

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DANS LES CONVENTIONS DE LA HAYE

PAR

Nadine WATTÉ

CHARGÉ DE COURS

ET DIRECTEUR DU CENTRE DE DROIT PRIVÉ

ET DE DROIT ÉCONOMIQUE À LA FACULTÉ

DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

I. GÉNÉRALITÉS

1. En 1927, dans une série de leçons données à l'Académie de La Haye et consacrées à la théorie de l'autonomie de la volonté, le professeur Niboyet concluait à la condamnation, à plus ou moins long terme, du principe de l'autonomie (1). Quarante-cinq ans plus tard, dans un cours dédié au même sujet, A. C. Gialdino constatait l'existence d'un essor vigoureux de l'autonomie de la volonté et la disparition des dernières réticences (2).

Ce n'est pas ici le lieu de retracer l'évolution de la théorie de l'autonomie de la volonté ni de refaire l'analyse des différents arguments qui ont été évoqués en sa faveur. Relevons toutefois que c'est seulement avec l'arrêt du 24 février 1938 (3), que la Cour de cassation de Belgique a affirmé le principe suivant lequel la loi régissant les contrats est celle que les parties ont choisie. Cette formule a été reprise, en termes exprès, dans plusieurs arrêts ultérieurs (4).

La volonté des parties joue le rôle du facteur de rattachement dans la règle de conflit lorsque l'acte juridique en cause a des liens avec plusieurs pays. Et c'est à titre normatif qu'on applique la loi désignée par les parties pour régir leur acte. Un tel système se distingue de la possibilité pour les parties, dans l'exercice de leur pouvoir d'autonomie, d'insérer dans un contrat des règles de droit étranger comme elles peuvent avoir recours à une législation abrogée, ce qui suppose que soit évidemment résolu le pro-

(1) *Rec. cours La Haye*, 1927, I, t. 16, pp. 5 et suivantes.

(2) « La volonté des parties en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1972, III, t. 137, pp. 753 et 754.

(3) *Pas.*, 1938, I, p. 66 ; *B.J.*, 1938, col. 289 ; *D.*, 1938, II, p. 57, note PHILONENKO ; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1938, p. 661, note WIGNY ; RIGAUX et ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge. Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 197.

(4) Voy. notam. Cass., 27 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 343 ; *J.T.*, 1975, p. 62 ; Cass., 21 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 642 ; *J.T.*, 1975, p. 424 ; *R.W.*, 1974-1975, col. 2552.

blème de la détermination de la loi applicable au contrat et que celle-ci reconnaisse aux parties un tel pouvoir.

Le principe de l'autonomie de la volonté n'est donc pas la simple transposition, sur le plan du droit international privé, de la liberté des parties du droit interne. Il a une portée très générale qui varie cependant suivant les diverses conceptions que se font les auteurs du rôle de la volonté des individus.

2. Selon la doctrine du subjectivisme pur, les dispositions de la loi choisie, qui s'intègrent comme n'importe laquelle des clauses contractuelles dans le contrat, n'ont de force obligatoire que dans la mesure où la volonté des parties leur en confère une. La Cour de cassation paraît avoir adopté cette solution dans l'arrêt du 24 février 1938. Elle sera, par contre, condamnée dans les arrêts ultérieurs.

Diverses conséquences découlent de cette approche : les modifications légales ultérieures n'affectent pas le contrat et celui-ci d'ailleurs peut n'être soumis à aucune loi (contrat dit sans loi).

3. Le subjectivisme modéré, par contre, consiste à permettre aux parties de désigner la loi sous l'empire de laquelle elles entendent se soumettre. Mais, une fois le choix effectué, cette loi s'impose aux parties dans ses dispositions actuelles comme futures. C'est à cette solution que s'est attachée la jurisprudence belge actuelle. Une telle conception a été adoptée dans les conventions internationales portant règlement uniforme de conflit de lois et notamment dans la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

4. Si la plupart des États consacrent le principe de l'autonomie de la volonté, les solutions divergent quant à son contenu et quant à sa portée. De manière sommaire, l'on peut constater que le recours à la loi d'autonomie l'a emporté pour les actes juridiques « non familiaux » ; il semble que les actes extrapatrimoniaux, tels l'adoption, le divorce par consentement mutuel, .. y échappent. Quant aux actes patrimoniaux de droit familial (testament, contrat de mariage, ..), l'autonomie de la volonté n'y joue généralement qu'un rôle très limité. Il n'en va pas de même dans les récentes conventions internationales de La Haye ayant pour objet le règlement uniforme des règles de conflits de lois dans certaines matières. La célébration du centenaire de la Conférence de La Haye nous fournit l'occasion d'examiner quelques conventions qui y ont été négociées. En ce qui concerne les actes non familiaux de nature patrimoniale, sera principalement examinée la Convention, du 22 décembre 1986, sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises et pour les actes familiaux, la Convention, du 1^{er} août 1989, sur la loi applicable aux successions à cause de mort et la Convention, du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Ce n'est pas le lieu d'examiner en détail chacune de ces conventions. Mais il nous a paru intéressant de tenter de dégager dans quelle mesure elles consacrent le système de l'autonomie de la volonté et quelles sont les limites qui y ont été apportées. De ce point de vue, il y a lieu préalablement d'en cerner brièvement le champ d'application respectif. Enfin, pour être complet, il nous a semblé utile de dire quelques mots des systèmes de rattachement objectif prévus par ces conventions lorsque les parties ne se sont pas exprimées sur la désignation de la loi applicable.

II. LE CHAMP D'APPLICATION : L'OBJET

A. *La Convention sur la loi applicable aux contrats de vente*

A.1. *La notion de vente.*

5. 5. La Convention de La Haye, du 22 décembre 1986, sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (5), destinée à remplacer la Convention de La Haye, du 15 juin 1955, sur la loi applicable à la vente internationale des objets mobiliers corporels (6), ne définit pas ce qu'il faut entendre par « vente » au sens de la Convention.

L'on s'accorde généralement pour considérer comme vente un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer une chose et l'acheteur à la payer. Mais de nombreux contrats associent des caractères empruntés au contrat de vente et au contrat d'entreprise. Il appartiendra au juge du for de qualifier un tel contrat. Toutefois, l'article 4, § 1 de la Convention de 1986 vise expressément l'hypothèse du vendeur-fabricant.

Sont ainsi assimilés à la vente, les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire. Ils cessent cependant d'être des contrats de vente, au sens de la Convention,

— soit, si la fourniture « d'une part importante des éléments matériels nécessaires » à la fabrication ou à la production du bien, incombe à la partie qui passe la commande (art. 4, § 1),

(5) La Belgique n'a pas encore ratifié la Convention de 1986 ; en revanche, la Convention de 1955 y est en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1964. Sont également liés par cette Convention : le Danemark, la Finlande, la France, l'Italie, le Niger, la Norvège, la Suède et la Suisse.

(6) Lorsqu'un État, comme la Belgique, partie à la Convention de 1955 souhaite adhérer à celle de 1986, se pose inévitablement le délicat problème du conflit entre les deux Conventions (sur les difficultés de la hiérarchie des normes en matière de vente internationale, voy. notam. notre article, « La vente internationale de marchandises : bilan et perspectives », *R.D.C.B.*, 1991, n° 7 et s., pp. 370 et s.) ; REMERY, « Les relations de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles avec les autres conventions (l'exemple de la vente internationale) », *G.P.*, 1992, pp. 8 et s. La Convention de La Haye de 1986, en son article 28, pose le principe de la supériorité de la Convention de 1986 sur celle de 1955. Toutefois, la Convention de 1986 ne s'applique qu'aux contrats conclus après son entrée en vigueur. Il faut dès lors admettre que la Convention de 1955 reste d'application pour les contrats conclus avant la date d'entrée en vigueur de la Convention de 1986.

— soit, lorsque la part prépondérante de l'obligation du vendeur consiste en une « fourniture de main d'oeuvre ou d'autres services » (art. 4, § 2). Cette dernière expression désigne la fourniture de diverses formes de technologie et de *know how*.

Certaines ventes sont expressément exclues du champ d'application de la Convention en raison de leur nécessaire obéissance à une réglementation spécifique. Il s'agit :

- des ventes sur saisie ou par autorité de justice ;
- des ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaie. La Convention s'applique toutefois aux ventes de marchandises sur documents.
- des ventes aux consommateurs, c'est-à-dire des ventes de marchandises « achetées pour un usage personnel, familial ou domestique ». La Convention utilise donc pour la définition de la vente aux consommateurs un critère objectif, complété cependant d'un élément subjectif consistant dans la connaissance que le vendeur a ou est censé savoir que « les marchandises étaient achetées pour un tel usage » (7).

A.2. *La notion de marchandises.*

6. Pas plus que la notion de « vente », celle de « marchandises » n'a été précisée dans la Convention de La Haye de 1986. D'usage courant dans les milieux professionnels, le terme de marchandises recouvre, en réalité, les meubles corporels (8), à l'exclusion des meubles incorporels et des immeubles. Mais, si aucune définition n'est donnée, la Convention déclare cependant à propos de certains biens qu'ils doivent être rangés parmi les « marchandises ». Il s'agit des navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs (9) ainsi que de l'électricité.

B. *La Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.*

B.1. *Les matières visées.*

7. La Convention de La Haye, du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ne précise pas non plus ce qu'il faut entendre par « régime matrimonial ».

(7) Les ventes aux consommateurs ont fait l'objet d'un projet de Convention élaboré lors de la quatorzième session de la Conférence de La Haye et elles sont organisées, dans des règles particulières, dans la Convention de Rome du 19 juin 1980.

(8) La Convention de La Haye de 1955 utilisait l'expression « objets mobiliers corporels ».

(9) Notons que le texte anglais vise cinq termes : « ships, vessels, boats, overcraft and aircraft » et que la Convention de 1955 avait exclu de son champ d'application les ventes de bateaux, de navires et d'aéronefs enregistrés, ce qui soulevait un problème de qualification, le terme « enregistrement » étant ambigu.

Il appartiendra dès lors au juge du for de qualifier cette notion. L'on peut espérer que pour ce faire les juridictions nationales ne se référeront pas aux concepts du for mais rechercheront une qualification autonome. La Cour de cassation de Belgique, ayant à interpréter la notion de « faute contractuelle » figurant dans la Convention de Varsovie, du 12 octobre 1929, pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, a été dans ce sens (10).

Et il nous paraît que les juridictions des États de la C.E. pourraient très opportunément s'inspirer de l'interprétation communautaire donnée par la Cour de Justice de Luxembourg des termes « régimes matrimoniaux » contenus dans l'article 1^{er} de la Convention de Bruxelles, du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (11).

B.2. Les matières exclues.

8. La Convention énumère un certain nombre de matières qui sont exclues du champ d'application de la Convention : les obligations alimentaires entre époux, les droits successoraux du conjoint survivant et la capacité des époux.

Cette liste n'est pas exhaustive ; elle ne fait « qu'attirer l'attention sur trois points que l'on pourrait être tenté, faute de précision, de soumettre à la loi applicable au régime matrimonial » (12).

La Convention exclut les aliments entre époux car ils font déjà l'objet d'une autre Convention de La Haye : la Convention, du 2 octobre 1973, sur la loi applicable aux obligations alimentaires (13), qui se réfère à la loi interne de l'État sur le territoire duquel est située la résidence habituelle du créancier d'aliments (art.4).

C'est pour un autre motif qu'ont été écartés les droits successoraux du conjoint survivant. Ils soulèvent d'abord un délicat problème de qualification. Si l'on considère qu'il s'agit de droits matrimoniaux, ils sont régis par la loi du régime matrimonial ; en revanche, si on les qualifie de droits successoraux, il faut les soumettre à la loi successorale (14). Enfin, certains

(10) Cass., 27 janvier 1977, *Pas.*, I, p. 574, concl. proc. gén. DELANGE ; *J.T.*, 1977, p. 438 ; *R.W.*, 1977-1978, col. 25.

(11) C.J.C.E., aff. 120/79, arrêt de Cavel du 6 mars 1980, *Rec. C.J.C.E.*, 1980, p. 731.

(12) VON OVERBECK, « Rapport explicatif », *Actes et documents de la treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, La Haye, t. II, Régimes matrimoniaux, 355.

(13) La Convention du 2 octobre 1973 est en vigueur dans les pays suivants : Espagne (1^{er} octobre 1986), France (1^{er} octobre 1977), Italie (1^{er} octobre 1982), Japon (1^{er} septembre 1986), Luxembourg (1^{er} janvier 1982), Pays-Bas (1^{er} mars 1981), Portugal (1^{er} octobre 1977), République fédérale d'Allemagne (1^{er} avril 1987), Suisse (1^{er} octobre 1977) et Turquie (1^{er} novembre 1983).

Elle n'a pas encore été ratifiée par la Belgique, qui l'a signée le 9 mars 1976.

(14) Voy. sur cette question, le célèbre arrêt Bartholo de la Cour d'Alger du 24 décembre 1889, *Clunet*, 1891, p.1171. Nous pensons que les droits visés à la loi belge du 14 mai 1981 doivent être qualifiés de droits successoraux et régis par la loi successorale.

droits qui découlent du décès d'un conjoint, par exemple le droit à une pension de survie, ne sont ni des droits matrimoniaux ni des droits successoraux. Il a été dès lors impossible d'aboutir à une délimitation de ces droits et l'on a préféré les écarter du champ d'application de la Convention. Ils peuvent éventuellement, depuis, entrer dans le champ d'application de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort, dont nous examinerons ci-après l'objet.

Est également exclue du champ d'application de la Convention la capacité des époux de conclure valablement un contrat ou d'adopter un régime matrimonial légal. Celle-ci relève dès lors des règles de droit commun des États et, dans notre système, des lois nationales des époux en vertu de l'article 3, alinéa 3 du Code civil.

Mais il convient de distinguer capacité et pouvoirs des époux. Si la première est exclue, les seconds se rapportent aux biens sur lesquels les époux peuvent être amenés à agir. Ils concernent dès lors le régime matrimonial et sont, par conséquent, soumis à la loi du régime matrimonial (15).

Qu'en est-il enfin des règles du « régime primaire » institué par la loi belge du 14 juillet 1976 ?

Rappelons que ces règles, qui à la fois visent les droits et devoirs fondamentaux des époux quant à leur personne, réalisent leur complète égalité et leur indépendance patrimoniale et règlent le déroulement et le fonctionnement de la vie familiale, s'appliquent, en droit interne, de manière impérative, à tous les époux par le seul fait de leur mariage et quel que soit leur régime matrimonial.

Il nous paraît que ces règles échappent au champ d'application de la Convention (16) ; elles relèvent dès lors des règles de droit commun où leur rattachement est d'ailleurs contesté (17).

Il en résulte que la Convention ne s'applique qu'aux matières relevant du régime matrimonial secondaire (en réalité, le régime des biens des époux). Mais ayant à cet égard une portée générale, elle régit non seulement les rapports entre époux mais également les rapports avec les tiers (18).

(15) Il s'agit, en Belgique, de la loi nationale des époux : voy. notam. VERWILGHEN et VAN DEN EYNDE, « Régimes matrimoniaux (Droit international) », in *R.P.D.B.*, compl. VI, 1983, n° 31 et s. ; WATTÉ, « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Rép. Not.*, t. XV, livre XIV, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 20 et s.

(16) Voy. en même sens, LIENARD-LIGNY, « Le régime matrimonial en droit international privé et la Convention de La Haye du 14 mars 1978 », *Ann. Liège*, 1981, p. 317.

(17) Sur l'ensemble de cette question, voy. notre ouvrage *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1987, part. n° 155 et s.

(18) Voy. ég. LOUSSOUARN, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Chunet*, 1979, p. 18. L'article 9, alinéa 1, vise expressément les rapports avec les tiers.

C. *La Convention sur la loi applicable
aux successions*

C.1. *Matières visées.*

9. La Convention de La Haye, du 1^{er} août 1989, sur la loi applicable aux successions à cause de mort s'applique aux « successions à cause de mort », termes qui ne sont pas définis par la Convention (19).

Selon D.W.N. Waters, rapporteur de la Convention, celle-ci vise « tous les types de successions, testamentaires ou non, ou faisant suite à un pacte successoral. Il s'ensuit que la Convention s'applique au cas où la succession est partiellement testamentaire et partiellement *ab intestat*, et au cas d'un défunt qui a conclu un pacte successoral mais dont la succession, en dehors de cela, est entièrement testamentaire ou *ab intestat*, ou partiellement testamentaire et donc partiellement *ab intestat* » (20).

Elle vise également les pactes successoraux lorsque ceux-ci sont faits par écrit ou s'ils résultent de testaments mutuels et qu'ils confèrent, modifient ou retirent des droits dans la succession future d'une ou plusieurs personnes parties à l'accord (art. 8).

Mais la Convention ne s'applique qu'à la dévolution successorale ; elle ne vise ni l'administration de la succession, ni la transmission des biens faisant partie de la masse successorale, matières qui continuent d'être régies par les règles de conflit nationales.

Cette scission repose sur la distinction opérée dans les systèmes de common law, où seule la dévolution successorale relève à proprement parler de la loi successorale (21).

C.2. *Matières exclues.*

10. La Convention énumère certaines matières qui sont exclues du champ d'application.

Il s'agit de la forme des dispositions à cause de mort, de la capacité de disposer, des questions relevant du régime matrimonial, de certains biens tels les contrats d'assurance et les plans de retraite.

Rappelons que la forme des dispositions testamentaires est régie par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 et celle des pactes successoraux par les règles nationales des États contractants. Quant à la capacité de disposer par testament, elle relève de la loi nationale du testateur dans le système juridique belge. Il en est de même de la capacité de l'instituant lorsqu'il s'agit de disposition à cause de mort entre vifs.

(19) Jusqu'à présent aucun Etat n'a encore ratifié cette Convention. Elle a été signée par l'Argentine et la Suisse.

(20) « Rapport explicatif », *Actes et documents de la seizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, La Haye, t. II, 1990, p. 540.

(21) WATERS, *op. cit.*, p. 534.

Quant à l'exclusion des questions relevant du régime matrimonial (22), elle vise non seulement les droits créés pendant la vie du défunt en vertu d'un régime matrimonial mais également les droits à des montants ou à des parts fixés ou accordés par un tribunal lorsque le mariage est dissous par le décès.

Les droits dont il s'agit peuvent être ceux du conjoint survivant ou du conjoint décédé (23).

III. LE CARACTÈRE INTERNATIONAL DE L'ACTE

11. Dans quelle mesure la mise en jeu du principe de l'autonomie suppose-t-elle que l'acte juridique en cause soulève un conflit de lois, c'est-à-dire soit susceptible d'être rattaché à plusieurs systèmes juridiques ?

Les Conventions relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions ne disent rien à ce propos.

Il paraît cependant indéniable que la Convention du 14 mars 1978 ne s'applique qu'au régime matrimonial d'époux de nationalité étrangère ou de couple mixte ou encore d'époux nationaux ayant établi leur résidence à l'étranger.

Quant à la Convention du 1^{er} août 1989, elle ne devrait régir que les successions présentant un élément d'extranéité, qui peut être soit la nationalité étrangère du *de cuius*, soit la situation à l'étranger de son domicile ou de sa résidence, soit la localisation à l'étranger de tout ou partie des biens successoraux.

12. En revanche, l'adjectif « internationale » figure dans l'intitulé de la Convention du 22 décembre 1986 et dans le préambule ; il est, par contre, absent de l'article 1^{er}. Les rédacteurs ont préféré recourir au mécanisme consacré dans la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, à savoir faire découler le caractère international de la vente de l'existence d'un conflit de lois, ce qui suppose que la vente puisse être rattachée à plusieurs systèmes juridiques.

Mais les experts n'ont pas pu se mettre d'accord sur la teneur réelle de la règle et il en a résulté une rédaction déconcertante de l'article 1^{er} (24). La Convention y est, en effet, déclarée applicable dans deux cas :

— « lorsque les parties ont leur établissement dans des États différents », et

(22) La notion de « régime matrimonial » n'ayant également pas été définie par la Convention, il appartiendra au juge du for de qualifier ce qu'il faut entendre par droit ou bien « matrimonial », éventuellement en s'inspirant des critères relevés au n° 7.

(23) WATERS, *op. cit.*, p. 546.

(24) COHEN et UGHETTO, « La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », *D.*, 1986, CHR. XXV, p. 150 ; PELICHET, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *Rec. cours La Haye*, 1987, I, t. 201, p. 72.

— « dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents États ».

Ainsi que l'ont relevé D. Cohen et B. Ughetto (25), « l'hypothèse dans laquelle les parties ont leur établissement dans des États différents n'est jamais que l'un des cas de conflit de lois. On aurait donc pu se contenter de déclarer la Convention applicable dans tous les cas de conflit de lois ». En réalité, la distinction faite dans le texte se justifie par la volonté de certains pays de limiter l'application de la Convention aux ventes visées par la Convention de Vienne, du 11 avril 1980, sur la vente internationale de marchandises (26), c'est-à-dire celles où le vendeur et l'acheteur ont leur établissement dans des États différents (27). La formulation adoptée à l'article 1^{er} de la Convention permet à ces États de se réserver la possibilité de n'appliquer la Convention que dans le cas où les deux parties contractantes ont leur établissement dans des pays différents (article 21, § 1, a). Et pour les États qui n'ont pas fait la réserve, la Convention vise toutes les situations comportant un conflit de lois — par exemple, le lieu de livraison de marchandises est situé à l'étranger —, y compris celle où le vendeur et l'acheteur ont leur établissement dans des États différents.

Enfin, le caractère international d'une vente peut-il résulter de la désignation par les parties d'une loi étrangère alors que tous les éléments du contrat sont fixés dans un seul pays ? Une question similaire a pu être posée dans le cadre de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Nous y avons répondu par l'affirmative, sous la réserve que la désignation de la loi étrangère ne porte pas atteinte aux dispositions impératives de la loi de l'État où tous les éléments de rattachement sont localisés (28). La Convention de 1986 ne permet pas une telle interprétation. Elle prévoit, en effet, expressément qu'elle n'est pas applicable si le conflit de lois résulte « du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre ». Pour qu'il y ait conflit de lois, au sens de la Convention, la vente doit donc être « objectivement » internationale.

(25) *Loc. cit.*

(26) Il s'agit d'une convention portant réglementation uniforme de droit matériel en matière de vente internationale de marchandises, élaborée au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Elle n'a pas encore été ratifiée par la Belgique mais est entrée en vigueur dans les États suivants : Argentine, Australie, Autriche, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Danemark, Égypte, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Guinée, Hongrie, Irak, Italie, Lesotho, Mexique, Norvège, Pays-Bas, R.D.A., R.F.A., Roumanie, Suède, Suisse, Syrie, Tchécoslovaquie, Ukraine, U.R.S.S., Yougoslavie et Zambie.

(27) Article 1^{er}, § 3.

(28) « Le nouveau droit international privé des contrats. La loi du 14 juillet 1987 », *R.G.D.C.*, 1989, n^{os} 7 et 8, pp. 303 et 304. Rappelons que la loi belge, du 14 juillet 1987, portant approbation de la Convention de Rome avait prévu, avant que la Convention de Rome elle-même n'entre en vigueur (depuis le 1^{er} avril 1991), que certaines dispositions conventionnelles étaient immédiatement applicables aux contrats conclus depuis le 1^{er} janvier 1988 (art. 17). Voy. ég. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1991, n^o 7, p. 294.

IV. L'ADOPTION DU SYSTÈME DU SUBJECTIVISME MODÉRÉ

13. Les Conventions que nous analysons ici se sont prononcées en faveur du système du subjectivisme modéré.

Elles ont toutes les trois admis, en effet, que les parties peuvent choisir la loi — loi du for ou loi étrangère — applicable au rapport juridique en cause mais, ce faisant, elles se soumettent au droit qu'elles ont choisi, tant dans ses dispositions impératives que supplétives. Avec la conséquence que le droit choisi s'impose aux individus avec son contenu actuel connu, mais aussi avec son contenu futur.

14. La volonté des parties quant au choix de la loi applicable peut s'exprimer en termes exprès : l'acte juridique comporte une clause particulière d'élection de la loi destinée à le régir.

Parfois, cette volonté n'est pas exprimée mais son existence est certaine ; il y a volonté implicite.

Lorsque les parties ont exprimé leur choix, se pose le problème de leur liberté. Peuvent-elles choisir une quelconque loi qui n'a aucun rapport avec l'acte juridique en cause ?

A quel moment ce choix doit-il s'exprimer ?

Peut-on enfin soumettre l'acte juridique à plusieurs lois applicables en rattachant certains éléments à une loi déterminée et les autres éléments à une autre loi ?

C'est à ces différentes questions que nous allons tenter de répondre dans les numéros suivants.

A. Le choix exprès ou tacite de la loi

15. La Convention de 1989 sur les successions retient uniquement le système de la désignation expresse de la loi applicable. La question a cependant été discutée par les rédacteurs de la Convention. En effet, ainsi que le relève D.W.M. Waters, rapporteur de la Convention, certains experts, en particulier ceux des pays de common law, avaient défendu la possibilité d'une volonté implicite en matière successorale (29). Toutefois, devant la crainte d'incertitude dans la recherche d'une telle volonté, il n'a été finalement retenu que le système de la déclaration expresse de la volonté du défunt quant au choix de la loi successorale.

16. En revanche, la Convention de 1986 sur la vente admet la distinction d'une volonté expresse et d'une volonté implicite. Elle prévoit, en effet, que

(29) WATERS, « Rapport de la Commission spéciale », *Actes et documents de la seizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, La Haye, 1988, p. 254.

le choix de la loi applicable doit être « exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble » (article 7, § 1^{er}, deuxième phrase) (30).

Il résulte de cette disposition que la volonté des parties en matière de vente internationale de marchandises peut s'exprimer en termes exprès : le contrat contient une clause particulière d'élection de la loi destinée à le régir. À défaut, il appartient au juge de rechercher si une telle volonté ne résulte pas des « dispositions du contrat », par exemple la rédaction d'un contrat-type régi par une loi particulière, la référence à des articles d'un droit déterminé sans qu'il soit globalement désigné...ou du « comportement des parties », par exemple lors de l'exécution du contrat.

Dans tous les cas, on ne peut supposer un choix implicite de la loi applicable que si la volonté des parties se dégage « clairement » des indices indiqués par la Convention.

Relevons encore que la Convention antérieure de La Haye, du 15 juin 1955, sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels utilisait une formule plus exigeante dans la recherche de la volonté implicite qui ne pouvait résulter « qu'indubitablement des dispositions du contrat » (art. 2, al.2).

C'est en ce sens d'ailleurs que se sont prononcés les rédacteurs de la Convention du 14 mars 1978 relative aux régimes matrimoniaux. La volonté implicite des époux quant à la désignation de la loi applicable au régime matrimonial n'est admise que si elle résulte « indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage » (art. 11), par exemple si les époux se réfèrent à telles dispositions d'une loi sans qu'ils désignent la loi elle-même.

B. *Le choix de la loi*

17. Il nous faut d'abord examiner si les parties à l'acte juridique peuvent se référer à des systèmes normatifs autres que le droit étatique : principes généraux communs aux nations civilisées, *lex mercatoria*. La question, qui se pose uniquement pour la vente internationale, avait fait l'objet de discussions lors de la conférence diplomatique, certaines délégations étant favorables à la référence expresse à la *lex mercatoria* (31). Finalement, le texte de la Convention de 1986 ne se réfère expressément qu'aux termes « droit en vigueur dans un État » (art.15), ce qui suppose la référence à un droit étatique, mais elle n'interdit pas un recours à d'autres sources du droit. La question reste donc ouverte. Mais on admet généralement que

(30) Comp. l'article 3, § 1^{er} de la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui prévoit que le choix de la loi applicable « doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

(31) Voy. sur cette discussion, PELICHET, *op. cit.*, pp. 179 et 180.

seule la clause de désignation d'un droit étatique bénéficie de la protection assurée par la Convention en tant que choix de la loi applicable (32).

18. La technique du renvoi, c'est-à-dire la prise en considération des règles de conflit de lois du droit étranger désigné par les parties, est-elle ou non écartée ?

La ratio du système de l'autonomie de la volonté s'oppose à l'admissibilité du renvoi dont la prise en compte pourrait conduire à une solution différente de celle voulue par les parties. La grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence partage ce sentiment. Et cette solution, selon d'ailleurs la tradition de la Conférence de La Haye, est accueillie dans les trois conventions étudiées et ce même dans le cas du rattachement objectif.

La Convention du 14 mars 1978 le fait en se référant aux termes « loi interne », expression considérée comme paradoxale par certains qui soutiennent que les règles de conflit d'un État font partie de son droit interne au même titre que les autres dispositions de droit privé (33). C'est la raison pour laquelle les rédacteurs de la Convention de 1986 et de la Convention de 1989 ont préféré utilisé la formule : « le terme loi désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois » (art. 15 et 17).

19. Les parties sont-elles libres de choisir arbitrairement la loi qui le régira ou sont-elles tenues de désigner une loi qui présente un lien sérieux avec l'acte en cause ? La réponse à cette question dépend du type de convention examinée.

La Convention de 1978 sur les régimes matrimoniaux impose un choix limité à plusieurs lois désignées par la Convention et avec lesquelles les époux ont certaines attaches. Il s'agit de la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation, ou la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation, ou encore de la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage (art. 3, alinéa 3).

La Convention de 1989 en matière de successions organise un régime encore plus restrictif de la liberté du *de cuius* quant au choix de la loi applicable. La désignation de la loi successorale ne peut porter que sur la loi nationale du défunt ou sur la loi de sa résidence habituelle (art.5, 1).

(32) Cette question se pose également dans le cadre de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (LAGARDE, *op. cit.*, pp. 300 et 301 ; RIGAUX, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cah. dr. eur.*, 1988, n° 16, pp. 318 et 319).

(33) PELICHET, *op. cit.*, p. 177.

De quelle nationalité ou résidence faut-il tenir compte lorsque le *de cuius* change de nationalité ou de résidence entre le moment où il a exercé le choix de la loi applicable et celui où il décède ?

Partant de la considération qu'une désignation de la loi successorale qui serait celle de sa nationalité ou de sa résidence à la date de son décès priverait le défunt de toute planification possible de sa succession et de la sécurité juridique qu'il est en droit d'attendre (34), la Convention permet au *de cuius* de choisir la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle qu'il possède au moment de la désignation de la loi ou au moment de son décès. Mais aux termes de l'article 24, 1, c de la Convention, les États peuvent faire la réserve qu'ils ne connaîtront pas une *professio juris* désignant la loi d'un pays avec lequel le défunt n'a plus aucun lien au moment de son décès alors qu'il possède la nationalité de l'État qui a fait la réserve ou sur le territoire duquel il a sa résidence.

Et lorsqu'il s'agit d'un pacte successoral, on peut se référer à la loi de l'État dans lequel la ou les personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle ou dont elle possède la nationalité (art. 11). Dans cette hypothèse, on tient compte uniquement de la résidence et de la nationalité existant au moment de la conclusion du pacte.

20. Le texte de la Convention de 1986 sur la vente internationale de marchandises ne dit rien à ce propos. Les parties seraient donc libres de choisir une quelconque loi, sauf choix frauduleux. Il paraît, en effet, normal dans cette matière d'autoriser les cocontractants à choisir une loi n'ayant aucun lien avec le contrat pour pallier par exemple à des lois « objectives » qui sont incertaines ou insuffisamment développées. Et si le choix d'un tel droit n'est guidé que par le but d'échapper aux dispositions de la loi sous l'empire de laquelle la vente se situe objectivement, le juge peut toujours faire appel à la théorie de la fraude à la loi pour écarter un tel choix ou imposer, par le recours à l'article 17 de la Convention, l'application des dispositions impératives de la loi que les parties ont voulu éluder (35).

C. Le moment du choix

C.1. La Convention sur les régimes matrimoniaux.

21. La Convention du 14 mars 1978 prévoit que la désignation de la loi du régime matrimonial peut s'exercer avant le mariage (art. 3) ou à tout moment postérieur au mariage (art. 6). Examinons chacune de ces hypothèses :

(34) LAGARDE, « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, p. 261 ; WATERS, *op. cit.*, p. 554.

(35) Voy. sur cette disposition, *infra*, n° 44.

C.1.1. Option avant le mariage.

1° La loi nationale d'un époux.

22. Avant le mariage, les futurs époux peuvent choisir la loi de la nationalité dont l'un d'eux jouit au moment de la désignation, avec la conséquence que le régime matrimonial pourra être régi par la loi de la nationalité que le futur conjoint perdra à la suite du mariage (36).

2° La loi de la résidence habituelle.

23. Les futurs époux peuvent également choisir la loi de l'État sur le territoire duquel l'un d'eux a fixé sa résidence habituelle au moment de la désignation de la loi du régime matrimonial. Ce choix demeure valable même si cette résidence prend fin après cette désignation mais avant le mariage ou au moment de la célébration.

La Convention prévoit, en outre, que le choix de la loi applicable peut porter sur le droit du pays dans lequel les futurs époux établiront leur résidence habituelle après leur mariage (art.3, al.2, 3°). Ce choix demeure-t-il valable si les époux décident ultérieurement de se fixer dans un autre pays ?

La question a été vivement débattue au moment de la rédaction de la Convention. La rédaction initiale de l'article 3, al. 2, 3° était libellée en ces termes : les époux peuvent choisir « la loi de l'État sur le territoire duquel les époux ont décidé de fixer leur résidence habituelle, à la condition qu'ils l'y établissent immédiatement après le mariage ». Ainsi que le souligne von Overbeck, rapporteur de la Convention, les délégués se sont partagés entre l'adoption d'un critère purement subjectif — l'intention de fixer la résidence en un lieu, avec la conséquence que le choix de la loi de cette résidence demeure valable même si cette intention ne se réalise pas — et un critère objectif — la nécessité de l'établissement effectif dans l'État dont la loi a été désignée par les futurs époux. C'est cette dernière conception qui l'a finalement emporté et le texte définitif de l'article 3, al. 2, 3° de la Convention admet que le choix de la loi applicable au régime matrimonial demeure valable si l'un des époux aura fixé sa résidence dans l'État de la loi désignée. Mais il faut que « la loi choisie soit celle du premier État sur le territoire duquel un époux aura établi une nouvelle résidence habituelle après le mariage, cela même si les époux ont encore conservé la résidence habituelle antérieure durant quelque temps. Dès le moment où la nouvelle résidence est établie, la loi choisie sera donc applicable au régime matrimonial et cela avec effet à partir de la date du mariage. En revanche, il faut admettre que la désignation sera sans effet, dès que, après le mariage un

(36) VON OVERBECK, *op. cit.*, n° 129.

des époux établira une nouvelle résidence habituelle dans un autre État que celui dont la loi a été désignée » (37).

C.1.2. Option après le mariage.

24. Le choix de la loi applicable au régime matrimonial peut être fait par les époux, à tout moment, après leur mariage. Mais ils ne peuvent choisir qu'entre les lois désignées à l'article 6 de la Convention — c'est-à-dire la loi de la nationalité ou la loi de la résidence que l'un des époux possède au moment de la désignation de la loi —, ce qui signifie que les époux ne peuvent plus faire le choix « prospectif » (38) organisé à l'article 3, al. 2, 3°.

Dans le cas où le choix s'opère après le mariage, le régime matrimonial se trouve initialement soumis à la loi déterminée selon les critères objectifs fixés par la Convention à l'article 4 et à partir de l'exercice du choix, par la loi désignée par les époux. La Convention prévoit, en effet, que la première loi s'applique aussi longtemps que les époux n'en ont pas désigné une autre (art. 7, al. 1). Toutefois, en s'inspirant de l'article 8, al. 2, il faudrait admettre que les époux peuvent décider de soumettre l'ensemble de leurs biens à la loi choisie, à la condition de ne pas porter atteinte aux droits acquis par les tiers en vertu de la loi applicable initialement (39).

C.2. La Convention sur les successions.

25. La Convention du 1^{er} août 1989 ne donne aucune indication relative au moment auquel le défunt doit effectuer la désignation de la loi applicable. On peut dès lors admettre que celle-ci puisse s'effectuer jusqu'au jour de son décès.

C.3. La Convention sur la vente.

26. La Convention du 22 décembre 1986 autorise les parties à choisir la loi applicable à la vente soit au moment de la conclusion du contrat soit ultérieurement (40). Dans cette dernière hypothèse, deux lois contractuelles sont susceptibles de s'appliquer : la loi déterminée au moyen des critères subsidiaires prévus par la Convention à l'article 8 de la Convention et la loi désignée par les parties. Cette dernière loi s'applique-t-elle seulement pour l'avenir ou peut-elle rétroagir ? Il nous paraît que les effets à venir de la vente doivent être immédiatement régis par la loi choisie par les parties

(37) VON OVERBECK, *op. cit.*, n° 131.

(38) VON OVERBECK, *op. cit.*, n° 127.

(39) L'article 8, al. 2 prévoit cette possibilité lorsque le changement de la loi applicable au régime matrimonial ne dépend pas de la volonté des époux mais d'un conflit mobile relatif à la nouvelle fixation de leurs résidences dans un État dans certaines conditions énumérées à l'article 7.

(40) Il en est de même dans la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

alors qu'ils demeurent soumis à la première loi pour tout ce qui est de la validité de la vente quant au fond et des effets passés.

D. *La déclaration de la loi applicable*

D.1. *Les conditions de forme.*

27. Si la Convention de 1989 sur la vente n'impose aucune forme particulière pour la validité de la stipulation expresse de désignation de la loi, il n'en est pas de même pour les deux autres Conventions examinées.

La Convention de 1978 relative aux régimes matrimoniaux prévoit que la forme de la stipulation de la loi choisie par les époux est celle du contrat de mariage telle qu'elle est organisée soit par la loi choisie par les époux, soit par la loi du lieu où elle intervient (art. 13). Toutefois, elle doit, dans tous les cas, au moins faire l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux (art.13, *in fine*). La Convention introduit donc dans un texte consacré à des règles de conflit une règle de droit matériel.

Quant à la Convention de 1989 concernant les successions, il est stipulé que la déclaration doit revêtir la forme d'une disposition à cause de mort (art.5, 2). Avec la conséquence que si la déclaration de la loi successorale figure dans un testament, il faudra respecter la validité formelle au regard de la Convention de La Haye, du 5 octobre 1961, sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

D.2. *Le consentement.*

28. Faut-il soumettre l'accord sur le droit applicable et celui sur la substance de l'acte juridique à la même loi ?

La question a été vivement débattue en doctrine qui s'est partagée entre la défense de la compétence de la *lex causae* et celle de la *lex fori*. La Cour de cassation de Belgique s'est prononcée en faveur de la compétence de la *lex causae*, la *lex contractus* (41). De nombreux auteurs ont marqué leur perplexité devant la compétence de la loi choisie par les parties à l'accord lui-même portant sur le droit applicable à l'acte. Ils ont notamment fait valoir l'objection du cercle vicieux : la *lex causae* ne peut valablement s'appliquer que si elle a été désignée sur la base d'un accord valide, d'où il résulte que la validité de la désignation ne peut résulter de la loi choisie. D'après un autre courant enfin, la validité du consentement quant à la loi applicable ne dépend ni de la *lex causae* ni de la *lex fori*, mais il faudrait rechercher la loi applicable d'une façon autonome (42).

(41) Arrêt du 21 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 642.

(42) Voy. notam. VANDER ELST, *Les lois de police et de sûreté en droit international belge et français*, t. II, n° 121.

Mais quelles que soient les critiques que l'on peut formuler à l'encontre de la *lex causae*, celle-ci a été déclarée applicable dans les trois conventions étudiées.

La Convention du 14 mars 1978 en matière de régimes matrimoniaux stipule, en effet, que les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi destinée à régir leur régime matrimonial sont régies par cette loi (art. 10).

Quant à la Convention relative aux successions, elle prévoit également que l'existence d'un consentement ou la validité du consentement du *de cuius* quant à la désignation de la loi successorale relèvent de la loi désignée (art. 5, 2, 2^e phrase).

Il en est de même dans la Convention du 22 décembre 1986 sur la vente (art. 10, 1).

Et selon les trois Conventions examinées, si ce consentement est inexistant ou n'est pas valable, la stipulation expresse de la loi est écartée et la loi applicable est déterminée selon les rattachements objectifs subsidiaires prévus par les différentes Conventions.

E. *La modification du choix*

29. La Convention du 1^{er} août 1989 ne prévoit pas la possibilité pour le *de cuius* de modifier le choix de la loi successorale. Elle n'organise que l'hypothèse d'une révocation de la désignation de la loi successorale qui doit revêtir les conditions de forme organisées pour la révocation des dispositions à cause de mort (art. 5, 3).

La Convention du 14 mars 1978 offre, par contre, cette possibilité aux époux, qui ne peuvent cependant choisir une nouvelle loi que parmi celles qui sont proposées à l'article 6 : la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle que possède l'un des époux au moment de cette nouvelle désignation. Celle-ci n'a pas, à nos yeux, d'effet rétroactif, sauf la possibilité pour les époux de soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi choisie, tout en respectant les droits des tiers acquis sous l'empire de la précédente loi. Cette dernière solution s'inspire de l'article 8, al. 2, de la Convention (43).

Enfin, la Convention du 22 décembre 1986 admet très largement que les parties contractantes modifient le choix de la loi applicable à la vente. Mais elle ne dit rien quant aux effets de cette modification, sauf qu'elle ne peut remettre en question les droits des tiers et la validité formelle de la vente. Nous pensons que la nouvelle loi choisie ne s'applique que pour l'avenir,

(43) Voy. *supra*, note 39.

comme dans l'hypothèse où le choix de la loi applicable intervient après la conclusion de la vente (44).

F. *Unité du statut ou morcellement*

30. La doctrine s'oppose généralement au « dépeçage » de l'acte juridique par les parties qui soumettent des différents éléments de l'acte en cause à diverses lois. Les trois Conventions l'admettent cependant dans une mesure différente.

F.1. *La Convention sur les régimes matrimoniaux.*

31. La Convention du 14 mars 1978 en matière de régimes matrimoniaux se montre pour sa part assez restrictive. C'est ainsi qu'elle pose d'abord le principe de l'unité du statut matrimonial : la loi choisie par les époux s'applique à l'ensemble de leurs biens (art. 3). Elle admet cependant qu'un sort spécial soit réservé aux immeubles.

Lorsque les époux désignent la loi destinée à régir leur régime matrimonial parmi les lois proposées par la Convention, ils peuvent néanmoins décider de soumettre les immeubles, ou certains d'entre eux, à la loi de leur situation (art.3, dernier al. ; art. 6, dernier al.). Ils peuvent d'ailleurs uniquement indiquer la *lex rei sitae* pour régir les immeubles ou certains d'entre eux ; dans ce cas, les autres biens se voient soumis à la loi déterminée selon les critères objectifs fixés à l'article 4 de la Convention.

Enfin, les époux peuvent aussi stipuler que les immeubles qui seront acquis au cours du mariage seront régis par la *lex rei sitae* (art. 3, dernier al. *in fine* ; art. 6, dernier al. *in fine*).

F.2. *La Convention sur les successions.*

32. En principe, la Convention du 1^{er} août 1989 refuse la possibilité d'un dépeçage de la succession. Il y est, en effet, affirmé que la loi désignée par le *de cuius* régit l'ensemble de sa succession, que le défunt décède intestat ou qu'il ait disposé à cause de mort de tout ou partie de son patrimoine (art.5, 4). Toutefois, le *de cuius* peut, dans certaines limites, faire référence à un ou plusieurs droits matériels pour régir la succession de certains de ses biens (art. 6) ; il s'agira par exemple du droit matériel de l'État de la situation de l'immeuble, qui n'est ni celui de sa nationalité ni celui de sa résidence habituelle. L'incorporation de ces droits matériels dans la loi successorale « principale » ne peut cependant porter atteinte aux dispositions impératives de la loi successorale choisie par le défunt ou de la loi déterminée selon les rattachements subsidiaires prévus par la Convention à défaut de choix de la loi applicable (art. 6, deuxième phrase). Et toutes les disposi-

(44) Voy. *supra*, n° 26.

tions impératives du droit matériel désigné doivent céder devant les dispositions impératives de la loi successorale « principale » choisie ou déterminée objectivement (45).

F.3. La Convention sur la vente.

33. En ce qui concerne la Convention du 22 décembre 1986, le dépeçage n'est expressément organisé que lorsque le choix de la loi applicable est limité à une partie de la vente. Le texte de l'article 7, § 1^{er}, *in fine* précise, en effet, que le choix de la loi « peut porter sur une partie seulement du contrat » (46).

Mais la doctrine déduit à juste titre de ce texte qu'il autorise implicitement la possibilité pour les cocontractants de soumettre les différents éléments de la vente à des lois distinctes (47), sous la réserve, nous semble-t-il, d'un choix cohérent.

V. LES CRITÈRES SUBSIDIAIRES

34. Les trois Conventions examinées adoptent toutes les trois, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, le système du rattachement objectif *a priori* de l'acte juridique en cause. En d'autres termes, c'est le texte conventionnel qui indique la ou les lois applicables (A). Mais il propose aussi, à titre subsidiaire, la théorie du rattachement objectif *a posteriori*, qui se déduit de la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits avec l'acte (B).

A. Le rattachement objectif *a priori*

35. Devant tenir compte des systèmes juridiques des États contractants qui se partagent, dans les matières des régimes matrimoniaux et des successions, en partisans de la compétence de la nationalité et défenseurs de celle du domicile ou de la résidence, les rédacteurs des Conventions relatives à ces deux domaines ont finalement opté, dans une mesure plus ou moins grande, pour un système de compromis entre ces différents facteurs de rattachement. De telles préoccupations n'ont évidemment pas surgi à propos de la vente internationale où s'est imposé, à titre principal du moins, le critère de la résidence habituelle.

(45) WATERS, *op. cit.*, p. 560.

(46) Comp. l'article 3, *in fine* de la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles : « Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement du contrat ».

(47) COHEN et UGHETTO, *op. cit.*, p. 153 ; PELICHET (*op. cit.*, p. 121) citant l'accord des délégations sur cette interprétation repris dans le rapport.

A.1. Le compromis entre la loi nationale et la loi de la résidence habituelle.

A.1.1. La Convention sur les régimes matrimoniaux.

36. Si les époux n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, ou si le choix de cette loi n'est pas valable, le régime matrimonial est soumis à la loi de la première résidence habituelle des époux après le mariage (art. 4, al.1^{er}). Il n'est pas nécessaire que cette résidence soit effectivement commune ; il suffit que les époux aient établi tous les deux leur résidence dans le même pays (48).

Et, à défaut de résidence habituelle dans le même État, le régime matrimonial est régi par la loi de la nationalité commune des époux (art. 4, al.2). Il est à noter que ne constitue pas une nationalité commune celle qui résulte du seul effet du mariage ; elle doit répondre aux conditions fixées par l'article 15 de la Convention (49).

37. Mais la Convention prévoit une série d'hypothèses dans lesquelles la compétence de la loi nationale commune fait échec à la compétence normale de la loi de la résidence habituelle. Il en est ainsi, par exemple, si les époux ont la nationalité d'un État qui a fait la déclaration prévue à l'article 5 de la Convention (50).

A.1.2. La Convention sur les successions.

38. Lorsque le défunt n'a pas désigné la loi applicable à sa succession ou que cette désignation n'est pas valable, sa succession est soumise à la loi de l'État où il a établi sa résidence habituelle depuis au moins cinq ans au moment de son décès. Toutefois, s'il décède dans un État dont il a la nationalité et sur le territoire duquel il a fixé sa résidence, c'est la loi de sa nationalité qui régit sa succession (art. 3, 1). La nationalité et la résidence à prendre en considération sont celles que le *de cuius* possède au moment de son décès. La loi nationale est également compétente lorsque le défunt décède dans un pays dont il n'a pas la nationalité et qu'il n'y réside pas depuis cinq ans au moment de son décès.

(48) VON OVERBECK, *op. cit.*, n° 47.

(49) L'article 15, al. 1^{er} de la Convention prévoit que : « Aux fins de la Convention, une nationalité n'est considérée comme nationalité commune des époux que dans les cas suivants : 1) les époux avaient cette nationalité avant le mariage ; 2) un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration prévue à cet effet, » (par exemple, selon l'article 16 du Code de la nationalité belge) « soit en ne déclinant pas cette acquisition alors qu'il savait que ce droit lui était ouvert ; 3) les époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage ». Rappelons que la Cour de cassation de Belgique a adopté une position différente ; elle a considéré comme nationalité commune la nationalité belge acquise, conformément à l'ancienne législation belge sur la nationalité, par l'épouse autrichienne d'un Belge par le seul effet du mariage (arrêt du 10 avril 1980, *Pas.*, I, p. 968, concl. J. VELU).

(50) Aux termes de l'article 5, al. 1^{er} de la Convention, « Tout État pourra, au plus tard au moment de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, faire une déclaration entraînant l'application de sa loi interne, selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 1 ».

A.2. *La loi de la résidence.*

39. La Convention du 22 décembre 1986 sur la vente prévoit que celle-ci est régie par la loi de l'État où le vendeur a établi son établissement au moment de la conclusion du contrat (art. 8, § 1^{er}). Et si le vendeur a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la vente et son exécution (art. 14, § 1^{er}).

Cette solution avait déjà été adoptée dans la Convention antérieure, du 15 juin 1955, sur la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels (51).

Par dérogation à la compétence de la loi du vendeur, est d'application la loi de l'établissement de l'acheteur dans trois hypothèses :

- le vendeur s'est rendu dans le pays de l'acheteur, que des négociations s'y sont déroulées et que la vente y a été conclue en présence des deux parties contractantes, le vendeur pouvant se faire représenter par un intermédiaire (art. 8, § 2, a) (52) ;
- le contrat prévoit expressément que la livraison de la marchandise doit s'effectuer dans le pays de l'acheteur (art. 8, § 2, b) (53) ;
- il s'agit de ventes sur appel d'offres (art. 8, § 2, c) (54).

B. *Le système des liens les plus étroits*

40. Si la théorie des liens les plus étroits intervient, à titre subsidiaire, dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur les régimes matrimoniaux, à défaut des rattachements principaux prévus par la Convention, il n'en va pas de même dans la Convention du 1^{er} août 1989 en matière de successions et de la Convention du 12 décembre 1986 relative à la vente internationale. Dans ces dernières Conventions, elle constitue un rattachement à titre exceptionnel, permettant d'échapper à la compétence des critères principaux retenus par les Conventions.

(51) L'application de la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles conduit au même résultat lorsque l'on se trouve dans le cadre de la présomption générale, selon laquelle le contrat est présumé avoir les liens les plus étroits avec le pays sur le territoire duquel la partie qui exécute la prestation caractéristique a établi sa résidence habituelle ou son principal établissement. En matière de vente, en effet, celui qui effectue cette prestation est le vendeur.

(52) Une telle situation entraîne également dans la Convention du 15 juin 1955 la compétence de la loi de l'acheteur. Mais pour que la loi de l'acheteur s'applique, il suffit que la commande ait été reçue par le vendeur ou son représentant, dans le pays de l'acheteur (art. 3, al. 2 de cette Convention).

(53) Mais toute stipulation mentionnant un lieu d'exécution dans le pays de l'acheteur n'entraîne pas la compétence de la loi de l'acheteur. Il en est ainsi de la clause de transport « livré franco à ... » (VON MEHREN, « Rapport explicatif », *Actes et documents de la session extraordinaire d'octobre 1985 de la Conférence de La Haye de droit international privé*, La Haye, 1987, n° 76).

(54) Ces ventes doivent être caractérisées par les éléments suivants : l'initiative doit émaner de l'acheteur, il doit exister une concurrence entre les vendeurs potentiels et les conditions de la vente doivent avoir été principalement fixées par l'acheteur.

B.1. Rattachement subsidiaire.

41. La Convention sur les régimes matrimoniaux prévoit que le régime matrimonial, à défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même pays et à défaut de nationalité commune, est soumis à la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4, al. 3).

La Convention de 1978 consacre ainsi, à titre subsidiaire, le principe du rattachement *a posteriori* du régime matrimonial : jusqu'au moment du litige, personne ne connaît avec certitude la loi applicable, qui sera déterminée par le juge compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce (par exemple, le lieu de célébration du mariage, de la résidence des époux, de l'exercice de l'activité professionnelle,...).

B.2. La clause échappatoire.

42. La théorie des liens les plus étroits permet, dans la Convention sur les successions, d'échapper à la compétence normale de la loi de la résidence du *de cuius* lorsque celui-ci avait, au moment de son décès, « des liens manifestement plus étroits » avec l'État dont il possède la nationalité (art. 3, 2). Cette clause de dérogation en faveur de la loi nationale du défunt ne peut cependant intervenir que dans « des circonstances exceptionnelles », des « circonstances véritablement inhabituelles » (55). Tel serait, par exemple, le cas d'un défunt qui aurait conservé des relations d'affaires avec l'État dont il est ressortissant et qu'il aurait l'intention d'y retourner alors qu'il ne serait pas intégré dans le pays où il réside (56).

43. Il en est de même dans la Convention de 1986 sur la vente. Elle permet également, à titre exceptionnel, d'échapper à la compétence de la loi du vendeur ou de celle de l'acheteur lorsque la vente présente des liens « manifestement plus étroits » avec un autre État. La loi de cet autre pays est alors compétente (art. 8, § 3).

On peut craindre que cette clause mette en péril la simplicité des règles normales de rattachement organisées par la Convention ; heureusement, les rédacteurs ont voulu en limiter la portée grâce à l'utilisation des termes « à titre exceptionnel » et « manifestement plus étroits ». Elle peut, en outre, se voir paralysée par l'effet de la réserve aménagée à l'article 21, § 1^{er}, b, de la Convention qui limite la référence à la clause selon que les parties contractantes ont établi leur établissement dans des États qui ont ou n'ont pas fait la réserve.

(55) WATERS, *op. cit.*, n° 53.

(56) WATERS, *loc. cit.*

VI. LES LIMITES DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

A. *L'intervention des lois de police*

44. Il existe un certain nombre de domaines considérés traditionnellement comme étant de droit privé mais dans lesquels le législateur a institué, dans une mesure plus ou moins grande, une véritable réglementation légale, dans le but de faire prévaloir une certaine politique économique ou sociale. De tels objectifs ne peuvent être atteints que si de telles mesures s'appliquent, de manière générale, à l'ensemble du territoire national. Elles prennent dès lors le caractère de « lois de police », dénommées aussi par la doctrine de « lois d'application immédiate », ou de « lois d'application nécessaire », ou de « normes autodélimitées » ou encore de « normes fixant leur propre domaine d'application ». S'agissant par exemple de la vente internationale de marchandises, les dispositions de la loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée s'imposent à toute concession produisant ses effets en Belgique, quelle que soit la loi étrangère choisie par les parties ou déterminée par le juge à défaut de choix de la loi applicable (57). Dans cette mesure, la loi locale belge fait échec à la compétence de la loi étrangère. Si, par contre, la concession s'exécute à l'étranger, la loi belge de 1961 n'a plus aucun titre à s'appliquer.

45. Seule la Convention du 22 décembre 1986 prévoit expressément le respect de semblables dispositions (art. 17). Mais elle ne traite que des seules lois d'application immédiate du for. Est-ce à dire que les juridictions nationales ne pourraient jamais imposer la compétence des lois de police étrangères ? Nous ne le pensons pas (58) et les tribunaux des États membres du Marché commun pourraient à cet égard s'inspirer de la solution prévue par la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (59). La prise en considération des lois de police étrangères avait d'ailleurs été envisagée lors des négociations de la Convention de 1986 mais elle a été ultérieurement écartée.

(57) Voy. not. FIERENS et KILESTE, « Chronique de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée », *J.T.*, 1987, pp. 699 et réf. citées. ; HANOTIAU et FALLON, « Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles », *J.T.*, 1987, p. 107.

(58) Voy. en même sens, COHEN et UGHETTO, *op. cit.*, pp. 157 et 158 ; PELICHET, *op. cit.*, p. 191 ; comp. LOUSSOUARN qui réserve l'application des lois de police étrangères à l'hypothèse où elles sont « invoquées comme des éléments de fait constitutifs de la force majeure » (« La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 296).

(59) La Convention de Rome prévoit, à l'article 7, l'intervention des lois de police du for (§ 2) et des lois de police étrangères (§ 1^{er}). Mais en cas de conflit entre elles, les lois du for l'emportent.

B. *L'ordre public international*

46. L'intervention éventuelle de l'ordre public — il faut lire ordre public au sens du droit international privé (60) — est prévue à l'article 14 de la Convention de 1978 sur les régimes matrimoniaux et à l'article 18 de la Convention de 1989 sur les successions et de la Convention de 1986 en matière de vente.

Ces dispositions qui reprennent, en des termes identiques, la formule classique de la réserve de l'ordre public dans les conventions internationales conclues depuis le milieu du siècle, appellent deux observations.

Ce n'est pas la loi désignée elle-même mais son application qui doit être contraire à l'ordre public. Il ne suffit pas que la loi désignée soit *in abstracto* contraire à l'ordre public ; il faut que son application *in concreto*, le résultat auquel elle conduit, y soit contraire.

Cette application de la loi étrangère désignée doit ensuite être « manifestement » incompatible avec l'ordre public. L'exception de l'ordre public ne doit constituer qu'un recours extrême.

VII. CONCLUSIONS

47. Il résulte de ce bref examen de trois récentes Conventions de La Haye que le principe de l'autonomie de la volonté, admis depuis longtemps en matière contractuelle, s'est infiltré, dans une mesure plus ou moins grande, dans des matières de droit familial traditionnellement soustraites, dans la plupart des États membres de la Conférence de La Haye, à la volonté des parties. Toutefois, nous avons pu constater que s'il est admis que les parties peuvent choisir librement la loi destinée à régir la vente internationale de marchandises, il n'en va pas de même en matière de successions et de régimes matrimoniaux où le choix de la loi applicable ne peut s'exercer qu'entre des lois limitativement énumérées.

Mais un tel système n'a pu être adopté dans les Conventions du 14 mars 1978 et du 1^{er} août 1989 qu'à la suite de compromis entre les systèmes juridiques différents, généralement opposés, avec la conséquence de critères de rattachement en cascade, ce qui ne rendra pas leur application toujours aisée.

48. Leur adoption entraînera dans un grand nombre d'États contractants, et notamment en Belgique, un bouleversement complet des règles

(60) Selon la formule correcte, à nos yeux — préconisée par le doyen BATIFFOL (*Traité élémentaire de droit international privé*, L.G.D.J., 3^e éd., 1959, n° 367). Une telle expression est d'ailleurs consacrée dans la Convention de Bruxelles, du 29 février 1968, sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, à l'article 9 ; elle a parfois été utilisée par la Cour de cassation de Belgique (arrêt du 13 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 543 ; voy. en France, arrêt du 30 mai 1967 de la Cour de cassation, *Chunet*, 1967, p. 622, note GOLDMAN).

nationales actuelles de conflit de lois. Est-ce la raison pour laquelle un petit nombre d'États seulement y ont adhéré ?

Quoi qu'il en soit, nous demeurons convaincue que leur ratification est souhaitable car elle permettrait de mettre fin, en tout cas dans notre pays, aux controverses suscitées ces dernières années en matière de détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux bénéficiant de nationalités différentes et aux difficultés résultant du morcellement des biens successoraux entre diverses lois applicables et à l'impossibilité pour le testateur de régler harmonieusement sa succession internationale.

Il est, à nos yeux, préférable d'adopter une règle commune prévisible, fût-elle même parfois compliquée. La sécurité juridique y gagnerait.