

ction pénale,  
de l'assureur  
l s'agit pour-  
minée par la  
ntestation<sup>49</sup>.

fonction du  
de cassation  
de garantie,  
nnaître de la  
tre de l'assu-  
quittement du  
procédurales  
résence d'un  
accident de  
cessives les  
de l'audace

## L'ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ PARMI LES FAITS GÉNÉRATEURS DE LA DEMANDE ET LA RÈGLE DE CONFLIT COMME RÈGLE DE DROIT\*

par

Hakim BOULARBAH

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à l'Université Libre de Bruxelles

Chercheur au Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles

### I. INTRODUCTION

1. La détermination de la règle de droit applicable à un litige international illustre de manière particulière et concrète le rôle que le juge et les parties sont amenés à jouer dans le procès civil ainsi que la mise en œuvre des principes directeurs de ce dernier, spécialement quant à la maîtrise de la matière litigieuse et quant à la détermination de l'identité et du contenu de la loi applicable à la résolution de ce litige<sup>1</sup>.

La matière litigieuse, l'élément d'extranéité et le problème du conflit de lois ou de juridictions, ainsi que la règle de droit, la règle de conflit de lois ou de juridictions ou encore le droit étranger, sont en effet autant de concepts auxquels s'appliquent les règles et principes généraux régissant le procès civil<sup>2</sup>.

Cependant, lorsque 'la situation de droit privé soumise au juge du fond contient quelque élément de droit étranger, la combinaison de l'adage *Jura novit curia* et du principe dispositif prend une dimension nouvelle'<sup>3</sup>. C'est à cette dimension particulière que nous nous proposons de consacrer les développements qui suivent à travers l'analyse de l'attitude que doivent adopter les juridictions de fond saisies d'un litige affecté d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité.

---

\* La présente étude constitue le texte de l'intervention présentée le 11 décembre 1997, lors du colloque du Centre interuniversitaire de droit judiciaire privé consacré au rôle respectif du juge et des parties, dans une version remaniée et arrêtée au 15 avril 1998.

1. A l'inverse, le procès civil est 'l'axe autour duquel le droit international privé a été engendré' (F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1977, p. 116, n° 91).
2. Pour l'exposé desquels nous nous permettons de renvoyer à notre étude relative à 'La cause – Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige', publiée dans ce même ouvrage.
3. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylants, 1966, p. 122.

2. La question a déjà été largement traitée. C'est ainsi que les commentaires consacrés au rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil abordent quasi unanimement ce que l'on qualifie de 'statut du droit étranger' ou de 'condition procédurale de la loi étrangère'<sup>4</sup>. Ensuite, même si la question du statut du droit étranger fait principalement l'objet d'études de droit international privé, celles-ci doivent inévitablement se pencher sur le rôle que le juge et les parties remplissent dans la mise en œuvre de la règle de conflit et aborder cette question sous l'angle procédural<sup>5</sup>.

4. Voy. notamment H. MOTULSKY, 'La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge', *D.*, 1964, Chronique, XXXIV, pp. 236 et s.; du même auteur, voy. aussi 'L'office du juge et la loi étrangère', in *Écrits et études de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1978, pp. 87 et s.; R. HAYOT DE TERMICOURT, 'La Cour de cassation et la loi étrangère', *J.T.*, 1962, pp. 469 et s.; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, pp. 122-140; du même auteur, voy. 'L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé', note sous Cass., 4 mai 1972, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 239 et s., 'La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger', note sous Cass., 24 novembre 1978 et 9 octobre 1980, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 38 et s., *Précis de droit international privé*, t. 1<sup>e</sup>, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 293 et s., 'La Cour de cassation et la cohérence de l'ordre juridique positif', in *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 766 et s., *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, pp. 48 et s.; E. KRINGS et B. DE CONINCK, 'Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden', *T.P.R.*, 1982, pp. 655 et s.; R. VANDER ELST, obs. sous Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, pp. 75 et s.; J. ERAUW, 'De ambtshalve toeassing van vreemd recht en van cassatiecontrole op die toeassing', *R.W.*, 1981-1982, pp. 1457 et s.; E. KRINGS, concl. préc. Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, pp. 70 et s., 'L'office du juge dans la direction du procès', *J.T.*, 1983, pp. 513 et s., 'Aspects de la contribution de la Cour de cassation à l'édition du droit', *J.T.*, 1990, pp. 567 et s., 'L'office du juge. Evolution - Révolution ou tradition', *J.T.*, 1993, pp. 17 et s.; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24<sup>e</sup> éd., 1996, Paris, Dalloz, pp. 385 et s.

5. Voy. notamment, en Belgique, M. WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 373 et s.; F. RIGAUX, 'La méthode des conflits de lois à la Cour de cassation', note sous Cass., 10 avril 1980, *R.C.J.B.*, 1981, pp. 309 et s.; R. VANDER ELST, *Droit international privé belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 295 et s.; J. ERAUW, note sous Cass., 12 décembre 1985, *R.W.*, 1986-1987, pp. 99 et s.; K. LENNAERTS, 'Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?', in *Mélanges offerts à R. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 529 et s.; L. BARNICH, 'L'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1989 et la condition procédurale du droit étranger', note sous Cass., 7 décembre 1989, *R.D.C.*, 1991, p. 416; F. RIGAUX et G. VAN HECKE, 'Examen de jurisprudence - Droit international privé (conflit de lois)', (1978-1980), *R.C.J.B.*, 1985, p. 385; (1981-1990), *R.C.J.B.*, 1991, p. 148, n° 7; G. VAN HECKE et K. LENNAERTS, *Internationaal privaatrecht*, A.P.R., 1<sup>e</sup> éd., Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 173 et s.; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 124 et s.; 'Droit judiciaire international de la famille - L'introduction de procédures et la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière de divorce, d'aliments et de garde des enfants', *Act. dr.*, 1994, pp. 103 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larquier, 1992, pp. 11 et s.; M. FALLON, 'L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermi-

Elle n'est en outre pas théorique. L'internationalisation croissante des échanges tant commerciaux qu'humains oblige en effet désormais le juge national, à l'occasion de n'importe quel litige de droit privé, que ce soit en matière d'accident de la circulation routière, d'autorité parentale ou encore de commerce international, à s'interroger sur l'existence éventuelle d'un conflit de lois ou de jurisdictions le contraignant à déterminer la règle de droit appelée à régir le litige<sup>6</sup>.

3. Il ressort de cette première présentation de la matière que celle-ci peut être examinée tant sous un angle substantiel (qu'est-ce qu'un élément d'extranéité; quelle est sa qualification; quel est le contenu de la règle de conflit, ...) qui

→

nation du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle', in *Mélanges Roger O. Dalq - Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 159 et s., note sous Cass., 23 février 1995, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1996, pp. 307 et s.; N. WATTÉ, note sous Cass., 12 janvier 1990 et Cass., 3 décembre 1990, in 'Chronique de jurisprudence belge (1988-1994)', *Clunet*, 1996, pp. 151 et s.; note sous Cass., 12 janvier 1990, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 483 et s.; J. MEEUSEN, 'De invloed van "Selectief nationalism" in het Belgische conflictrecht: analyse en evaluatie', *T.P.R.*, 1997, pp. 1440 et s. et les références de droit comparé citées; *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 1997, pp. 207 et s. *En France*, Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 4 octobre 1989, obs. P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1990, pp. 316 et s.; A. PONSARD, 'L'office du juge et l'application du droit étranger', *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1990, pp. 607 et s.; Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 5 novembre et 10 décembre 1991, obs. H. MUIR WATT, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1992, pp. 314 et s.; P. MAYER, *Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1994, pp. 106 et s.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1996; Grenoble, 13 septembre 1995, note D. PARDOEL, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1996, pp. 674 et s.; Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 14 mai 1996 et 11 juin 1996, note D. BUREAU, *Clunet*, 1996, pp. 941 et s.; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996, pp. 261 et s.; M.-L. NIBOYET-HOEGLY, 'La mise en œuvre du droit international privé conventionnel', in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 313 et s.; B. AUDIR, *Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1997, pp. 224 et s.; Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 6 mai 1997, obs. B. FAUVARQUE-COSSON, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, pp. 514 et s.; Cass. fr. (ch. comm.), 18 mars 1997, obs. H. MUIR WATT, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, pp. 577 et s.; Grenoble, 11 janvier et 27 novembre 1996, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, pp. 504 et s.; Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 11 juin 1996, obs. P. LAGARDE, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, pp. 65 et s.; Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 10 mai 1995, note A. ENGEL et L. SINOPOLI, *D.*, 1996, Jurisprudence, pp. 622 et s.; Cass. fr. (1<sup>e</sup> ch. civ.), 1<sup>e</sup> juillet 1997 (3 arrêts), note M. MENJUCQ, *D.*, 1998, pp. 104 et s.; *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, pp. 61 et s., note P. MAYER; *Clunet*, 1998, pp. 98 et s., note I. BARRIÈRE BROUSSE. *Adde Th. M. DE BOER*, 'Facultative Choice of Law: The procedural Status of Choice Law Rules and Foreign Law', in *Rec. Cours La Haye*, 1996, t. 257, pp. 223 et s.

6. M.-L. NIBOYET-HOEGLY, 'La mise en œuvre du droit international privé conventionnel', in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 313-314.

relève incontestablement du droit international privé que sous un angle procédural<sup>7</sup>.

Seul ce dernier aspect qui relève du droit judiciaire privé retiendra notre attention. Nous tenterons d'examiner l'élément d'extranéité et la règle de conflit dans une optique processuelle en transposant les principes directeurs de l'office du juge et des parties dans le domaine particulier des conflits de lois ou de juridictions.

Notre exposé sera toutefois volontairement limité à l'examen du rôle respectif du juge et des parties dans la mise en œuvre de la règle de conflit de lois ou de juridictions. Nous ne nous attarderons pas à l'approche de l'office du juge et des parties dans la détermination du contenu du droit étranger déclaré applicable par le jeu de la règle de conflit pour l'exposé duquel nous nous permettons de renvoyer aux nombreuses études qui lui ont été consacrées<sup>8</sup>. Nous n'examinerons pas davantage la position du droit étranger devant la Cour de cassation qu'il n'est guère possible de développer de façon complète dans le cadre de cette contribution<sup>9</sup>.

Enfin, nous n'esquisserons, dans le cadre du présent exposé, que les règles et principes généraux renvoyant pour les questions spécifiques aux travaux qui les ont examinées.

**4.** Afin de mieux cerner les règles qui régissent l'office du juge et des parties dans le cadre d'un litige international et d'illustrer, à travers le prisme de la mise en œuvre de la règle de conflit, les principes directeurs du procès civil, nous proposons d'examiner successivement les questions suivantes.

Le juge du fond peut-il ou doit-il appliquer d'office ses règles de conflit et soulever d'office le problème de conflit de lois ou de juridiction? (section II.A.1)

Dans quelle mesure peut-il ou doit-il rechercher parmi les faits qui lui sont soumis par les parties l'existence d'un élément d'extranéité? (section II.B.1)

Les parties peuvent-elles par le biais d'un 'accord procédural' empêcher le juge de soulever la dimension internationale d'un litige? Quelle forme cet accord doit-il revêtir? (sections II.A.2 et II.B.2)

7. H. MOTULSKY, 'L'office du juge et la loi étrangère', *o.c.*, p. 88. L'éminent auteur préférait l'optique procédurale car 'l'essence du droit se révèle dans sa réalisation (...) c'est dans le litige que le droit se concrétise de la manière la plus efficace et la plus aisément saisissable'.

8. Voy. not. pour l'exposé le plus récent, J. MEEUSEN, *o.c.*, pp. 215 et s. *Addé K. LENEAERTS, l.c.*, pp. 542 et s.; L. BARNICH, *l.c.*, p. 414; F. RIGAUX, *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 51 et s., 'La Cour de cassation et la cohérence de l'ordre juridique positif', in *Liber Amicorum E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 766 et s.

9. Cons., pour l'exposé le plus récent sur ce sujet, J. MEEUSEN, *o.c.*, pp. 222 et s., n° 401 et s. *Addé F. RIGAUX, Droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, pp. 306 et s.; J. ERAUW, 'De ambtshalve toepassing van vreemd recht en van cassatiecontrole op die toepassing', *R.W.*, 1982-1983, pp. 1457 et s.

Dans quelle mesure, le juge doit-il dans l'ensemble de ces démarches respecter les droits de la défense? (sections II.A.3 et II.B.3)

## II. L'APPLICATION D'OFFICE DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS OU DE JURIDICTIONS

### A. Exposé des principes

#### 1. JURA NOVIT CURIA

5. Dans l'ordre juridique national, la règle de droit étrangère emprunte sa force obligatoire à la règle de conflit de lois par l'intermédiaire de laquelle elle y a été déclarée applicable. La règle de conflit, nationale ou conventionnelle, de lois ou de juridictions, appartient à la *lex fori* et est régie par l'adage *Jura novit curia*. Le juge du fond est ainsi censé connaître les règles de conflit au même titre qu'il connaît les règles de droit matérielles<sup>10</sup>. Il est tenu d'examiner le litige qui lui est soumis d'après toutes les dispositions légales objectivement susceptibles de lui être appliquées même si les parties ne l'y ont pas expressément invité. Il doit appliquer la loi qui régit la matière et cette loi peut, par le truchement de la règle de conflit, nationale ou conventionnelle<sup>11</sup>, être une règle de droit étranger.

Lorsque le juge constate que le différend porté devant lui présente un caractère international, il doit par conséquent appliquer d'office la règle de conflit. Celle-ci doit être soulevée d'office par le juge lorsque les parties lui ont communiqué, même involontairement, les éléments d'extranéité, et ce que la matière relève de l'ordre public ou non<sup>12</sup>. Le type de matière couverte par la règle de conflit ne devient pertinent qu'au stade de la mise en œuvre du principe dispositif et non de l'adage *Jura novit curia*<sup>13</sup>.

10. 'La règle de conflit est toujours obligatoire pour le juge, ou elle n'est pas une règle de droit' (R. VANDER ELST, *l.c.*, *J.T.*, 1981, p. 76, n° 5).

11. Sur l'application d'office de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après 'la Convention de Bruxelles'), voy. not. M. WESER, *o.c.*, pp. 373 et s.; H. GAUDEMEST-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1996, p. 45, n° 62bis.

12. R. VANDER ELST, *Droit international privé belge*, t. I, Bruxelles, Bruylants, 1983, p. 300, n° 70.4; J. ERAUW, *l.c.*, *R.W.*, 1981-1982, n° 1457 et s.

13. K. LENEAERTS, *l.c.*, p. 529; H. MOTULSKY, 'La cause de la demande ...', *o.c.*, p. 235; P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Fac. de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1978, p. 34, n° 15.

**6.** La solution peut paraître évidente. Elle n'est pourtant pas universellement reconnue<sup>14</sup>. Ainsi, la jurisprudence, fort évolutive et incertaine, de la Cour de cassation de France aboutit-elle à un système fort différent.

Partie de l'idée que lorsque la règle de conflit ne relève pas de l'ordre public, il appartient aux parties d'en réclamer la mise en œuvre<sup>15</sup>, passée ensuite par l'application d'office de toutes les règles de conflit<sup>16</sup>, la Cour suprême française censure actuellement le juge qui omet d'appliquer d'office la règle de conflit dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits<sup>17</sup> ou lorsque cette règle possède une origine conventionnelle<sup>18 19</sup>. On n'a pas manqué de souligner, à juste titre, l'incohérence et les errements d'une telle position<sup>20</sup>.

**7.** S'il existe, en droit belge, une 'obligation judiciaire'<sup>21</sup> de soulever et de trancher le conflit de lois ou de juridictions alors même que celui-ci n'aurait pas été évoqué par les parties, il n'y a pas pour autant dans tous les cas application automatique des règles de conflit.

Tout d'abord, celle-ci suppose, comme en toutes matières, que les faits allégués ou soumis au juge fassent apparaître les éléments étrangers du litige, bien que la question n'ait pas été évoquée par les parties. Si la dimension internationale du litige est volontairement cachée ou involontairement dissimulée par le fait des parties, le juge ne peut soulever la question du conflit de lois ou de juridictions. Les éléments étrangers doivent avoir été versés au

14. Voy., pour une analyse de droit comparé, J. MEEUSEN, *o.c.*, p. 210, n° 381.

15. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 12 mai 1959 (*Bisbal*), *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1960, p. 62, note H. BATTIFOL.

16. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 11 et 18 octobre 1988 (*Rebouah et Schule*), *Clunet*, 1989, p. 349, note D. ALEXANDRE; Y. LEQUETTE, 'L'abandon de la jurisprudence *Bisbal*', *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1989, pp. 277 et s.

17. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 1<sup>er</sup> juillet 1997 (*Driss A.*), *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 61, note P. MAYER.

18. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 5 novembre et 10 décembre 1991 (2 arrêts), *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1992, p. 314, note H. MUIR WATT; Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 10 mai 1995, note A. ENGEL et L. SINOPOLI, *D.*, 1996, Jurisprudence, pp. 622 et s.; Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 14 mai 1996 (*Faouzi*), *Clunet*, 1996, p. 941, note D. BUREAU.

19. Pour une synthèse complète de cette jurisprudence, cons. not. P. MAYER, 'L'office du juge dans le règlement des conflits de lois', *Trav. Com. Fr. dr. intern. privé*, 1975-1977, Paris, C.N.R.S., 1979, pp. 233 et s.; J.-M. BISCHOFF, 'Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988', *Trav. Com. Fr. dr. intern. privé*, 1990-1991, Paris, Pédone, 1992, pp. 19 et s.; I. BARRIÈRE BROUSSE, *I.c.*, *Clunet*, 1998, pp. 99 et s.

20. Voy. not. récemment P. MAYER, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 65, n° 8.

21. Selon l'expression de H. MUIR WATT, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1992, p. 317.

débat<sup>22</sup>. Ainsi, en matière de succession mobilière, il faut, par exemple, que le juge sache que le dernier domicile du défunt se trouvait à l'étranger<sup>23</sup>.

Ensuite, lorsqu'il existe entre les parties, dans les matières dans lesquelles elles ont la libre disposition de leurs droits, un accord procédural exprès ou tacite mais certain quant à l'interdiction pour le juge de soulever le problème du conflit ou de le trancher selon ses propres règles de conflits, le juge doit respecter l'accord intervenu et régler le litige suivant l'ordre juridique choisi par les parties, sous peine d'élever une contestation exclue par les conclusions des parties<sup>24</sup>.

**8.** Le conflit de lois ou de juridictions doit donc être soulevé d'office en vertu de la règle selon laquelle le juge applique d'office toute règle de droit même lorsque la matière n'est pas d'ordre public à la condition de porter atteinte ni au principe dispositif, ni au principe du contradictoire.

Cette solution ne va toutefois pas sans soulever quelques difficultés<sup>25</sup>.

Premièrement, la règle de conflit n'est qu'une norme indirecte. Une fois que le juge du fond a soulevé et appliqué d'office la règle de conflit, il lui reste encore à choisir dans le droit national ou étranger déclaré applicable la disposition légale compétente. L'application d'office de la règle de conflit de lois du for ne constitue qu'une étape intermédiaire qui doit conduire à l'application d'office de la règle de droit substantielle.

Ensuite, le principe du contradictoire interdit au juge du fond non seulement d'appliquer d'office le droit étranger sans laisser les parties s'expliquer sur ce point mais lui interdit également de soulever et d'appliquer la règle de conflit sans soumettre préalablement cette question à un débat contradictoire. Le juge doit dès lors permettre aux parties de s'expliquer contradictoirement sur le problème du conflit de lois ou de juridictions en tant que tel. 'Les règles de conflit du for seront plus efficacement mises en œuvre par le juge après que les parties l'aient éclairé sur les éléments étrangers de leur situation dont, par hypothèse, elles ne s'étaient pas prévenues'<sup>26</sup>.

Enfin, les parties disposent d'une plus grande liberté dans la mesure où elles peuvent ne pas informer suffisamment le juge de la localisation des faits de la cause. Placé volontairement ou fortuitement dans cette ignorance, le juge, faute de disposer des éléments matériels de rattachement que constituent les faits du

22. Voy. *infra*, II.B.1.

23. P. MAYER, *o.c.*, p. 109, n° 146.

24. Voy. *infra*, II.B.2.

25. Pour un exposé complet de ces difficultés, cons. F. RIGAUX, *La nature du contrôle ...*, pp. 125 et s.

26. F. RIGAUX, *La nature du contrôle ...*, p. 126.

litige qui lui sont soumis, ne saurait soulever d'office la question du conflit de lois ou de juridictions.

## 2. LE PRINCIPE DISPOSITIF

**9.** Si le type de matière couverte par la règle de conflit n'intervient pas dans le cadre de l'application de l'adage *Jura novit curia*, il joue en revanche un rôle fondamental au niveau du respect du principe dispositif. En vertu de celui-ci, les parties sont en effet maîtresses du droit dans la mesure où celui-ci revêt un caractère supplétif. Quand les faits de la cause font apparaître un élément étranger mais que les parties ne soulèvent aucun problème de conflit de lois, il appartient au juge d'interpréter la volonté des parties. Celles-ci peuvent en effet, par leur accord, empêcher le juge, dans tous les cas où la matière est d'ordre privé, de soulever le problème de conflit ou d'appliquer la règle substantielle désignée par la règle de conflit.

Explicitement ou tacitement mais de façon certaine, les parties peuvent s'accorder dans leurs conclusions sur la loi applicable ou sur la compétence de la juridiction saisie. Le juge ne peut dans ce cas soulever le conflit car il élèverait une contestation exclue par les conclusions des parties. Il s'agit d'un accord procédural, qui peut être qualifié de 'préalable', sur la loi applicable ou la juridiction compétente.

En cas de doute sur la position des parties, le juge doit attirer leur attention sur la question du conflit de lois de manière à vérifier si leur attitude relevait réellement d'un choix délibéré ou d'une simple inadvertance<sup>27</sup>. L'accord procédural peut ensuite être 'confirmé' ou 'subséquent' après que le juge ait soulevé la question et interpellé les parties sur ce point. Il est 'subséquent' lorsque, après cette interpellation, les parties renoncent à la mise en œuvre de la règle de conflit et s'accordent pour appliquer une loi différente de celle désignée par la règle de rattachement. Le juge doit dans ce cas s'incliner devant la volonté des parties de voir le litige résolu conformément au droit qu'elles ont désigné.

Les parties ne peuvent en revanche, dans les matières qui, au regard de la loi du for ou d'une convention internationale (p. ex. art. 16 de la Convention de Bruxelles), touchent à l'ordre public, renoncer ni à ce que le juge soulève d'office le conflit de lois ou de juridictions, ni à ce que le juge applique la norme désignée par le jeu de la règle de conflit ou se déclare incompétent. L'accord procédural 'préalable' ou 'subséquent' n'est, dans une telle hypothèse, pas permis.

27. G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *I.c.*, R.C.J.B., 1982, p. 385.

## 3. LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

**10.** Le principe du contradictoire joue comme toujours un rôle fondamental. Il exige que le juge ne puisse surprendre les parties par la mise en œuvre d'une règle de droit sur laquelle elles n'ont pas été mises en mesure de s'expliquer. Tel risque d'être souvent le cas de la règle de conflit lorsque les parties ne sont manifestement pas conscientes de la dimension internationale de leur différend<sup>28</sup>.

Lorsque le juge souhaite appliquer d'office la règle de conflit parce que les parties ne l'ont pas invoquée ou lorsque le droit en litige est d'ordre public, et qu'un accord des parties n'est dès lors pas licite, il doit impérativement veiller à respecter le principe de la contradiction en instaurant un débat sur les conditions d'application de la règle de conflit<sup>29</sup>. Il doit interroger les plaigneurs et si elles le peuvent, les parties choisiront le cas échéant de soumettre le litige à la loi qu'elles ont choisie (accord procédural 'subséquent').

### B. Problèmes particuliers au regard du rôle respectif du juge et des parties

#### 1. LA RECHERCHE PAR LE JUGE PARMI LES FAITS DU LITIGE DE L'EXISTENCE D'UN ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ

**11.** Pour que le juge soit tenu de soulever d'office la question du conflit, il faut que 'les éléments étrangers du litige aient été versés au débat' même si le problème n'est pas invoqué en tant que tel par les parties<sup>30</sup>. Si celles-ci dissimulent volontairement ou involontairement les éléments étrangers du litige, la question du conflit ne peut être évoquée d'office par le magistrat.

Le juge peut à cet égard relever d'office tous les faits (tant ceux soudés à la prétention que les faits adventices) même s'ils figurent au dossier sans avoir été invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions et alors même que les parties ne les auraient pas mis en relief à la condition qu'ils aient une incidence sur le droit à appliquer, sur la qualification à attribuer aux faits invoqués à l'appui de la prétention, c'est-à-dire s'ils resurgissent quant à la loi à appliquer à – ou au tribunal compétent pour – la contestation dont le juge est saisi<sup>31</sup>.

28. Le principe du contradictoire joue un rôle tout aussi fondamental au niveau de la détermination du contenu du droit étranger désigné par la règle de conflit pour laquelle le juge doit recueillir les informations nécessaires et respecter les droits de la défense. Cons. not. Cass., 13 mai 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 50; Cass., 3 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 329.

29. Cass., 22 octobre 1982, *R.W.*, 1982-1983, p. 2186, obs. P. LEMMENS.

30. A. ENGEL et L. SINOPOLI, *I.c.*, D., 1996, p. 623.

31. Voy., au regard du droit procédural français, la question de savoir si le moyen tiré de l'application

Si aucun élément d'extranéité n'apparaît des faits dans le débat, il existerait, selon certains auteurs, une obligation pour le juge de rechercher les faits, même non allégués par les parties, lorsqu'ils seraient susceptibles de jouer un rôle sur l'applicabilité de tel ou tel droit<sup>32</sup>. Selon une thèse plus modérée, lorsque la matière touche à l'ordre public, le juge devrait vérifier si les conditions d'application de son droit substantiel sont réunies. Il lui appartiendrait d'inviter les parties à justifier que les éléments matériels de rattachement à la *lex fori* sont réunis. Le juge devrait même rechercher parmi les éléments qui ne lui sont pas soumis les éléments d'extranéité qui seraient susceptibles d'influencer la solution du litige et inviter les parties à l'éclairer sur ce point<sup>33</sup>.

Ces conceptions doivent être critiquées car elles reviennent à conférer à la règle de conflit un régime procédural exorbitant<sup>34</sup>. Si les parties ne peuvent renoncer à l'application de la règle de conflit et à la désignation éventuelle de la loi applicable, le principe dispositif interdit au juge même dans une matière d'ordre public de rechercher d'autres faits que ceux qui lui sont soumis par les parties. Le juge n'a pas le droit de vérifier à partir des données qui lui sont soumises s'il existe d'autres faits révélant la présence d'éléments d'extranéité. La loi remédie d'ailleurs à cette lacune en imposant, par exemple en matière de divorce, aux parties de produire un certificat de nationalité même en l'absence de contestation sur ce point (art. 1254 C. jud.)<sup>35</sup>. Il serait toutefois permis au juge, dans les matières d'ordre public, sous peine de devoir rejeter la demande, d'interpeller les parties s'il constate que les débats ont révélé la possibilité d'éléments d'extranéité qui ne lui ont pas été communiqués<sup>36</sup>.

## 2. L'ACCORD PROCÉDURAL DES PARTIES SUR LE DROIT À APPLIQUER OU SUR LA JURIDICTION COMPÉTENTE

**12.** L'accord procédural aux termes duquel les parties à un litige international demandent au juge d'appliquer une autre loi que celle désignée par la règle de conflit de lois ou de se déclarer compétent serait bien établi en droit belge<sup>37</sup>.

→

tion d'office du droit étranger est un moyen de pur droit ou un moyen mélangé de fait et de droit devant être relevé d'office par le juge du fond, A. ENGEL et L. SINOPOLI, *D.*, 1996, pp. 623-624; B. FAUVARQUE-COSSON, *o.c.*, pp. 157 et s. et les nombreuses références citées.

32. Voy. les références citées par F. RIGAUX, *La nature du contrôle ...*, *o.c.*, p. 127, note (16) et la critique partielle de l'auteur.

33. E. KRINGS, concl. préc. Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, p. 71; F. RIGAUX, *o.c.*, 2<sup>e</sup> éd., 1987, p. 301, n° 435.

34. Voy., dans ce sens, K. LENEAERTS, *I.c.*, p. 541.

35. L. BARNICH, *I.c.*, p. 411. Sur la solution ancienne et la jurisprudence antérieure du tribunal de première instance de Bruxelles, voy. F. RIGAUX, *o.c.*, 1<sup>re</sup> éd., p. 314, n° 397.

36. K. LENEAERTS, *I.c.*, p. 542, n° 17.

37. B. FAUVARQUE-COSSON, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 515, note (2) renvoyant à l'étude de K. LENEAERTS, *I.c.*, pp. 529 et s.

Il est vrai que larrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 1980 en relevant 'que la demanderesse faisait valoir en conclusions que la vente litigieuse était régie par le droit français et qu'il n'y avait aucune contestation à ce sujet; que les conclusions de la défenderesse marquait l'accord de celle-ci sur ce point et que, de plus, larrêt ne décide pas, même implicitement, que ce droit ne serait pas applicable au litige'<sup>38</sup> paraît avoir confirmé la possibilité pour les parties de s'accorder dans leurs conclusions sur le droit applicable au litige ainsi que sur le caractère obligatoire de cet accord pour le juge du fond.

Rares sont toutefois en droit belge, à l'inverse de la France, les décisions de jurisprudence ou les commentaires doctrinaux qui offrent respectivement une application ou une synthèse des principes régissant l'accord procédural sur le droit applicable ou la juridiction compétente. Il paraît dès lors utile d'opérer une systématisation de ces principes en s'inspirant de ceux qui ont été dégagés par la doctrine et la jurisprudence françaises<sup>39</sup>.

**13.** L'accord procédural peut, on l'a dit, être 'préalable' c'est-à-dire se former avant que le juge ne soulève la question du conflit de lois ou de juridictions. Lorsqu'il intervient après l'intervention du juge, il est 'confirmé' (si les parties confirment au juge leur accord procédural 'préalable') ou 'subséquent' (lorsque les parties concluent pour la première fois après cette interpellation un accord procédural).

Par ce 'pacte judiciaire', les parties s'accordent sur la loi à appliquer ou la compétence du for saisi de telle sorte que le juge ne peut plus soulever la question du conflit dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits. Les parties peuvent ainsi renoncer à l'application du droit étranger auquel la règle de conflit pourrait référer ou, au contraire, soumettre leur litige au droit étranger<sup>40</sup>.

38. Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, p. 75. On se trouvait cependant en l'espèce dans une matière régie par le statut de l'autonomie de la volonté (voy., à ce sujet, F. RIGAUX, *I.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 45-46, n° 16).

39. De nombreuses références seront en effet faites au droit français dans la mesure où il offre de nombreuses applications de l'accord procédural sur la loi applicable et où la doctrine française s'est largement penchée sur la question. Il conviendra cependant d'avoir toujours à l'esprit que les solutions élaborées en France ne peuvent être transposées telles quelles en droit belge principalement pour le motif qu'en droit belge, l'accord procédural des parties sur la loi applicable ne peut se confondre, dans les matières dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits, avec, comme c'est le cas en France, la faculté laissée au juge de ne pas appliquer d'office la règle de conflit pour des raisons de commodité personnelle (sur cette question, voy. not. B. FAUVARQUE-COSSON, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 517).

40. E. KRINGS, *I.c.*, *J.T.*, 1981, p. 71.

Cet accord procédural peut intervenir dans toutes les matières où les parties ont, au regard de la loi du *for*<sup>41</sup>, la libre disponibilité de leurs droits et pas uniquement dans les matières qui, en droit international privé, sont régies par la règle de rattachement ou par le statut de l'autonomie de la volonté<sup>42</sup> <sup>43</sup>. Il faut à cet égard opérer une importante distinction entre l'accord procédural sur la loi applicable et l'accord de fond, le choix de la *lex contractus*, en matière de conflit de lois<sup>44</sup>. La *lex contractus* constitue une application de la règle de conflit alors que l'accord procédural tend précisément à éluder son application<sup>45</sup>.

L'accord procédural autorise ainsi les parties à déterminer la loi à appliquer dans des matières qui, en droit international privé, ne sont pas couvertes par la loi d'autonomie, limitée aux contrats, telles que la responsabilité quasi délictuelle, le statut réel<sup>46</sup>, ..., et ce même si une convention internationale règle la matière en question<sup>47</sup>, si la loi dont les parties réclament l'application est différente de la loi qu'elles ont contractuellement choisie ou si le tribunal sur la compétence duquel les parties s'accordent est un autre que celui ayant fait l'objet de la clause de prorogation de compétence<sup>48</sup>. Le mécanisme de

41. Sur la vocation de la *lex fori* à qualifier le caractère disponible des droits au sujet desquels les parties ont conclu un accord procédural, voy. B. FAUVARQUE-COSSON, *o.c.*, pp. 51 et s.; P. MAYER, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, pp. 70-71.

42. N. WATTÉ, *I.c.*, *Clunet*, 1996, p. 153; F. RIGAUX, *I.c.*, *R.C.J.B.*, 1982, p. 46; B. FAUVARQUE-COSSON, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 516.

43. Sur la possibilité d'étendre la vocation de l'accord procédural au-delà des conflits de lois à d'autres domaines du droit international privé, voy. H. MUIR WATT, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 581.

44. Voy. not. B. FAUVARQUE-COSSON, *o.c.*, pp. 346 et s.; P. LAGARDE, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1990, p. 322.

45. B. FAUVARQUE-COSSON, *o.c.*, pp. 346 et s.

46. On a toutefois critiqué cette possibilité en se demandant notamment si on n'introduisait pas de la sorte dans les règles de conflit propres aux autres statuts du droit international privé une branche alternative (l'autonomie de la volonté) qu'elles ne comportent pas (P. MAYER, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 69). Un auteur, à la suite d'une étude prospective de droit international privé, s'est également interrogé sur le point de savoir si 'plutôt que de recourir à des mécanismes indirects et cachés permettant tantôt la prorogation volontaire de compétence par silence, tantôt la reconnaissance d'une décision étrangère par consentement tacite, tantôt la désignation d'une loi applicable par le principe dispositif', il ne serait pas 'préférable de donner ouvertement un rôle à l'autonomie de la volonté' (J.-Y. CARLIER, *I.c.*, p. 104).

47. P. MAYER, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 66.

48. Voy. not., à ce sujet, H. BOULARBAH, 'La comparution du vendeur devant le tribunal d'un Etat dans le cadre d'un litige déterminé n'emporte pas renonciation de celui-ci à se prévaloir dans une instance différente de la clause attributive de compétence contenue dans ses conditions générales au profit des juridictions d'un autre Etat', note sous Liège, 25 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, pp. 393 et s.

l'accord procédural, qui ne constitue, du moins en droit belge<sup>49</sup>, qu'une application du principe dispositif<sup>50</sup>, permet également d'expliquer les arrêts de la Cour de cassation belge ayant reconnu l'application de la volonté des parties à la responsabilité aquilienne<sup>51</sup>.

**14.** En matière de conflit de juridictions, les parties peuvent exclure au moyen d'un accord procédural l'application d'une règle de compétence directe issue de la Convention de Bruxelles à l'exclusion des compétences exclusives de l'article 16 pour lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits<sup>52</sup>. Cet accord pour fonder la compétence du *for* saisi fait toutefois double emploi avec l'article 18 de la Convention qui autorise la prorogation tacite de compétence lorsque le défendeur comparaît sans contester la compétence du *for* et qui constitue non pas un accord procédural en vue d'éviter la règle de conflit de juridictions mais bien l'application de la règle de conflit elle-même. Il en va de même dans l'ensemble des autres hypothèses de prorogation tacite de compétence<sup>53</sup>.

En matière de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires, les parties peuvent également exclure une condition de régularité de l'*exequatur* lorsque celle-ci revêt un caractère d'ordre privé<sup>54</sup>.

49. Voy., en France, les objections de Mme B. FAUVARQUE-COSSON à rattacher l'accord procédural au principe dispositif, *o.c.*, p. 73, n° 115 et s.

50. Voy., dans ce sens, M. FALLON, *I.c.*, p. 165, n° 8; N. WATTÉ, *I.c.*, *Clunet*, 1996, p. 153; J.-Y. CARLIER, *I.c.*, p. 104 (ce dernier auteur estimant toutefois, à tort selon nous, que le principe dispositif, en évitant l'application des règles de conflit de lois, ne permet pas la désignation d'une autre loi que la *lex fori*); K. LENEAERTS, *I.c.*, p. 543, n° 17.

51. Cass., 30 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 306; Cass., 17 novembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 306 (ce dernier arrêt peut également être interprété comme dénier l'obligation pour le juge de soulever d'office la règle de conflit dans la mesure où l'objet du litige ne concerne pas l'ordre public; voy., dans ce sens, K. LENEAERTS, *I.c.*, p. 537); L. BARNICH, *I.c.*, p. 410, n° 7. Pour une analyse de cette jurisprudence, voy. M. FALLON, *I.c.*, pp. 164 et s.; Mme B. FAUVARQUE-COSSON fait remarquer à cet égard que 'pour les obligations délictuelles, le déclin de la *lex loci delicti*, conjugué avec l'essor de la volonté, en font la terre d'élection de l'accord procédural' (*o.c.*, p. 401, n° 687).

52. En ce qui concerne les accords procéduraux sur la compétence internationale de droit commun régi par le Code judiciaire, spécialement en droit de la famille, cons. J.-Y. CARLIER, 'Droit judiciaire international de la famille – L'introduction de procédures et la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière de divorce, d'aliments et de garde des enfants', *Act. dr.*, 1994, pp. 103 et s.

53. Voy., à ce sujet, J.-Y. CARLIER, *I.c.*, p. 103.

54. Cons., pour des illustrations, J.-Y. CARLIER, *I.c.*, p. 103; H. MUIR WATT, *I.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 581.

**15.** En ce qui concerne la forme de l'accord procédural, deux récents arrêts de la Cour de cassation de France du 6 mai 1997 (*Hannover*)<sup>55</sup> et du 1<sup>er</sup> juillet 1997 (*Karl Ibold*)<sup>56</sup> confirment que le simple silence des parties sur la question du conflit de lois (c'est-à-dire le fait que les parties n'abordent pas la question dans leurs conclusions) n'est pas suffisant en soi pour constituer un accord procédural valable. Ils estiment cependant, aux termes d'une approche assez libérale<sup>57</sup>, que l'accord peut résulter des conclusions des parties qui invoquent une loi autre que celle qui est compétente en vertu d'un traité ou d'un contrat.

La position de la Cour de cassation de France est ainsi fondamentalement différente de celle qu'elle avait antérieurement adoptée à propos de l'application de l'article 12, alinéa 3, du Nouveau Code de procédure civile qui permet aux parties de lier le juge sur des points de droit par un accord exprès. Par un arrêt du 10 octobre 1979, la Cour avait en effet estimé que la simple concorde des conclusions des parties ne suffisait pas pour permettre aux parties de lier le juge sur la règle de droit à appliquer à la résolution de la contestation<sup>58</sup>. Elle s'écarte également de sa jurisprudence antérieure en matière d'accord procédural sur la loi applicable selon laquelle était exigé un accord exprès des parties<sup>59</sup>. On en a déduit que la Cour de cassation française semblait considérer par là que l'article 12, alinéa 3, du N.C.P.C. ne fournit pas un fondement textuel suffisant à la licéité de l'accord procédural sur la loi applicable<sup>60</sup>.

Tout accord, 'quelles que soient les modalités de son expression', serait dès lors valable. L'accord suppose toutefois une rencontre de volontés conscientes dans l'intention de se lier par une position commune et, dans l'hypothèse de l'accord procédural, de lier le juge. Cette rencontre de volontés doit être appréciée en fonction des circonstances et de l'intention réelle des parties qu'elles paraissent révéler. Pour que l'accord puisse valablement se former, il suppose en toute hypothèse que les parties aient conscience de l'internationalité du litige et de la vocation de la loi normalement compétente à la solution-

55. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 6 mai 1997, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, pp. 514 et s., note B. FAUVARQUE-COSSON.

56. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, pp. 61 et s., note P. MAYER.

57. Sur les motifs propres au droit français qui sous-tendent cette approche libérale, cons. P. MAYER, *l.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 67.

58. Cass. fr. (3<sup>e</sup> ch. civ.), 10 octobre 1979, *J.C.P.*, 1979, IV, p. 370.

59. Voy. not. Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 4 octobre 1989 (*De Baat*), *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1990, p. 316, note P. LAGARDE.

60. P. MAYER, *l.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 66; D. BUREAU, *l.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1996, p. 587; A. ENGEL et L. SINOPOLI, *D.*, 1996, p. 624.

ner<sup>61</sup> (p. ex. parce qu'elles ont déjà fait choix dans leur contrat d'une loi ou d'un tribunal différent)<sup>62</sup>. Ce n'est qu'ensuite, même tacitement mais de façon certaine, que les parties peuvent choisir une autre loi.

En cas de doute sur le caractère certain de l'accord procédural, il convient d'ordonner la réouverture des débats afin de confirmer ou d'infliger l'accord procédural 'préalable' dont l'existence est présumée dans le chef des parties ou d'acter, le cas échéant, un accord procédural 'subséquent'. Le système idéal serait celui dans lequel le juge, constatant que la règle de conflit désigne une loi étrangère mais que les conclusions des parties se réfèrent à une autre loi, attirerait leur attention sur ce fait<sup>63</sup>. Ce serait ainsi l'occasion pour elles, soit de prendre conscience de la vocation de la loi étrangère à s'appliquer et d'en réclamer éventuellement l'application, jugée plus favorable par l'une d'entre elles, soit de se mettre d'accord pour exclure la loi désignée par la règle de conflit ou pour confirmer expressément leur accord tacite antérieur<sup>64</sup>.

**16.** En droit belge, il convient de rappeler que le juge ne peut connaître d'une contestation que si elle est portée devant lui, sous réserve de l'application des dispositions légales d'ordre public ou impératives. Dès lors, en décidant de ne pas soulever la contestation, même tacitement, les parties sont en mesure de s'accorder sur le droit applicable à l'action<sup>65</sup>. Le juge ne peut en effet éléver une contestation tant en droit qu'en fait que les parties n'ont pas soulevée devant lui<sup>66</sup>. L'obligation pour le juge d'appliquer la règle de droit qu'il estime adéquate ne peut pas s'opérer en méconnaissance de la volonté des parties, seules maîtresses des droits en litige et de leur action.

Le silence ou l'absence de contestation du défendeur quant au choix de la règle de droit à appliquer ne peut cependant suffire pour constituer un accord procédural entre les parties liant le juge quant au choix de la norme juridique à appliquer. Cet accord peut être tacite, à la condition qu'il soit réellement certain, dès lors que les parties ont l'intention de limiter la contestation à l'application de la règle de droit à propos de laquelle elles débattent. C'est la solution que la Cour de cassation belge nous paraît avoir consacrée dans ses arrêts du 25 janvier 1985<sup>67</sup> et du 21 mars 1986<sup>68</sup>. Dans les deux affaires, il résultait tacitement mais certainement de l'échange de conclusions que les volontés réciproques des parties s'étaient rencontrées pour former un accord procédural, dans un cas, afin de limiter leur contestation à l'application du seul

61. B. FAUVARQUE-COSSON, *o.c.*, p. 400, n° 686.

62. B. FAUVARQUE-COSSON, *l.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, p. 519.

63. Voy., dans ce sens, L. BARNICH, *l.c.*, p. 411.

64. P. MAYER, *l.c.*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1998, p. 69.

65. M. FALLOON, *l.c.*, p. 165, n° 8.

66. E. KRINGS, concl. préc. Cass., 9 octobre 1980, *J.T.*, 1981, p. 71.

67. Pas., 1985, I, p. 613.

68. Pas., 1986, I, p. 916.

article 544 du Code civil et, dans l'autre cas, sur la qualification juridique à attribuer à leur convention.

La solution peut être transposée à la matière des conflits de lois. L'accord procédural sur la loi applicable peut résulter d'un simple échange de conclusions entre les parties dont il résulte qu'elles ont convenu, même tacitement, de façon certaine du droit applicable à la résolution de leur différend. Dans ce cas, le juge doit respecter l'accord intervenu et régler le litige suivant l'ordre juridique choisi par les parties, sous peine d'élever une contestation exclue par leurs conclusions.

### 3. LE RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE DES PARTIES DANS LA MISE EN ŒUVRE PAR LE JUGE DE LA RÈGLE DE CONFLIT

**17.** Le juge doit en toute hypothèse respecter les droits de la défense lorsqu'il veut soulever d'office la question du conflit. Qu'il n'existe pas entre les parties d'accord ou que la matière relève de l'ordre public et qu'il estime devoir rejeter l'accord éventuellement intervenu préalablement entre les parties, le juge a le devoir d'offrir aux parties l'occasion de s'expliquer contradictoirement sur l'applicabilité de la règle de conflit qu'il invoque d'office<sup>69</sup>. Lors de ce débat, les parties seront 'libres d'épuiser le principe dispositif, pour autant qu'elles s'entendent à ce propos'<sup>70</sup>. Leur interpellation permettra en effet, dans les matières d'intérêt privé, la conclusion éventuelle d'un accord procédural 'subséquent' sur la loi applicable.

## III. CONCLUSION

**18.** La règle de conflit de lois ou de jurisdictions est une règle de droit 'ordinaire' à laquelle les principes directeurs régissant le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil s'appliquent dans leur totalité même si certains d'entre eux peuvent paraître quelque peu 'exacerbés' par la présence d'un élément d'extranéité.

Le juge est tenu d'appliquer, le cas échéant, d'office la règle de conflit, même supplétive, dès lors que les débats ont révélé l'existence d'éléments d'extranéité.

Les parties peuvent cependant, dans les matières dans lesquelles elles ont la libre disposition de leurs droits, neutraliser le devoir du juge d'appliquer la règle de conflit en concluant un accord procédural, même tacite, à la condition

qu'il soit certain, sur la règle de droit à appliquer ou sur la compétence du forum saisi.

En cas de doute sur la portée, l'existence ou la validité d'un tel accord et de façon plus générale dans la mise en œuvre de la règle de conflit, le juge doit veiller à respecter scrupuleusement les droits de la défense en instaurant entre les parties et lui-même un débat contradictoire.

69. N. WATTÉ, *I.c.*, Clunet, 1996, p. 153.

70. K. LENNAERTS, *I.c.*, p. 536, n° 11.