

LE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ OU L'AVÈNEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ  
'FLEXIBLE'  
P. Wautelet

Dans une note publiée dans cette Revue en 1988, M. Graulich, qui fut le directeur de la Revue depuis sa création en 1956, s'interrogeait sur la signification actuelle de la règle de conflit.<sup>1</sup> Cette expression anodine lui permettait de faire l'état des lieux, avec la concision et la puissance de synthèse qu'on lui connaît, de la discipline qu'il a enseigné pendant deux décennies à la Faculté de Droit.<sup>2</sup> Sa réflexion était alimentée par le constat de l'apparition d'un nombre croissant de règles qu'il qualifiait de « rattachement flexible ».<sup>3</sup> M. Graulich prenait comme exemple le développement dans les jurisprudences américaine et suisse de règles inspirées par l'idée qu'il y avait lieu de mettre l'accent sur la loi du lieu qui a les contacts les plus significatifs avec l'objet du litige, pour s'interroger sur les limites de cette remise en cause de la règle de rattachement abstraite.

Depuis lors, le droit belge a connu une véritable 'révolution' avec l'entrée en vigueur du Code de droit international privé.<sup>4</sup> Le Code apporte quelques nouveautés intéressantes<sup>5</sup> tout en restant fidèle aux techniques traditionnelles – et singulièrement à la règle de rattachement bilatérale.<sup>6</sup> Cette codification de grande ampleur de la discipline nous donne l'occasion de faire le point, près de 20 ans après M. Graulich, sur le visage que présente le droit international privé contemporain. Loin de vouloir faire le tour de l'ensemble des évolutions qu'a subi cette discipline,<sup>7</sup> la présente contribution se limitera à un examen, un an après l'entrée en vigueur du Code, de la portée d'une des modifications les plus profondes parmi celles introduites par ce Code.

<sup>1</sup>P. GRAULICH, "La signification actuelle de la règle de conflit", *Annales de droit de Liège*, 1988, 9-15.

<sup>2</sup>L'on trouvera la synthèse des enseignements de M. Graulich dans un ouvrage toujours d'actualité malgré son âge : P. GRAULICH, *Principes de droit international privé. Conflit de lois. Conflits de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, 215 p.

<sup>3</sup>P. GRAULICH, *art. cit.*, p. 9.

<sup>4</sup>Loi du 16 juillet 2004, *M.B.*, 27 juillet 2004.

<sup>5</sup>L'on pense à la suppression du renvoi (art. 16) et au rôle important conféré à la résidence habituelle dans la détermination du droit applicable au statut personnel et familial. Voy. l'étude générale de M. FALLON, « Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen » in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, A. WILFFELS (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2005, 225-267.

<sup>6</sup>Mme Watté écrit fort justement que « Entre consolidation et réforme, le codificateur belge a opté pour un système mixte : sauvegarder la continuité des solutions jurisprudentielles établies éventuellement en les modifiant légèrement en vue de les rationaliser, et adopter des règles foncièrement différentes des celles préexistantes jugées inopportunes ou contestées ou encore dépassées » : N. WATTÉ, « Les enjeux de la codification du droit international privé belge », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, (1133), 1152.

<sup>7</sup>Pour un panorama d'ensemble du droit international privé belge *anno 2005*, l'on consultera à profit l'ouvrage magistral de MM. RIGAUX et FALLON, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2005, 1040 p. Voy. également « Le droit international privé au vingtième siècle – Quelques observations », *Forum du droit international*, 2004, 169-173.

Le Code de droit international privé innove en effet en introduisant une clause d'exception qui permet au juge de s'écarter, dans des circonstances exceptionnelles, du résultat de la règle de rattachement pour privilégier un droit dont il apparaît qu'il présente un titre plus fort à s'appliquer. L'article 19 du Code permet aux juridictions belges de s'écarter de la loi normalement applicable « lorsqu'il apparaît qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat ».

L'introduction de cette clause d'exception s'accompagne d'autres nouveautés qui visent également à assouplir quelque peu la règle de rattachement telle qu'elle a été conçue par M. Savigny.<sup>8</sup> Comme on a pu le constater, les règles adoptées par le législateur belge en 2004 font en effet la part belle à ces rattachements flexibles.<sup>9</sup> Au-delà de la clause d'exception, qui constitue certainement l'exemple le plus manifeste de cette évolution, l'on retiendra également l'introduction de rattachements fondés sur l'idée très générale des liens les plus étroits<sup>10</sup> et l'adoption de règles de rattachement fondées sur une échelle de critères.<sup>11</sup> Le tout s'inscrit dans une tendance lourde du droit international privé, qui n'est certainement pas propre au droit belge, et qui vise à substituer à ce que M. Graulich appelait le « facteur de rattachement strictement déterminé dans l'abstrait et *a priori* »<sup>12</sup> un raisonnement plus souple.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup>Le Code belge poursuit d'ailleurs l'effort de flexibilité au rayon des conflits de juridictions puisqu'il prévoit un 'for de nécessité' (article 11) ainsi que la possibilité pour un juge de refuser de tenir compte, dans des circonstances exceptionnelles, d'une clause d'élection de for (art. 6 et 7).

<sup>9</sup>Mme Watté note que « la règle figurant dans le Code est généralement plus souple et accorde au juge un pouvoir d'appréciation plus large qu'antérieurement » : N. WATTÉ, *l.c.*, (1133), 1140.

<sup>10</sup>Plusieurs dispositions du Code font appel à cette technique, notamment l'article 99 § 1, 3° en matière de responsabilité délictuelle et l'article 104 qui détermine le droit applicable aux obligations quasi contractuelles. Les législateurs étrangers utilisent également cette technique. L'on peut citer à titre d'exemple la règle suisse visant les effets du mariage à défaut de domicile commun des époux dans le même Etat (article 48(2) de la loi suisse du 18 décembre 1987) et la règle italienne qui soumet le divorce, à défaut de nationalité commune des époux, à la loi de l'Etat « dans lequel la vie conjugale apparaît localisée de manière prépondérante » (article 31(1) de la loi italienne n° 218 du 31 mai 1992 portant réforme du système italien de droit international privé).

<sup>11</sup>Contrairement aux deux illustrations précédentes, la règle 'par échelle' n'accorde pas d'emblée au juge ou à l'interprète un pouvoir d'appréciation. La souplesse se trouve dans le fait que le rattachement principal peut laisser place à un ou plusieurs rattachements subsidiaires. Ainsi si deux époux qui souhaitent divorcer ne résident plus dans le même Etat, l'on retiendra non pas le droit de leur résidence habituelle, mais bien celui de leur résidence commune (art. 55 § 1). Le Code belge fait une large utilisation de cette technique devenue célèbre depuis l'arrêt *Rivière* de la Cour de cassation française, qui permet d'ajouter à un rattachement principal un ou plusieurs rattachements subsidiaires qui se révèlent pertinents lorsque l'hypothèse de la règle principale n'est pas remplie. L'échelle de rattachement se révèle fort propice dans les matières familiales pour appréhender la diversité des situations rencontrées et notamment l'absence de nationalité unique au sein de la même cellule familiale. S'il est bien un constat sur lequel le droit international contemporain bute, c'est en effet la nécessité de prévoir une solution pour les difficultés affectant les couples possédant des nationalités différentes. Dans le Code belge, voy. les articles 45, 48, 51, 55 et 99 § 1.

<sup>12</sup>P. GRAULICH, *art. cit.*, 10-11.

<sup>13</sup>Comme le démontre l'examen attentif réalisé par le professeur Gonzalez Campos qui décelait, lors d'un cours professé à l'Académie de La Haye dans les années 1980, quatre tendances de fond dans le

L'article 19 du Code a fait l'objet de substantielles critiques.<sup>14</sup> Dans son avis sur l'avant-projet de Code, le Conseil d'Etat concluait que, telle qu'elle figurait dans le projet de Code,<sup>15</sup> la clause d'exception « ébranle si fortement la fermeté des règles du projet qu'elle en compromet l'utilité ».<sup>16</sup>

La force de cette réaction ne doit pas surprendre. L'introduction d'une clause d'exception dans le projet suisse de codification avait déjà suscité de virulentes réactions.<sup>17</sup> Les interrogations exprimées à cette époque n'ont rien perdu de leur pertinence et ont d'ailleurs été réitérées à l'endroit de la codification belge.<sup>18</sup> Ces critiques et interrogations méritent d'être prises en considération pour examiner si et dans quelle mesure la clause d'exception pourrait effectivement mettre à mal l'objectif de sécurité juridique que toute entreprise de codification est présumée poursuivre.<sup>19</sup> En filigrane, l'on se demandera si l'adoption dans le Code d'une série d'instruments conférant un pouvoir d'appréciation parfois considérable à l'interprète, ne diminue pas sensiblement le bénéfice de transparence que les auteurs du Code ont déclaré poursuivre.<sup>20</sup>

---

développement du droit international privé, parmi lesquelles figure la 'flexibilisation' : J. D. GONZALEZ CAMPOS, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, t. 287, 9-426, spéc. pp. 214-308.

<sup>14</sup>Voy. surtout L. BARNICH, « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59-72, spéc. p. 72., qui évoque à son sujet un « effet de mode ». Les critiques à l'encontre du projet de Code se sont notamment exprimées dans l'avis rendu par le Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi portant code de droit international privé (Avis CE 29.210/2, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, pp. 242-294). Il est de notoriété publique que cet avis doit beaucoup à la science du Professeur Pierre Gothot, à l'époque assesseur honoraire au Conseil d'Etat. M. Rigaux a également émis des doutes sur l'opportunité du projet de codification, voy. F. RIGAUX, « Codification and Private International Law. The Pros and Cons », *Louisiana Law Rev.*, 2000, 1321 e.s. *Comp.* avec le plaidoyer déjà ancien de J. ERAUW, « De nood aan codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht », in *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, J. ERAUW et al. (éds.), Bruxelles, Story-scientia, 1989, 745-762.

<sup>15</sup>Il faut noter que la rédaction définitive de l'article 19 (à l'origine article 16 du projet) a été modifiée suite aux critiques formulées par le Conseil d'Etat (Avis CE 29.210/2, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, pp. 242-294). Dans son premier état, le texte ne prévoyait par exemple aucune réserve quant à l'application de la clause d'exception vis-à-vis des règles qui font reposer la désignation du droit applicable sur le contenu de celui-ci (*infra* sur cette exception).

<sup>16</sup>Avis du Conseil d'Etat, n° 29.210/2, *Doc. Parl.*, Sénat, SO 2001-2002, 2-1225/1, (243), p. 272.

<sup>17</sup>Voy. les réactions de MM. Batiffol, Lagarde (p. 99), Foyer (pp. 101-102) et M. Bischoff (p. 103) suite à l'exposé de M. A. E. VON OVERBECK, « Quelques solutions générales du projet suisse de loi sur le droit international privé et premières réactions à leur égard », *Travaux comité français dip.*, 1980-1981.

<sup>18</sup>Lors de la présentation du projet de Code au comité français de droit international privé, la clause d'exception a d'ailleurs suscité des réactions fort comparables à celles qui avaient suivi la présentation, plus de 20 ans auparavant, par M. von Overbeck, du projet suisse : voy. les réactions qui ont suivi la présentation par M. VERWILGHEN, « Vers un code belge de droit international privé. Présentation de l'avant-projet de loi portant Code de droit international privé », *Travaux comité français dip.*, 1998-1999, (123), 158-159.

<sup>19</sup>Voy. pour la codification du droit international privé, G. STUER et C. TUBEUF, « La codification en droit international privé », *Rev. dr. ULB*, 2003, (143), 150-151, n° 10.

<sup>20</sup>Voy. l'exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, SE 2003, 3-27/1, p. 3 e.s.

## I. Le champ d'application restreint de la clause d'exception

La clause d'exception, qui s'inspire des expériences étrangères, et notamment de l'expérience suisse,<sup>21</sup> permet aux juridictions belges de s'écarter de la loi normalement applicable et d'appliquer un autre droit qui présente avec la situation considérée des « liens très étroits ».

L'introduction d'une telle clause répond à l'évolution méthodologique du droit international privé contemporain, même si l'on ne peut pas encore parler d'un principe généralement admis.<sup>22</sup>

L'idée sous-jacente à la clause d'exception, que l'on retrouve parfois non pas sous la forme d'une clause générale mais bien comme correctif dans une matière particulière,<sup>23</sup> est que la perfection est un idéal qu'aucune règle de rattachement ne peut atteindre. Aussi est-il nécessaire de tenir compte de cas exceptionnels dans lesquels l'application normale de la règle de rattachement pourrait conduire à une solution impropre, voire arbitraire.

S'il est certain que la clause d'exception confère un pouvoir important aux juridictions, pouvoir dont on peut déjà présumer qu'il fera l'objet de débats circonstanciés dans certaines affaires, il faut toutefois nuancer l'appréciation de certains commentateurs selon laquelle cette clause permet aux juges « de faire n'importe quoi ».<sup>24</sup>

La clause d'exception est en effet encadrée dans d'importantes limites. Ces limites tiennent d'abord au champ d'application assigné à la clause.<sup>25</sup> Celle-ci ne peut, selon

---

<sup>21</sup>Art. 15 de la loi fédérale du 18 décembre 1987. D'autres codifications récentes vont dans le même sens, voy. notamment l'article 3082 du Code civil du Québec ou l'article 2 al. 1 de la loi slovène sur le droit international privé du 30 juin 1999.

<sup>22</sup>Ni la codification italienne ni la loi allemande ne connaissent de disposition équivalente. L'idée avait toutefois été lancée lors des travaux qui ont précédé la réforme allemande de 1986, voy. H.-J. SONNENBERGER, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. crit. DIP*, 1987, (1), 11. La loi autrichienne exprime l'idée de proximité de façon positive. Selon le § 1 de la loi du 15 juin 1978, « Les situations qui présentent des liens avec l'étranger sont régies, en matière de droit privé, par l'ordre juridique avec lequel existe le rapport le plus fort » (*die stärkste Beziehung*).

<sup>23</sup>Voy. les articles 41 al. 1 et 46 de la loi d'introduction au Code civil allemand, tels que modifiés par la loi du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations extracontractuelles et des biens. Le droit conventionnel fournit également quelques exemples de telles clauses d'exception 'spéciales', voy. par exemple l'article 3 al. 2 *in fine* de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort.

<sup>24</sup>Voy. les observations de M. A. Huet à la suite de l'exposé de M. VERWILGHEN, *art. cit.*, *Travaux comité français dip*, 1998-1999, (123), 159. M. Huet se disait à cette occasion « assez effrayé par ces règles ». Pour lui « la règle de droit doit être une règle certaine, à laquelle les gens puissent s'accrocher. Si on permet au juge de faire n'importe quoi, grâce aux clauses d'exception, je crains qu'on en vienne à statuer au cas par cas, sans cohérence ».

l'article 19, s'appliquer si les parties ont fait un choix de loi.<sup>26</sup> Il s'agit d'une limitation importante dans la mesure où le Code a sensiblement étendu le domaine assigné à l'autonomie de la volonté. Outre en matière contractuelle, le Code permet également aux parties de faire un choix de loi à l'occasion de litiges relatifs aux prétentions alimentaires, à la dissolution du mariage, aux effets de celui-ci sur les biens des époux ainsi qu'aux successions et enfin aux effets de la responsabilité délictuelle et aux trusts.<sup>27</sup>

Une deuxième limitation vient exclure l'application de la clause d'exception chaque fois que la désignation du droit applicable « repose sur le contenu de celui-ci ».<sup>28</sup> Les contours de cette limitation se laissent plus difficilement apercevoir.<sup>29</sup> Il s'agit principalement de ce qu'il est convenu d'appeler des règles de rattachement à *caractère substantiel*.<sup>30</sup> L'on songe aux rattachements *alternatifs* retenus par le Code pour les questions de forme.<sup>31</sup> D'autres règles de rattachement adoptent également une structure alternative sans toutefois concerner la forme d'un acte juridique. Ce sont les articles 90, 92, 99, § 2, 1<sup>o</sup> et 114 du Code. A la différence des règles relatives à la forme des actes, ces dispositions n'empruntent une structure alternative que pour ouvrir un choix au bénéfice d'une partie que le Code entend privilégier. Cette partie va bien entendu sélectionner le droit qui lui paraît le plus approprié en fonction de son contenu. Dans la mesure où ce choix sera

---

<sup>25</sup>Dans son cours professé à l'Académie de La Haye, M. Lagarde avait déjà montré qu'il était essentiel de réserver l'application de la clause d'exception à certains domaines : P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil de cours*, 1986, I, t. 196, 9, 72.

<sup>26</sup>La jurisprudence suisse accepte que la clause d'exception, dont le jeu est également exclu en cas de choix de loi par les parties, ne peut jouer pour écarter la *lex societatis* dans la mesure où, selon l'article 154 de la loi suisse, les sociétés sont soumises au droit de l'Etat de leur incorporation. Le Tribunal Fédéral considère qu'en choisissant de créer une société selon la loi d'un pays donné, les fondateurs d'une société procèdent implicitement à une élection de droit qui empêche l'application de la clause d'exception. Voy. TF 17 décembre 1991 (*C. contre F. Inc.*) ATF 117 II 494 (le tribunal fédéral observe que « le fait de choisir une forme sociale étrangère peut être assimilé à une élection de droit. Or le recours à l'article 15 LDIP est précisément exclu dans ce cas-là ») et TF, 7 mai 2002, ATF 128 III 346. Cette limitation ne pourrait à notre estime jouer à l'égard de l'article 110 du Code belge puisque celui-ci retient la loi du siège réel de la société, qui ne constitue que très indirectement l'expression de la volonté des fondateurs de la société. *Cons.* sur ce point l'avis de L. BARNICH, *art. cit.*, 72 (M. Barnich se demande dans quelle mesure il est opportun de permettre à la clause d'exception de corriger l'application à une personne morale de la loi de son siège social).

<sup>27</sup>Il semble évident que l'application de la clause d'exception ne sera exclue que lorsque les parties ont effectué un choix de loi. Il en ira autrement si, dans une matière où le Code permet l'exercice de la volonté, les parties n'ont pas fait usage de cette possibilité de sorte qu'il s'impose d'avoir recours à la règle subsidiaire prévue par le Code.

<sup>28</sup>Cette précision ne figurait pas dans l'avant-projet de loi qui a été soumis à la critique du Conseil d'Etat (avant-projet de loi portant Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1). Elle ne figure pas non plus dans le Code suisse.

<sup>29</sup>*Comp.* avec les remarques de M. Lagarde qui souhaitait, à propos de l'article 14 de l'avant-projet de Code suisse, que l'on précise le domaine du texte qui écartait l'application de la clause d'exception à l'égard des règles alternatives (P. LAGARDE, in *Travaux comité français dip.*, 1980-1981, p. 99).

<sup>30</sup>Voy. l'analyse qu'en donne A. BUCHER, *Droit international privé, Partie générale : droit applicable*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 92 e.s., § 208 e.s.

<sup>31</sup>Le Code prévoit des règles de rattachement alternatives pour régir la forme de certains actes. Ce sont les articles 52 (forme du choix d'un régime matrimonial), 64 (formalités de la reconnaissance d'un enfant), 75 § 3 (forme des conventions relatives aux aliments) et 83 (forme des testaments).

effectué selon ses seuls intérêts, l'on peut se demander s'il est opportun de permettre à la clause d'exception de jouer à l'égard de ces rattachements.

Aucune hésitation n'est au contraire possible en ce qui concerne les rattachements *subsidiaries* mis en place à propos de questions diverses comme par exemple à propos des créances alimentaires. Concrétisant l'idée d'une limitation à l'application du droit étranger fondée sur un objectif de politique matérielle, l'article 74 § 2 du Code permet de retenir le droit de l'Etat de la nationalité commune du créancier et du débiteur d'aliments dès lors que le droit de la résidence habituelle du créancier ne permet pas d'accorder des aliments.<sup>32</sup> Il est certain que l'on ne pourra opposer au droit de la nationalité commune des créancier et débiteur d'aliments une exception fondée sur l'existence de liens plus étroits avec un autre droit national. Ce serait permettre à la clause d'exception de nuire à l'objectif de protection que poursuit le Code.

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette dernière exclusion : lorsque le Code introduit un rattachement subsidiaire qui vise à permettre la réalisation d'un objectif de politique matérielle, seul ce rattachement subsidiaire échappe au jeu de la clause d'exception. La règle principe de rattachement sur laquelle se greffe le rattachement subsidiaire demeure par contre soumise à la clause d'exception. Ainsi en matière d'autorité parentale et de protection de l'incapable, la clause d'exception n'a pas vocation à écarter l'application du droit désigné, de façon subsidiaire, par l'article 35 § 2 dans l'hypothèse où le droit désigné par la règle principale « ne permet pas d'assurer la protection que requièrent la personne ou ses biens ». Il n'est par contre pas exclu que la clause d'exception permette au juge d'écarter le droit de la résidence habituelle de l'intéressé.<sup>33</sup>

Les rattachements complexes modelés sur l'échelle de Kegel - qui sont fort nombreux dans le Code -, ne sont pas, en principe, construits en fonction d'un objectif substantiel. L'existence d'une série de rattachements s'explique au contraire par des considérations liées à la justice de droit international privé. Rien n'interdit dès lors à la clause d'exception de jouer à l'égard de tels rattachements - par exemple à l'égard de l'article 51 qui, pour les effets patrimoniaux du mariage, retient successivement le droit de la première résidence habituelle des époux ou, à défaut de résidence habituelle commune, celui de leur nationalité commune ou enfin le droit du lieu de célébration du mariage.

---

<sup>32</sup>Parmi les autres rattachements subsidiaires que prévoit le Code, l'on notera les articles 35 § 2, 55 § 3, 62 § 1 al. 2, 67 *in fine*, 68 al. 2, 74 § 2, 90 al. 2, 92 al. 2, 106 al. 2 et 124 § 2 (dans la mesure où cette dernière disposition permet d'écarter le droit choisi par le fondateur du trust si ce droit ne valide pas le trust).

<sup>33</sup>Si elle se vérifie, cette analyse pourrait conduire à un regrettable mélange des genres. Il n'est en effet pas exclu qu'une juridiction soit confrontée à deux requêtes présentées simultanément par une même partie pour écarter l'application du droit désigné par une règle de rattachement (art. 35 § 1), la première se fondant sur le rattachement substantiel subsidiaire (art. 35, § 2) et la seconde, présentée à titre subsidiaire, sur le mécanisme de la clause d'exception (art. 19). Il importe dans ce cas de dissocier les deux requêtes qui ne dépendent pas aux mêmes impératifs.

En outre, la clause d'exception ne paraît pas pouvoir être invoquée pour contrer le jeu d'une règle d'application immédiate.<sup>34</sup> L'application de ces règles obéit à des impératifs matériels qui sont précisément à l'opposé des considérations de justice de droit international privé qui justifient la clause d'exception. L'on ne saurait dès lors tolérer que cette clause permette d'écarter une règle spéciale d'applicabilité.

Par contre la clause d'exception peut s'appliquer quel que soit le stade auquel la question du rattachement est soulevée. Ainsi rien ne s'oppose à ce que la clause d'exception puisse corriger le résultat de l'application de règles du Code à une question préalable – sur laquelle le Code demeure muet – pour écarter un droit sans lien avec la cause.<sup>35</sup> La clause d'exception pourrait ainsi permettre de retenir pour la question préalable l'application de la loi qui régit la question principale, favorisant la cohérence du traitement de l'opération.<sup>36</sup> De même rien ne s'oppose à l'application de la clause d'exception à l'encontre du droit désigné par l'effet du renvoi – du moins lorsque celui-ci est toléré par le Code. L'on peut par exemple envisager l'application de la clause d'exception pour permettre de suppléer à la carence du renvoi tel qu'il est toléré par le Code en matière de dévolution successorale.<sup>37</sup>

Au total, la clause d'exception ne vise qu'un nombre limité de rattachements.<sup>38</sup> L'on peut d'ailleurs ajouter qu'en tant que règle générale du Code, la clause d'exception n'a pas vocation à s'appliquer dès lors que le juge belge est lié par une règle de rattachement

---

<sup>34</sup>En ce sens pour le droit suisse, B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ème éd., Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 38, § 5; M. KELLER et D. GIRSBERGER, « Article 15 », in *Zürcher Kommentar zum IPRG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, Schulthess, 2004, p. 192, § 24; F. KNOEPFLER, P. SCHWEIZER et S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3ème éd., Berne, Staempfli, 2005, p. 164, n° 334; M. MÄCHLER-ERNE, "Artikel 15", in *Internationales Privatrecht*, H. HONSELL et al. (éds), Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 133, n° 7.

<sup>35</sup>En droit suisse, voy. B. DUTOIT, *o.c.*, p. 38, § 3 et M. KELLER et D. GIRSBERGER, *o.c.*, p. 208, § 95-96.

<sup>36</sup>En ce sens, la clause d'exception comble, dans une mesure certes limitée, l'absence, dans le Code de droit international privé, de méthode destinée à surmonter les conflits de système. Si elle permettra dans certains cas de faire justice à la diversité des systèmes de droit international privé, il faut toutefois avouer que la clause d'exception n'a pas pour but premier de résoudre les questions des conflits de système, insolubles à notre sens dans le cadre limité d'une codification nationale. Voy. les regrets sur ce point de L. BARNICH, *art. cit.*, 68-69.

<sup>37</sup>En tant que règle subsidiaire applicable exceptionnellement, la clause d'exception ne permettra toutefois pas de suppléer, dans tous les cas, à la carence du renvoi tel qu'il est organisé, de façon très restrictive, par le Code. Ceci est d'autant plus vrai que lorsque la succession comporte des biens immobiliers, il sera difficile d'accepter que ces biens ne possèdent qu'un lien très faible avec l'Etat dans lequel ils sont localisés. Avec M. Barnich, il faut dès lors accepter que l'affirmation, par l'exposé des motifs du Code, que la clause d'exception pourrait remplacer, en partie du moins, la technique du renvoi, est par trop générale (L. BARNICH, *art. cit.*, 68-69). Sur la possibilité d'utiliser la clause d'exception pour contrecarrer une tentative de fraude à la loi, voy. TF, 17 décembre 1991, 117 II 454, 501 (le tribunal fédéral estime que la clause d'exception « n'a pas été conçue pour réprimer les détournements de la loi suisse, mais pour permettre au juge de trouver, dans l'intérêt des parties, la solution la plus adéquate dans une cause donnée »).

<sup>38</sup>L'on notera par ailleurs qu'un amendement déposé par Mme Nyssens, qui visait à écarter le jeu de la clause d'exception en matière d'adoption, n'a pas été retenu : amendement n° 67, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/3, p. 18.

d'origine internationale.<sup>39</sup> L'on imagine difficilement cette disposition permettre à un juge d'écarter l'application de la loi désignée par exemple par la Convention de La Haye de 1971 sur la loi applicable à la responsabilité découlant d'un accident de la circulation routière. L'on est cependant en droit d'hésiter sur la possibilité de recourir à la clause d'exception pour nuancer le résultat auquel conduit une règle de rattachement issue d'une convention internationale que le législateur belge a intégrée au Code.<sup>40</sup> L'on pourrait estimer que dans la mesure où le législateur belge a élargi le champ d'application d'une convention internationale, il importe de respecter l'équilibre que cette convention établit entre les rattachements qu'elle introduit. En tant qu'ils figurent dans le Code, ces rattachements acquièrent toutefois une certaine indépendance vis-à-vis du 'modèle' conventionnel sur lequel ils sont fondés.<sup>41</sup>

Ce champ d'application est-il encore trop large, comme on a pu l'écrire? M. Barnich en particulier regrette vivement que la clause d'exception puisse jouer lorsque le rattachement retenu par le Code est celui de la nationalité. Pour cet auteur, « on ne voit pas à quel titre il devrait être fait exception à l'application de cette loi nationale lorsque la situation n'a pas d'autre lien étroit avec l'Etat dont la personne est le ressortissant ». <sup>42</sup> L'on répondra que la critique méconnaît le rôle somme toute secondaire réservé par le Code à la nationalité des parties : triomphante dans le système de rattachement napoléonien, la nationalité n'est plus retenue par le Code, dans la plupart des cas, qu'à titre subsidiaire, lorsqu'un rattachement principal à la résidence habituelle des intéressés fait défaut. <sup>43</sup>

En outre, il ne faut pas se cacher que l'évolution du droit de la nationalité a fait perdre à celle-ci une partie de son caractère immanent. Dès lors que la nationalité est attribuée sur base de considérations liées à la résidence des intéressés, pourquoi devait-on en effet repousser à son égard l'utilisation d'un mécanisme fondé sur le principe de proximité? Prétendre que la nationalité n'est jamais un élément matériel qui pourrait donner prise à un raisonnement fondé sur l'idée de proximité méconnaît selon nous la portée de l'opération qui vise à localiser une situation dans l'espace. Loin de ne constituer qu'une simple métaphore, cette opération rend compte, par le biais d'un élément qui peut n'appartenir qu'au monde des idées, de l'existence de liens qui dépassent le seul élément retenu et permettent d'apprécier la situation sur une échelle de proximité. A ce titre, la nationalité d'une partie ne diffère pas de la localisation d'un immeuble. Dans les deux cas, l'élément retenu est important en soi, mais aussi parce qu'il traduit l'existence d'un ensemble d'accroches plus ou moins fortes à l'ordre juridique considéré. Ceci justifie que l'on permette à la clause d'exception d'écarter un rattachement fondé sur la nationalité.<sup>44</sup>

<sup>39</sup>En ce sens pour l'article 15 de la loi suisse, TF, 9 janvier 2001, n° SC 147/2000, disponible sur [www.bger.ch](http://www.bger.ch). Voy. aussi B. DUTOIT, *o.c.*, p. 39, § 7 et M. KELLER et D. GIRSBERGER, *o.c.*, p. 193, § 28.

<sup>40</sup>L'on pense aux rattachements de la forme des dispositions testamentaires (art. 83) et aux contrats (art. 98).

<sup>41</sup>Pour le droit suisse, voy. B. DUTOIT, *o.c.*, p. 39, § 7.

<sup>42</sup>L. BARNICH, *art. cit.*, 71.

<sup>43</sup>C'est le cas pour les effets du mariage (art. 48), les régimes matrimoniaux (art. 51) et pour le divorce (art. 55).

<sup>44</sup>Il est une autre raison, plus circonstancielle, qui justifie que l'on n'exclue pas l'application de la clause d'exception à un rattachement fondé sur la nationalité. Elle tient au caractère très automatique de la

Si le champ d'application assigné à la clause d'exception permet déjà de limiter l'emprise qu'elle exercera sur la détermination du droit applicable, encore faut-il vérifier que les conditions posées à son application garantissent qu'elle ne pervertira pas le jeu des règles de rattachement si mûrement réfléchies par le législateur.

## II. Les limites encadrant l'utilisation de la clause d'exception

Comme on a pu l'écrire, le « degré de prévisibilité maintenu » malgré l'introduction d'une clause d'exception « dépendra de la manière dont la clause est rédigée ainsi que de l'usage qui en est fait ».<sup>45</sup>

Sur le premier point, le Code fait oeuvre judicieuse tant la rédaction utilisée est restrictive (1). L'expérience suisse permet d'autre part d'aborder avec confiance le rôle que confère la clause d'exception aux juridictions belges (2).

### (1) Une rédaction serrée de la clause d'exception

L'article 19 du Code ne concerne, parmi les règles de rattachement mises en place par le Code, que celles qui répondent au modèle classique de la règle de rattachement multilatérale. Ces règles sont fondées sur la recherche, a priori, d'un rattachement qui traduit l'existence d'un lien étroit avec un ordre juridique donné. Selon les dires mêmes des rédacteurs du Code, l'impératif de proximité a en effet assumé le rôle de repère et de guide fondamental dans l'entreprise de codification.

Ne peut-on dès lors déceler une certaine contradiction entre la modestie dont fait preuve le Code, qui confère à l'interprète un important pouvoir de correction, et l'aveu que le principe de proximité a nourri la réflexion sur le choix des rattachements retenus? Le Conseil d'Etat s'est fait l'écho de cette interrogation dans son avis critique sur le Code. Selon le Conseil, l'introduction d'une clause d'exception ne se comprend en effet pas dans la mesure où les auteurs du Code ont, pour sélectionner les facteurs de rattachement retenus, déjà tenu compte de l'impératif de proximité. Pourquoi dès lors vouloir corriger un facteur de rattachement qui traduit déjà l'existence d'un lien étroit entre la situation et la loi désignée?<sup>46</sup>

---

solution apportée par le Code au conflit de nationalités dès lors que la nationalité belge est en jeu. La solution retenue par l'article 3 du Code serait proprement inacceptable si elle ne pouvait être nuancée en faisant appel à la clause d'exception.

<sup>45</sup>B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *Recueil des cours*, 2003, t. 305, (9-488), 332, n° 336.

<sup>46</sup>Avis du Conseil d'Etat, n° 29.210/2, *Doc. Parl.*, Sénat, SO 2001-2002, 2-1225/1, (243), p. 269.

Doit-on pour donner à clause d'exception sa juste valeur voir dans les règles de rattachement du Code de simples 'présomptions' de rattachement que le juge serait libre de renverser s'il estime que le droit déclaré applicable ne répond pas à l'impératif de proximité? Si cette lecture du Code était acceptée, l'on se rapprocherait singulièrement de l'expérience américaine de 'codification'. L'on sait en effet que le second '*Restatement*' érige un ensemble de directives formulées avec peu de précision au rang de principes généraux qui doivent guider les juridictions dans la recherche du droit applicable.<sup>47</sup>

L'intention du législateur belge n'était certainement pas de permettre aux juridictions de considérer l'édifice législatif comme un simple 'essai' susceptible d'être modifié au gré des espèces qui leurs sont soumises. Pour s'en convaincre il suffit de comparer la rédaction de l'article 19 avec celle utilisée pour une autre clause d'exception, l'article 4(5°) de la Convention de Rome. Alors que le législateur belge a insisté sur le caractère dérogoire de la clause qui ne peut être utilisée qu' « exceptionnellement », la disposition communautaire semble se contenter de mettre en place une règle subsidiaire qui, certes, déroge à la règle générale, mais dont il suffit au demeurant de vérifier que son critère se réalise pour en justifier l'application.

En outre l'article 4(5°) de la Convention permet déjà d'écarter le résultat normal lorsque le « contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». L'article 19 du Code ne peut au contraire s'appliquer que s'il est démontré qu'existent des liens « très étroits » avec un autre Etat, liens qui doivent s'ajouter à la constatation que le droit déclaré applicable par la règle de rattachement ne possède qu'un « lien très faible » avec la situation concernée. Cette démonstration doit s'imposer d'évidence puisque le titre doit apparaître de façon « manifeste ».<sup>48</sup>

La comparaison entre les deux textes ne laisse pas de doute sur l'intention du législateur belge. Celui-ci a entendu mettre sur pied un échappatoire visant les situations exceptionnelles, sans pour autant permettre aux juridictions de considérer les règles de rattachement comme de simples présomptions. Mme Remy-Corlay a par ailleurs montré

---

<sup>47</sup>“§ 6 Choice-of-Law Principles : (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law. (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include : (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interest of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied” (Restatement of the law, *Conflict of laws 2nd*, American Law Institute, 1971, § 6).

<sup>48</sup>L'article 19 complète l'encadrement du travail auquel les juridictions belges doivent se livrer en fournissant deux directives générales d'interprétation – dont on conviendra cependant qu'elles ne constituent pas des limites contraignantes au jeu de la clause d'exception. L'article 19 en effet impose aux juridictions de tenir compte du besoin de prévisibilité du droit applicable. L'autre directive générale fait clairement référence à la théorie des droits acquis. Sur ces conditions, voy. P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge – Conflits de lois », *J.T.*, 2005, (173), 180-181, n° 50-51. Avec M. Barnich, il faut accepter que l'ambition assignée par le Code à la clause d'exception comme substitut à la doctrine des droits acquis, fait preuve d'une certaine naïveté (L. BARNICH, *art. cit.*, 69).

que la subordination de la clause d'exception à l'existence d'une double condition, à la fois positive et négative, permettait de garantir l'application subsidiaire de la clause d'exception et d'empêcher que la règle de rattachement ne dérive en une simple 'méthode' de réglementation des conflits de lois.<sup>49</sup> Pour pouvoir mettre en oeuvre la clause d'exception il ne suffira pas en effet d'expliquer que la situation présente un lien plus étroit avec un autre droit que celui désigné par la règle de rattachement. Encore faudra-t-il démontrer l'inadéquation de l'élément de rattachement retenu par la règle normale de rattachement. Cette démonstration suppose que l'on prouve que la loi normalement désignée n'ait pas de lien avec la situation considérée. En d'autres termes, il est nécessaire que l'élément de rattachement retenu par la règle normalement applicable soit isolé et donc fortuit.<sup>50</sup> Ce n'est que lorsque cette première condition est remplie que l'on pourra examiner si la situation entretient des liens plus étroits avec un autre droit que celui désigné par la règle de rattachement.

Il ne suffit dès lors pas qu'une situation donnée présente un éclatement tel que le facteur de rattachement retenu se révèle inadapté. Encore faut-il que se dégage une majorité de rattachements pour désigner un autre droit. Ceci signifie que « quand bien même l'élément de rattachement normalement choisi par la règle de conflit serait isolé et n'aurait plus la pertinence qu'il aurait en général, on doit appliquer la loi qu'il désigne lorsque les autres éléments de rattachement sont eux-mêmes dispersés ».<sup>51</sup> En d'autres termes, « le doute profite à l'élément de rattachement de principe ».<sup>52</sup>

L'ensemble de ces éléments nous permet de conclure que, telle qu'elle est rédigée, la clause d'exception devrait exclure l'apparition de dérives telles que celles qu'a connu la clause d'exception européenne en matière d'obligations contractuelles.<sup>53</sup> Il reste toutefois à vérifier si la pratique ne mettra pas à mal l'ambition limitée assignée par le législateur à la clause d'exception.

---

<sup>49</sup>Voy. la présentation de sa thèse in P. REMY-CORLAY, « Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2003, 37-76, spéc. pp. 41-53.

<sup>50</sup>Cet isolement peut se traduire de deux façons. Le facteur de rattachement peut être isolé dans l'espace. Il peut également être isolé dans le temps. Avec Mme Remy-Corlay, l'on hésitera à appliquer la clause d'exception dans ce second cas (P. REMY-CORLAY, *art. cit.*, 46-48). La question ne devrait pas être d'un grand intérêt en droit international privé belge dans la mesure où le Code prévient le conflit mobile par l'attention qu'il accorde à l'influence du temps sur la concrétisation des facteurs de rattachement qu'il retient.

<sup>51</sup>P. REMY-CORLAY, *art. cit.*, 50.

<sup>52</sup>Id.

<sup>53</sup>Le livre vert de la Commission européenne s'est fait l'écho de ces difficultés : Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, Com(2002) 654, pp. 25-26, § 3.2.5. *Comp. Versailles*, 6 février 1991, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1991, 745, note P. LAGARDE (la Cour ne s'interroge pas sur la question de savoir si le droit français, désigné par l'article 4 § 2 de la Convention de Rome, constituait un rattachement fortuit et isolé. Elle s'en tient à une comparaison des titres respectifs des lois française et italienne, qui tourne à l'avantage de cette dernière) et Hoge Raad, 25 septembre 1992, *Société nouvelle de Papeteries de l'Aasa c. Machine fabriek BOA, N.J.*, 1992, n° 750 (le Hoge Raad s'attache, contrairement à la Cour d'Appel de Versailles, à déterminer si la loi normalement appliquée possédait une quelconque valeur).

## (2) La clause d'exception à l'usage

Les limites déjà énumérées permettent de circonscrire avec précision le pouvoir reconnu aux juridictions par la clause d'exception. Il subsiste cependant une inconnue à son égard, qui avait déjà été formulée par M. Lagarde à propos du Code suisse : la clause d'exception va-t-elle permettre aux juridictions de s'écarter de la loi désignée par la règle de rattachement « pour des raisons de localisation, des raisons qui resteraient dans le domaine strict de la règle de conflit de droit international privé ou bien pour des raisons de caractère matériel parce qu'on verra que le résultat obtenu avec la loi désignée par la règle de conflit est mauvais »?<sup>54</sup> Le Conseil d'Etat s'est fait l'écho de cette interrogation en se demandant si la clause d'exception pourrait être utilisée par le juge pour s'écarter de l'inspiration qui sous-tend la règle de rattachement.<sup>55</sup>

La réponse est en théorie évidente : telle qu'elle a été conçue par le législateur, la clause d'exception vise manifestement à permettre aux juridictions de servir la justice de droit international privé et ne peut servir de point d'appui pour faire triompher la justice de droit matériel. Il suffit pour s'en convaincre de relire les justifications apportées dans l'exposé des motifs, qui relie la clause d'exception au seul constat de l'indigence exceptionnelle d'un facteur de rattachement. Il demeure qu'en pratique, cet objectif pourrait être mal compris, voire ignoré. L'on imagine aisément une partie déguiser son souhait d'obtenir l'application d'un autre droit que celui normalement applicable en mettant en avant des arguments fondés sur l'existence de liens plus ou moins forts avec les ordres juridiques en présence de manière à justifier l'application de la clause d'exception.

Le droit comparé – seul laboratoire du juriste – permet de tempérer ces craintes. La pratique des juridictions suisses révèle en effet une fidélité certaine à la vocation subsidiaire de la clause d'exception en vigueur depuis 1987. Dans un arrêt prononcé en 1992, le Tribunal fédéral a insisté sur le fait que l'article 15 de la loi suisse était une « clause d'exception au sens strict, qui ne doit être appliquée qu'en cas de nécessité ».<sup>56</sup> Pour le Tribunal, « logiquement, la règle de conflit de lois est impérative : lorsqu'elle donne une solution, celle-ci doit être respectée et la sécurité du droit commande que les désignations contenues dans la loi soient suivies sans équivoque dans la très grande majorité des cas ».<sup>57</sup> En l'espèce, si le Tribunal a refusé de censurer l'application faite par le tribunal inférieur de la clause d'exception, c'est que les parties ne possédaient plus que de lointaines attaches avec les Etats-Unis dont ils étaient ressortissants. Les époux souhaitant divorcer, n'avaient vécu que deux ans au Texas. Ils avaient déménagé à onze reprises, en cinq pays et trois continents différents, avant de s'installer en Suisse. La décision du Tribunal fédéral traduit un souci manifeste de respecter l'équilibre entre les

---

<sup>54</sup>P. LAGARDE, in *Travaux comité français dip*, 1980-1981, p. 99.

<sup>55</sup>*Doc. Parl.*, Sénat, SO 2001-2002, 2-1225/1, (243), p. 270.

<sup>56</sup>TF, 27 janvier 1992, ATF 118 II 79, 82 (en cause *W. c. Dame W*).

<sup>57</sup>Id.

règles de rattachement et la clause d'exception. Les décisions qui ont suivi ne se sont pas départies de cette réserve à l'égard de la clause d'exception.<sup>58</sup>

L'étude de la jurisprudence suisse apprend aussi que les situations dans lesquelles le recours à la clause d'exception a été accepté sont des cas réels d'éparpillement de situations qui présentent des rattachements avec de nombreux Etats dont aucun ne peut être dit prédominant.<sup>59</sup>

Il est fort intéressant de noter que, faisant le point sur plus de 10 ans de pratique judiciaire, des auteurs suisses ont récemment noté que les craintes qui avaient été exprimées à l'occasion des discussions précédant l'adoption de la loi suisse, se sont révélées infondées. La clause d'exception n'a pas été l'instrument d'une corruption du raisonnement de droit international privé, minant la sécurité juridique.<sup>60</sup>

L'expérience suisse a dès lors de quoi rassurer qui pourrait craindre que la clause d'exception ne serve à remettre en question l'ensemble des rattachements prévus par le Code. Certes, rien ne garantit que les juridictions belges feront preuve, vis-à-vis de l'article 19 du Code, d'une réserve identique à celle observée par leurs collègues suisses. La comparaison entre les pratiques des juridictions belges et suisses est d'ailleurs quelque peu faussée dans la mesure où les juridictions suisses avaient développé, avant même l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit international privé, un raisonnement fondé sur la clause d'exception.<sup>61</sup> Si les juridictions belges ont fait preuve d'un légalisme

---

<sup>58</sup>Dans une action en contestation de paternité (TF, 18 septembre 2003, n° 5C.123/2003, disponible sur [www.bger.ch](http://www.bger.ch)), le Tribunal Fédéral a refusé de faire droit à l'argumentation de la demanderesse qui prétendait que l'application du droit suisse à l'espèce était une « absurdité manifeste ». Le tribunal a soigneusement contrôlé le raisonnement suivi par les juges du fond pour accepter qu'en l'espèce, le droit suisse, qui était celui de la résidence habituelle de l'enfant et du domicile de son père au moment de la naissance, ne devait pas être écarté. Voy. aussi TF, 7 avril 1995, 121 III 246 (le Tribunal Fédéral refuse d'appliquer la clause d'exception à une demande en divorce mue entre deux ressortissants italiens, en raison du fait que les liens unissant les parties au droit italien n'étaient pas très lâches puisque l'épouse résidait encore en Italie) et TF 9 janvier 2001, précité (refus d'appliquer la clause d'exception à une demande de pension alimentaire entre époux parce que « les conditions strictes qui justifient l'intervention de cette clause échappatoire [ne sont] manifestement pas réalisées en l'occurrence »).

<sup>59</sup>Voy. TF, 18 août 2004, n° 5C.86/2004, disponible sur [www.bger.ch](http://www.bger.ch) (action en divorce entre deux époux burundais qui avaient vécu successivement au Burundi, aux Etats-Unis, au Canada, en France et en Suisse, avec quelques séjours au Burundi. L'époux reprochait à la décision entreprise d'avoir appliqué à tort le droit suisse au lieu du droit burundais. Le Tribunal Fédéral n'a toutefois pas examiné le moyen de l'époux fondé sur la clause d'exception).

<sup>60</sup>M. KELLER et D. GIRSBERGER, *o.c.*, p. 189, n° 16 (« *Nach zehn Jahren Praxis zum IPRG lässt sich festhalten: Die Befürchtungen haben sich nicht bewahrheitet, wonach die Ausweichklausel eine 'Aufweichklausel' sei, welche die Rechtssicherheit in unerträglicher Masse gefährde* »). Dans le même sens, M. MÄCHLER-ERNE, *o.c.*, p. 136, n° 16 (« *Aus der bisherigen Rechtsprechung . . . lässt sich indessen ersuchen, dass die rechtsanwendenden Instanzen die Schranken zu wahren scheinen und Art. 15. bisher nicht in einen 'morceau de dynamite' umgewandelt haben* »). Voy. aussi A. E. VON OVERBECK, "The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute of Private International Law", *Yearbook PIL*, 1999, 119-133.

<sup>61</sup>M. KELLER et D. GIRSBERGER, *o.c.*, p. 186-188, §§ 7 e.s. M. VON OVERBECK (*art. cit.*, 100) expliquait également que les juges suisses sont habitués à travailler avec des causes leur conférant des pouvoirs importants, comme l'article 1° al. 2 du Code civil suisse, sans que ceci ne conduise à des excès.

certain dans l'application des règles de rattachement en vigueur avant le Code,<sup>62</sup> elles sont toutefois coutumières des règles échappatoires et correctrices, comme en témoigne le développement considérable donné par la jurisprudence au principe de bonne foi dans la matière des obligations.<sup>63</sup> Ce développement n'a pas remis en question les fondements du droit civil. L'on peut dès lors gager que ces mêmes juridictions feront preuve de la maturité et de la sérénité nécessaire en confinant la clause d'exception dans son rôle de mécanisme subsidiaire de correction. Il en sera d'autant plus ainsi que les efforts de la jurisprudence pourront être contrôlés par le biais de la motivation donnée à l'accueil éventuel de la clause.<sup>64</sup> L'on a pu douter qu'il fut possible d'exercer un quelconque contrôle sur cette motivation. Dans son avis, le Conseil d'Etat faisait observer que la Cour de cassation ne pourrait sans doute exercer qu'un contrôle « marginal » pour éviter de pénétrer dans une appréciation de pur fait.<sup>65</sup> Certes, il n'appartient pas à la Cour de cassation de s'immiscer dans le débat au fond mené devant les juridictions inférieures. Même s'il est condamné à demeurer limité, le contrôle exercé par la Cour n'en sera pas moins réel et permettra de sanctionner d'éventuels débordements. En effet, le large pouvoir d'appréciation accordé aux juridictions de fond n'est pas nécessairement synonyme d'une impossibilité de contrôle par la Cour. Comme on l'a montré,<sup>66</sup> la technique du contrôle par la Cour de cassation offre à celle-ci la possibilité de vérifier que l'utilisation faite par les juges du fond de la clause d'exception correspond au prescrit légal, pour éviter que les juges utilisent la clause pour faire droit à d'autres considérations que celles relatives aux 'liens les plus étroits'.

## En guise de conclusion

---

<sup>62</sup>Ce légalisme confinant parfois à l'extrême, comme l'a montré M. Rigaux. Au détour d'une synthèse de l'acquis jurisprudentiel belge après 150 ans de droit international privé fondé sur le Code Napoléon, celui-ci écrivait que « En droit international privé, la notion de légalisme a aussi un sens spécifique. Non seulement la jurisprudence belge n'a guère utilisé l'espace de liberté que lui laissaient les lacunes, nombreuses en cette matière, qu'elle s'est ingéniée à combler à l'aide de règles impératives, mais elle a aussi donné à celles-ci un contenu excessivement rigide [...] Deux exemples de cette rigidité retiennent particulièrement l'attention. Le premier exemple n'a plus besoin d'être longuement commenté. L'application de « la » loi nationale des époux aux effets personnels et à la dissolution du mariage est périmée depuis que les époux ne partagent plus la même nationalité et que l'égalité des époux rend inacceptable la prépondérance qui serait reconnue à la loi de l'un ou de l'autre. Le seul statut personnel commun à des époux de nationalités différentes est fourni par la loi de leur domicile ou de leur résidence conjugale. Admise dès 1953 par la Cour de cassation de France, cette solution ne contredit ni l'esprit ni même la lettre de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, dont le présupposé implicite était la communication automatique de la nationalité du mari à son épouse » (F. RIGAUX, « Cent cinquante ans de droit international privé belge », in *Les grands arrêts de la jurisprudence belge. Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, 68, n° 79-80).

<sup>63</sup>Voy. W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *T.P.R.* 1984, 95-126 ainsi que P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit », *R.G.D.C.* 1987, 101-112.

<sup>64</sup>M. Fallon insiste sur cette obligation de motivation en fonction des critères prévus par la loi (« Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne 10 ans après », *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2005, (315), 320-321). On notera toutefois qu'un amendement visant à imposer un effort particulier de motivation aux juridictions n'a pas été retenu (amendement n° 26 de Mme Nyssens, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/3, 3 février 2003).

<sup>65</sup>Avis CE 29.210/2, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, p. 272.

<sup>66</sup>P. REMY-CORLAY, *art. cit.*, p. 69 e.s.

L'introduction de la clause d'exception dans le Code de droit international privé illustre une évolution dans ce que l'on a appelé « le partage des responsabilités entre le législateur et le juge ». <sup>67</sup> Le panorama dressé dans cette contribution nous conduit à conclure que l'on ne doit pas craindre que cette clause mette en péril l'équilibre du Code. <sup>68</sup> Si une critique peut être faite à l'égard de cette innovation, elle ne tient donc pas aux risques qu'emporte sa formulation, très restrictive, ni son usage par les juridictions, dont on peut prévoir qu'il sera exceptionnel et réfléchi, mais bien l'existence même d'un pouvoir d'appréciation dans le chef des juridictions. Il est indéniable qu'un tel pouvoir diminue, fut-ce marginalement, le caractère automatique des solutions apportées par le Code et donc la prévisibilité des solutions. Remettre en question l'existence d'un pouvoir de correction irait toutefois à l'opposé de la tendance générale du droit privé, qui accorde une part de plus en plus large aux règles souples. Une telle position pourrait être justifiée si l'on acceptait que le besoin de prévisibilité est plus pressant dans les relations internationales privées qu'il ne l'est dans les relations internes.

Il nous semble que, si l'on écarte les matières contractuelles, c'est la position contraire qui devrait être acceptée. Avec M. Graulich, il faut en effet relativiser l'importance de la prévisibilité dans cette matière. La règle de conflit est en réalité une norme de conduite pour le juge ou le professionnel du droit, qui n'intéresse pas directement le justiciable pour qui, même après l'entrée en vigueur du Code, « elle n'est qu'ésotérisme ». <sup>69</sup> En ce sens, la relative souplesse de la règle de droit international privé consacrée par le Code n'est pas de nature à priver le justiciable de la sécurité juridique qui fonde son appréhension du droit. C'est ce qu'enseigne également M. de Boer, selon qui le justiciable n'a aucun intérêt à savoir si sa relation juridique est régie par le droit français ou le droit de l'Etat de New York. <sup>70</sup>

---

<sup>67</sup>F. RIGAUX, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *rev. crit. DIP.*, 1985, (1), 4, n° 3.

<sup>68</sup>En ce sens, A. FIORINI, « The codification of private international law. The Belgian experience », *I.C.L.Q.*, 2005, (499), 514. Selon Mme Fiorini, « It cannot be contended that the risk could appear as particularly large . . . the [drafters] have attempted to frame the escape clause very narrowly ».

<sup>69</sup>P. GRAULICH, *art. cit.*, p. 15. *Comp. avec* W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1990, (657), 659-660 (selon M. Wengler, « . . . les sujets du droit sont gravement lésés lorsqu'ils ne sont pas à même de prévoir avec la plus grande sécurité possible le droit que le tribunal compétent va appliquer par l'intermédiaire du rattachement considéré par lui comme déterminant ». M. Wengler critiquait vivement une certaine jurisprudence du Bundesgerichtshof selon laquelle « l'intérêt des parties à la sécurité juridique quant au choix du droit applicable ne doit pas être sacrifié aux efforts produits en vue de déterminer le droit le mieux adapté au cas particulier » BGHZ 93, 214, cité p. 664).

<sup>70</sup>« De litigant die echtscheiding wil of nakoming van een contract, of vergoeding van hem toegebrachte schade heeft doorgaans geen oog voor de internationale dimensie van zijn conflict. Wat hij wil, is niet de zekerheid dat Frans, Duits of New Yorks recht op zijn vordering van toepassing is, maar de zekerheid dat een zijns inziens gerechtvaardigde eis in rechte wordt gehonoreerd. » (« Vast en zeker? De betrekkelijke waarde van ipr-codificatie », Kluwer, Deventer, 1988, p. 15). Et M. de Boer d'ajouter que « Of de regels van het ipr geschreven zijn of ongeschreven, of zij in bijzondere wetten, in verdragen of in een code zijn vastgesteld, dat raakt de rechtszoekende minder dan de rechtsvinder. De eerste zoekt de betrouwbaarheid van het recht in zijn inhoud, niet in herkomst of in vorm; het rechtsvertrouwen van de ander wordt veeler door de graad van vindbaarheid bepaald » (p. 16).

Au final, la souplesse et l'ouverture des règles adoptées par le législateur belge pourraient même renforcer la sécurité juridique. Comme on a pu le remarquer,<sup>71</sup> la clause d'exception et les autres mécanismes correcteurs adoptés par le Code permettront en effet de faire évoluer le Code et d'éviter ainsi le risque de pétrification qu'entraîne toute entreprise de codification. En outre, en accordant d'emblée un pouvoir correcteur au juge, le Code a le mérite de rendre visible et d'encadrer toute tentative par les juridictions de s'écarter du jeu normal de la règle de rattachement. Il est bien connu que la rigidité des règles en vigueur avant la codification conduisait la pratique à imaginer maints stratagèmes pour forcer un résultat souhaité. Avec la clause d'exception, les juridictions se voient attribué un pouvoir de correction qui devrait permettre d'éviter un recours abusif aux doctrines générales comme le renvoi ou l'exception d'ordre public.<sup>72</sup> Ceci ne peut que clarifier l'application des règles de droit international privé comme l'aurait souhaité M. Graulich.

---

<sup>71</sup>Voy. N. WATTÉ, *art. cit.*, p. 1138.

<sup>72</sup>En ce sens, P. VONKEN, « Rechtsverfijningen in een open IPR-systeem », in *Grensoverschrijdend privaatrecht. Een bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband*, Deventer, Kluwer, 1993, (299), 311.