

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

**La monnaie unique et
le "principe de continuité" des contrats
Introduction et point de vue d'un pays
participant à l'Union monétaire**

par
Marcel FONTAINE

Doc. 98/24

*Rapport présenté au colloque sur "la monnaie unique et les
pays tiers" organisé à Genève les 10 et 11 septembre 1998
par le Centre de droit bancaire et financier de l'Université de
Genève et le Centre de droit des obligations de l'U.C.L.*

LA MONNAIE UNIQUE

et

LE "PRINCIPE DE CONTINUITÉ" DES CONTRATS

Introduction et point de vue d'un pays participant à l'Union monétaire

I. INTRODUCTION - IMPORTANCE DU SUJET - OBJET DU PRESENT RAPPORT

1. Le privilège me revient d'introduire le thème central de ce colloque, qui nous retiendra cette après-midi et la matinée de demain.

Nous consacrerons en effet beaucoup d'attention au principe dit de "continuité des contrats", d'une importance majeure pour les opérateurs économiques. Il s'agit de savoir si le remplacement des monnaies nationales par l'euro, monnaie unique, risque d'affecter le sort des contrats en cours libellés dans une des monnaies appelées à disparaître. Serait-il concevable qu'à l'occasion de cette substitution, une partie prétende à la résiliation ou à l'adaptation du contrat, en invoquant par exemple une impossibilité d'exécution, ou un bouleversement de l'équilibre contractuel ?

2. Le remplacement de la monnaie du contrat par une nouvelle monnaie n'est pas un événement inédit dans l'histoire monétaire. Pareil phénomène s'est déjà produit à de nombreuses reprises dans le passé. On évoquera par exemple la substitution en France, au 1er janvier 1960, du franc "lourd" au franc ancien, le remplacement du mark est-allemand par le mark de la République fédérale au 1er juillet 1990, ou encore les modifications successives de la monnaie brésilienne (le *cruzado* a remplacé le *cruzeiro* en 1986, au taux de 1:1000, le *cruzado novo* a remplacé le *cruzado* en 1989, au même taux de 1:1000, le *cruzeiro* a remplacé le *cruzado novo* en 1990, au

taux de 1:1, le *cruzeiro* est devenu le *cruzeiro real*, ce dernier devenant le *real* en 1995, au taux de 1 *real* pour 2750 *cruzeiros reais*).

3. L'originalité de l'avènement de l'euro est qu'il s'agit d'une monnaie unique à plusieurs pays, venant remplacer un éventail de monnaies nationales, dans le cadre d'un espace économique intégré. Le phénomène est organisé et encadré sur le plan juridique par des dispositions liant les différents pays de l'Union européenne. Toutefois, certains de ces pays, dans un premier temps, ne participeront pas à la monnaie unique. La discussion du problème de la continuité des contrats devra donc distinguer la situation des pays participants de celle des Etats membres de l'Union mais non-participants à l'Union monétaire.

D'autre part, les pays extérieurs à l'Union européenne, eux aussi, sont évidemment concernés par les répercussions sur les contrats en cours de l'avènement de la monnaie unique, avec la particularité qu'ils sont tiers.

4. L'examen du sort des contrats suite à l'introduction de l'euro devra donc procéder aux distinctions nécessaires. Nous introduirons chaque fois la problématique sur un plan général, mais nous la traiterons principalement du point de vue d'un pays participant à l'Union monétaire, la Belgique, non sans étendre certaines de nos réflexions à d'autres pays participants. Mr. Edward MURRAY, dans l'exposé qui suivra, offrira la perspective du Royaume-Uni, pays membre de l'Union européenne, mais provisoirement étranger à l'euro. Les pays tiers seront ensuite bien représentés, avec les points de vue des Etats-Unis (Mr. Richard SPEIDEL), de la Suisse (le Professeur THEVENOZ), du Japon (le Professeur KONDA) et des pays de l'Est européen (le Professeur PHILIPPE).

II. CADRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE

5. Le cadre général de l'introduction de l'euro a été rappelé par les intervenants précédents. La liste des Etats participants est arrêtée depuis le printemps dernier. Elle comprend tous les pays de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, de la Grèce, du Royaume-Uni et de la Suède. Le système européen de banques centrales, Banque centrale européenne et banques centrales nationales, est en place.

Le 1er janvier 1999, les taux de conversion en euro des monnaies des pays participants seront fixés de manière irrévocable (l'écu remplacera l'euro au taux de 1:1) et l'euro accédera au statut de monnaie européenne. Pendant une période transitoire, cependant, l'euro ne sera émis que sous forme de monnaie scripturale, les monnaies nationales conservant leur cours légal sur leurs territoires respectifs au titre de subdivisions non décimales de l'euro. Au cours de cette période, l'euro sera déjà utilisé pour une série d'opérations dans le système bancaire européen, sur les marchés monétaires et les marchés des changes; les opérateurs économiques privés pourront l'utiliser sans y être contraints¹. Le 1er janvier 2002, l'euro se matérialisera sous la forme de billets et de pièces de monnaie, qui remplaceront les espèces nationales dans un délai expirant au plus tard le 1er juillet 2002.

Sur le plan juridique, le point de départ a été le Traité de Maastricht du 7 février 1992, qui a modifié le Traité de Rome en y ajoutant notamment un titre VI relatif à la politique économique et monétaire. Différentes décisions des autorités européennes ont progressivement précisé et encadré l'avènement de la monnaie unique. On épinglera le "scénario de référence pour le passage à la monnaie unique" adopté au Conseil européen de Madrid en 1995².

Deux règlements constituent les bases principales de l'introduction de l'euro :

- le règlement n° 1103/97 du Conseil, du 11 juin 1997, "fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro" ³.

- le règlement n° 974/98 du Conseil, du 3 mai 1998, "concernant l'introduction de l'euro" ⁴.

Le premier de ces règlements est basé sur l'article 235 du Traité, qui confère au Conseil, en cas de besoin, des pouvoirs de réglementation lorsqu'aucun autre texte du Traité ne le permet. L'objectif principal est d'assurer sur divers points importants la sécurité juridique des opérateurs.

Le règlement du 3 mai 1998, quant à lui, est basé sur l'article 109 L du Traité, qui concerne directement la mise en place de la monnaie unique. Ce texte ne pouvait servir de fondement au règlement du 11 juin 1997, car les pays participants n'étant pas

¹ Cf. Courbis (1996) 35-47.

² *J.O.C.E.*, 26 janv. 1996, C 22/2-5.

³ *J.O.C.E.*, 19 juin 1997, L 162/1-3.

⁴ *J.O.C.E.*, 11 mai 1998, L 139/1-5.

encore désignés, il n'était pas alors possible au Conseil de statuer à l'unanimité de ces pays⁵.

6. En particulier, l'incidence de l'avènement de l'euro sur les contrats en cours est dotée d'un cadre juridique spécifique au niveau communautaire.

En effet, les autorités européennes n'ont pas tardé à percevoir l'importance d'assurer la continuité des contrats. Le Livre vert du 31 mai 1995 écrivait déjà :

"129. Dans certains Etats membres, des dispositions permettent à une partie contractante de mettre fin ou de modifier les conditions du contrat ou de l'accord sans le consentement de l'autre partie, en cas de perturbation fondamentale des facteurs économiques. Les opérateurs économiques doivent avoir la certitude que la réalisation de l'U.E.M. ne constituera pas une perturbation fondamentale des facteurs économiques, de telle sorte que les contrats libellés en monnaies nationales ou en Ecu panier pourraient être révoqués unilatéralement et devraient par conséquent être renégoiés. Ce principe d'irrévocabilité serait d'application générale".

"130. Le lancement de l'union monétaire ne constituerait pas une perturbation fondamentale pas plus au sens économique qu'au sens juridique du terme. Les variations de valeur des créances et des dettes résultant d'une stabilité monétaire accrue ne poseraient donc pas de problème de continuité. Plusieurs justifications étayaient cette conclusion. Des fluctuations de taux d'intérêt provoquées par un changement de la politique macroéconomique se produisent dans de nombreux pays et font partie des éléments d'incertitude inhérents à l'évolution économique. En termes économiques, la participation à l'UEM doit être considérée dans le contexte d'un engagement pris de longue date et prévisible. Le respect du critère de convergence relatif aux taux d'intérêt à long terme assurera un rapprochement des taux d'intérêt des pays participants dans la période qui précédera le démarrage de l'UEM."

7. Le scénario du passage à la monnaie unique, annexé aux conclusions du Conseil européen tenu à Madrid les 15 et 16 décembre 1995, prévoyait qu'un règlement du Conseil apporterait le cadre juridique nécessaire à l'euro (point 9). Il précisait que :

"Le remplacement des monnaies nationales par l'euro ne devrait pas en soi affecter la continuité des contrats; les montants exprimés en monnaie nationale seront convertis en euro en appliquant le taux de conversion fixé par le Conseil. Pour les titres et emprunts à taux fixe, ce remplacement ne modifiera pas en soi le taux d'intérêt nominal payable par le débiteur, sauf disposition contraire prévue dans le contrat. Dans le cas de contrats libellés par référence au panier officiel de l'écu de la Communauté européenne, conformément au traité, la conversion en euro se fera au taux de 1:1, sauf disposition contraire prévue dans le contrat" (point 10).

8. C'est dans l'article 3 du Règlement n° 1103/976 du Conseil, du 17 juin 1997, "fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro", cité plus haut, qu'apparaît le texte fondamental, qui pose le principe de la continuité des contrats en termes particulièrement fermes et synthétiques⁶ :

⁵ Cf. Dunnett (1996) 1162-1163; Thévenoz (1997) 281.

⁶ On comparera à cet égard le texte beaucoup plus détaillé qu'avait proposé le *City of London Joint Working Group on European and Monetary Union*, cité par Thévenoz (1997) 291-292.

"L'introduction de l'euro n'a pas pour effet de modifier les termes d'un instrument juridique ou de libérer ou de dispenser de son exécution, et elle ne donne pas à une partie le droit de modifier un tel instrument ou d'y mettre fin unilatéralement. La présente disposition s'applique sans préjudice de ce dont les parties sont convenues".

L'esprit de ce texte se dégage de la lecture du considérant n° 7 de ce Règlement :

"... selon un principe général du droit, la continuité des contrats et autres instruments juridiques n'est pas affectée par l'introduction d'une nouvelle monnaie; ... le principe de liberté contractuelle doit être respecté; ... le principe de continuité doit être compatible avec toute convention entre les parties en ce qui concerne l'introduction de l'euro; ... en vue de renforcer la sécurité et la clarté du droit, il convient de confirmer explicitement que le principe de la continuité des contrats et autres instruments juridiques s'applique entre les anciennes monnaies nationales et l'euro ... ; ... cela signifie en particulier que, pour les instruments à taux d'intérêt fixe, l'introduction de l'euro ne modifie pas le taux d'intérêt nominal payable par le débiteur; ... les dispositions relatives à la continuité ne peuvent atteindre leur objectif, qui est de fournir la sécurité juridique et la transparence pour les agents économiques, en particulier les consommateurs, qu'à condition d'entrer en vigueur le plus rapidement possible".

Quant au 8ème considérant du même Règlement, il s'adresse en ces termes aux pays tiers :

"... l'introduction de l'euro constitue une modification de la loi monétaire de chacun des États membres participants; ... la reconnaissance de la loi monétaire d'un État est un principe universellement reconnu; ... la confirmation explicite du principe de continuité doit entraîner la reconnaissance de la continuité des contrats et autres instruments juridiques dans l'ordre juridique des pays tiers".

9. Dans les commentaires du projet de Règlement qu'elle destinait au Parlement européen, au Conseil et à l'Institut monétaire européen, la Commission avait écrit à propos de l'article 3 que :

"... cet article sert à confirmer la continuité des instruments juridiques, en particulier celle des contrats. Il n'a qu'une valeur déclaratoire. Dans la mesure où l'UEM ne peut être qualifiée ni d'événement imprévisible ni de bouleversement des circonstances, l'introduction de l'euro ne justifie pas que soient invoquées la théorie de l'imprévision, le "*principle of frustration*", le "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*" ou d'autres principes aux effets comparables ..." ⁷

10. L'article 3 du Règlement n° 1103/976 du Conseil, du 17 juin 1997, et les commentaires officiels qui l'ont précédé et accompagné, appellent en soi quelques premières observations.

⁷ Doc. COM(96) 499 final du 16 oct. 1996, p. 6.

- Le texte se réfère à l'"introduction de l'euro", expression dont la portée couvre plus que la substitution de l'euro aux monnaies nationales. L'intention est d'également couvrir le remplacement des références à l'ECU par des références à l'euro (cf. *infra*, n° 55) et d'autres effets possible de l'avènement de la monnaie unique⁸.

- Le texte contient une maladresse évidente de formulation. Il est faux de dire que "L'introduction de l'euro n'a pas pour effet de modifier les termes d'un instrument juridique...", puisque le prix en monnaie nationale, incontestablement un "terme" du contrat, est remplacé par un prix en euro⁹. Ce que les rédacteurs du texte ont voulu dire est que le changement de monnaie n'entraîne aucune autre modification des dispositions contractuelles (p. ex., du taux d'intérêt)¹⁰.

- L'article 3 se réfère aux termes d'un "instrument juridique", expression délibérément plus large dans sa portée qu'une référence au "contrat"¹¹. L'article 1er du même règlement définit comme suit les "instruments juridiques" : "les dispositions législatives et réglementaires, actes administratifs, décisions de justice, contrats, actes juridiques unilatéraux, instruments de paiement autres que les billets et les pièces, et autres instruments ayant des effets juridiques". Dans ce cadre du présent rapport, nous n'examinerons cependant le principe de continuité que dans son application aux contrats¹².

- Le principe affirmé à l'article 3 laisse explicitement la porte ouverte aux autres solutions dont les parties auraient convenu. Nous consacrerons quelques réflexions à de telles stipulations conventionnelles dans la suite de notre exposé (cf. *infra*, n° 49-52).

- L'objectif déclaré est de rassurer les opérateurs économiques. Le passage à l'euro va affecter un nombre incalculable de contrats. Il faut éviter à tout prix que l'événement ne donne prétexte à la remise en cause de ces liens contractuels, au risque de provoquer de profondes perturbations dans la vie économique¹³. Le n° 129 du Livre vert, cité plus haut (cf. *supra*, n° 6), reflète parfaitement cette préoccupation, de même que la dernière phrase du considérant n° 7 du Règlement du 17 juin 1997 (cf. *supra*, n° 8).

⁸ Eur. Comm., D.G. II, Legal framework for the use of the euro, *Euro Papers*, n° 4, sept. 1997, p. 8.

⁹ Cf. Draetta (1997) 8.

¹⁰ Cf. Visco et Simonetti (1998) 110.

¹¹ *Ibid.*, p. 108.

¹² L'article 3 concerne notamment des textes légaux tels que celui de l'article 1341 du Code civil belge et français, qui établit en francs le montant au-delà duquel un acte juridique doit être prouvé par écrit (cf. Berr (1997) 303).

¹³ Cf. Draetta (1997) 8-9; Dunnett (1996) 1135-1136; Duquesne et de Brouwer (1998) 86.

Une question est cependant délicate. L'article 3 est souvent présenté comme simplement "déclaratif" d'une situation préexistante. La Commission le dit expressément dans sa communication précitée (cf. *supra* , n° 9). Est-ce bien le cas ? On y reviendra au terme de l'examen de la continuité des contrats du point de vue d'un pays participant (cf. *infra* , n° 33-37).

III. LA "CONTINUITÉ DES CONTRATS" DU POINT DE VUE D'UN PAYS PARTICIPANT

11. Ce que l'on entend par "point de vue d'un pays participant" doit être précisé au départ. L'objectif est d'exposer la manière dont les différents problèmes dits de continuité des contrats liés à l'avènement de l'euro se posent dans un pays participant (la Belgique sera prise en exemple, mais de manière non exclusive). La monnaie du contrat sera généralement celle d'un pays participant (puisque ce sont celles qui vont être remplacées par l'euro), mais pas nécessairement (on le verra à propos de la monnaie de paiement). La loi applicable au contrat ne sera pas non plus nécessairement celle d'un pays participant, le point de vue d'un pays participant appelant un examen également dans les cas où cette loi est celle d'un autre pays de l'Union européenne ou d'un pays tiers.

12. Dans ce contexte, comment l'introduction de l'euro peut-elle affecter les contrats en cours ?

Les différentes questions seront examinées en premier lieu abstraction faite de l'article 3 du Règlement du 17 juin 1997 (A). La portée de ce texte sera ensuite analysée en meilleure connaissance de cause (B).

A. Les problèmes de "continuité"

13. Trois types de problèmes risquent de se poser en ordre principal.

Il s'agit en premier lieu de déterminer ce qu'il faut entendre par l'unité monétaire désignée au contrat (qu'est-ce qu'un "franc belge" ?) et quelle autorité donner à une

décision de remplacement de cette monnaie par une autre. Une partie ne peut-elle se prévaloir de l'impossibilité d'exécuter la prestation monétaire telle qu'elle était convenue, ou alléguer un défaut de conformité de la prestation qu'il reçoit ?

On peut ensuite s'interroger sur le quantum de la dette. Le montant nominal exprimé dans la nouvelle unité monétaire correspond-il encore à la valeur de la prestation initialement prévue par les parties ? Le taux d'intérêt prévu reste-t-il adéquat s'il s'applique dorénavant à une dette en euros ? Plus précisément, dans le cas du passage à l'euro, la substitution d'un montant en euro au montant original dans une monnaie nationale ne conduit-elle pas à modifier l'équilibre contractuel ? Si tel est le cas, la partie lésée dispose-t-elle de recours lui permettant de se dégager du contrat, ou de provoquer son réajustement ?

Un troisième problème est celui de la détermination de la monnaie dans laquelle la dette peut, ou doit être payée. Cette monnaie ne correspond pas nécessairement à la monnaie de compte, dans laquelle la dette est exprimée au contrat. Une dette en francs belges ne sera pas forcément acquittée dans cette monnaie si le paiement a lieu en France ou en Italie. Quelle est l'incidence du passage à l'euro sur cette problématique ?

14. En droit international privé, la réponse à ces questions implique la délimitation du domaine d'application de trois facteurs de rattachement possibles. C'est la *lex monetae* (ou *lex pecuniæ*) qui gouverne la solution du premier type de problèmes, la *lex contractus* (ou *lex causæ* , ou encore *lex obligationis*) celle du deuxième et la *lex loci solutionis* celle du dernier. Ces principes sont exprimés de manière exemplaire par l'article 147 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987 :

"1. La monnaie est définie par le droit de l'Etat d'émission.

2. Les effets qu'une monnaie exerce sur l'ampleur d'une dette sont déterminés par le droit applicable à la dette.

3. Le droit de l'Etat dans lequel le paiement doit être effectué détermine dans quelle monnaie ce paiement doit être fait". ¹⁴

Les trois questions vont être reprises de manière plus attentive.

¹⁴ Cf. Thévenoz (1997) 283-288.

1. Impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat ?

15. Supposons qu'un tribunal belge soit saisi d'un litige relatif à un contrat dont le prix était libellé dans la monnaie d'un des pays participants. Cette monnaie vient d'être remplacée par l'euro. Le débiteur du prix prétend être dans l'impossibilité de s'exécuter, puisque la monnaie du contrat n'existe plus. Ou c'est le créancier qui prétend se dégager du contrat en vertu de la théorie des risques, son cocontractant étant dans l'impossibilité de s'exécuter. Ou encore le créancier refuse d'accepter une prestation en euro, qui n'est pas celle prévue au contrat¹⁵.

Même en l'absence de texte communautaire sur la continuité des contrats, le tribunal belge écarterait ces prétentions. Pour quelles raisons ?

16. La question essentielle est de savoir quel est l'objet du paiement lorsqu'aux termes du contrat, la prestation consiste en une somme d'argent. Que doit-on fournir si l'on s'est engagé à payer des "francs belges" ou des "marks allemands" ?

De manière généralisée, le droit international privé applique ici la *lex monetæ*, à savoir la loi de l'Etat qui a émis la monnaie en cause¹⁶. Comme l'écrit parfaitement un éminent spécialiste de la monnaie, "*Money, being a creature of the law, is regulated by the State, and, more particularly, it is the State which decides which chattels are legal tender, and the (nominal) value set upon them. As each State exercises these sovereign powers over its own currency, and as there is no State which would legislate with reference to another country's currency, it must be the law of the currency (lex monetæ) which determines whether a thing is money and what nominal value is attributed to it...*"¹⁷

Ainsi, s'il s'agit de francs belges, c'est la loi belge qui détermine ce que sont ces francs, de même que leurs subdivisions et leurs modalités d'émission. Pour quelques mois encore, c'est la loi belge du 23 décembre 1988 relative au statut monétaire qui dispose que l'unité monétaire de la Belgique est le franc belge (art. 1er) et que les billets émis par la Banque nationale de Belgique et libellés en francs, ainsi que les monnaies métalliques et billets émis par le Trésor ont cours légal (art. 5). Un contrat

¹⁵ On relèvera que pour les opérateurs privés, ces problèmes ne prendront leur pleine dimension qu'en 2002, lorsque les monnaies nationales auront disparu. Pendant la période transitoire, elles resteront disponibles au titre de subdivisions non décimales de l'euro (cf. *supra*, n° 5). Nous faisons abstraction ici des problèmes qui peuvent résulter d'une distinction entre monnaie du contrat et monnaie de paiement. On y reviendra (cf. *infra*, n° 30-32).

¹⁶ Cf. Mayer (1994) n° 742; Wölker (1996) 1129; Thévenoz (1997) 284; Duquesne et de Brouwer (1998) 86. Cf. aussi Cour Perm. Just. Int., 2 arrêts du 12 juill. 1929, série A, n° 20-21.

¹⁷ Cf. Mann (1992) 272.

libellé en francs belges devra donc recevoir un paiement dans cette monnaie telle que la loi monétaire belge la définit¹⁸.

Si le contrat est libellé dans la monnaie d'un autre pays, c'est la loi monétaire de ce pays qui définira en quoi consistera l'objet de la prestation en argent. Ainsi, le juge belge se référera à la loi allemande pour déterminer ce que sont des "marks allemands".

C'est cette même *lex monetæ* qui a compétence pour arrêter le remplacement d'une monnaie par une autre, qu'il s'agisse d'en changer le nom (en Belgique, le "Belga" a vécu une existence éphémère dans le passé) ou d'en modifier le "poids" (comme la France l'a fait avec le "franc lourd" en 1960)¹⁹. On parle de "lien récurrent" entre deux monnaies lorsque la seconde remplace la première à un taux déterminé par l'autorité monétaire compétente²⁰. Pareille substitution avec lien récurrent est du ressort de la *lex monetæ*.

17. Ces principes s'appliquent au remplacement des monnaies nationales par l'euro. En s'associant à l'introduction de la monnaie unique, les pays participants ont délégué leur compétence monétaire aux autorités européennes. C'est le Conseil des ministres de la Communauté européenne, statuant à l'unanimité des États participants, qui a reçu compétence pour définir et réglementer la monnaie unique (art. 109 L § 4 du Traité établissant la Communauté européenne). Les autorités nationales ont ainsi décidé de renoncer à leur pouvoir de définir des monnaies nationales ayant cours légal; elles ont accepté que ces monnaies soient remplacées par une monnaie unique, dont la réglementation est confiée à ces nouvelles autorités monétaires communes.

Ainsi, la loi belge du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique prévoit-elle l'abrogation des dispositions de la loi monétaire du 23 décembre 1988, selon le cas, tantôt à partir de l'introduction de la monnaie unique, tantôt à partir du retrait du cours légal des billets libellés en francs belges (art. 38). Le Règlement n° 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 édicte qu'"A compter du 1er janvier 1999, la monnaie des États membres participants est l'euro. L'unité monétaire est un euro..." (art. 2); "L'euro remplace la monnaie de chaque État membre participant au taux de conversion" (art. 3).

¹⁸ Une autre question est celle d'interpréter la volonté des parties en présence d'une référence ambiguë du contrat à une monnaie déterminée (par exemple, un "franc", sans préciser s'il s'agit d'un franc français, belge, luxembourgeois, suisse ou congolais). Pareil problème relève de la *lex contractus* (Cf. Thévenoz (1997) 284; comp. Mayer (1994) n° 742).

¹⁹ Cf. Mann (1992)49-50, 257; Thévenoz (1997) 284.

²⁰ Cf. Mann (1992)46-47.

18. Il en résulte que la nouvelle *lex monetae* est le droit communautaire. Saisi d'un des litiges évoqués plus haut, un tribunal belge estimera qu'en vertu de l'abandon de pouvoir concédé par chacun des pays participants et des dispositions arrêtées par les autorités européennes, le "franc belge", le "mark allemand" ou la "peseta espagnole" sont remplacés comme monnaie du contrat par des "euros" aux taux de conversion qui auront été arrêtés au 1er janvier 1999.

Le débiteur ne pourra se prévaloir d'aucune impossibilité d'exécution²¹. Si les francs belges ne sont plus disponibles, les euros le seront devenus, avec la même force libératoire. Pour la même raison, le créancier ne pourra prétendre être corrélativement libéré suite à une prétendue impossibilité d'exécution de la contrepartie²². Le créancier ne pourra non plus reprocher au débiteur de lui payer "autre chose" que ce qui a été convenu, puisque la loi monétaire a décidé que l'euro remplaçait la monnaie du contrat à un taux de conversion déterminé²³.

19. Pareilles solutions devraient s'imposer devant les tribunaux de tous les pays participants à l'Union monétaire. D'autres rapports montreront sans doute qu'il en sera de même tant dans les États membres non-participants que dans les pays tiers, car l'application de la *lex monetae* paraît faire l'objet d'une reconnaissance universelle (cf. *supra*, n° 16 et les références citées)²⁴. Le 8ème considérant du Règlement du 17 juin 1997, cité plus haut (cf. *supra*, n° 8), n'hésite pas à le rappeler *urbi et orbi*. On y reviendra (cf. *infra*, note 55).

2. Bouleversement de l'économie du contrat ?

20. Si les solutions paraissent bien établies sur le plan de la substitution de l'euro à la monnaie du contrat, des questions plus délicates surgissent lorsque l'une des parties ne conteste pas cette modification, mais prétend que l'équilibre du contrat en a été perturbé et demande en conséquence soit d'adapter, soit de résilier la convention.

²¹ Cf. Duquesne et de Brouwer (1998) 86; Sunt (1996-97) 1185. Comp. Vandemeulebroeke (1996) 94-199, qui aboutit à la même conclusion, mais omet de faire appel à l'application de la *lex monetae*.

²² De manière superfétatoire, l'argument de force majeure pourrait également être écarté sur le plan de la condition d'imprévisibilité. Cet aspect sera repris ci-dessous, à l'occasion de la discussion de l'application éventuelle de la théorie de l'imprévision et des théories analogues (cf. *infra*, n° 28).

²³ La situation particulière de la phase transitoire a été évoquée *supra*, note 15.

²⁴ Les États membres non-participants sont par ailleurs eux-mêmes directement liés par la loi monétaire européenne : cf. Wölker (1996) 1128-1129; Draetta (1997) 12-13.

En quoi le remplacement de la monnaie du contrat par l'euro pourrait-il affecter l'équilibre contractuel ?

21. D'une part, la monnaie du contrat avait sa propre valeur sur le marché monétaire international. Sa parité externe exprimait son taux de change par rapport aux autres monnaies. Le montant stipulé en francs belges représentait une somme équivalant à une certaine quantité de marks allemands, de yens ou de dollars américains, ce qui permettait d'apprécier à un niveau international l'équilibre des prestations contractuelles.

Un montant libellé en euros va remplacer le prix en francs belges. Si les taux de conversion établis au 1er janvier 1999 reflètent correctement les taux existant alors entre les différentes monnaies des pays participants²⁵, il ne sera pas possible de prétendre que l'introduction de l'euro aura fortement modifié la valeur du prix contractuel par rapport au mark allemand ou à la lire italienne, puisque ces monnaies se seront elles-mêmes fondues dans l'euro ^{26 27}. Mais à l'égard des autres monnaies, il est possible que l'euro évolue d'une certaine manière qui modifie le rapport entre le prix contractuel et son expression dans telle ou telle de ces autres monnaies. Si l'euro s'apprécie par rapport au dollar, la créance du prix prendra de la valeur, au bénéfice du créancier; dans l'hypothèse inverse, c'est le débiteur qui profitera d'une dette allégée²⁸.

22. D'autre part, l'équilibre contractuel peut également être affecté sur le plan des taux d'intérêts²⁹. Ceux-ci varient selon la stabilité de la monnaie à laquelle ils s'appliquent. Une monnaie faible, grevée d'un risque de change appréciable, appelle un taux d'intérêt plus élevé qui incorpore une prime de risque. Le passage d'une monnaie nationale à l'euro est susceptible de modifier la stabilité de la devise contractuelle, l'euro pouvant s'avérer plus ou moins fort sur le marché des changes que la monnaie initiale.

²⁵ L'hypothèse de l'intervention de facteurs politiques dans la fixation des taux de conversion est évoquée par Draetta (1997) 18-19.

²⁶ Pendant la période transitoire, les monnaies des pays participants deviendront des subdivisions non décimales de l'euro, avant de disparaître en 2002 (cf. *supra*, n° 5).

²⁷ Quant à l'idée selon laquelle des déséquilibres pourraient plutôt résulter des mesures de convergence prises au préalable par les gouvernements à la suite du Traité de Maastricht, cf. Dunnett (1996) 1141.

²⁸ Cf. Thévenoz (1997) 288.

²⁹ Cf. *ibid.*, p. 289; Vandemeulebroeke (1996) 193; Draetta (1997) 19; Visco et Simonetti (1998) 119-123; Mattout (1996b) 157-164; Duquesne et de Brouwer (1998) 88.

Si le taux d'intérêt est variable (par exemple, dans le cas d'une référence au LIBOR), l'adaptation se fera spontanément³⁰. Mais si le taux d'intérêt est fixe, il pourra, selon les cas, s'avérer excessif ou insuffisant pour une dette désormais libellée en euros, rendant la charge plus ou moins lourde pour le débiteur³¹; ainsi, le taux d'intérêt grevant un emprunt hypothécaire contracté en liras italiennes risque-t-il d'être supérieur au taux normal du même emprunt converti en euros.

23. La conversion en euros n'est donc pas entièrement neutre. Dans certains cas, elle est bien susceptible d'affecter l'équilibre contractuel.

La question est cependant de savoir si ces modifications risquent d'être telles qu'elles puissent permettre à l'une des parties de prétendre à la réadaptation, voire à la résolution du contrat.

24. Un préalable est de déterminer sur base de quelle loi la réponse à pareille question doit être recherchée.

La loi applicable est ici la *lex contractus*, la loi du contrat telle qu'elle est déterminée par la convention des parties ou par les règles du droit international privé, notamment la Convention de Rome du 19 avril 1980.

La *lex monetæ* a en effet exercé son empire pour décider que la monnaie ancienne était remplacée par l'euro, et à quel taux de conversion. Le principe étant universellement reconnu, la solution s'impose partout (cf. *supra*, n° 16). Mais le droit des obligations prend le relais lorsqu'il s'agit de se demander si la nouvelle définition de la prestation du débiteur ne crée pas les conditions dans lesquelles l'équilibre du contrat est bouleversé et des recours existent pour y remédier³².

³⁰ Cf. Sunt (1996-97) 1185; Thévenoz (1997) 289; Duquesne et de Brouwer (1998) 88. Ces derniers auteurs évoquent une difficulté possible dans le cas où le taux de référence devrait disparaître après le passage à la monnaie unique et où les parties n'auraient pas prévu de référence de substitution. La solution la plus généralement admise est de se référer à l'indice économiquement le plus proche; sur cette question, cf. également Terray (1996) 14; Berr (1997) 302; Mattout (1996b) 161-163. Certaines solutions seront apportées par voie législative : cf. par exemple l'article 7 du projet de loi belge relatif à l'euro, selon lequel "Les références aux taux de la Banque nationale de Belgique et de l'Institut de réescompte et de garantie figurant dans les dispositions légales, réglementaires ou contractuelles sont remplacées par des références aux taux de la Banque centrale européenne, selon les modalités à déterminer par le Roi. Les références aux taux BIBOR (Belgian Interbank Offered Rate) figurant dans les dispositions légales, réglementaires ou contractuelles sont remplacées par des références aux taux EURIBOR multipliées par 365 et divisées par 360. Le Roi peut fixer des précisions supplémentaires" (Doc. Parl., Ch., n° 1509/1 - 97-98).

³¹ Cf. Thévenoz (1997) 289.

³² Dans le sens de l'application de la *lex contractus*, cf. notamment Thévenoz (1997) 286-287; Sunt (1996-97) 1185; Mattout (1996b) 159; Draetta (1997) 13-15; Duquesne et de Brouwer (1998) 86; Visco et Simonetti (1998) 112-114. A tort selon nous, une opinion minoritaire applique également ici la *lex monetæ*, sauf stipulation expresse des parties (cf. Mayer (1994) n° 742; Crédot et Moulin (1996) 36-37; cf. également, à propos des taux d'intérêt, Vandemeulebroecke (1996) 192). La discussion nous paraît liée à la portée reconnue au principe du nominalisme. Ce principe est consacré avec plus ou

Comme l'écrit encore parfaitement F. A. MANN, "*Legal tender legislation defines money and the nominal value of money, but it is outside its range to decide whether and under what circumstances redress against its effects may be obtained. As concerns international private law, the conclusion may be drawn from this universally accepted view, that the proper law of the obligation (not the law of the currency) governs all questions relating to any qualifications of the prima facie effect of the foreign legal tender legislation on the quantum of the obligation*" ³³.

25. La *lex contractus* étant d'application, celle-ci ne sera pas nécessairement la loi du pays dont la monnaie est en cause; la loi du contrat pourrait être celle d'un pays non participant ou d'un pays tiers à l'Union européenne. Si le contrat est libellé en francs français, il est possible que l'effet de l'introduction de l'euro sur l'équilibre contractuel doive être apprécié par référence au droit belge, au droit anglais ou au droit d'un état américain.

Une étude de droit comparé s'impose donc en vue d'apprécier les risques que le remplacement par l'euro de la monnaie d'un pays participant ne donne ouverture à la remise en cause du contrat. Nous évoquerons brièvement certains aspects du problème.

26. Supposons d'abord que le contrat soit régi par la loi belge. Le remplacement de la monnaie du contrat par l'euro pourrait-il justifier la remise en cause du contrat sur base d'un bouleversement allégué de l'équilibre contractuel ?

La réponse est certainement négative. La théorie de l'imprévision n'est pas accueillie en droit belge.

De manière traditionnelle, la jurisprudence belge rejette en effet l'idée selon laquelle le juge pourrait résoudre ou adapter un contrat dont l'exécution serait devenue beaucoup plus onéreuse pour une partie suite à la survenance de circonstances imprévisibles lors la conclusion. Récemment, une certaine doctrine, souvent inspirée par les solutions de certains droits étrangers, a suggéré que le principe de l'exécution

moins de force par la *lex monetæ*. Si celle-ci refuse d'accueillir toute prise en considération de la dépréciation monétaire (par exemple, en condamnant les clauses d'adaptation), elle prévaut logiquement, au titre de loi de police, sur les solutions différentes de la loi du contrat. Dans le cas contraire, qui paraît actuellement le plus répandu, la *lex contractus* prend éventuellement le relais. Sur différentes conceptions nationales en matière de nominalisme, cf. Teray (1996) 13-14. L'article 3 du Règlement pourrait-il prévaloir en tant que loi de police dans un contrat soumis à une loi étrangère ? Certains sont de cet avis (cf. Delebecque (1996) 73). L'opinion contraire fait valoir, à juste titre selon nous, qu'un texte supplétif ne peut revêtir le caractère de loi de police (Cf. Thévenoz (1997 307; Visco et Simonetti 1998 113).

³³ Cf. Mann (1992) 280.

de bonne foi pourrait justifier pareille remise en cause du contrat, mais la Cour de cassation refuse de s'engager dans cette voie³⁴.

A supposer que les conditions de la théorie de l'imprévision soient établies à l'occasion de la substitution de l'euro à la monnaie du contrat (ce qui, on le verra, paraît douteux), il n'en résulterait aucune conséquence juridique en droit belge des contrats. La partie qui subirait le poids d'une prestation relativement plus onéreuse ne pourrait prétendre à se dégager du contrat, ni à en demander la réadaptation.

27. D'autres systèmes juridiques admettent cependant qu'un bouleversement des circonstances puisse conduire à la réadaptation ou à la résolution du contrat.

Si depuis la célèbre affaire du Canal de Craponne³⁵, la France rejette également la théorie de l'imprévision³⁶, la plupart des pays ouvrent certains recours à la partie lésée lorsqu'un changement de circonstances rompt gravement l'équilibre des prestations contractuelles, ou encore fait perdre au contrat son utilité économique.

De nombreuses études, souvent excellentes, ont traité des questions de manière comparative, et nous y renverrons³⁷. On rappellera entre autres la notion allemande de *Wegfall der Geschäftsgrundlage*³⁸, les concepts italiens de *presupposizione* et d'*eccessiva onerosità*³⁹, le rôle des notions de *frustration* et d'*impracticability* dans les pays de common law⁴⁰ ou encore l'approche très nuancée que connaît le problème en droit suisse⁴¹. Tantôt les solutions sont jurisprudentielles, tantôt c'est la loi elle-même qui confère au juge le pouvoir de remédier à la situation.

L'inclusion de dispositions relatifs au *hardship* dans les récents Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international (articles 6.2.1 à 6.2.3) témoigne de la très large reconnaissance de cette possibilité de remettre en cause le contrat en cas de bouleversement des circonstances. Le régime prévu est de permettre à la partie lésée de demander l'ouverture de renégociations; faute d'accord, le juge peut mettre fin au contrat ou l'adapter (art. 6.2.3.).

³⁴ La doctrine belge envisage aussi les "palliatifs" ou les "succédanés" que peuvent offrir dans certains cas une conception extensive de la force majeure ou l'application de la théorie de l'abus de droit. Pour un exposé récent de l'état du droit belge en la matière, cf. Stijns, Van Gerven et Wéry (1996) 728-729.

³⁵ Cass. fr., 6 mars 1876, *Dall. Pér.*, 1876, 1, 93, *Sir.*, 1876, 1, 161.

³⁶ Cf. Weill et Terré (1986) n° 377-384. On sait cependant qu'une exception importante existe en matière administrative (*ibid.*, n° 381).

³⁷ Cf. particulièrement Philippe (1986).

³⁸ Cf. Philippe (1986) 215-331.

³⁹ *Ibid.*, pp. 405-484.

⁴⁰ Sur le droit anglais, cf. Philippe (1986) 333-403. Sur le droit américain, cf. Farnsworth (1982) 670-705.

⁴¹ Cf. Philippe (1986) 555-589; cf. également Thévenoz (1997) 293-306.

28. Au-delà des multiples nuances qui les séparent, ces différents régimes ont en commun de ne s'appliquer que dans des conditions relativement restrictives. Il s'agit en effet de porter atteinte au principe fondamental de l'effet obligatoire des contrats (convention-loi, *sanctity of contracts*), ce qui ne peut se faire que dans ces cas bien précis. L'article 6.2.2 des Principes d'Unidroit constitue une bonne illustration de cette approche restrictive. Il paraît indiqué de le prendre en exemple. D'après ce texte,

"Il y a hardship lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et
- d) que le risque de ces événements n'ait pas été assumé par la partie lésée".

Si ce texte constituait la *lex contractus* , deux des conditions requises paraissent d'emblée faire défaut dans les circonstances où une partie envisagerait de demander la réadaptation ou la résolution du contrat suite à la substitution de l'euro à la monnaie initialement prévue.

En premier lieu, tout au moins pour les contrats souscrits au cours des dernières années, on ne peut dire que l'avènement de la monnaie unique ait été un événement imprévisible, que la partie lésée n'aurait pu raisonnablement prendre en considération lors de la conclusion du contrat. Depuis le Traité de Maastricht (février 1992), il était bien connu qu'un processus était mis en place qui se proposait de conduire à la monnaie unique, les perspectives de succès grandissant avec le temps. Le caractère imprévisible ne pourrait sérieusement être pris en considération que pour des contrats conclus auparavant; si l'idée d'une monnaie unique est bien antérieure au Traité de Maastricht, on conviendra que pendant longtemps, la perspective était restée très incertaine sinon douteuse⁴².

Ensuite, si l'introduction de l'euro peut, dans certains cas, affecter le rapport entre les prestations respectives des parties, il est douteux que cet impact sur les obligations contractuelles soit tel qu'il puisse être décrit comme une "altération fondamentale" de l'équilibre contractuel. Le commentaire de l'article 6.2.2. des Principes d'Unidroit

⁴² Cf. Thévenoz (1997) 304; Wölker (1996) 1124; Duquesne et de Brouwer (1998) 86.

admet que le caractère fondamental est à apprécier selon les circonstances, mais il cite en exemple, pour une prestation appréciable en argent, une altération de 50 % ou plus ... Il faudrait une évolution vraiment extraordinaire des rapports entre l'euro et les monnaies des pays tiers pour que ce degré d'altération soit atteint.

29. Ces observations faites au regard de l'article 6.2.2 des Principes d'Unidroit sont également pertinentes, *mutatis mutandis*, dans le contexte des différents droits dotant l'imprévision ou le bouleversement des circonstances d'un régime spécial, droits de pays de l'Union européenne participants ou non, droits de pays tiers. Partout, les conditions restrictives auxquelles il a été fait allusion comportent un élément d'imprévisibilité. Partout, l'application du régime suppose un effet exceptionnellement grave sur l'économie du contrat. Il est donc douteux que sur base des différents droits nationaux susceptibles d'être applicables aux contrats, l'avènement de l'euro puisse ouvrir la voie à des remises en cause fondées sur de tels moyens ^{43, 44}

3. Problèmes quant à la monnaie de paiement ?

30. La monnaie dans laquelle le paiement doit, ou peut, être effectué n'est pas nécessairement la monnaie dans laquelle la dette est exprimée. Dans certains cas, un prix libellé en dollars américains est payé dans une autre monnaie, par exemple dans celle du lieu du paiement.

Pareille situation peut résulter d'une clause du contrat. Pour des raisons de convenances personnelles, les parties stipulent que la dette sera acquittée dans une monnaie particulière différente de la monnaie de compte. L'incidence de l'avènement de l'euro sur de telles stipulations sera examinée plus loin (cf. *infra* , n° 47-48).

⁴³ Cf. Duquesne et de Brouwer (1998) 86-87; Wölker (1996) 1122-1124; Terray (1996) 15; plus particulièrement pour le droit suisse, Thévenoz (1997) 293-306; pour le droit américain, Moreteau (1996) 78-80; Dassesse (1996) 84-87. On sait que certains Etats américains ont adopté des législations spécifiques relatives aux effets sur les contrats de l'introduction de l'euro (cf. à ce sujet Schwerer (1996) 783-786, qui reproduit le texte de la loi de l'Illinois). D'autres rapporteurs ne manqueront pas de commenter ces dispositions; cf. également *infra* , note 55.

⁴⁴ On réservera le cas particulier de l'Allemagne, dans les circonstances qui ont suivi la réunification et la "fusion" des marks occidental et oriental. D'une part, la *DM-Bilanzgesetz* de 1990 a prévu qu'un juge pourrait adapter un contrat conclu avant la réunification sur le territoire de la R.D.A., si l'unification monétaire avait des effets désavantageux pour une partie (§ 32); ce texte a fait l'objet d'une jurisprudence (cf. notamment la décision du *B.G.H.* publiée dans la *N.J.W.*, 1993, 1387). D'autre part, des décisions ont reconnu le *Wegfall der Geschäftsgrundlage* dans certains cas où d'autres circonstances que le changement monétaire avaient bouleversé les données (cf. notamment la décision du *B.G.H.* publiée dans la *N.J.W.*, 1994, 2688). Ces problèmes seront développés dans le rapport du Professeur D. PHILIPPE.

Mais c'est parfois la loi du lieu du paiement qui prévoit une obligation, ou une faculté, pour le débiteur de se libérer en monnaie locale, quelle que soit la monnaie du contrat. Ainsi, d'après l'article 84 du Code suisse des obligations :

"1. Le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en monnaie du pays.

2. Si le contrat indique une monnaie qui n'a pas cours légal dans le lieu du paiement, la dette peut être acquittée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots "valeur effective" ou par quelque autre expression analogue".

Des dispositions analogues existent notamment dans le Code civil allemand (§ 244 B.G.B.) et dans les Principes d'Unidroit (art. 6.1.9). Le cours de conversion est normalement celui du jour du paiement, mais certains textes prévoient qu'en cas de retard de paiement, le créancier a le choix entre le cours du jour de l'échéance et celui du jour du paiement.

31. Le droit international privé reconnaît généralement que c'est la loi du lieu du paiement (*lex loci solutionis*) qui gouverne cette question de la monnaie de paiement⁴⁵ Ainsi, si le paiement doit avoir lieu en Suisse, l'article 84 du C.O. cité ci-dessus trouve application⁴⁶. La solution est liée à la notion de cours légal. Il appartient au législateur local de déterminer quelles espèces ont cours légal sur son territoire et peuvent donc servir de moyen de paiement. On rejoint une problématique déjà évoquée (cf. *supra* , n° 16).

32. Dans ce contexte, la substitution de l'euro aux monnaies des pays participants peut avoir diverses conséquences, lorsque la *lex loci solutionis* impose ou permet le paiement en monnaie locale :

- Si la monnaie du contrat est celle d'un pays tiers et que le paiement se fait dans un des pays participants, le paiement se fera le cas échéant en euros, au taux de conversion la monnaie du contrat en euros au jour du paiement.

- Si la monnaie du contrat est celle d'un pays participant et que le paiement se fait dans un pays tiers, la monnaie du contrat sera convertie en euros, mais le paiement se fera le cas échéant dans la monnaie locale, au taux de conversion de l'euro en cette monnaie au jour du paiement.

⁴⁵ Cf. Mayer (1994) n° 746; Rigaux et Fallon (1993) n° 1307.

⁴⁶ Cf. Thévenoz (1997) 287-288.

- Si la monnaie du contrat et celle du lieu du paiement sont toutes deux celles de pays participants, le paiement se fera évidemment en euros⁴⁷.

B. Portée de l'article 3 du Règlement du 17 juin 1997

33. Les développements qui précèdent permettent de mieux apprécier la portée de l'article 3 du Règlement du 17 juin 1997. La question a été posée de savoir si ce texte est simplement "déclaratif" d'une situation préexistante (cf. *supra*, n° 10). La Commission elle-même l'affirme⁴⁸, mais est-ce bien le cas ?

34. Le considérant n° 7 se réfère à un "principe général du droit" pour déclarer que "la continuité des contrats et autres instruments juridiques n'est pas affectée par l'introduction d'une nouvelle monnaie". Auparavant, la Commission avait à diverses reprises développé l'idée que l'introduction de l'euro ne répondait pas aux conditions requises pour que soient invoqués des principes tels que la *frustration* de la *common law*, la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* du droit allemand ou l'imprévision du droit français, notamment parce que l'événement était prévisible et que sa survenance n'entraînait pas de bouleversement fondamental de l'équilibre contractuel⁴⁹.

35. Toutefois, l'application de ces divers concepts appelle dans chaque cas une appréciation des tribunaux saisis, statuant selon les critères spécifiques du droit applicable et les circonstances de l'espèce. Les autorités européennes n'ont pu "déclarer" une solution qui ne s'impose pas *a priori*⁵⁰. Tout au plus pouvaient-elles constater, à juste titre, qu'il était peu probable que les conditions seraient souvent réunies pour permettre la remise en cause du contrat à la suite de l'introduction de l'euro⁵¹. Mais elles ne pouvaient affirmer qu'il n'en serait jamais ainsi⁵², sauf à donner au Règlement une portée autre que déclarative, celle d'une disposition imposant aux

⁴⁷ Pendant la période transitoire, les dispositions des Etats participants imposant le paiement dans leur monnaie nationale restent en principe d'application (art. 8, 1° du Règlement n° 374/98 du 3 mai 1998). Une question intéressante, pendant cette période, est celle de la possibilité de paiement par compensation entre monnaies de pays participants et euro ou de monnaies de pays participants entre elles : cf. l'article 8, 6° du Règlement précité; *Grua* (1997) 131.

⁴⁸ Cf. notamment la communication citée *supra*, n° 9. Cf. également *Duquesne et de Brouwer* (1998) 86.

⁴⁹ Cf. notamment Eur. Comm., D.G. II, Legal framework for the use of the euro, *op. cit.*, pp. 8-9; Doc. COM(96) 499 final du 16 oct. 1996, cité *supra*, n° 9.

⁵⁰ Cf. *Visco et Simonetti* (1998) 113.

⁵¹ Au risque de voir qualifier l'article 3 de "l'apalissade" (cf. *Visco et Simonetti* [1998] 110). Mais on n'ira pas jusqu'à suivre un auteur pour qui "ce sont des idées très simples issues des règles les plus traditionnelles du droit français que le Règlement communautaire est appelé à entériner" (cf. *Delebecque* (1996) 73).

⁵² Plus prudent, le Scénario de référence annexé aux conclusions du Conseil de Madrid expose que "le remplacement des monnaies nationales par l'euro ne devrait pas en soi affecter la continuité des contrats..." (cf. *supra*, n° 7).

tribunaux des États membres une solution écartant l'application des principes évoqués plus haut, sauf convention contraire des parties.

Certains estiment implicitement que c'est le cas." (Le règlement) ... règle la question (de l'imprévision et des théories voisines) une fois pour toute, et de manière identique dans toute l'Union européenne ... Sa fonction stabilisatrice est indéniable...", écrivent deux auteurs⁵³. D'autres estiment, avec raison selon nous, que pareille atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats des États membres dépasse les pouvoirs des autorités européennes et s'avère contraire tant au principe de non-rétroactivité (il s'agirait de modifier des normes applicables aux contrats en cours) qu'à celui de subsidiarité ⁵⁴.

36. La confusion est due en partie au fait que l'article 3 du Règlement entend couvrir d'une seule disposition tous les problèmes de continuité, alors que les données ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de consacrer les effets du lien récurrent sur base de la *lex monetæ* , d'apprécier l'incidence de l'avènement de l'euro sur l'équilibre des prestations en fonction de la *lex contractus* ou de résoudre des difficultés liées à la monnaie de paiement sur base de la *lex loci solutionis*. Les autorités européennes n'ont pas les mêmes pouvoirs dans chacune de ces hypothèses. L'article 3 du Règlement du 17 juin 1997 procède à un amalgame dont résulte une indiscutable ambiguïté⁵⁵ ⁵⁶.

Dans la mesure où il impose aux parties le remplacement de la monnaie nationale par l'euro, l'article 3 énonce une solution rentrant dans la compétence de ses auteurs, mais déjà bien établie. Lorsqu'il s'aventure dans les questions tenant à la modification de l'équilibre contractuel, le texte proclame une règle fautive dans sa trop grande généralité si elle ne se veut que "déclarative", mais sans doute inconstitutionnelle si elle prétend imposer une solution.

⁵³ Cf. Duquesne et de Brouwer (1998) 87.

⁵⁴ Cf. Draetta (1997) 11; Dunnett (1996) 1147; Visco et Simonetti (1998) 113-114. Comp. le débat actuellement en cours concernant les bases juridiques possibles de l'harmonisation du droit du contrat dans l'Union européenne (cf. Van Gerven (1997) 65-470; Tilmann (1997) 471-474; Hondius (1998) 11-12).

⁵⁵ Visco et Simonetti (1998) 111, relèvent quatre portées possibles du prétendu "principe de continuité" affirmé à l'article 3.

⁵⁶ L'ambiguïté existe notamment à l'égard des pays tiers, auxquels s'adresse directement le 8ème considérant du Règlement, cité plus haut (cf. *supra*, n° 8). Ce considérant se réfère explicitement à la loi monétaire, pour en affirmer la reconnaissance universelle. Il en déduit que le principe de la continuité des contrats devrait être reconnu dans l'ordre juridique des pays tiers - alors que ce "principe" tel qu'il est présenté concerne également des questions relevant de la loi du contrat (à ce sujet, cf. Ben (1997) 302). La confusion entretenue entre les différents plans n'est pas sans danger. Elle risque de remettre en cause la prééminence bien reconnue à la *lex monetæ* dans le domaine qui lui est propre; cf. à ce sujet, à propos des démarches entreprises par l'Institut monétaire européen auprès des autorités américaines et des lois adoptées dans plusieurs États américains, les appréhensions de Schwerer (1996) 783-784. Le point de vue des pays tiers sera développé dans d'autres rapports.

37. Ceci permet aussi de conclure que le prétendu "principe de continuité" des contrats n'en est pas un⁵⁷. Il est invoqué à propos de plusieurs questions distinctes, dont les solutions se recherchent sur des plans différents. La substitution nécessaire de l'euro à la monnaie des pays participants est le résultat de la prévalence de la *lex monetæ* et du principe du nominalisme⁵⁸. Le refus de remettre en cause le contrat en raison d'une altération éventuelle de son équilibre découle du principe de la convention-loi (*sanctity of contracts*), auquel certains systèmes juridiques apportent des dérogations en pareille circonstance, dans des conditions restrictives.

Alors que la première solution s'impose de manière générale (cf. *supra*, n° 16 et 19), la seconde dépend de la loi du contrat et, le cas échéant, de l'appréciation de chaque cas d'espèce (cf. *supra*, n° 26-29). L'expression "principe de continuité" n'est donc qu'un raccourci commode, mais inadéquat.

C. Incidence des stipulations contractuelles

38. Certaines clauses contractuelles seraient-elles susceptibles d'affecter les solutions qui précèdent ? La question mérite d'autant plus d'être posée que l'article 3 du Règlement du 19 juin 1977 pose le principe de la continuité des contrats "sans préjudice de ce dont les parties sont convenues".

Plusieurs types de stipulations appellent un examen. Nous ne ferons qu'introduire le thème de manière succincte, le régime juridique des clauses de valeur faisant l'objet du rapport du Professeur M. GIOVANOLI⁵⁹.

1. Clauses de force majeure

39. La plupart des contrats internationaux comportent une clause de force majeure, réglant le sort du contrat lorsque des circonstances en principe imprévisibles et irrésistibles viennent rendre impossible l'exécution d'une ou plusieurs des obligations contractuelles. En général, ces clauses prévoient dans un premier temps la suspension

⁵⁷ Cf. *Draetta* (1997) 8; comp. *Dunnett* (1996) 1136-1137, *Delebecque* (1996) 69.

⁵⁸ Sur le principe du nominalisme, cf. *supra*, note 32.

⁵⁹ Cf. également *Draetta* (1997) 21-24.

du contrat. Si l'obstacle à l'exécution perdure au-delà d'un certain délai, les parties s'engagent à négocier en vue de décider soit de la poursuite de la suspension, soit de l'adaptation ou de la résiliation du contrat⁶⁰.

40. L'exécution de l'obligation de payer une somme d'argent est rarement affectée de manière directe⁶¹ par la force majeure; il n'est normalement pas impossible d'exécuter pareille prestation (*genera non pereunt*).

Des circonstances particulières peuvent cependant se produire. A première vue, ne serait-ce pas le cas lorsque la monnaie du contrat ou la monnaie du paiement vient à disparaître, une nouvelle monnaie lui étant substituée ? Le débiteur ne peut-il prétendre qu'il ne lui est plus possible de payer le prix convenu en francs français, parce qu'il n'y a plus de francs français ?

L'article 3 du Règlement du 17 juin 1997 laisse la place à "ce dont les parties sont convenues" (cf. *supra*, n° 8). La présence d'une clause de force majeure serait-elle de nature à affecter les solutions ?

41. Nous ne le pensons pas. Nous avons d'abord fait abstraction de l'article 3 pour décrire le droit commun de la cause exonératoire et de l'application de la *lex monetae* (cf. *supra*, n° 15-19). Nous avons conclu que les contractants subissent les effets du changement de monnaie décidé par les autorités compétentes : la monnaie du contrat ou la monnaie de paiement est remplacée par l'euro au taux de conversion qui sera arrêté. C'est dorénavant en euros que la prestation est due, et à cet égard, il n'y a aucune impossibilité d'exécution. La présence d'une clause de force majeure n'y change rien, car cette clause, dans les circonstances, ne trouve pas à s'appliquer. En outre, au moins pour les contrats récents, l'événement ne présente pas le caractère d'imprévisibilité requis⁶².

2. Clauses de *hardship*

⁶⁰ La référence à l'expression française "force majeure" est très répandue, quelle que soit la langue du contrat. Cette terminologie est d'usage courant dans le commerce international (Il est caractéristique que l'article 7.1.7 des Principes d'Unidroit soit intitulé "force majeure" dans la version anglaise). La clause considérée peut évidemment se rencontrer sous d'autres appellations (exonération, *excepted risks*, *reliefs*, etc...). Sur ces clauses, cf. notamment Kahn (1975) 67- 485; Fontaine (1989) 211-247.

⁶¹ L'obligation de payer une somme d'argent peut être affectée de manière indirecte lorsqu'elle est suspendue ou éteinte, en vertu de la théorie des risques, corrélativement à l'impossibilité d'exécuter la prestation réciproque.

⁶² Dans le même sens, cf. Vandemeulebroecke (1996) 194-199 (qui omet cependant de se référer à l'effet de l'application de la *lex monetae*).

42. Les clauses de *hardship* obligent les parties à renégocier lorsque des circonstances imprévisibles viennent, après la conclusion du contrat, bouleverser de manière profonde l'équilibre contractuel. De telles clauses apparaissent fréquemment dans les contrats internationaux d'une certaine durée⁶³.

43. Le créancier ou le débiteur de l'obligation de payer un prix libellé dans une monnaie nationale peut-il faire appel à pareille clause si l'euro vient à se substituer à la monnaie initiale ?

44. Ici également, la partie s'estimant lésée devrait établir que le passage à l'euro était imprévisible à la conclusion du contrat, ce qui ne sera pas toujours le cas. Elle devrait surtout démontrer que l'avènement de la monnaie unique a bouleversé l'équilibre contractuel. Les clauses de *hardship* sont libellées en des termes qui peuvent varier, mais elles subordonnent toujours leur application à la constatation d'une altération profonde des rapports entre les parties. Or, à propos du droit commun de l'imprévision et des concepts analogues, on a montré que si le passage à l'euro était incontestablement susceptible d'affecter l'équilibre contractuel (parité externe de la monnaie, taux d'intérêt), il est douteux que la mutation entraîne une atteinte fondamentale à l'économie du contrat (cf. *supra* , n° 28).

Pas plus que les clauses de force majeure, les clauses de *hardship* stipulées dans les contrats existants ne nous semblent pas pouvoir être invoquées à l'appui d'une remise en cause du contrat. La solution nous paraîtrait devoir s'imposer même en l'absence de l'article 3 du Règlement du 17 juin 1997⁶⁴.

3. Clauses de référence à une monnaie étrangère

45. Le créancier qui doute de stabilité de la monnaie du contrat peut stipuler une clause liant le prix au rapport entre cette monnaie et une autre monnaie jugée plus forte, qui servira de monnaie de référence⁶⁵. Il sera par exemple prévu que le prix en liras italiennes a été fixé en considération du taux de change entre la lire et le mark allemand à la conclusion du contrat, et que toute modification de ce taux de change entraînera une adaptation proportionnelle du prix. Si la lire s'est dépréciée au moment

⁶³ Sur ces clauses, cf. notamment Oppetit (1974) 794-814; Fontaine (1989) 249-285.

⁶⁴ Dans le même sens, cf. Vandemeulebroecke (1996) 199-201; Duquesne et de Brouwer (1998) 86; comp. Visco et Simonetti (1998) 118-119.

⁶⁵ Sur ces clauses, cf. notamment Fontaine (1971) 728-742.

du paiement, le créancier n'en subira pas les effets, puisqu'il recevra quand même la quantité de lires correspondant au prix en marks.

Comment de telles clauses vont-elles trouver à s'appliquer suite à l'avènement de l'euro ?

46. Trois hypothèses nous paraissent devoir être distinguées.

- La monnaie du contrat est celle d'un pays extérieur à l'Union monétaire, la monnaie de référence est celle d'un pays participant.

Le prix est par exemple fixé en roubles russes, avec une référence au mark allemand.

Dans ce cas, l'application de la *lex monetae* impose la substitution de l'euro au mark comme monnaie de référence.

- La monnaie du contrat est celle d'un pays participant, la monnaie de référence est celle d'un pays extérieur à l'Union monétaire.

Le prix est par exemple fixé en lires italiennes, avec une référence au franc suisse.

Ici aussi, l'application de la *lex monetae* impose la substitution de l'euro à la monnaie nationale, cette fois comme monnaie du contrat.

Dans ces deux premiers cas, le taux de change de remplacement tiendra compte du taux de conversion établi entre la monnaie ayant disparu et l'euro⁶⁶.

- Tant la monnaie du contrat que la monnaie de référence sont des monnaies de pays participants.

Le prix est par exemple fixé en francs belges, avec une référence au mark allemand.

Tant la monnaie du contrat que la monnaie de référence sont remplacées par l'euro. La monnaie du contrat l'est au taux de conversion établi au 1er janvier 1999. La monnaie de référence n'a plus de sens puisqu'elle est devenue la même monnaie que

⁶⁶ Cf. Min. fr. de l'économie, des finances et de l'industrie, Mission Euro, *Le passage à l'euro. Les contrats internationaux*, oct. 1997, p. 12.

celle du contrat. La clause devient donc caduque. Le risque de change a d'ailleurs disparu⁶⁷.

4. Clauses de paiement en une monnaie étrangère

47. Les parties peuvent convenir que le paiement se fera dans une monnaie autre que celle du contrat⁶⁸. Le prix est par exemple exprimé en florins néerlandais, mais le règlement se fera en francs belges, au taux en vigueur au moment du paiement. De telles clauses sont en principe valables, sous réserve de l'incidence de dispositions nationales impératives quant à la monnaie de paiement (cf. *supra*, n° 30).

48. Ici également, le passage à l'euro risque d'affecter le jeu de la clause en diverses hypothèses.

- La monnaie du contrat est celle d'un pays extérieur à l'Union monétaire, la monnaie de paiement est celle d'un pays participant.

Le prix est par exemple fixé en roubles russes, mais le paiement doit se faire en marks allemands.

Dans ce cas, l'application de la *lex monetae* impose la substitution de l'euro à la monnaie nationale comme monnaie de paiement. Le taux de conversion sera celui du rouble en euro le jour du paiement.

- La monnaie du contrat est celle d'un pays participant, la monnaie de paiement est celle d'un pays extérieur à l'Union monétaire.

Le prix est par exemple fixé en francs belges, mais le paiement doit se faire en francs suisses.

Ici aussi, l'application de la *lex monetae* impose la substitution de l'euro à la monnaie nationale, cette fois comme monnaie du contrat. Le problème du taux de conversion

⁶⁷ Il ne peut être exclu que le rapport entre les deux monnaies ait subi une évolution entre la conclusion du contrat et la conversion en euros. Si cette évolution n'a pas déjà conduit à un seuil où une adaptation était prévue, elle ne devrait pas être prise en considération.

⁶⁸ Sur ces clauses, cf. notamment Fontaine (1989).

ne présente pas non plus de difficulté : ce sera le taux de conversion de l'euro en francs suisses le jour du paiement.

- Tant la monnaie du contrat que la monnaie de paiement sont des monnaies de pays participants.

Le prix est par exemple fixé en francs belges, le paiement devant s'effectuer en marks allemands.

Tant la monnaie du contrat que la monnaie de paiement sont remplacées par l'euro. Le paiement se fera de toute façon en euro. La clause a perdu toute utilité.

5. Clauses relatives au passage à l'euro

49. Aucune des clauses qui précédaient n'avait été rédigée dans la perspective particulière du passage à l'euro, mais la question de leur application pouvait se poser.

Depuis que l'introduction de la monnaie unique est devenue une perspective concrète, certains contractants ont prévu d'aménager explicitement l'incidence de l'arrivée de l'euro sur leurs obligations respectives. Divers types de clauses ont été introduites dans les contrats.

50. Les "clauses de continuité" ont pour objectif d'éviter toute remise en cause du contrat⁶⁹. Ainsi, la "continuity clause" suivante a-t-elle été recommandée par l'association néerlandais des banques :

"For the avoidance of doubt, the parties affirm and agree that neither the fixing of the conversion rate of the ... (contractual currency) against the euro as a single currency, in accordance with Article 190 L (4) of the Treaty establishing the European Union, nor the conversion of the obligations under this agreement from the ... (contractual currency) into euro will be a reason for early termination or cancellation of this agreement or for the prepayment of any amount due under this agreement, or create any liability of one party towards the other party for any direct or

⁶⁹ Sur ces clauses, cf. notamment Granata (1996) 139-141; Bossin (1996) 74-181; Draetta (1997) 21-24. La Commission elle-même avait jadis recommandé l'adoption d'une clause de continuité pour les emprunts lancés par la Communauté (Note explicative 94/C 130/05, *Journ. Off. Comm. Eur.*, 12 mai 1994); un passage de la note explicative selon lequel "cette clause implique que le remplacement de monnaie contractuelle ne saurait être considéré comme une violation du contrat ou comme un événement imprévu entraînant une modification des conditions dudit contrat" a été critiqué comme admettant *a contrario* que sans cette clause, la substitution de l'euro à la devise d'origine puisse être considérée comme un cas de force majeure (cf. Dassesse (1996) 85). Déjà, les autorités européennes abordaient la question de la "continuité" sans distinguer entre les différents problèmes en cause (cf. *supra*, n° 36).

consequential loss arising from any of these events, unless explicitly agreed by the parties to this agreement. As of the date that the ... (contractual currency) is no longer the lawful currency of (relevant EMU country), all payment obligations under this agreement will have to be satisfied in euro" ⁷⁰.

Une telle clause "de continuité" se situe dans la ligne de l'article 3 du Règlement du 11 juin 1997. Elle revêt cependant la portée particulière d'émaner des parties elles-mêmes, qui sont certainement qualifiées pour disposer du sort de leurs relations contractuelles. Des doutes ont par contre été émis quant à la compétence des autorités européennes à l'égard du droit des contrats (cf. *supra*, n° 35). Il en résulte qu'une telle clause de continuité présente le grand intérêt d'écarter de manière beaucoup plus sûre l'application éventuelle de principes relatifs à la *frustration*, au *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ou à l'imprévision que connaîtrait la *lex contractus*.

L'insertion de pareille clause peut s'avérer particulièrement indiquée dans les contrats régis par le droit d'un pays tiers à l'Union européenne. Dans tous les cas, les rédacteurs d'une clause de continuité devront cependant veiller à éviter l'amalgame où s'est laissé entraîner l'article 3 (cf. *supra*, n° 36) et bien distinguer, dans leurs formulations, les questions relevant de la *lex monetæ* et celles qui ressortissent à la *lex contractus*. C'est sur ce second plan que la clause peut présenter la plus grande utilité, les questions relevant la loi monétaire suscitant peu de problèmes de reconnaissance et de mise en œuvre⁷¹.

51. En sens contraire, comme les y autorise aussi l'article 3 du Règlement du 17 juin 1997, les parties pourraient prévoir une clause de "discontinuité", permettant d'adapter ou de résilier le contrat dans certaines circonstances à l'occasion du passage à l'euro (par exemple, si le taux de conversion entre la monnaie du contrat et l'euro, tel qu'il sera arrêté au 1er janvier 1999, devait se situer en dehors d'une certaine fourchette)⁷².

52. Les milieux consuméristes s'inquiètent cependant de cette faculté laissée aux parties. Ils craignent que le passage à l'euro ne soit le prétexte de résiliations ou d'adaptations de contrats au préjudice du consommateur⁷³. En Belgique, le projet de

⁷⁰ Cette clause est citée par Draetta (1997) 23.

⁷¹ La substitution automatique de l'euro à la monnaie d'origine peut faire l'objet d'une simple clause "informative", comme celle préconisée par une étude du Ministère français de l'économie, des finances et de l'industrie : "*En tant que besoin, il est rappelé que le franc français ... sera remplacé par la monnaie unique européenne en application de la réglementation communautaire. Conformément aux principes généraux du droit monétaire, les références au franc seront alors de plein droit considérées comme des références à l'euro. Cette substitution sera effectuée à la date et dans les conditions définies par la réglementation communautaire*" (Mission Euro, *op. cit.*, p. 7).

⁷² Cf. Duquesne et de Brouwer (1998) 87; Visco et Simonetti (1998) 117-119.

⁷³ Cf. en Belgique, la revue *Budget-Droits*, publiée par l'Association des consommateurs, avril 1997, p. 2.

loi relatif à l'euro rencontre ces préoccupations : à la liste des clauses réputées abusives (liste "noire") contenue dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur est ajouté un n° 22, visant les clauses ayant pour objet d'"autoriser le vendeur⁷⁴ à résilier ou à modifier le contrat en raison de l'introduction de l'euro". (La disposition n'est cependant pas applicable aux clauses qui ont fait l'objet d'une négociation individuelle)⁷⁵.

D. Questions particulières

53. Les développements qui précèdent concernaient le sort des contrats libellés dans une monnaie nationale remplacée par l'euro au 1er janvier 1999. Un traitement particulier doit être réservé aux contrats libellés en écus, situation rencontrée par l'article 2 du Règlement du 17 juin 1997. Un autre hypothèse spécifique est celle de certains contrats dont la monnaie constitue l'objet même, comme les contrats de *swap*.

1. Contrats libellés en écus

54. L'écu est apparu en 1978. Le mot rappelle une monnaie qui eut cours jadis dans certains pays, notamment en France. Les trois lettres du mot "écu" forment également les initiales de l'expression anglaise "*European Currency Unit*". Cette double référence faisait du mot "écu" un choix très séduisant pour désigner la monnaie unique européenne, et telle était initialement l'intention (cf. art. 109 G du Traité). Toutefois, le Conseil européen de Madrid, en 1995, a décidé que la monnaie unique s'appellerait plutôt "euro".

L'écu officiel a joué un rôle important dans le Système monétaire européen⁷⁶. Il est défini par référence à un panier de monnaies, où les monnaies des 12 premiers États membres interviennent avec leurs pondérations respectives. La composition du panier,

⁷⁴ Au sens de cette loi, le terme "vendeur" revêt une acception particulièrement large; il vise notamment tout fournisseur de biens ou de services (art. 1er, 6°).

⁷⁵ Art. 57 du projet (*Doc. Parl.*, Chambre, 1997-98, n° 1509/1, p. 75).

⁷⁶ Cf. Mattout (1996a) 299-302; Duquesne et de Brouwer (1998) 87.

dans son dernier état, est fixée par le Règlement (CE) n° 3320/94 du Conseil du 22 décembre 1994⁷⁷. L'écu officiel sera remplacé par l'euro au 1er janvier 1999.

A côté de l'écu officiel est apparu un écu privé⁷⁸. Organismes financiers, entreprises et particuliers ont apprécié la relative stabilité de l'écu et l'ont souvent adopté comme unité de compte de leurs contrats. Des comptes bancaires ont été ouverts en écus, donnant lieu à des opérations de transfert et de clearing, des emprunts obligataires ont été émis en écus, connaissant un réel succès dans les marchés financiers internationaux.

55. Il existe donc actuellement bon nombre d'instruments contractuels libellés en écus. Quel sera leur sort lors de l'avènement de l'euro ?

Le Règlement n° 1103/97 du 17 juin 1997, fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, rencontre le problème dans les termes suivants en son article 2, 1° :

"Toute référence à l'écu, au sens de l'article 109 G du traité et tel que défini par le règlement (CE) n° 3320/94, figurant dans un instrument juridique est remplacée par une référence à l'euro au taux d'un euro pour un écu. Toute référence à l'écu figurant dans un instrument juridique sans une telle définition est présumée constituer une référence à l'écu au sens de l'article 109 G du traité et tel que défini par le règlement (CE) n° 3320/94, cette présomption pouvant être écartée en prenant en considération la volonté des parties".

La première hypothèse est celle où l'instrument juridique libellé en écu se réfère explicitement à la définition de l'écu officiel telle qu'elle était établie par le règlement de 1994. Dans ce cas, cet écu officiel étant remplacé par l'euro au taux de 1:1, il y a simplement substitution d'une référence à l'autre.

Dans le second cas, la référence contractuelle à l'écu n'est assortie d'aucune précision. Le règlement n° 1103/97 présume alors que la volonté des parties était de se référer à la définition officielle de l'écu, comme dans la première hypothèse. Dès lors, l'écu est également converti en euro sur une base paritaire. Mais il ne s'agit que d'une présomption réfragable. Les parties pourront démontrer que leur intention était de se référer à un panier "fermé", c'est-à-dire à l'écu tel qu'il était défini à un moment déterminé, sans subir les effets de modifications ultérieures de la composition du panier et de la pondération des monnaies constitutives. Le contrat reste alors libellé en écus, par référence au panier initial. Ce panier, toutefois, voit malgré tout sa

⁷⁷ *Journ. Off. Comm. Eur.*, L 350/27 du 31 déc. 1994.

⁷⁸ Sur l'écu privé, cf. notamment Draetta (1997) 15; Thévenoz (1997) 285, 307; Duquesne et de Brouwer (1998) 87; Visco et Simonetti (1998) 116.

composition affectée de manière sensible par le fait que les monnaies des pays participants y sont nécessairement remplacées par l'euro⁷⁹.

56. La bonne compréhension de ce qui précède appelle cependant une réflexion sur la nature juridique de l'écu et sur les conséquences qui en découlent.

L'écu, en effet, n'est pas une monnaie, bien qu'il en joue plusieurs fonctions. Lorsque la Communauté européenne l'a défini, elle ne disposait pas encore de la souveraineté monétaire, toujours réservée aux États membres. Aucune banque centrale n'émet les écus, qui n'apparaissent d'ailleurs pas sous forme d'espèces ayant cours légal. *A fortiori*, les écus privés, créés par les établissements financiers, sont de pures unités de compte privées⁸⁰.

Par conséquent, lorsque les autorités européennes décident qu'un écu devient un euro, elles n'agissent pas sur le même plan que lorsqu'elles établissent les taux de conversion entre les monnaies des pays participants et l'euro. Dans le second cas, elles disposent en tant qu'autorité monétaire compétente et les textes qu'elles arrêtent ressortissent à la *lex monetæ*. Par contre, lorsqu'elles arrêtent des textes relatifs à l'écu, jadis pour le définir et à présent pour le déclarer paritairement convertible en euro, elles n'exercent pas la compétence d'une autorité monétaire. L'équivalence déclarée par l'article 2 du Règlement n° 1103/97 ne ressortit dès lors pas du domaine de la *lex monetæ*, mais de celui de la *lex contractus*⁸¹.

57. Ceci n'est pas sans incidence sur le sort des contrats libellés en écus. La conversion de l'écu en euro au taux de 1:1 ne s'impose pas comme loi monétaire; elle relève de la loi du contrat.

Si le contrat est régi par le droit d'un État membre, l'application de l'article 2 précité devrait s'imposer⁸² - à condition que ne soient pas soulevés les problèmes de compétence évoqués plus haut, notamment quant aux principes de non-rétroactivité et de subsidiarité (cf. *supra*, n° 35).

⁷⁹ Cf. Thévenoz (1997) 310-311; Vandemeulebroeke (1996) 191; Duquesne et de Brouwer (1998) 87. Comp. Visco et Simonetti (1998) 116.

⁸⁰ Dans le sens que l'écu n'est pas une monnaie, cf. Draetta (1997) 15; Wölker (1996) 96; Thévenoz (1997) 285-286; Visco et Simonetti (1998) 114-115. Il existe cependant des opinions divergentes (cf. Vandemeulebroeke (1996) 192) ou plus nuancées (Cf. Dunnett [1996] 1151-1152; Duquesne et de Brouwer (1998) 87-88).

⁸¹ Cf. Thévenoz (1997) 286; Duquesne et de Brouwer (1998) 88.

⁸² Cf. Visco et Simonetti (1998) 115.

Mais d'autres rapports montreront sans doute qu'il pourrait en aller différemment si le droit applicable est celui d'un pays tiers. Pareil droit ne reconnaîtra en effet pas cet article 2 comme *lex monetæ*, et le juge saisi ne retiendra donc pas *a priori* l'équivalence entre l'écu et l'euro⁸³. C'est dans la *lex contractus* en cause que le juge cherchera les éléments lui permettant de décider du sort de ce contrat libellé en écus à la suite de l'avènement de l'euro. Il n'est pas exclu que l'analyse aboutisse quand même à considérer la conversion au pair s'impose, mais d'autres issues sont possibles⁸⁴.

b) Contrats "financiers", opérations dérivées

58. Certains contrats portent sur les monnaies elles-mêmes, notamment les accords de "swaps" d'intérêts ou de devises. Ainsi, dans ce dernier cas, deux opérateurs s'échangent des positions en devises et les taux d'intérêts correspondants, aux fins de couverture ou de spéculation⁸⁵. L'avènement de l'euro suscite ici des problèmes particuliers.

Supposons en effet que le swap porte sur deux devises appelées à se fondre dans l'euro, par exemple des liras italiennes contre des marks allemands⁸⁶. A l'échéance, des paiements réciproques devront être faits dans l'une et l'autre de ces monnaies. Entre-temps, des taux d'intérêts différents sont échangés. Voici qu'en cours de contrat, l'euro remplace chacune des deux monnaies, et que (si les taux initiaux étaient variables) le même taux d'intérêt grève dorénavant les deux engagements, celui de l'euro. Le maintien du contrat a-t-il encore un sens ? Il n'y a plus de risque de change contre lequel se couvrir, à propos duquel spéculer⁸⁷.

⁸³ Thévenoz (1997) 286, relève par ailleurs que l'article 2 du Règlement ne s'imposerait pas à un juge suisse au titre des lois de police, en raison de son caractère supplétif (comp. *supra*, note 32).

⁸⁴ Cf. Thévenoz (1997) 307-312; Thévenoz (1996) 117-126; Dassesse (1996) 85-86; Dunnell (1996), 1151-1161; H. S. PIGOTT, European Monetary Union : Continuity of Contracts, *Butterworths Journ. of Int. Banking and Financial Law*, janv. 1996, pp. 10-11; Visco et Simonetti (1998) 115; Min. fr. de l'économie, des finances et de l'industrie, Mission Euro, *op. cit.*, pp. 43-46; Duquesne et de Brouwer (1998) 88. Les solutions peuvent être affectées par la présence dans les contrats libellés en écus de clauses spécifiques relatives à l'avènement de la monnaie unique (cf. notamment à ce sujet la Note explicative de la Commission citée *supra*, note 68, Doc. 94/C 130/05, *Journ. Off. Comm. Eur.*, C 130/6, 12 mai 1994; Draetta (1997) 1-12).

⁸⁵ Sur les *swaps* de devises, cf. notamment Mattout (1996a) 338-339.

⁸⁶ Si le *swap* porte sur un échange entre la monnaie d'un pays participant et celle d'un pays tiers, le contrat se mue en un *swap* entre l'euro et la monnaie tierce, avec l'impact éventuel d'une différence de taux d'intérêt (cf. Visco et Simonetti (1998) 128).

⁸⁷ Cf. Terray (1996) 16; Visco et Simonetti (1998) 127-128.

Pareil problème est en principe résolu dans le sens du maintien du contrat par l'article 3 du Règlement du 17 juin 1997⁸⁸, compte étant tenu des interrogations que suscite cette disposition (cf. *supra*, n° 33-37). Comme la question ressortit à la *lex contractus*, certains l'ont examinée au regard de différents droits nationaux.

59. En droit belge ou français, ne peut-on dire que l'opération a perdu sa cause⁸⁹ ? Encore faudrait-il en déterminer les conséquences. La "cause" en question serait la cause subjective, à savoir les mobiles poursuivis par les parties, la finalité économique de l'opération. Le fait que ces mobiles viennent à être déjoués ne permet en principe pas de remettre en cause le contrat, du moins en droit belge ⁹⁰.

Le problème peut être posé autrement. Un tel contrat est le plus souvent considéré comme aléatoire, chacune des parties courant une chance de gain ou de perte⁹¹. Le remplacement des monnaies du contrat par la monnaie unique, au taux de conversion établi le 1er janvier 1999, détermine le résultat de l'opération en faveur d'une partie et au détriment de l'autre⁹². Le contrat a donc joué son rôle, bien que l'aléa ait pris fin prématurément⁹³. Mais alors, le contrat doit-il être maintenu pour l'avenir ? Il ne s'agit plus que d'attendre l'échéance pour liquider - par compensation - des positions désormais figées.

Le contrat peut cependant conserver son intérêt dans certains cas. Ainsi, si les taux d'intérêt étaient fixes, un différentiel subsiste entre les prestations des parties. Ainsi encore, si les montants en cause ou les échéances de paiement sont différents, l'une des parties tiendra peut-être à conserver son avantage de trésorerie⁹⁴.

⁸⁸ Cf. Duquesne et de Brouwer (1998) 88. Le 9ème considérant du Règlement énonce que "le terme "contrat" utilisé dans la définition des instruments juridiques englobe tous les types de contrats ...". Avant l'adoption du Règlement, Wölker (1996) 1126-1127, avait préconisé que la réglementation communautaire ne concerne pas les produits dérivés, laissant leur sort aux solutions élaborées par le marché lui-même.

⁸⁹ Certains évoquent ici la disparition de l'"objet" du contrat (cf. Terray (1996) 16; Sunt (1996-97) 1186). Tel ne nous semble pas être le cas. L'objet du contrat, ou plus précisément l'objet des prestations des parties, ce sont les quantités de marks et de lires qui devaient être échangées. Comme ces marks et ces lires sont remplacés par des euros, par l'effet de la *lex monetae*, les prestations conservent chacune leur objet (cf. *supra*, n° 18). La disparition des finalités économiques du contrat concerne la cause au sens subjectif, et non l'objet. Telle serait du moins l'analyse en droit belge (cf. Van Ommeslaghe (1970) 328-367; Stijns, Van Gerven et Wéry (1996) 714; Duquesne et de Brouwer (1998) 88).

Comp. l'idée selon laquelle les contrats de *swaps* n'échangent pas des "monnaies", mais des "valeurs"; les lires ou les marks ne seraient pas pris en considération comme unités de compte, mais comme "marchandises". Il en résulterait que l'effet automatique de la *lex monetae*, la substitution de l'euro, ne se produirait pas, et que l'exécution du contrat deviendrait bien impossible par la disparition de l'objet des prestations respectives (cf. notamment Visco et Simonetti (1998) 126-127).

⁹⁰ Cf. Duquesne et de Brouwer (1998) 88.

⁹¹ Cf. Terray (1996) 16. Le caractère aléatoire de tels contrats est cependant controversé (cf. Cf. Draetta [1997] 20; Visco et Simonetti (1998) 125).

⁹² Cf. Sunt (1996-97) 1186; Duquesne et de Brouwer (1998) 88.

⁹³ Cf. Visco et Simonetti (1998) 124, qui parlent de "congélation" du contrat suite à la conversion en euros des deux monnaies initiales.

⁹⁴ Cf. Mattout (1996b) 163; Visco et Simonetti (1998) 124-125 (ces auteurs se demandent si de telles situations peuvent donner lieu, en Italie, à l'application du régime de l'*eccesiva onerosità* prévu à l'article 1467 du *Codice civile*).

60. C'est cependant sous l'angle de la *common law* que la question présente le plus d'intérêt, nombre de contrats dérivés étant soumis au droit anglais ou à celui de l'Etat de New York. On se demande principalement si l'avènement de l'euro ne crée pas une situation de *frustration* pour le contrat. La question a été évoquée à propos de la continuité des contrats en général (cf. *supra*, n° 27-29), mais elle présente des aspects spécifiques dans son application aux produits dérivés, que nous ne développerons pas ici⁹⁵.

61. De manière plus générale, d'ailleurs, la problématique des contrats dérivés dépasse le cadre du présent exposé, au-delà de la brève introduction que nous venons de présenter. La matière s'avère très complexe, notamment parce que ces opérations présentent des formes très variées et évolutives⁹⁶. Les solutions sont également influencées par les stipulations contenues dans les contrats types ("*Master Agreements*") établis par des groupements professionnels comme l'*International Swap Dealers Association* (ISDA)⁹⁷. Notre collègue MATTOU consacrera aux contrats dérivés un exposé spécifique au cours d'une prochaine séance, et nous y renvoyons.

IV. CONCLUSIONS

L'avènement de l'euro risque-t-il d'affecter la "continuité" des contrats ?

62. L'impression peut se dégager qu'il n'y a guère de difficultés en perspective. Au terme d'une étude approfondie du problème, un auteur évoquait naguère Shakespeare : "*Much ado about nothing*" ...⁹⁸

Il est vrai que dans la plupart des cas, les choses se passeront bien. Les valeurs en monnaies nationales seront converties en euros au taux arrêté au 1er janvier 1999 et la vie du contrat continuera comme avant. Aucun ne pourra prétendre que l'exécution de ses obligations est devenue impossible, ni que l'économie du contrat a été bouleversée.

⁹⁵ Cf. Pigott (1996) 11; Terray (1996) 16; Bossin (1996) 170-171. Cf. également le "Memorandum" de Chr. D. OLIVE, annexé au rapport de Dassesse (1996).

⁹⁶ Cf. Mattoui (1996a) 333-377; Draetta (1997) 19-20; Wölker (1996) 1126-1127; Visco et Simonetti (1998) 123.

⁹⁷ Cf. Bossin (1996) 167-172; Draetta (1997) 20-21; Duquesne et de Brouwer (1998) 88.

⁹⁸ Draetta (1997) 24.

C'est à juste titre que l'article 3 du Règlement du 11 juin 1997 se veut rassurant.

63. Il faut cependant se garder de toute insouciance, même de tout excès de confiance. Les problèmes éventuels sont gouvernés par des lois différentes, qui n'apportent pas toujours les mêmes solutions, et qui soumettent souvent celles-ci à des appréciations en fait, dépendant des circonstances de l'espèce. L'article 3 lui-même n'est pas sans susciter quelques interrogations quant à sa portée, voire sa constitutionnalité.

La discussion a conduit à souligner qu'il n'y a pas à proprement parler de "principe de continuité des contrats", car plusieurs ordres de considérations sont en cause. Ces différents axes de pensée conduisent en général au maintien de l'intégrité du lien contractuel, mais les solutions ne sont pas absolues.

Il n'y a certainement pas lieu à panique, ni même à sentiment d'insécurité, mais la vigilance est requise.

Prof. Marcel FONTAINE
Septembre 1998

Bibliographie

Berr C.J. (1997), "Réflexions prudentes sur certains aspects juridiques de la disparition annoncée du franc", *Recueil Dalloz Sirey*, 1997, Chr., pp. 301-304.

Bossin J.M. (1996), "Le passage à la monnaie unique et les contrats de produits dérivés de gré à gré", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 165-181.

Courbis B. (1996), "L'euro face aux pratiques monétaires : les aléas de la transition 1999-2002", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 35-47.

Credot F.J., Moulin A.M. (1996), "Rapport du groupe «Questions juridiques»", in *Rapport des groupes de travail de la profession bancaire française sur le passage à la monnaie unique*, Paris (AFB diffusion), pp. 1-52.

Dassesse M. (1996), "Les contrats régis par la loi d'un pays tiers - Le cas de l'Etat de New York", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 81-105.

Delebecque P. (1996), "L'euro et les contrats en cours", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 69-73.

Draetta U. (1997), "L'euro e la continuità dei contratti in corso", *Dir. del comm. int.*, 1997, pp. 3-24.

Dunnett D.R.R. (1996), "Some Legal Principles Applicable to the Transition to the Single Currency", *Common Market Law Review* 33 (1996), pp. 1133-1167.

Duquesne B., de Brouwer F. (1998), "Aspects juridiques du passage à la monnaie unique", *Journal des Tribunaux* (belge), 1998, pp. 81-89.

Farnsworth E.A. (1982), *Contracts*, Boston et Toronto (Little, Brown & Co).

Fontaine M. (1971), "La protection de l'entreprise contre les risques de change", *Revue de la Banque*, 1971, pp. 728-742.

Fontaine M. (1989), *Droit des contrats internationaux*, Paris (F.E.C.).

Granata E. (1996), "La continuité des contrats dans les différentes phases du passage à la monnaie unique", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 133-141.

Grua F. (1997), "Fiction et réalité dans le passage à l'euro", *Recueil Dalloz Sirey*, 1997, Chr., pp. 130-132.

Hondius E. (1998), "Towards a European Civil Code - General Introduction", in *Towards a European Civil Code*, Nimègue (Ars Aequi Libri), La Haye, Londres, Boston (Kluwer Law International).

Kahn P. (1975), "Force majeure et contrats internationaux de longue durée", *Journal du Droit International*, 1975, pp. 467- 485.

Mann F.A. (1992), *The Legal Aspects of Money*, Oxford (Clarendon Press).

Mattout J.P. (1996a), *Droit bancaire international*, Paris (La Revue Banque).

— (1996b), "Les taux d'intérêt et le passage à la monnaie unique", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 157-164.

Mayer P. (1994), *Droit international privé*, Paris, (Montchrestien).

Ministère français de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (1997), "Le passage à l'euro: conventions internationales", Mission Euro, octobre 1997, pp. 1-14.

Moreteau O. (1996), "Les effets de la mise en place de l'euro sur les contrats régis par le droit américain", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 75-80.

Oppetit B. (1974), "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de «hardship»", *Journal du Droit International*, 1974, pp. 794-814.

Philippe D. (1986), *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles (Bruylant).

Pigott H.S. (1996), "European Monetary Union: Continuity of Contracts", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, janv. 1996, pp. 10-12.

Rigaux F., Fallon M. (1993), *Droit international privé*, II, Bruxelles (Larcier).

Schwerer F. (1997), "Lois américaines relatives au passage à la monnaie unique", *Revue de Droit des Affaires internationales*, 1997, pp. 783-786.

Stijns S., Van Gerven D., Wery P. (1996), "Chronique de jurisprudence - Les obligations : les sources (1985-1995)", *Journal des Tribunaux* (belge), 1996, pp. 689-752.

Sunt C. (1996-1997), "De invoering van de «euro»", *Rechtskundig Weekblad*, 1996-1997, pp. 1177-1188.

Terray J. (1996), "La sécurité des contrats à l'épreuve de la monnaie unique", *Banque & Droit* n°47, mai-juin 1996, pp. 13-17.

Thevenoz L. (1996), "Un écu devient un euro : reconnaissance par les pays tiers", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 117-126.

Thevenoz L. (1997), "La monnaie unique et les pays tiers : un point de vue suisse", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1997, pp. 275-317.

Tilmann W. (1997), "The legal basis for a European Civil Code", *European Review of Private Law*, 1997, pp. 471-473.

Vandemeulebroeke M., "La continuité des contrats internationaux", in *Les aspects juridiques du passage à l'euro*, Actes du séminaire de Lyon, Centre interprofessionnel de recherches en droit bancaire, Université Jean Moulin Lyon 3, 1996, pp. 183-202.

Van Gerven W. (1997), "Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code ?", *European Review of Private Law*, 1997, pp. 465-469.

Van Ommeslaghe P. (1970), "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne (note sous Cass. b., 13 nov. 1969)", *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1970, pp. 328-367.

Visco C., Simonetti L. (1998), "L'euro e il problema della continuità dei contratti", *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 107-134.

Weill A., Terre F. (1986), *Droit civil. Les obligations*, Paris, (Dalloz).

Wölker U. (1996), "The Continuity of Contracts in the Transition to the Third Stage of Economic and Monetary Union" *Common Market Law Review* 33 (1996), pp. 1117-1132.