficulté : les modalités de l'exclusion par les parties

L'exclusion de la Convention de Vienne peut prendre deux formes. Elle peut être *directe*, les parties déclarant vouloir écarter la Convention au moment du contrat en faisant référence par exemple à des *Incoterms*, ou plus tard, éventuellement dans le cadre d'un procès.

Par ailleurs, des associations professionnelles proposent des conditions générales-type et des contrats-type prêts à l'emploi. Par la référence à ces contrats-types, il est également possible de déroger à la Convention de Vienne. (Cf, Claude Witz, "L'exclusion de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties, Convention de Vienne du 11 avril 1980", *in* : *Dalloz*, 1990, Chron., p.107).

L'exclusion peut être également *indirecte*, en résultant du choix de la loi d'un État non contractant, ou même, sous certaines conditions, du choix de la loi d'un État contractant. Il en est de même du recours aux conditions générales-type ou aux contrats-type.

Alors que certains estiment que l'esprit de l'article 6 de la Convention "*n'est d'admettre qu'une exclusion positivement et consciemment effectuée*", la Cour de cassation s'est référée à sa jurisprudence antérieure selon laquelle un accord procédural sur la loi applicable pouvait se déduire du simple défaut des parties d'invoquer une loi étrangère ou une convention internationale (Civ. 1ère, 26 mai 1999, Bull., I, n° 172, p. 113).

La difficulté est de savoir si les parties peuvent utiliser l'option de l'article 6 de la Convention, et dans quelles conditions, et le reproche a été formulé à la Cour de cassation de ne pas avoir préservé un minimum d'uniformité dans l'application de la Convention de Vienne en introduisant des règles de conflit de lois applicables devant le juge français. Par ailleurs, il semble paradoxal de considérer que la Convention de Vienne faisait partie intégrante de la loi française et de lui appliquer le régime des lois étrangères. Enfin, admettre que la non-invoquer de la Convention équivaut à une exclusion tacite reviendrait selon certains à rendre la mise en oeuvre de la Convention tributaire de sa revendication par les parties, ce qui en transformerait sa nature juridique et remettrait en cause son applicabilité d'office (Horatia Muir-Watt, *in* Revue critique. de DIP, 1991, janvier-mars 2002, p. 94).

Des difficultés semblables pourraient se rencontrer avec le projet de règlement optionnel, en particulier si la Commission retenait le système de l'*opting out*. En ce cas, comment conviendrait-il d'interpréter les conditions d'exclusion du règlement ? Il serait en tout cas opportun que le règlement le prévienne explicitement afin d'éviter des divergences d'interprétations, liées aux différentes approches des États membres relativement à l'office du juge.

Troisième difficulté : la charge de la preuve

Ce point, soulevé lors de l'examen des conditions d'exclusion de l'option de l'article 6 de la Convention, pourrait également resurgir concernant le projet de règlement optionnel proposé par la Commission. Selon la cour d'appel de Paris (6 novembre 2001,

Rev. crit. de DIP, 1991, janvier-mars 2002), c'est à la partie qui allègue l'exclusion de la Convention qu'il incombe de rapporter la preuve de l'intention des parties d'exclure l'application du droit uniforme. D'une manière plus générale, la doctrine dominante estime que les questions de la charge de la preuve laissées en suspend par la Convention ne doivent pas être réglées par les droits nationaux, mais par un des principes généraux sous-tendant la Convention, au sens par exemple de son article 79, alinéa 1er, selon lequel c'est à celui qui invoque le bénéfice de l'exception d'en rapporter la preuve, ou celui selon lequel chaque partie est tenue de prouver les conditions d'application de la norme dont elle se prévaut.

Ainsi la mention unilatérale, apposée sur des bons de commandes "*ne suffit pas à démontrer la commune intention des parties d'user de la faculté offerte par l'article 6 de la Convention*" (cour d'appel de Paris, précité). La preuve d'un véritable accord de volonté en faveur de l'exclusion de la Convention doit être rapportée. Ce n'est donc que lorsqu'il existerait des "indices particuliers" de la volonté des parties de voir leur contrat régi exclusivement par les normes du droit national applicables aux ventes internes qu'il y aurait lieu d'admettre la mise à l'écart de la Convention. Or, au sein même de la doctrine, l'unanimité cesse lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de certitude devant être atteint pour conclure à une volonté tacite des parties d'écarter la Convention (Claude Witz, Dalloz 1996, p. 334).

Pareilles questions pourraient se poser concernant le projet de règlement optionnel, en particulier si le système de l'*opting out* devait être retenu. En ce cas, il serait opportun de préciser très clairement dans quelles conditions et selon quel formalisme les parties pourraient exclure l'application de l'instrument communautaire. Il faudrait encore définir les règles relatives à la charge de la preuve de l'exclusion conventionnelle de l'instrument optionnel.