

Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort

Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons

Texte adopté par la Seizième session
Text adopted by the Sixteenth Session

Rapport explicatif de Explanatory Report by

Donovan W. M. Waters

Tirage à part des Actes et documents de la Seizième session (1988)
Tome II, Successions – loi applicable

Off-print of the Proceedings of the Sixteenth Session (1988)
Tome II, Succession to estates – applicable law

Edité par le Bureau Permanent de la Conférence
Scheveningseweg 6, La Haye, Pays-Bas

Edited by the Permanent Bureau of the Conference
Scheveningseweg 6, The Hague, Netherlands

1 *Le contenu de la présente brochure est repris des Actes et documents de la Seizième session (1988), tome II, Successions – loi applicable.*

Cette dernière publication contient en plus des pages ci-après reproduites, les documents préliminaires, rapports et procès-verbaux, relatifs aux travaux de la Deuxième commission de la Seizième session. Ce volume pourra être commandé par l'intermédiaire des librairies ou du Bureau Permanent de la Conférence ou, directement, à l'Imprimerie Nationale des Pays-Bas: Editions SDU, Boîte postale 20014, 2500 EA La Haye.

2 *Le Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters commente la Convention adoptée par la Seizième session et figurant dans l'Acte final du 20 octobre 1988. Ce Rapport a été traduit en français par M. Robert Daumière, ancien premier secrétaire à la Cour internationale de Justice.*

3 *La pagination entre crochets est propre au présent document, l'autre pagination est celle du volume susmentionné des Actes et documents de la Seizième session.*

4 *La Convention a reçu sa première signature, celle de la Suisse, le premier août 1989 et porte donc cette date.*

5 *Le Bureau Permanent de la Conférence, 6, Scheveningsweg, 2517 KT La Haye, Pays-Bas, télécopie (70) 360 48 67, fournira très volontiers aux intéressés tous renseignements sur les travaux de la Conférence.*

La Haye, août 1990.

1 *The contents of this pamphlet have been drawn from the Proceedings of the Sixteenth Session (1988), Tome II, Succession to estates – applicable law.*

This latter publication contains in addition to the pages hereinafter reproduced the preliminary documents, reports and summaries of discussions relating to the work of the Second Commission of the Sixteenth Session. The full volume can be ordered either through booksellers or from the Permanent Bureau of the Conference or, directly, from the Netherlands Government Printing Office: SDU Publishers, Postbox 20014, 2500 EA The Hague.

2 *The Explanatory Report of Professor Donovan W. M. Waters serves as a commentary on the Convention adopted by the Sixteenth Session, which is set out in the Final Act of 20 October 1988. This Report was translated into French by Mr Robert Daumière, formerly First Secretary at the International Court of Justice.*

3 *The page numbers placed within brackets refer to the pages of this document, the other page numbers being those of the bound volume mentioned above of the Proceedings of the Sixteenth Session.*

4 *The Convention was first signed on 1 August 1989 by Switzerland and therefore will bear that date.*

5 *The Permanent Bureau of the Conference, 6, Scheveningsweg, 2517 KT The Hague, Netherlands, telefax (70) 360 48 67, will be glad to furnish interested persons any information desired concerning the work of the Conference.*

The Hague, August 1990.

Convention

CONVENTION SUR LA LOI APPLICABLE AUX SUCCESSIONS
À CAUSE DE MORT

Les Etats signataires de la présente Convention,
Désirant établir des dispositions communes concernant
la loi applicable aux successions à cause de mort,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet et sont
convenus des dispositions suivantes:

CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier

1 La présente Convention détermine la loi applicable
aux successions à cause de mort.

2 La Convention ne s'applique pas:

- a à la forme des dispositions à cause de mort;
- b à la capacité de disposer à cause de mort;
- c aux questions relevant du régime matrimonial;
- d aux droits et biens créés ou transférés autrement que
par succession, tels que propriété conjointe de plusieurs
personnes avec réversibilité au profit du survivant, plans
de retraite, contrats d'assurances et arrangements
analogues.

Article 2

La Convention est applicable même si la loi qu'elle
désigne est celle d'un Etat non contractant.

Article 3

1 La succession est régie par la loi de l'Etat dans lequel
le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son
décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de
cet Etat.

2 La succession est également régie par la loi de l'Etat
dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au
moment de son décès, s'il avait résidé dans cet Etat
pendant une période d'au moins cinq ans précédant
immédiatement son décès. Cependant, dans des
circonstances exceptionnelles, si le défunt avait, au
moment de son décès, des liens manifestement plus
étroits avec l'Etat dont il possédait alors la nationalité, la
loi de cet Etat est applicable.

3 Dans les autres cas, la succession est régie par la loi
de l'Etat dont le défunt possédait la nationalité au
moment de son décès, à moins que le défunt n'ait eu, à
ce moment, des liens plus étroits avec un autre Etat,
auquel cas la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 4

Si la loi applicable en vertu de l'article 3 est celle d'un
Etat non contractant et que les règles de conflit de cet
Etat désignent, pour tout ou partie de la succession, la
loi d'un autre Etat non contractant qui appliquerait sa
propre loi, la loi de cet autre Etat est applicable.

Article 5

1 Une personne peut désigner la loi d'un Etat
déterminé pour régir l'ensemble de sa succession. La
désignation ne prend effet que si cette personne, au
moment de la désignation ou au moment du décès,
possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa
résidence habituelle.

2 Cette désignation doit être exprimée dans une
déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause
de mort. L'existence et la validité au fond du
consentement quant à cette désignation sont régies par
la loi désignée. Si d'après cette loi la désignation n'est
pas valide, la loi applicable à la succession est
déterminée par application de l'article 3.

3 La révocation par son auteur d'une telle désignation
doit remplir en la forme les conditions de la révocation
d'une disposition à cause de mort.

4 Pour l'application du présent article, la désignation
d'une loi est considérée, sauf précision expresse
contraire du défunt, comme concernant l'ensemble de la
succession, que le défunt soit décédé *ab intestat* ou qu'il
ait disposé à cause de mort de tout ou partie de ses biens.

Article 6

Une personne peut désigner pour régir la succession de
certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats.
Toutefois, cette désignation ne peut porter atteinte à
l'application des règles impératives de la loi applicable
en vertu de l'article 3 ou de l'article 5, paragraphe 1.

* Pour le texte complet de l'Acte final, voir *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome I, *Matières diverses*

Article 7

1 Sous réserve de l'article 6, la loi applicable selon les articles 3 et 5, paragraphe 1, régit l'ensemble de la succession, quelle que soit la situation des biens.

2 Cette loi régit:

a la vocation des héritiers et légataires, la détermination des parts respectives de ces personnes, les charges qui leur sont imposées par le défunt, ainsi que les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès, y compris les attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt;

b l'exhérédation et l'indignité successorale;

c le rapport et la réduction des libéralités ainsi que leur prise en compte dans le calcul des parts héréditaires;

d la quotité disponible, les réserves et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort;

e la validité au fond des dispositions testamentaires.

3 Le paragraphe 2 ne fait pas obstacle à l'application dans un Etat contractant de cette loi à d'autres questions considérées par le droit de cet Etat comme étant soumises à la loi successorale.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

Article 8

Aux fins du présent chapitre, un pacte successoral est un accord, fait par écrit ou résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'accord.

Article 9

1 Lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne, sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets sont régis par la loi qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1, aurait été applicable à la succession de cette personne en cas de décès au jour où l'accord a été conclu.

2 Si, selon cette loi, le pacte n'est pas valide, sa validité sera néanmoins admise si elle l'est par la loi qui, au moment du décès, est applicable à la succession en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1. Cette même loi régit alors les effets du pacte et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

Article 10

1 Lorsque le pacte concerne la succession de plus d'une personne, cet accord n'est valide au fond que si cette validité est admise par chacune des lois qui, en vertu des articles 3 ou 5, paragraphe 1, aurait été applicable à la succession de chacune de ces personnes en cas de décès au jour où le pacte a été conclu.

2 Les effets du pacte et les circonstances de l'extinction de ces effets sont ceux qui sont reconnus par l'ensemble de ces lois.

Article 11

Les parties peuvent convenir, par une désignation expresse, de soumettre le pacte quant à sa validité au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets à la loi d'un Etat dans lequel la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte ou dont elle possède alors la nationalité.

Article 12

1 La validité au fond d'un pacte successoral valide selon la loi prévue aux articles 9, 10 ou 11 ne peut être contestée pour le motif que la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe 1, considérerait ce pacte comme invalide.

2 Toutefois, l'application de la loi prévue aux articles 9, 10 ou 11 ne porte pas atteinte aux droits de toute personne non partie au pacte et qui, en vertu de la loi prévue aux articles 3 ou 5, paragraphe 1, a un droit à réserve ou un autre droit dont elle ne peut être privée par la personne dont la succession est concernée.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 13

Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions incompatibles ou ne la règlent pas du tout, aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres.

Article 14

1 Quand un trust est créé par disposition à cause de mort, l'application à la succession de la loi prévue par la Convention ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour régir le trust. Réciproquement, l'application au trust de la loi qui le régit ne fait pas obstacle à l'application à la succession de la loi qui la régit en vertu de la Convention.

2 Les mêmes règles s'appliquent par analogie aux fondations et institutions similaires créées par disposition à cause de mort.

Article 15

La loi applicable en vertu de la Convention ne porte pas atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certains immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens sont soumis par la loi de l'Etat de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.

Article 16

Lorsque, selon la loi applicable en vertu de la Convention, il n'y a ni légataire ou héritier institué par une disposition à cause de mort, ni personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

Article 17

Au sens de la Convention, et sous réserve de l'article 4, le terme loi désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

Article 18

L'application d'une des lois désignées par la Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public.

Article 19

1 Les dispositions du présent article ont pour objet d'identifier la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession.

2 En présence de règles en vigueur dans un tel Etat identifiant, dans les cas prévus à cet article, l'unité territoriale dont la loi est applicable, la loi de cette unité s'applique. En l'absence de telles règles, les paragraphes suivants du présent article sont applicables.

3 Lorsqu'il est fait mention d'une loi dans la Convention ou dans la désignation faite par le défunt conformément à cette Convention,

a la loi de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans lequel le défunt avait, au moment déterminant, sa résidence habituelle;

b la loi de l'Etat de la nationalité du défunt au moment de la désignation ou du décès signifie la loi de l'unité de cet Etat dans laquelle, au moment déterminant, le défunt avait sa résidence habituelle ou, à défaut d'une telle résidence, la loi de l'unité avec laquelle il avait les liens les plus étroits.

4 Lorsqu'il en est fait mention dans la Convention, la loi de l'Etat des liens les plus étroits signifie la loi de l'unité de cet Etat avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits.

5 Sous réserve de l'article 6, si le défunt a désigné, conformément à la Convention, la loi de l'unité d'un Etat et si, au moment de la désignation ou de son décès,

a il possédait la nationalité de cet Etat, cette désignation est valide seulement s'il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité ou si, à défaut d'une telle résidence, il avait eu un lien étroit avec cette unité; ou si

b il ne possédait pas la nationalité de cet Etat, cette désignation est valide seulement s'il avait alors sa résidence habituelle dans cette unité ou, dans le cas où il n'avait pas eu alors sa résidence habituelle dans cette unité mais l'avait eue dans cet Etat, s'il avait eu à un moment donné sa résidence habituelle dans cette unité.

6 Si, dans le cas de l'article 6, le défunt a désigné pour certains de ses biens la loi d'un Etat, il est présumé, sauf preuve d'une intention contraire, que cette loi est celle de chacune des unités dans laquelle ces biens sont situés.

7 Pour l'application de l'article 3, paragraphe 2, la période de résidence requise est atteinte lorsque le défunt avait, durant les cinq ans précédant immédiatement son décès, sa résidence dans cet Etat, même si pendant cette période il a résidé dans plus d'une des unités de cet Etat. Lorsque cette période s'est écoulée et que le défunt avait sa résidence habituelle dans cet Etat à ce moment sans avoir de résidence habituelle dans une unité particulière de cet Etat, la loi applicable est la loi de l'unité dans laquelle le défunt avait résidé en dernier lieu, à moins qu'il ait eu à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité de cet Etat, auquel cas c'est la loi de cette autre unité qui s'applique.

Article 20

A l'effet de déterminer la loi applicable selon la Convention, lorsqu'un Etat connaît, en matière de succession, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. A défaut de telles règles, la référence sera entendue comme visant le système de droit avec lequel le défunt avait les liens les plus étroits.

Article 21

Un Etat contractant dans lequel des systèmes de droit ou des ensembles de règles différents s'appliquent en matière de succession n'est pas tenu d'appliquer les règles de la Convention aux conflits de lois concernant uniquement ces différents systèmes ou ensembles de règles.

Article 22

1 La Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat.

2 Lorsque le défunt avait, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à sa succession, cette désignation y sera considérée comme valide si elle répond aux conditions posées à l'article 5.

3 Lorsque les parties à un pacte successoral avaient, avant l'entrée en vigueur de la Convention dans cet Etat, désigné la loi applicable à ce pacte, cette désignation y sera considérée comme valide si elle répond aux conditions de l'article 11.

Article 23

1 La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels des Etats contractants sont ou seront Parties et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention, à moins qu'une déclaration contraire ne soit faite par les Etats liés par de tels instruments.

2 Le paragraphe 1 du présent article s'applique également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale.

Article 24

1 Tout Etat, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, pourra faire la réserve:

a qu'il n'appliquera pas la Convention au pacte successoral tel que défini à l'article 8 et, en conséquence, qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5, si cette désignation n'est pas exprimée dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition testamentaire;

b qu'il n'appliquera pas l'article 4;

c qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5 par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas ou ne possédait plus la nationalité de l'Etat dont la loi a été désignée, ou n'y avait pas ou n'y avait plus sa résidence habituelle, mais possédait alors la nationalité de l'Etat qui a fait la réserve et y avait sa résidence habituelle;

d qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:

- la loi de l'Etat ayant fait la réserve aurait été la loi applicable conformément à l'article 3, si une désignation valide n'avait pas été faite conformément à l'article 5,
- l'application de la loi désignée conformément à l'article 5 priverait totalement ou dans une proportion très importante le conjoint ou l'enfant du défunt d'attributions de nature successorale ou familiale auxquelles ils auraient eu droit selon les règles impératives de la loi de l'Etat ayant fait cette réserve,
- ce conjoint ou cet enfant possédaient la nationalité de l'Etat ayant fait la réserve ou y résidaient habituellement.

2 Aucune autre réserve ne sera admise.

3 Tout Etat contractant pourra à tout moment retirer une réserve qu'il aura faite; l'effet de la réserve cessera le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification du retrait.

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 25

1 La Convention est ouverte à la signature des Etats qui étaient Membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

2 Elle sera ratifiée, acceptée ou approuvée et les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés auprès du Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, dépositaire de la Convention.

Article 26

1 Tout autre Etat pourra adhérer à la Convention après son entrée en vigueur en vertu de l'article 28, paragraphe 1.

2 L'instrument d'adhésion sera déposé auprès du dépositaire.

Article 27

1 Un Etat qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou à plusieurs d'entre elles, et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2 Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et indiqueront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3 Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 28

1 La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation prévu par l'article 25.

2 Par la suite, la Convention entrera en vigueur:

a pour chaque Etat ratifiant, acceptant ou approuvant postérieurement, ou adhérant, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion;

b pour les unités territoriales auxquelles la Convention a été étendue conformément à l'article 27, le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification visée dans cet article.

Article 29

Après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de la Convention, un Etat ne pourra devenir Partie qu'à la Convention ainsi révisée.

Article 30

1 Tout Etat Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci, ou seulement son chapitre III, par une notification adressée par écrit au dépositaire.

2 La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le depositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question après la date de réception de la notification.

Article 31

Le depositaire notifiera aux Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé, ainsi qu'aux Etats qui auront adhéré conformément aux dispositions de l'article 26:

- a* les signatures, ratifications, acceptations, approbations et adhésions visées aux articles 25 et 26;
- b* la date à laquelle la Convention entrera en vigueur conformément aux dispositions de l'article 28;
- c* les déclarations mentionnées à l'article 27;
- d* les réserves et le retrait des réserves prévus à l'article 24;
- e* les dénonciations visées à l'article 30.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés, ont signé la présente Convention.

Fait à La Haye, le 19..⁺, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et dont une copie certifiée conforme sera remise, par la voie diplomatique, à chacun des Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé lors de sa Seizième session.

La Convention a été signée le premier août 1989 et porte cette date

Rapport Report

	page	INTRODUCTION
Article 22	602	LE PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA CONFÉRENCE DE LA
Article 23	604	HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
Article 24	606	1 A sa Quinzième session, tenue en 1984, la Confé-
Paragraphe 1	608	rence de La Haye de droit international privé a décidé
Alinéa a	608	d'inscrire à l'ordre du jour de la Seizième session,
Alinéa b	608	devant avoir lieu en 1988, la question de la loi applicable
Alinéa c	610	aux successions à cause de mort.
Alinéa d	612	2 Les travaux préparatoires consistaient en un Ques-
CHAPITRE V — CLAUSES FINALES	614	tionnaire et Commentaire sur le droit international privé
Article 25	614	des successions, établis par le Secrétaire général,
Article 26	614	M. Georges A.L. Droz, et prenant la forme d'un extrait
Article 27	614	des Actes et documents de la Douzième session tenue
Article 28	614	en 1972, ainsi qu'en une Mise à jour (1986) du Commen-
Article 29	616	taire, œuvre de M. Hans van Loon, premier secrétaire
Article 30	616	au Bureau Permanent de la Conférence (Doc. pré-l.
Article 31	616	No 1). Les Gouvernements des Etats suivants: Argen-
LA CLAUSE DE SIGNATURE	616	tine, Australie, Canada, Chine, Chypre, Etats-Unis
		d'Amérique, Portugal, Royaume-Uni et Turquie ont
		présenté des réponses supplémentaires au Question-
		naire (Doc. pré-l. No 3). Ces documents d'un très grand
		intérêt ont été suivis en septembre 1986 par une Étude
		prospective sur le droit international privé des succes-
		sions (Doc. pré-l. No 2) rédigée, une fois encore, par
		M. Hans van Loon. Pour bien mesurer la tâche qu'entre-
		prenait alors la Commission il convient de se reporter à
		cette étude de base.
		3 Une Commission spéciale a été convoquée et a tenu
		trois sessions: la première du 17 au 21 novembre 1986,
		la seconde du 30 mars au 10 avril 1987 et la troisième du
		28 septembre au 8 octobre 1987. La Commission a élu
		Président M. A.E. von Overbeck (Suisse) et désigné
		M. A. Boggiano (Argentine) comme Vice-président et
		M. D.W.M. Waters (Canada) comme Rapporteur.
		MM. von Overbeck, Boggiano et Waters ont rempli ces
		fonctions pendant toute la durée de la Commission
		spéciale.
		Ont pris part aux travaux de la Commission spéciale des
		experts des pays suivants: République fédérale d'Alle-
		magne, Argentine, Autriche, Belgique, Canada, Chine,
		Danemark, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande,
		France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Japon, Luxem-
		bourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portu-
		gal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie et
		Turquie. Y ont pris part également des observateurs de
		l'Institut international pour l'unification du droit privé,
		du <i>Commonwealth Secretariat</i> , de la Commission inter-
		nationale de l'état civil, de l'Union internationale du
		Notariat latin, de l' <i>International Bar Association</i> et de
		l'Association internationale des jeunes avocats.
		4 A la deuxième session de la Commission spéciale un
		Comité de rédaction a été constitué, avec comme Prési-
		dent M. A. Boggiano (Argentine), comme membre
		MM. A. Duchek (Autriche), P.G.L. Lagarde (France),
		A. Philip (Danemark), et comme Rapporteur
		M. D.W.M. Waters (Canada). Un Comité a été éga-
		lement formé pour s'occuper de la clause relative aux
		Etats fédéraux; il était présidé par M. E.F. Scoles
		(Etats-Unis d'Amérique) et avait pour membres Mme A.
		Borrás Rodríguez (Espagne), et MM. D.J. Hayton
		(Royaume-Uni) et J.A. Talpis (Canada).
		5 La Commission spéciale a adopté le 8 octobre 1987
		un «avant-projet de Convention sur la loi applicable aux
		successions à cause de mort». L'avant-projet, accompa-
		gné d'un rapport, a été soumis aux gouvernements en
		mars 1988.

Les Gouvernements des pays suivants: République fédérale d'Allemagne, Danemark, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, Israël, Italie, Norvège, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse et Turquie ont présenté des observations écrites sur ces documents (Doc. prélim. No 13).

6 La Seizième session de la Conférence a eu lieu à La Haye du 3 au 20 octobre 1988. Elle a désigné comme Président M. J.C. Schultsz (Pays-Bas). Les affaires générales de la Conférence ont été confiées à la Commission I, tandis que la Commission II était chargée d'élaborer une Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort, seule Convention inscrite à l'ordre du jour comme devant être terminée durant la Session. La Commission II a élu Président M. A.E. von Overbeck (Suisse) et Vice-Président M. A. Boggiano (Argentine). M. D.W.M. Waters (Canada) a été prié d'assumer les fonctions de Rapporteur.

Les Etats représentés à la Seizième session étaient plus nombreux qu'à la Commission spéciale, l'Australie, le Chili, Chypre, Israël et le Venezuela ayant envoyé des délégations. Ont ainsi participé à la Session les délégués des Etats suivants: République fédérale d'Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chili, Chine, Chypre, Danemark, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Israël, Italie, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Suède, Suisse, Tchécoslovaquie et Venezuela. Avaient envoyé des observateurs pour suivre les travaux en matière de successions: l'Institut international pour l'unification du droit privé, le *Commonwealth Secretariat*, l'Organisation des Etats américains, le Conseil de l'Europe, l'Union internationale du Notariat latin, l'*International Bar Association*, l'Association internationale des jeunes avocats, et l'*Inter-American Bar Association*. Les travaux de la Commission ont bénéficié une fois encore de l'apport précieux de leurs connaissances et de leur expérience.

7 Un Comité de rédaction a été constitué, dont le Président était M. A. Boggiano (Argentine), les autres membres MM. A. Duchek (Autriche), P.G.L. Lagarde (France), A. Philip (Danemark) et le Rapporteur M. D.W.M. Waters (Canada).

8 Une Commission sur les clauses fédérales a ensuite été formée; elle se composait de M. E.F. Scoles (Etats-Unis d'Amérique), président, et de Mme A. Borrás Rodríguez (Espagne), MM. D.C. Edwards (Australie), D.J. Hayton (Royaume-Uni) et J.A. Talpis (Canada).

9 La Commission II a tenu dix-neuf séances, et le Comité de rédaction et la Commission sur les clauses fédérales se sont réunis tant que de besoin en dehors de ces séances tout au long de la Seizième session.

Le travail accompli par le Bureau Permanent pendant toute la Session a été un élément indispensable du succès des travaux; MM. J.H.A. van Loon et C.A. Dyer en particulier ont prêté un concours inestimable aux travaux de la Commission, du Comité de rédaction et de la Commission sur les clauses fédérales. Toutes les délégations ont aussi tiré le plus grand profit du travail cohérent et précis des rédacteurs temporaires de procès-verbaux: Mme W.A. Allwood, Mlle M.-C. de Lamberlyte, S.E. Roberts et K.S. Williams, et MM. P. Blaquier-Cirelli, K. Morrison et P. de Vareilles-Sommières. Étant donné le nombre des délégués, l'exactitude et la patience des services d'interprétation ont été mises à une lourde épreuve, car rien de ce qui était dit ne pouvait être perdu et il était indispensable de saisir toujours les nuances.

C'est cette qualité de service qui a été assurée par Mesdames M. Misrahi et M. Rühl et par MM. P.A. Bosman-Delzons et P. Spitz.

10 Le projet de Convention a été adopté dans sa totalité sans vote contraire et avec une seule abstention à la Séance plénière du 19 octobre 1988; l'Acte final, où figure le projet de Convention, a été signé le 20 octobre 1988.

OBJET ET NATURE DU PRÉSENT RAPPORT

11 Le présent Rapport a pour principal objet d'expliquer les dispositions de la Convention à tous ceux qui ne se trouvaient pas à La Haye au cours de la Commission spéciale et de la Seizième session, et qui voudraient ou qui seraient appelés à bien saisir le sens et l'intention desdites dispositions. On trouvera donc dans le Rapport une explication du texte article par article, précédée d'une analyse des caractéristiques principales de la Convention. Pour mieux dégager le sens, on s'est attaché, à propos de chaque article, à donner une idée du déroulement des délibérations de la Commission II et de la Session plénière finale qui ont abouti au texte tel qu'il est actuellement rédigé. Il est fait parfois référence aux travaux de la Commission spéciale, mais, si l'on s'intéresse exclusivement à l'avant-projet établi par ladite Commission, c'est le Rapport de celle-ci qu'il conviendra de consulter. Alors que ce Rapport constituait aussi une évaluation critique de l'avant-projet à l'intention des Gouvernements, le présent Rapport est essentiellement un document explicatif. Il rend compte d'autre part des conclusions auxquelles la Seizième session est parvenue.

LES ORIGINES DE LA CONVENTION

12 Ce sont les effets de la mobilité toujours plus grande, d'une juridiction à l'autre, enregistrée ces quarante dernières années, de personnes appartenant à tous les groupes d'âges et à toutes les tranches de revenus, qui ont amené la Conférence de La Haye de droit international privé à entreprendre l'étude des successions à cause de mort.

13 Les voyages aériens à bon marché sont devenus chose courante, de sorte qu'il est désormais possible de prendre des vacances au soleil ou à la neige en des lieux qui, autrefois, restaient du domaine du rêve pour l'homme ou la femme ordinaire, dans le même temps que les médias modernes, et surtout la télévision, élargissaient les horizons de tous ceux qui ambitionnaient d'améliorer leurs conditions de vie et celles de leur famille. Le voyageur qui se crée un second foyer dans sa villégiature favorite et le travailleur migrant qui, avec ou sans sa proche famille, acquiert des biens, y compris un logement et des comptes bancaires, dans le pays où il ou elle travaille, sont des personnages désormais familiers. Dans certains pays, une proportion importante des ressortissants ou des résidents habituels émigre temporairement, et parfois pour toujours, vers des territoires ou des rivages étrangers, alors que dans d'autres, des multitudes de personnes se présentent comme immigrants, avides d'obtenir la nationalité du pays d'accueil, ou des emplois de durée déterminée ou indéterminée pour profiter de situations économiques plus favorables.

14 La création du Marché Commun européen s'est traduite par le déplacement de nombreux cadres ou spécialistes, souvent recrutés sous contrat et travaillant dans des pays autres que ceux où ils auraient vécu normalement. De fait, ceux qui aujourd'hui se consacrent aux

affaires ou au commerce, en particulier au service de grandes sociétés ou d'organismes et institutions internationaux, peuvent avoir à s'installer pour des périodes prolongées dans n'importe quelle partie du monde. Et là où les territoires sont de faible étendue géographique, comme en Europe, le franchissement des frontières et la détention d'avoirs dans des pays différents ont beaucoup plus de chance de se produire.

15 Le résultat de tout cela est que, à mesure que nous approchons de la dernière décennie du vingtième siècle, il est beaucoup plus courant qu'autrefois que des hommes et des femmes ordinaires, sans même parler des riches, décèdent en laissant des biens personnels, des investissements ou des intérêts commerciaux dans plus d'un pays. Les bénéficiaires de leurs testaments peuvent aussi se trouver dispersés dans plusieurs pays, ou encore le *de cuius* meurt intestat alors qu'il possède des parents dans deux ou plusieurs pays. Le conjoint et les enfants en bas âge peuvent, soit accompagner le travailleur migrant dans le pays étranger, soit rester dans son pays d'origine en attendant son retour. Il se pose donc des problèmes, du fait que des avoirs peuvent exister dans un ou plusieurs pays et que des membres de la famille à la charge du voyageur ou du travailleur peuvent se trouver avec lui ou vivre ailleurs au moment où il décède.

16 Le notaire, dans les pays de droit civil, et le *solicitor* ou l'*attorney*, dans les pays de *common law*, doivent faire face à cette situation. Non seulement ils se trouveront en présence de systèmes fiscaux différents, ce qui constituera vraisemblablement l'une des premières préoccupations de la famille du défunt, mais ils découvriront aussi que l'existence d'un testament ou son absence détermine l'entrée en jeu de systèmes juridiques différents et de lois successorales différentes.

17 Certains pays utiliseront un facteur de rattachement, et d'autres un autre facteur, pour déterminer quelle est la loi applicable à la succession. Certains font de la nationalité du défunt le facteur de rattachement, d'autres retiennent le domicile, et l'on peut ainsi aboutir à des résultats très divergents. Prenons par exemple le cas d'un ressortissant mexicain installé en Angleterre, à Londres, et qui possède au moment de sa mort des biens aux Pays-Bas et au Danemark. Aux biens sis aux Pays-Bas, les Pays-Bas appliqueront la loi mexicaine comme loi nationale, tandis qu'aux biens sis au Danemark ce dernier pays appliquera la loi anglaise comme étant la loi du domicile. Supposons maintenant que le patrimoine comprenne une maison à Amsterdam. Les Pays-Bas, Etat «unitariste», appliqueront la loi mexicaine à ce bien, mais le Royaume-Uni est «scissionniste» (c'est-à-dire qu'il applique une loi aux meubles, et une autre - la *lex situs* - aux immeubles), de sorte qu'aux fins de la succession en Angleterre la loi néerlandaise s'appliquera. Arrivé à ce point, le juriste a besoin de savoir si le Royaume-Uni pratique le renvoi en matière successorale et applique en conséquence la loi mexicaine comme loi qui serait appliquée au lieu où se trouvent les immeubles. En plus de ces problèmes de conflit, le juriste doit se rappeler que la notion de «succession», aux Pays-Bas et au Danemark, englobe la dévolution, la transmission et - dans la mesure où cela n'est pas résolu par la loi du dernier domicile, comme aux Pays-Bas - l'administration des biens; en Angleterre elle recouvre seulement la dévolution des avoirs, l'administration et la transmission étant soumises à la *lex fori*.

18 Il est donc clair que, si l'on ne pouvait rien au niveau du conflit de lois pour faire face aux différentes conceptions de la «succession» entre pays de droit civil et pays de *common law*, il était possible de faire quelque

chose en ce qui concerne la diversité des facteurs de rattachement ainsi que l'existence des Etats unitaristes ou scissionnistes. Une approche unifiée dans ces deux domaines simplifierait la liquidation des successions et réduirait en outre les frais et les risques d'erreurs.

19 A la mort d'un membre d'une famille chaque système juridique réglera de façon différente le problème de la subsistance des proches parents; certains systèmes juridiques ne font rien pour la famille, même si le conjoint et les enfants survivants étaient à la charge du défunt, mais la majorité prévoit une forme ou une autre de répartition obligatoire entre les membres de la famille. Le problème est que, parmi ces derniers systèmes, les techniques utilisées pour déterminer le montant à distribuer et les modalités de la distribution diffèrent, de même que la question de savoir qui, au sein de la famille, peut bénéficier de la distribution. En choisissant avec soin le *situs* de ses avoirs, par exemple dans certains des paradis fiscaux, le testateur peut éluder la législation de protection de la famille du système qui s'appliquerait normalement à sa succession. Mais il est probable que la plupart des gens n'agissent pas ainsi; le véritable problème sera que deux systèmes juridiques différents - ou plus - s'appliquent au patrimoine du défunt et que chacun de ces systèmes fait un sort différent à la famille (ou n'en fait aucun).

20 Dans l'état actuel du droit, et donc en dehors de la présente Convention, comment aider le testateur possédant des biens dans le monde entier, ou même dans deux pays seulement, qui souhaiterait éviter ces problèmes à sa famille? La réponse du juriste, qu'il appartienne à un système de droit civil ou de *common law*, consistera à organiser une forme quelconque de «planification successorale» pour le compte de son client. En d'autres termes, il pourra prendre des dispositions pour que les avoirs de son client soient distribués à la génération suivante non seulement à l'occasion du décès du client mais à divers moments et selon diverses modalités tandis que le client est encore en vie. Le juriste et son client, étant à même de choisir avec précision le moment de cette transmission d'avoirs ou de droits entre vifs peuvent ensemble s'organiser pour obtenir les plus grands avantages fiscaux et la meilleure protection de la famille. Il ne s'agit pas seulement de faire en sorte que les membres de la famille reçoivent une proportion raisonnable des biens du défunt; ce qui compte aussi aujourd'hui c'est la façon, et le moment, où chacun reçoit sa part. C'est pourquoi de nombreux praticiens aménagent la situation de leur client de façon telle que très peu de biens soient transmis à son décès. A vrai dire, aujourd'hui, dans les systèmes de *common law*, en raison de la conception de propriété conjointe avec réversibilité au profit du survivant (*joint ownership with right of survivorship*) il est très courant qu'au décès de personnes, même modérément fortunées, peu de mutations se produisent. Une des difficultés est que, en cas de disposition testamentaire, on ne sait jamais à quel moment l'instrument prendra effet. «Nul ne connaît le jour ni l'heure», comme le disent les Ecritures. La composition du patrimoine changera à la suite d'investissements faits durant la vie du testateur; celui-ci, parvenu à l'âge de la retraite, pourra trouver un emploi dans un autre pays; il pourra acquérir une autre nationalité ou une nationalité nouvelle, etc. Les modifications de la législation fiscale, non seulement dans une, mais dans deux ou plusieurs des systèmes intéressés, peuvent être fréquentes, amples et préjudiciables aux projets du testateur. Le juriste ne peut que prévenir le testateur qu'il doit réviser son testament tous les deux ou trois ans à la lumière des circonstances. Il n'est pas jusqu'aux testaments multiples - c'est-à-dire un testament par pays ou ordre juridique

où des avoirs existent – qui ne puissent être frappés d'obsolescence.

21 S'il était possible de déterminer lors de la rédaction du testament la loi ou les lois qui le régiront au décès du testateur, les donations entre vifs et dispositions testamentaires dans les systèmes de *common law*, les pactes successoraux et testaments dans les systèmes de droit civil, pourraient être harmonisés. Cela faciliterait beaucoup la planification des successions de personnes disposant d'un patrimoine international. Il est peu probable que les problèmes fiscaux en seraient beaucoup allégés, chaque système ayant vraisemblablement ses propres législations et réglementations fiscales, mais l'on pourrait faire en sorte que la famille bénéficie d'un maximum d'avantages au décès du testateur, parce que le juriste saurait quelle loi ou quelles lois régiraient la succession.

22 Telles étaient les circonstances, et les questions que l'on agissait, au moment où la Commission spéciale s'est réunie pour la première fois en novembre 1986.

PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA CONVENTION

23 La Convention répond aux problèmes évoqués plus haut en apportant des changements aux règles sur le choix de la loi applicable. Elle ne dit rien des questions de compétence judiciaire; la Commission spéciale et la Seizième session ont estimé l'une et l'autre que le problème de la compétence judiciaire est suffisamment complexe pour qu'il soit préférable d'en remettre l'examen à une autre occasion. La question figure en fait à l'ordre du jour de la Conférence comme pouvant être examinée à l'avenir. La Convention ne renferme pas non plus de dispositions au sujet de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers.

Ce que fait la Convention, c'est de promouvoir l'unité en mettant fin à la scission, et en introduisant un seul facteur de rattachement objectif pour la désignation de la loi. Elle introduit également un choix limité de la loi pour les testaments et les pactes successoraux.

24 La Convention met fin à la scission en adoptant une attitude «unitariste», c'est-à-dire en appliquant une loi unique aux biens meubles et immeubles compris dans la masse successorale. Bien que de nombreux Etats soient d'ores et déjà unitaristes, quelques Etats relevant de la tradition de droit civil ainsi que les Etats de la *common law* – la scission est de pratique générale dans les pays de *common law* – appliquent le principe de la scission. Bien des gens, y compris des spécialistes du conflit de lois, considèrent que le facteur de rattachement du *situs* est pratiquement inévitable dans le cas des immeubles, mais il est largement reconnu dans les systèmes «scissionnistes» que la règle du *situs* prête à de sérieuses critiques. Du fait que le *situs* l'emporte, qu'il y ait ou non testament, des injustices involontaires peuvent se produire dans la répartition entre proches parents du patrimoine international du défunt. En outre la distinction qu'on peut faire entre meubles et immeubles, et la façon dont les uns peuvent devenir les autres, rendent la scission beaucoup moins défendable qu'à l'époque de la fortune foncière et de la rente. De fait, il est intéressant de rappeler que, dès ses premières sessions, la Commission spéciale s'est félicitée du passage à la position unitariste dans la Convention et n'est jamais revenue sur cette attitude.

Toutefois la Convention ne pouvait qu'adopter un sens du mot «succession» accepté par tous les Etats et, puisque les systèmes de *common law* estiment que seule la dévolution relève à proprement parler de la *lex succes-*

sionis, la Convention a été contrainte de faire sienne cette définition. Les Etats contractants doivent obligatoirement appliquer les dispositions de la Convention à tout ce qui relève de la *dévolution des biens* (article 7), mais la transmission et l'administration de l'actif successoral peuvent être soumises aux règles de la Convention dans le cadre des règles de conflit du for, si le for en décide ainsi. Bien entendu, ce choix volontaire de l'Etat contractant du for n'entraîne aucune obligation pour les autres Etats contractants. Etant donné la définition ample de la «succession» en droit civil, ce n'est néanmoins qu'avec le temps qu'on saura ce qu'il restera de scission dans l'administration de la succession dans les systèmes de droit civil qui appliquent aujourd'hui le principe de la scission mais qui auront ratifié la Convention. Les Etats de *common law* ratifiant la Convention abandonneront entièrement la scission dans leur conception de la «succession».

25 La principale disposition unificatrice de la Convention consiste en une formule (article 3) qui détermine l'unique loi applicable à la succession. La Commission II, comme la Commission spéciale avant elle, a pris grand soin de forger une solution de compromis acceptable, aussi bien pour les Etats qui sont en faveur de la nationalité du défunt (que celui-ci ait testé ou non) comme facteur de rattachement en matière de succession, que pour ceux qui préfèrent le domicile du *de cuius*. C'est un point sur lequel un accord est difficile, parce que la nationalité, comme fait aisément vérifiable, signifie pour ses partisans une administration notariale fiable et peu coûteuse de la succession quand les tribunaux n'interviennent pas, alors que le domicile, pour ceux qui prônent celui-ci, est une notion souple et sensible permettant de découvrir le centre véritable de la vie de la personne dont la succession est en cause. Pour les défenseurs du domicile (ou de la résidence habituelle, si l'on adopte le terme retenu de préférence par les Conventions de La Haye) la nationalité est arbitraire, et trop souvent elle ne correspond pas du tout au lieu où le *de cuius* a établi son foyer. Pour les partisans de la nationalité, en revanche, le domicile (ou la résidence habituelle) est un facteur de rattachement «faible» parce qu'il oblige à passer au crible des éléments de preuve concernant la vie, sinon les intentions, du *de cuius* et que ce processus tendrait à susciter des controverses et des actions en justice.

26 L'article 3 est au cœur de la Convention; le facteur de rattachement objectif qui détermine la loi régissant la succession constitue la disposition générale essentielle de la Convention, et s'applique que le défunt ait laissé ou non un testament. L'article 3 est étayé par l'article 5 qui franchit un pas de plus et laisse au testateur un choix limité quant à la loi qui régira sa succession. C'est le facteur de rattachement subjectif. Contrairement à ce qu'il advient en matière contractuelle ou sous l'empire de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (la Convention sur le trust), le testateur n'a pas la possibilité de désigner n'importe quelle loi; son choix est limité à la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle. La Conférence a reconnu que ces deux facteurs de rattachement sont ceux qui, à l'exclusion des autres (le domicile mis à part), sont employés aujourd'hui à des fins successorales et, comme le principe d'une *professio juris* en matière testamentaire représente une innovation pour presque toutes les juridictions (à l'exception notable de la Suisse), on a estimé qu'il était à la fois sage et pratique de limiter à ces deux-là le choix des testateurs. Les deux facteurs mettent en relief «l'appartenance» du *de cuius*, comme il convient étant donné la nature personnelle et familiale de la succession. Un

objectif central de la Convention est en outre que les lois protégeant la famille contre l'exhérédation du conjoint ou des enfants survivants soient respectées. Autoriser le testateur à s'écarter en même temps des deux lois qui traduisent son appartenance naturelle reviendrait à encourager une telle exhérédation. La Commission II a estimé toutefois que la Commission spéciale s'était montrée trop restrictive en ne laissant au testateur d'autre option qu'entre la loi de sa nationalité et celle de sa résidence habituelle au moment de son décès. La Commission II s'est laissée convaincre par l'argument que le testateur devrait savoir, au moment où il rédige son testament, quelle loi régira celui-ci, et il ne peut avoir de certitude à ce sujet que s'il a aussi la faculté de désigner la loi de sa nationalité ou de sa résidence habituelle telles qu'elles existent au moment de la rédaction du testament. L'article 5 autorise donc le testateur à choisir entre quatre lois susceptibles de s'appliquer – la nationalité au moment de la désignation ou à celui du décès, ou la résidence habituelle au moment de la désignation ou à celui du décès.

27 Une innovation de la Convention qui pourrait revêtir une réelle importance pratique est la disposition spécifique (article 6) suivant laquelle le testateur peut désigner n'importe quelle loi pour régir la succession de n'importe quel bien particulier de son patrimoine, sous la seule réserve des règles impératives que comporte la loi applicable déterminée par l'article 3 ou l'article 5, paragraphe 1. Ce principe de l'incorporation d'une loi étrangère dans l'acte des parties (la référence à la loi matérielle; *materiellrechtliche Verweisung*) n'est pas nouveau, que ce soit dans les systèmes de droit civil ou dans ceux de *common law*, mais dans certains systèmes son application se limitait apparemment jusqu'ici au domaine des contrats. Bien qu'il s'agisse d'un principe de droit matériel qui, selon certaines délégations, était de toute façon implicite et pouvait être invoqué sans qu'il soit besoin d'en faire mention dans la Convention, il n'y a pas de doute que cette précision donnera satisfaction à ceux qui éprouvent le désir ou le besoin de désigner expressément la loi du *situs* des biens du testateur. L'incorporation prend d'ordinaire la forme de l'inclusion d'un aspect qui, sinon, serait omis, dans l'*instrument* où l'accord (ou la disposition) est consigné. Ce n'est pas ce qui est envisagé ici. L'incorporation peut revêtir la forme d'un pacte successoral, d'un instrument testamentaire, ou intervenir dans une succession *ab intestat*. Il y aura succession *ab intestat* lorsque le *de cuius* aura fait un testament pour certains biens sis dans une juridiction déterminée, en désignant conformément à l'article 6 une loi régissant cet acte, mais sera mort intestat pour le reste de ses biens situés ailleurs. L'article 3 peut conduire à une autre loi comme loi applicable à l'ensemble de la succession, y compris la désignation en vertu de l'article 6 figurant dans le testament.

A la Commission spéciale plusieurs délégations se sont livrées à un effort concerté pour persuader la Commission d'admettre la *lex situs* comme autre loi susceptible d'être désignée, pour la raison qu'aux fins de la planification successorale les testateurs tiennent particulièrement à ce que la loi locale s'applique là où leurs avoirs étrangers sont situés. Les testaments multiples procèdent directement de ce désir de faire appliquer la loi locale aux avoirs locaux. L'administration est alors plus rapide, moins chère, et beaucoup plus à l'abri des erreurs. Les notaires, *solicitors* et *attorneys* sont les mieux à même de connaître leur propre loi locale. La tentative a cependant échoué, tant la majorité tenait à assurer l'unité (c'est-à-dire le fait qu'une loi unique régisse la totalité de la succession), et de nouvelles propositions en faveur du *situs* ont elles aussi été rejetées par des votes majoritaires durant la Seizième session, lorsque

des délégués partisans du *situs* se sont rendus compte que l'on pouvait parvenir au même résultat par application de la doctrine de l'incorporation par référence à la loi matérielle. Une proposition (Doc. trav. No 57) tendant à ce que la Convention consacre expressément cette doctrine dans un article de la Convention (à présent l'article 6) a recueilli les suffrages d'un grand nombre de délégations quand elle a été mise aux voix.

28 Les dispositions générales de la Convention comportent plusieurs articles importants que l'on examinera par la suite, mais il est probablement juste de dire qu'une des caractéristiques principales du nouvel instrument est que la «succession» inclut expressément les pactes successoraux. Cette expression technique est traduite en anglais par «*agreements as to succession*» mais, la notion de pacte successoral étant inconnue en tant que telle dans les systèmes de *common law*, il s'agit là d'une traduction littérale qui ne signifie pas grand chose pour le lecteur anglophone, si ce n'est qu'il s'agit d'arrangements contractuels relatifs à la disposition d'un bien futur au décès de l'auteur de la transmission.

Aux fins de la Convention, il semble que soient inclus: 1) une «disposition à cause de mort» (articles 1.2 a, 1.2 b et 14), c'est-à-dire un acte volontaire de transfert, que ce soit sous forme testamentaire ou sous celle d'un pacte successoral, et 2) le transfert de propriété à cause de mort résultant de la loi quand: a) il n'y a pas d'acte volontaire de ce genre ou b) l'acte volontaire est totalement ou partiellement invalide ou c) la loi oblige à distribuer aux membres de la famille les biens appartenant au défunt.

Le pacte successoral n'était ni défini ni décrit dans l'avant-projet de Convention, mais la Seizième session a estimé qu'une clause générale descriptive s'imposait (article 8), et elle a pensé aussi que la «disposition à cause de mort» qui, on s'en souviendra, comprend la disposition par pacte successoral, doit être soigneusement distinguée des dispositions entre vifs ne pouvant pas être considérées comme des dispositions à cause de mort. Cette distinction n'a rien de facile. Non seulement il existe de grandes différences entre les systèmes de droit civil quant à la substance des pactes successoraux autorisés, mais, dans les systèmes de *common law*, on trouve plusieurs institutions juridiques, d'une très grande importance pratique, dans lesquelles l'acte de disposition (par opposition à un accord) se produit entre vifs créant immédiatement un véritable titre de propriété et, à la mort du disposant, le bénéficiaire est simplement envoyé en possession. Ces institutions ne sont pas considérées dans les systèmes qui les connaissent comme des «dispositions à cause de mort». Ce n'est qu'après bien des efforts que la Commission a pu parvenir à un accord sur un texte excluant de la Convention tous les actes qui ne sont pas des «dispositions à cause de mort» et ce texte constitue à présent l'article 1.2 d.

Il était courageux de s'attaquer à l'inclusion des pactes successoraux dans la Convention, même si, aux yeux de certaines délégations, l'entreprise semblait prendre trop de temps et si le sujet eût justifié une Convention distincte. En revanche, la majorité des délégués a été convaincue par l'argument qu'une Convention sur le choix de la loi applicable aux transmissions successorales ne pouvait laisser de côté les pactes successoraux, même si, dans bien des systèmes de droit civil, ces pactes sont totalement ou partiellement interdits. Eu les visant dans la Convention, on aboutit à une plus grande unité de la loi successorale et le praticien pourra plus efficacement aider son client à disposer de son patrimoine. En particulier on évitera ainsi que les bénéficiaires des pactes successoraux ne prétendent abusivement recueillir un nouvel avantage au décès de l'auteur du pacte.

29 En résumé donc, la présente Convention vise à harmoniser les règles sur le choix de la loi applicable en matière successorale, pour protéger les perspectives d'héritage des proches parents du défunt, pour simplifier et rendre moins coûteuse la répartition des avoirs du défunt sis dans plusieurs pays et, dans la mesure du possible, pour aider le testateur à organiser une répartition ordonnée de ses biens à son décès (c'est-à-dire à planifier sa succession). La Convention met donc fin à la scission, elle introduit un seul facteur de rattachement objectif à travers une échelle de lois applicables, elle permet une *professio juris* limitée mais importante en matière de disposition testamentaire et elle répond au souci de planification successorale en permettant d'incorporer aux testaments la loi étrangère pour régir des avoirs situés dans d'autres juridictions que celle de la loi normalement applicable.

On a fait observer au cours de la Seizième session que le droit exprime la vie plutôt que la logique. La Convention recherche une cohérence logique quand elle poursuit jusqu'au bout ses efforts en faveur de l'unité, particulièrement manifestés dans l'article 4, mais l'unité signifie aussi que le testateur ou l'auteur d'un pacte successoral se voit limité aux lois de protection familiale des pays ou des juridictions avec lesquels ses rapports sont vraisemblablement les plus étroits, à savoir son pays ou son système juridique de nationalité ou de résidence habituelle. En l'occurrence, la logique et la vie vont de pair. La logique conduit la Convention à rejeter le *situs* comme troisième loi éventuellement applicable, malgré ses attraits pour le testateur qui se préoccupe d'organiser sa succession, parce que le *situs* réintroduirait la scission; la vie amène néanmoins la Convention à permettre expressément l'incorporation de la loi étrangère (*materiellrechtliche Verweisung*), bien que cette doctrine puisse être regardée comme introduisant un élément scissionniste dans la Convention. La doctrine laisse toutefois subsister les règles impératives de la loi applicable, préservant ainsi la possibilité de faire respecter les règles de protection de la famille avec lesquelles le testateur ou l'auteur du pacte ont le lien le plus étroit. La logique est en faveur d'un facteur de rattachement, subjectif ou objectif, au moment du décès, lorsqu'il s'agit de testaments, et de la date de la rédaction lorsqu'il s'agit de pactes successoraux. La vie autorise un autre facteur de rattachement – celui de la date de rédaction dans le cas des testaments et du décès dans le cas des pactes successoraux – lorsqu'une seule succession est en jeu. La vie et la logique se conjuguent pour produire un compromis raisonnable, un accommodement rationnel des objectifs et des considérations qui jouent un rôle en la matière.

STRUCTURE DE LA CONVENTION

30 La Convention est divisée en cinq chapitres. Le premier a trait à son champ d'application. Il souligne ce que la Convention vise à faire, à savoir déterminer la loi applicable aux successions à cause de mort, et précise ensuite les questions connexes qui ne sont pas incluses dans la Convention. Pour finir il affirme l'application universelle de la Convention.

31 Le deuxième chapitre concerne la loi applicable, et les règles de désignation de cette loi qui permettent de découvrir dans toute situation de fait quelle est cette loi, ou quelle loi peut être choisie. En d'autres termes, il vise les successions *ab intestat* et les cas dans lesquels le défunt n'a désigné aucune loi ou n'a fait aucune désignation valable; il concerne aussi les cas dans lesquels le testateur a désigné une loi ou désire en désigner une.

Sont également prévues la situation particulière dans laquelle la loi applicable est celle d'un Etat non contractant, et celle où le testateur désire incorporer dans son testament les dispositions d'une loi autre que la loi applicable. Pour finir, et pour en terminer avec ce qui constitue le cœur de la Convention, le Chapitre II énumère les matières relevant de la succession qu'un Etat contractant a l'obligation de soumettre à la loi applicable (ou à une autre loi valablement incorporée). Il autorise en outre l'Etat contractant (bien qu'aucune autorisation ne soit vraiment nécessaire) à soumettre, par la voie de ses propres règles de conflit de lois, d'autres matières considérées par lui comme relevant de la succession à la loi applicable prévue par la Convention.

32 Le troisième chapitre porte exclusivement sur les pactes successoraux ou «successions contractuelles». Il précise ce qui constitue un tel pacte aux fins de la Convention et règle ensuite la question de la détermination de la loi applicable à tous les pactes, aussi bien lorsque les parties ne font aucun choix que lorsqu'elles désignent ou entendent désigner une loi. Pour finir, il protège les droits de la famille sur la succession du défunt en empêchant les doubles prétentions injustifiées et en faisant en sorte que ceux qui ne sont pas parties à de tels pactes ne se voient pas privés de leurs droits en conséquence de ceux-ci.

33 Le quatrième chapitre comprend les dispositions «générales» ou d'utilité immédiate de la Convention. Ces articles embrassent toute une gamme de sujets en matière de conflit de lois, et expliquent comment le Chapitre II – chapitre central – et les premier et troisième chapitres de la Convention doivent prendre effet quand les questions posées dans le quatrième chapitre se présentent. Sont envisagés dans la Convention les décès simultanés, l'existence de trusts dans des testaments ou des pactes, les régimes successoraux particuliers auxquels certaines catégories spéciales de biens sont soumises par la loi de leur situation, les droits des Etats sur les biens vacants, le renvoi, l'ordre public, la loi applicable dans des Etats comportant deux ou plusieurs territoires (ou unités) où des lois successorales différentes s'appliquent ou connaissant deux ou plusieurs statuts personnels, les accords transitoires sur l'entrée en vigueur de la Convention dans un Etat, le rapport entre la présente Convention et d'autres instruments, et les réserves autorisées à l'applicabilité de parties de la Convention.

34 Le cinquième et dernier chapitre se rapporte aux prescriptions et facilités diplomatiques concernant la signature, la ratification, l'acceptation ou l'approbation de la Convention par les divers Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé et l'adhésion de nouveaux Etats membres. Le chapitre traite aussi des modalités d'entrée en vigueur de la Convention, de la notification aux Etats membres des mesures prises par les autres Membres pour mettre en œuvre la Convention, et comporte des dispositions relatives à la dénonciation de la Convention par les Etats qui y sont Parties.

COMMENTAIRE DE LA CONVENTION

PRÉAMBULE ET CHAPITRE I – CHAMP D'APPLICATION

35 Le titre de la Convention, le deuxième alinéa du préambule et le paragraphe 1 de l'article premier emploient les mêmes termes: «la loi applicable aux successions à cause de mort». Le titre précise l'objet de la

Convention, le préambule déclare que les Etats participants désirent établir des dispositions communes dans ce domaine et le paragraphe 1 de l'article premier indique que la Convention fournit aux juges ou aux praticiens le moyen de déterminer la loi applicable dans chaque cas d'espèce.

36 Le paragraphe 2 de l'article premier spécifie les matières (validité formelle, capacité et questions relevant du régime matrimonial) et les transactions et transferts (article 1.2 d) qui sont entièrement exclus du champ d'application de la Convention. La Commission II tenait à ce que l'effet de l'exclusion expresse d'une transaction ou d'un transfert du cadre de la Convention soit parfaitement compris. Toute matière exclue expressément ne doit pas être considérée comme relevant de la Convention. Toutefois un Etat contractant (ou un système juridique d'un tel Etat) a naturellement la faculté d'adopter les articles de la Convention *comme faisant partie de ses propres règles de conflit* dans toute matière – à son choix – ne relevant pas de la Convention. L'article 7.3 le souligne. En revanche, un Etat ne lie pas les autres Etats contractants lorsqu'il décide d'appliquer la Convention à des questions non comprises dans l'article 7.2. Ces questions englobent les questions couvertes par l'article 1.2, à savoir la validité formelle, la capacité, les aspects liés aux régimes matrimoniaux, et les «droits et biens» visés à l'article 1.2 d.

37 Si la Convention est muette sur une question telle que l'interprétation des testaments ou des pactes successoraux, cela signifie simplement qu'elle ne prévoit rien à leur sujet. Si un Etat contractant, par la voie parlementaire ou judiciaire, venait à décider qu'une telle question relève de sa propre conception de la succession, il lui serait alors loisible de la soumettre à la loi applicable en vertu de la Convention, en invoquant s'il le souhaite l'article 7.3 comme l'y autorisant.

La Commission II a débattu assez longuement de la question du sens à attribuer à un testament ou pacte successoral particulier et des problèmes qu'elle soulève. C'est là un excellent exemple de la signification à attacher au silence de la Convention, car certaines délégations, pour des raisons qui seront expliquées plus loin, souhaitaient l'inclusion d'une disposition expresse. Dans les pays de *common law*, où dans chaque cas le texte est «*construed*» et les termes de technique juridique «*interprétés*» pour déterminer le sens qu'on entendait leur donner, le moment retenu aux fins de la *construction* est celui de la rédaction de l'instrument. La question que l'on se pose est la suivante: quelle était la situation du testateur, telle qu'il la connaissait, au moment où il rédigeait son testament? Les délégués des pays de *common law* tenaient à ce que la Convention ne les oblige pas à appliquer en matière de *construction* la *lex successionis* au moment du décès. Mais il est rapidement apparu à la Commission, après les interventions d'un certain nombre de délégations, que les systèmes juridiques adoptent des approches très variées pour ce qui est de l'«interprétation» du sens des instruments. Certains systèmes considèrent qu'il s'agit d'un problème de simple fait et n'adoptent aucune règle juridique s'imposant à leurs tribunaux; d'autres estiment que la question met en jeu aussi bien les faits que l'interprétation de «règles de droit». En réalité, la plupart des pays de droit civil considéreraient que c'est la «succession» qui est en cause et appliqueraient en conséquence à tout aspect doctrinal leur loi successorale au moment du décès. La conclusion à laquelle la Commission est parvenue a été que la détermination de l'intention du testateur ou celle du sens d'un pacte successoral se prête à une telle diversité de

qualifications et d'approches qu'il vaut mieux laisser chaque système appliquer la solution qui est actuellement la sienne – et la Convention ne renferme donc aucune disposition sur ce sujet.

38 Il existe un lien étroit entre l'article premier, en particulier son paragraphe 2, et l'article 7, en particulier son paragraphe 3, de sorte qu'il convient de prendre simultanément en considération ces deux dispositions dans le commentaire. La Commission II pensait que le tribunal ou autre autorité compétente de l'Etat contractant se poserait deux questions: 1) quelles sont les matières expressément couvertes par l'article 7.2? 2) sur quelles matières la Convention garde-t-elle le silence? Le commentaire de l'article 7 approfondira ces sujets. Qu'il suffise de dire pour le moment que les questions de procédure, de fiscalité, d'insolvabilité des successions, de même que leur administration, sortent manifestement du cadre de la Convention, mais la Convention n'en dit rien. De toute évidence il n'est pas souhaitable que le Rapport, et encore moins le texte lui-même, cherchent à énumérer les matières qui demeurent en dehors de la Convention. On risquerait de donner l'impression qu'un sujet non cité pourrait, de quelque manière, y être inclus. Pour cette raison aussi l'approche des deux questions citées ci-dessus paraît indiquée.

Article premier

Paragraphe 1

39 Le terme «succession» n'est pas défini dans la Convention. Son sens et sa portée aux fins de la Convention deviennent clairs si l'on se reporte à l'article 7.2 qui énumère et détaille cinq sujets sous les lettres *a* à *e*. Ces sujets concernent la *dévolution* des successions et on verra qu'ils ne comprennent pas la transmission des biens faisant partie de la masse successorale ni l'administration de la succession.

L'expression «successions à cause de mort» vise tous les types de successions, testamentaires ou non, ou faisant suite à un pacte successoral. Il s'ensuit que la Convention s'applique au cas où la succession est partiellement testamentaire et partiellement *ab intestat*, et au cas d'un défunt qui a conclu un pacte successoral mais dont la succession, en dehors de cela, est entièrement testamentaire on *ab intestat*, ou partiellement testamentaire et donc partiellement *ab intestat*. Relève également de la Convention le cas de la succession d'une personne déclarée judiciairement décédée; s'il s'agit par exemple d'une personne disparue et présumée morte. La renonciation ou le rejet d'un testament ou d'un pacte par le bénéficiaire, que ce soit ou non à la suite d'une disposition de la loi locale en matière de régime matrimonial, n'entre pas dans le cadre de la «succession» au sens de ce terme dans la Convention. Des explications complémentaires seront données par la suite (voir le paragraphe 77, *infra*).

La succession ou, dans le texte anglais, *the estate of a deceased person*, s'entend de tous les biens appartenant au défunt ou sur lesquels celui-ci avait des droits à son décès.

Le paragraphe 1 spécifie que l'objet de la Convention est de «déterminer la loi applicable».

Paragraphe 2

40 Ce paragraphe énumère les sujets et décrit les biens qui sont expressément exclus de la Convention ainsi qu'il a été expliqué précédemment.

41 La Convention exclut de son champ d'application les problèmes de validité formelle (ou de forme), mais en fonction de la conception que se fait de la «forme» l'Etat contractant. La «validité au fond» étant incluse aux fins de la Convention en tant qu'aspect de la «succession» en vertu de l'article 7.2e, la validité formelle est par conséquent expressément exclue.

La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires donne la réponse de la Conférence de La Haye en ce qui concerne les testaments. C'est au for qu'il appartient de décider si la question peut être qualifiée comme une question de validité formelle ou de validité au fond.

Les mots «disposition à cause de mort» (et leurs correspondants anglais «*disposition of property upon death*») sont utilisés afin que l'alinéa recouvre à la fois le testament et le pacte successoral. D'autres Conventions de La Haye emploient les termes «disposition testamentaire», mais cette expression, non seulement n'englobe pas le pacte successoral, mais suppose aussi l'existence d'un testament écrit, ce qui, dans beaucoup de pays de droit civil, évoque immédiatement l'idée d'un testament notarié. La présente Convention ne se préoccupe pas de savoir si le testament est écrit ou verbal; les deux sont visés (et il appartient au for de décider en vertu de ses propres règles si un testament verbal est valable). «Disposition à cause de mort» exclut la disposition *inter vivos* avec effet de droit réel immédiat; c'est à la mort du disposant et non par rapport à tout autre moment que la disposition (ou la mutation) se réalise. C'est là une distinction très importante, parce que, tandis qu'un pacte successoral n'entraîne de disposition ni d'obligation de disposer qu'au moment du décès, un cas très courant en *common law* est celui des dispositions, faites habituellement sous la forme d'un *trust*, dans lesquelles le titre de propriété naît entre vifs, et seule la possession est transmise au décès du disposant. Cette situation a été évoquée plus haut (paragraphe 28) et est rappelée ici. De même, dans les pays de *common law*, si X rompt une stipulation de transmission à Y à sa mort (celle de X) eu égard à la propriété dont il s'agit à un tiers alors qu'il (X) est encore en vie, le bénéficiaire de la stipulation, Y, a le droit d'intenter une action en dommages et intérêts contre X. Cette situation est connue sous le nom de «violation anticipée» (*anticipatory breach*). Dans aucun des cas mentionnés, celui du *trust* ou celui de ladite stipulation, n'existe en *common law* une «disposition à cause de mort» (*disposition of property upon death*).

Alinéa b

42 La «capacité de disposer» est la capacité de rédiger un testament ou tout autre instrument testamentaire et celle de conclure un pacte successoral. Elle comprend aussi la capacité de faire une *professio juris*, que ce soit dans un instrument testamentaire ou par voie de «déclaration» (article 5.2) sous toute forme ou testamentaire. En vertu de l'article 11 les parties à un pacte successoral peuvent «convenir, par une désignation expresse» de faire un choix d'une loi applicable. La question de la capacité pour convenir de faire ce choix est, elle aussi, exclue de la Convention.

L'exclusion s'étend à la capacité générale, c'est-à-dire au cas d'une personne déclarée judiciairement «incapable» pour aliénation ou autre inaptitude mentale, ou à celui d'une personne mineure. Elle s'étend aussi à la personne qui ne jouit pas d'une pleine capacité, telle que la femme mariée – là où cette situation existe encore –

et s'applique en outre, semble-t-il, à une incapacité spécifique, comme celle qui interdit aux membres d'une congrégation religieuse de tester.

43 En revanche les questions d'erreur, de fraude, de contrainte ou de captation ne sont pas des questions de capacité au sens strict; il s'agit de vices du consentement. Le testateur peut être capable au sens qui vient d'être indiqué, mais, parce qu'il est dans l'erreur, ou a été trompé ou physiquement forcé de signer (contrainte), ou a succombé aux pressions d'une personne, telle qu'un prêtre, médecin, juriste ou parent présent auprès de lui (captation) il n'a pas en fait l'intention de faire librement une ou plusieurs des libéralités stipulées dans son testament. La même distinction peut être appliquée à la conclusion d'un pacte successoral. Si le consentement fait défaut de la part du testateur ou d'une partie à un pacte, le testament ou le pacte est ou sera déclaré invalide. Toutefois, il appartient au for de qualifier la question et de déterminer si les vices de consentement doivent être considérés comme des problèmes de «capacité» en un sens plus large défini par le for (ce qui fait qu'ils tomberont en dehors de la Convention – article 1.2b), ou comme des problèmes de consentement relevant de la loi applicable en vertu de la Convention (article 7), de la loi régissant la validité formelle du testament ou du statut personnel.

Le même problème de qualification se pose pour les personnes affectées par des maladies telles que la démence sénile ou la maladie d'Alzheimer, par les effets de l'alcool ou des stupéfiants, ou dont les facultés mentales sont atteintes pour d'autres causes, situation qui peut être temporaire ou permanente, et alors que les tribunaux n'ont pas déclaré ces personnes mentalement incapables. En règle générale de telles déficiences mentales, restant en deçà d'une incapacité judiciairement reconnue, seraient qualifiées de problèmes de consentement.

44 La capacité de disposer est également exclue de la Convention pour la raison que la capacité est toujours appréciée au moment où le testament est rédigé ou le pacte conclu. Une désignation est néanmoins validée en vertu de l'article 5.1 à deux moments possibles, à savoir le moment de la désignation ou celui du décès; de même un pacte successoral concernant le patrimoine d'une seule personne peut également être validé soit à la date du pacte soit à la date du décès. Si la capacité de disposer n'était pas exclue, d'autres problèmes de conflit pourraient surgir, simplement parce que la capacité doit exister au moment de la rédaction du testament ou de la conclusion du pacte.

Alinéa c

45 Les droits sur les biens matrimoniaux et toutes les questions de toute nature relevant du régime matrimonial sont expressément exclus du champ d'application de la Convention. En d'autres termes, que des droits naissent au titre d'un régime matrimonial pendant la vie du *de cuius* ou qu'il s'agisse de droits à des montants ou parts fixes déterminés par les tribunaux, mais uniquement à la dissolution du mariage (en l'occurrence par le décès du *de cuius*), ces droits sortent du cadre de la Convention. Il en découle que la Convention ne s'applique pas lorsqu'une décision judiciaire attribue des biens appartenant au *de cuius* et faisant partie de sa succession au conjoint survivant en tant que propriété matrimoniale à laquelle le survivant a droit en qualité.

Bien que la Seizième session ait adopté cette position, et que l'exclusion totale et expresse de la Convention ne prête à aucun doute, la question a donné lieu à des débats considérables et même exhaustifs. Il s'agissait de

savoir si la Convention devait prévoir soit une règle de conflit soit une règle de fond, à propos du déséquilibre des avantages que peuvent obtenir le conjoint survivant et les enfants du conjoint décédé parce que, dans un système quelconque, la loi régissant les régimes matrimoniaux et la loi successorale seraient mal harmonisées sur le fond. C'est un problème qui se pose manifestement dans de nombreux pays, et diverses propositions ont été soumises à la Commission II. Personne n'a nié que des injustices puissent ainsi se produire, non seulement pour les couples mariés qui se déplacent d'une juridiction à une autre (dont la loi sur les régimes matrimoniaux diffère), mais aussi pour ceux qui restent établis dans la même juridiction pendant toute leur vie conjugale. Au niveau des conflits de lois le dépeçage entre le régime matrimonial et la loi successorale peut en lui-même produire des résultats injustes.

Toutefois, les délégations étaient partagées sur le point de savoir si la Convention devait essayer de résoudre ce problème indubitable. Certaines étaient fermement d'avis que la Convention devrait reconnaître un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux de l'Etat contractant, pour permettre au juge d'ajuster la répartition des biens produite par les régimes matrimoniaux et la loi successorale de cet Etat-là, et dans la mesure où un tel ajustement s'imposerait en bonne justice. D'autres seraient allés plus loin et auraient accordé au juge cette faculté discrétionnaire, quelle que soit l'origine de l'injustice. On a cité par exemple les libéralités faites par le défunt au cours de sa vie et l'incidence des trusts entre vifs. En revanche la majorité des délégations a paru convaincue par l'argument suivant lequel, parmi les pays et systèmes juridiques, la diversité est très grande en matière de régimes matrimoniaux; étant donné cette diversité, les effets réciproques des lois régissant ces régimes et des lois successorales ne constituent pas un domaine dans lequel la Convention puisse utilement intervenir. En réalité, la Convention risquerait de soulever des difficultés supplémentaires si elle contenait des dispositions à cet égard. On a estimé au demeurant que c'était là un problème que les systèmes juridiques peuvent résoudre et résolvent effectivement à leur manière. C'est ainsi que la délégation française a fait à la Commission un exposé très intéressant des techniques d'ajustement, de compensation et autres procédés utilisés en France et que la délégation du Royaume-Uni a indiqué que l'Angleterre, en tant que pays de *common law*, accorde à ses tribunaux de très larges pouvoirs pour examiner les libéralités entre vifs et les effets d'une répartition effective ou potentielle des biens matrimoniaux lorsqu'ils sont amenés à pourvoir aux besoins du conjoint survivant et de la famille à la mort du défunt.

On a relevé que la Commission pouvait 1) exclure de la Convention les lois relatives aux régimes matrimoniaux, 2) donner priorité à la loi successorale applicable ou à la loi régissant les régimes matrimoniaux ou 3) adopter une règle qui lui soit propre. Une des délégations a fait valoir que, si le principe de l'unité qui préside à la Convention devait être efficace, les solutions ne devaient pas être laissées à chaque Etat individuellement. On a également examiné dans quelle mesure les articles 6 et 15 de la Convention pourraient éventuellement entraîner des déséquilibres injustes entre les héritiers. Cependant, tout en décidant de ne pas exclure expressément de la Convention la coordination des lois régissant les régimes matrimoniaux et des lois successorales, la Seizième session a rejeté diverses propositions écrites tendant à traiter du rapport entre les unes et les autres dans la Convention et a décidé de conserver l'exclusion telle qu'elle est à présent conçue.

Alinéa d

46 Cet alinéa n'existait pas dans l'avant-projet de Convention, car la Commission spéciale, tout en reconnaissant la nécessité d'améliorer encore l'article, avait es sayé, dans ce qui était alors l'article 9, d'exclure les accords donnant naissance à des droits de propriété durant la vie de toutes les parties intéressées. Au cours de travaux de la Commission II, il a été décidé d'intégrer pleinement le Chapitre III, Successions contractuelles, dans le corps de la Convention, ce qui a permis au Comité de rédaction (Doc. trav. No 69) de recommander de transférer l'article d'exclusion du Chapitre III au Chapitre I, Champ d'application de la Convention. Par la suite l'article 1.2 d a été constamment et régulièrement perfectionné jusqu'à ce qu'on aboutisse au texte actuel vers la fin des travaux de la Commission II.

Le texte commençait ainsi: «[La Convention ne s'applique pas aux ... d] biens et droits possédés conjointement par plusieurs personnes avec réversibilité au profit du survivant, ni aux plans de retraite, contrats d'assurances et arrangements analogues.» (Doc. trav. No 69). Ce texte a été remplacé par: «aux biens ou droits créés ou transférés par contrat ou autrement que par succession, tels que biens et droits possédés conjointement ...» (Doc. trav. No 80). En d'autres termes, les cinq premières lignes du Document de travail No 69 n'étaient pas suffisamment larges pour comprendre les transactions entre vifs et certaines délégations tenaient beaucoup à les exclure de la Convention.

Les termes du Document de travail No 80 ont été conservés dans le Document de travail No 85, mais, lors de l'examen de ce dernier, on a estimé que ces termes étaient ambigus, les exceptions «par contrat» aux accords n'ayant pas la clarté voulue pour faire la distinction qu'il s'agissait d'exprimer, et, dans le texte anglais, on pouvait difficilement dire que les «assets» «arise». Le Document de travail No 103 a changé l'ordre des deux premiers mots (trois en anglais) et le texte actuel est paru dans le Document de travail No 2 de la Session plénière.

Néanmoins, tandis que certaines délégations déclaraient que les types de transactions entre vifs qui faisaient l'objet de la discussion étaient inconnus dans leur système, d'autres considéraient que, malgré les changements de rédaction déjà mentionnés, certains doutes subsistaient pour les Etats qu'ils représentaient quant à la validité future des transactions pouvant intervenir entre le public et les banques, compagnies d'assurances et autres institutions financières. Cela tenait au fait que l'article 1.2 d n'était pas suffisamment détaillé, et ces délégations ont proposé d'exclure spécifiquement les transactions en question. Néanmoins, et bien que cette suggestion n'ait pas été retenue, l'intention claire et évidente de ce texte est que toutes les transactions avec les institutions financières de toute espèce sont désormais expressément exclues par l'alinéa d. Pour dissiper tout doute à ce sujet, cela signifie que, par exemple, les comptes bancaires multiples – alimentés par une personne qui conserve des droits sur le compte sa vie durant, alors qu'une autre, X, est désignée comme pouvant prélever le solde au décès de la première – sortent du cadre de la Convention, celle-ci n'ayant aucun effet sur l'exécution des obligations des institutions financières.

Il convient de souligner que le mot «interests», employé dans le texte anglais, ne signifie pas seulement ou ne vise pas seulement les «equitable interests», expression familière dans le système de *common law*. Les «property rights» désignent un ou plusieurs droits de cette nature, susceptibles d'être créés ou cédés autrement que par

succession, tandis qu'un «*interest*» vise toute combinaison reconnue de «*property rights*» pouvant être créés ou transférés dans ces conditions.

La difficulté essentielle qui s'est posée à la Commission était que le pacte successoral est une notion de droit civil et que la *common law* n'envisage ce domaine que sous l'angle des dispositions testamentaires et non testamentaires. Voir le paragraphe 92, *infra*. Dans les systèmes de *common law* il existe diverses solutions de remplacement du testament (*will substitutes*) ou transmissions non testamentaires qui constituent des dispositions entre vifs, et qui présentent une importance financière de plus en plus grande dans tous les pays développés appartenant à la *common law*. Il s'agit du trust entre vifs, des comptes bancaires conjoints avec réversibilité au profit du survivant, de l'assurance-vie avec désignation d'un bénéficiaire qui touche les montants stipulés dans la police au décès de l'assuré (lequel paye les primes), et de comptes de pension prévoyant le versement d'une annuité conjointe au pensionné et au survivant (*joint lives and survivor annuity*) avec réversion au profit de ce dernier si le pensionné prédécède. Il existe un cinquième «*will substitute*» qui est celui de l'occupation commune (*joint tenancy*) (normalement entre époux et concernant l'habitation conjugale) avec droit du survivant à la totalité. Aucun de ces procédés n'entraîne de «disposition à cause de mort» ni ne doit être considéré comme le faisant. L'article 1.2 *d* vise à recouvrer tous ces succédanés de testament et à souligner que la Convention ne les concerne en aucune manière. Bien sûr, l'article 1.2 *d* ayant un domaine très vaste couvrant toutes dispositions autres que celles à cause de mort, y compris des libéralités, de telles libéralités peuvent donner lieu à une obligation de rapport ou de réduction ou de prise en compte dans le calcul des pactes héréditaires selon la loi applicable en vertu de l'article 7.2 *c*. Nonobstant la Convention ne détermine alors en aucune manière leur validité, leurs effets ou l'extinction de ces effets.

Article 2

47 La Commission spéciale avait conclu sans trop de difficulté que la Convention devait être de portée universelle, et c'est ce qui ressortait de l'avant-projet. La Seizième session a maintenu cette décision. Il en résulte que la Convention s'applique, que la loi applicable en vertu de la Convention soit ou non celle d'un Etat contractant.

C'est la Convention elle-même, comme le soulignait le Document de travail No 7, et non la loi régissant la succession, qui détermine que la loi d'un Etat non contractant peut être applicable si l'article 3 la désigne. De plus, comme la Convention elle-même fait rentrer dans son cadre les lois des Etats non contractants, l'auteur d'un testament, d'un pacte successoral ou d'une déclaration peut désigner la loi d'un Etat non contractant comme loi applicable en vertu de l'article 5.1.

Le Document de travail No 7, où figurait une proposition de la délégation française, a été adopté par la Commission II, et sa substance est reprise dans l'article 2 de la Convention. Il a été examiné en liaison avec l'article 4 actuel (voir les paragraphes 57 à 59, *infra*).

CHAPITRE II – LOI APPLICABLE

48 Ce chapitre précise comment la loi applicable doit être déterminée et les conséquences de cette détermination. L'article 4 applique dans un cas particulier les règles de conflit de la loi applicable quand cette dernière est celle d'un Etat non contractant, et l'article 7 énumère

les matières qui doivent être régies par la loi applicable (en dehors des cas où, pour certains biens spécifiés par le testateur, celui-ci a désigné une autre loi en vertu de l'article 6 et sous réserve de ses conditions). D'autres aspects qui ne sont pas énumérés à l'article 7.2 peuvent être soumis par le for au régime de la loi applicable si le for en tant qu'Etat contractant qualifie ces autres aspects de questions successorales.

Comme on l'a vu plus haut à propos des caractéristiques de la Convention (voir les paragraphes 25 et 26, *supra*), l'article 3 introduit le facteur objectif pour la détermination du droit applicable et l'article 5 le facteur de rattachement subjectif. Ce dernier est subjectif en ce qu'il dépend du choix du testateur; le premier est objectif parce que la Convention le prévoit en l'absence d'un choix ou d'un choix valide, ou quand le choix est simplement partiel comme prévu à l'article 6.

Aux termes de l'article 3 les circonstances de fait considérées sont toujours celles qui existent «au moment [du] décès» et jamais à un autre. Cela est à opposer à ce que prévoit l'article 5.1 (facteur de rattachement subjectif) et l'article 9 (pactes successoraux n'intéressant qu'une succession).

Article 3

49 Dans son avant-projet la Commission spéciale avait prévu un facteur de rattachement objectif qui, à une importante exception près, est demeuré plus ou moins inchangé. La texture délicate de l'article 3 est le fruit d'un compromis, mais le compromis lui-même est suffisamment convainquant, de sorte que la Commission II n'y a apporté qu'un seul changement. Celui-ci consiste dans l'exception prévue au paragraphe 2 de l'article (voir paragraphe 53, *infra*).

Il importe de noter que l'exception prévue à l'article 3.2 n'autorise que la loi de la nationalité. Cela, comme on le verra, est à opposer à l'article 3.3 où le membre de phrase introduit par «à moins que» admet que l'Etat avec lequel le défunt aurait eu des liens plus étroits soit n'importe quel autre Etat. La raison de cette différence est que l'article 3 dans son ensemble prévoit toute une échelle de lois et que l'article 3.3 est considéré comme la dernière référence ayant trait aux cas marginaux. Lorsque l'article 3.3 est invoqué, c'est que les paragraphes 1 et 2 de l'article 3, n'ont pas apporté de réponse à la question posée. Aussi l'article 3.3 est-il plus large que précis, la précision caractérisant les paragraphes antérieurs du même article.

50 Trois facteurs de rattachement sont employés dans la formule consacrée par l'article 3, qui prévoit un seul de ces facteurs pour chacune des situations successivement envisagées. Les trois lois correspondantes sont la loi de la nationalité, la loi de la résidence habituelle et celle des «liens les plus étroits».

Au paragraphe 2 de l'article l'exception fait appel à la loi de la nationalité si celle-ci fournit le lien le plus étroit, mais au paragraphe 3 le membre de phrase introduit par «à moins que» fait référence à n'importe quelle loi à condition qu'elle ait des liens plus étroits avec le défunt. Au paragraphe 3, par conséquent, le lien le plus étroit est utilisé comme un facteur de rattachement indépendant.

51 La nationalité n'a guère besoin de définition ni de description et, comme la résidence habituelle, elle n'en reçoit aucune dans la Convention. La Commission spéciale et la Commission II ont estimé l'une et l'autre que ces termes techniques n'avaient pas à être explicités dans la Convention. Il incombe au for de décider si le défunt possède une nationalité (ou est apatride) et, au

cas où il conclut que le défunt n'avait aucune nationalité à son décès, s'il est possible et nécessaire de lui en attribuer une. La Convention ne donne pas une règle spécifique pour les cas de double nationalité, la Commission II estimant que cette question aussi devait être abandonnée au for. En fait l'article 3.1 fournit bel et bien une règle pour le cas où une personne ayant deux nationalités décède en ayant sa résidence habituelle dans le pays d'une de ses nationalités – ce qui répondra sans doute à la plupart des situations de double nationalité (voir aussi paragraphe 61, *infra*). Néanmoins, pour répondre à une proposition tendant à ce que la Convention traite expressément de l'apatridie et de la double nationalité, en particulier aux fins de l'article 3.2, il a été souligné que les Conventions de La Haye laissent traditionnellement ces deux questions au for. Il peut être utile de se reporter à cet égard aux Conventions des Nations Unies sur la double nationalité et l'apatridie.

Pour ce qui est de la résidence habituelle, la pratique, dans les Conventions de La Haye, est désormais de préférer cette expression au terme «domicile», entaché d'indubitables bizarreries, telles que la réapparition du domicile d'origine. Alors que le «domicile» dépend avant tout de l'intention du *de cuius*, pour déterminer la résidence habituelle un poids plus égal est attribué à toute une série d'éléments. La résidence habituelle est essentiellement l'endroit auquel appartient le *de cuius*. Une personne ne peut avoir qu'une résidence habituelle, parce que c'est le centre de sa vie, le lieu auquel elle est le plus intimement associée par son style de vie. Pour déterminer quel est ce lieu, sa famille et ses liens personnels sont des éléments particulièrement importants. L'intention semble jouer un rôle plus discret comme élément de la résidence habituelle qu'elle ne le fait traditionnellement à propos du domicile; c'est pourquoi les juristes habitués à travailler avec le domicile comme facteur de rattachement hésitent à lui trouver un équivalent dans la «résidence habituelle», mais acceptent celle-ci pour finir comme solution de remplacement possible. La résidence habituelle est une présence physique régulière, d'une certaine durée, et une association nettement plus forte que la résidence «ordinaire», dont le *de cuius* peut posséder une ou plusieurs. Toutefois, les espoirs et les plans manifestes du *de cuius* sont aussi des éléments qui peut légitimement prendre en considération celui qui est appelé à déterminer l'Etat de résidence habituelle.

Les «liens plus étroits» avec une loi apparaissent lorsqu'on examine les mêmes éléments en vue de découvrir si le centre de la vie personnelle et familiale du *de cuius* se trouvait en un lieu plutôt qu'en un autre. Là encore les considérations qui interviennent sont la nationalité du défunt, l'endroit où réside sa proche famille, ses liens personnels, la nature et la situation de son travail ou de ses affaires, le caractère permanent de son lieu de résidence (son foyer apparent), l'endroit où ses biens personnels se trouvent principalement situés, ses déplacements et les raisons de ces derniers.

Paragraphe 1

52 Si la nationalité et la résidence habituelle du défunt (le *de cuius*) coïncident au moment de son décès, la loi de l'Etat dont il s'agit est la loi applicable. Par exemple, un testateur, au moment de son décès, résidait habituellement dans l'Etat A et en avait la nationalité. L'Etat A est le for et c'est un Etat contractant. A sa mort le testateur possédait des biens dans l'Etat B, Etat contractant, et d'autres dans l'Etat C, non contractant. Cinq pour cent de ses avoirs se trouvaient dans l'Etat A. La loi de l'Etat A est la loi applicable. La réponse est la même si le défunt a rédigé un testament mais n'a pas

désigné de loi ou ne l'a pas désignée valablement on s'il est mort intestat. On voit que le facteur de rattachement du paragraphe 1 conduit directement à l'Etat A, indépendamment du point de savoir si le défunt possédait des biens dans un autre Etat.

Si l'Etat A avait été un Etat non contractant, et que le for s'était trouvé dans l'Etat B (Etat contractant), la loi de l'Etat A eût encore été la loi applicable.

Il convient de noter que l'article 3.1 s'applique non seulement lorsque la nationalité et la résidence habituelle du *de cuius* ont toujours coïncidé, mais aussi, à l'autre extrême, lorsqu'un ressortissant installé toute sa vie à l'étranger retourne dans le pays de sa nationalité et y acquiert la résidence habituelle juste avant sa mort.

Le paragraphe 1 fournit une règle pour de nombreux cas de double nationalité, voir paragraphe 51, *supra*.

Paragraphe 2

53 Ce paragraphe et le paragraphe 3 concernent les cas où la nationalité et la résidence habituelle au moment du décès n'indiquent pas le même Etat.

Le paragraphe 2 prévoit que lorsque le défunt avait résidé dans un Etat pendant une période ininterrompue de cinq ans précédant immédiatement son décès, et y résidait habituellement à sa mort, la loi dudit Etat sera la loi applicable. Ceci veut dire que, aux fins de cet article, les cinq années de résidence habituelle débutent au moment où la résidence sans restriction (celle-ci étant à déterminer par le for) commence. Toutefois, même si ces conditions sont remplies, il existe des «circonstances exceptionnelles», et s'il peut «manifestement» être établi que le défunt avait «des liens plus étroits» avec l'Etat dont il possédait la nationalité, la loi de sa nationalité sera la loi applicable. Dans ses débats la Commission II a considéré cette exception comme une «clause de dérogation» à ne faire jouer que dans des circonstances véritablement inhabituelles.

Par exemple le défunt, à son décès, était ressortissant de l'Etat F, mais avait résidé sans interruption pendant six ans dans l'Etat E. Bien que les cinq premières années de cette résidence ne permettent pas de déterminer avec certitude s'il était ou non résident de l'Etat E, il ne fait pas de doute qu'il l'était au moment de son décès. La loi de l'Etat E est la loi applicable. Mais imaginons maintenant que d'autres circonstances soient à prendre en considération. Bien que le défunt ait vécu dans l'Etat E pendant cette période, c'est néanmoins son activité professionnelle dans l'Etat E qui l'a initialement conduit à s'y installer et à y rester. Il n'a aucun lien culturel avec l'Etat E et ne peut aucunement être considéré comme étant intégré dans cet Etat. Il conserve des relations d'affaires avec sa première patrie, l'Etat F, pays de sa nationalité, ses enfants vont à l'école dans l'Etat F, et quand il aura terminé son contrat il retournera dans cet Etat. Un tribunal peut fort bien conclure en l'occurrence que l'application de la solution prescrite par la première phrase de l'article 2 est inadéquate, et que la loi de l'Etat de sa nationalité présente avec lui «des liens plus étroits» que la loi de l'Etat E.

Il convient d'observer que, si l'Etat F n'était pas l'Etat de la nationalité du défunt mais néanmoins celui avec lequel il aurait eu les liens qui ont été évoqués, la loi de l'Etat E serait la loi applicable. Il n'existe aucune «clause échappatoire». La Commission II a examiné très soigneusement cette situation et a pris sa décision de propos délibéré pour maintenir l'équilibre entre la nationalité et la résidence habituelle dans cet article.

54 Lorsqu'à sa mort le défunt est ressortissant d'un Etat mais réside dans un autre Etat sans y avoir sa résidence habituelle ou sans que cette résidence ordinaire ait duré cinq ans ou cinq ans ininterrompus avant sa mort, la loi de la nationalité s'applique. Toutefois, si l'on peut démontrer à l'aide des éléments de preuve dont on dispose qu'au moment de sa mort le défunt avait «des liens plus étroits» avec tout autre Etat, c'est la loi de cet Etat qui sera la loi applicable.

Nous prendrons tout d'abord des exemples d'application de la loi de la nationalité, et montrerons ensuite comment ce résultat peut être modifié par la clause «à moins que». Par exemple, le défunt était à sa mort ressortissant de l'Etat G et résident – résident ordinaire – de l'Etat H. Il n'avait pas sa résidence habituelle dans l'Etat H lors de son décès. Le nombre d'années de sa résidence ordinaire dans l'Etat H est sans pertinence, et la loi de l'Etat G est la loi applicable. Supposons maintenant que, comme il arrive souvent dans les pays d'immigration, le défunt soit mort peu après son arrivée dans l'Etat H, mais en y ayant sa résidence habituelle. Si moins de cinq ans se sont écoulés, le paragraphe 2 ne s'appliquera pas et, en vertu du paragraphe 3, la loi de la nationalité, c'est-à-dire la loi de l'Etat G, sera la loi applicable. Comme autre possibilité, supposons que le défunt ait passé une première année dans l'Etat H (pays d'immigration) puis soit retourné pendant un an dans le pays de sa nationalité pour s'occuper d'un vieux parent, laissant pendant ce temps sa femme, ses enfants et son foyer dans l'Etat H. Il y retourne ensuite et y meurt au bout de quatre ans, après y avoir établi sa résidence habituelle. La première année et les quatre années supplémentaires ne peuvent s'ajouter pour arriver au chiffre nécessaire de cinq. La loi applicable sera celle de l'Etat G, l'Etat de sa nationalité. Nous pouvons supposer, pour plus de crédibilité, qu'à sa mort le défunt ne pouvait pas encore prétendre à la nationalité de l'Etat H; qu'il est mort, par exemple, intestat, encore jeune, à la suite d'un accident du travail.

La Commission spéciale et la Commission II ont examiné ces deux situations et les résultats qui en découleraient, ce qui explique la disposition commençant par «à moins que». Comme on l'a vu précédemment, la Seizième session tenait à préserver, dans tout cet article, l'équilibre entre la nationalité et la résidence habituelle comme facteurs de rattachement bien connus, mais, à cette occasion, et étant donné la nature du paragraphe 2, il n'était pas possible de retomber sur la résidence habituelle comme loi correspondant aux «liens plus étroits» qui pouvaient exister à d'autres égards. C'est pourquoi la disposition «à moins que» fait appel aux «liens plus étroits» avec un autre Etat et avec sa loi. Dans chacun des trois exemples précédents, s'il est possible de dire, d'après les éléments dont on dispose (liens personnels et familiaux, etc. ainsi qu'on l'a vu plus haut) que le défunt a des liens plus étroits avec l'Etat H qu'avec l'Etat G, la loi de l'Etat H est la loi applicable.

Qu'arrive-t-il, toutefois, s'il y a deux lois (ou plus) qui présentent des «liens plus étroits» avec le défunt à sa mort que la loi de sa nationalité? Par exemple, le *de cuius* quitte l'Etat de sa nationalité, l'Etat I, situé en Europe septentrionale pour vivre sous le doux climat de la Méditerranée. Il établit son foyer dans l'Etat J, où le rejoignent sa femme et son plus jeune enfant qui se trouvent encore dans son pays d'origine. Il s'intègre à l'Etat J et y construit pour finir la maison de ses rêves. Cependant, c'est un écrivain, et son éditeur exerce son activité dans l'Etat K, en Amérique du Nord. La personne dont nous parlons rend souvent visite à son éditeur dans l'Etat K, et y possède un pied-à-terre où il fait de

longs séjours, et lui et sa femme y ont de nombreux amis dans les milieux littéraires et artistiques. A son décès il n'a pas de famille dans l'Etat I, où il n'allait jamais. Il semblerait qu'il existe «des liens plus étroits» avec soit l'Etat J, soit l'Etat K. La Convention n'emploie pas les termes «les liens *les plus* étroits», mais c'est le sens qu'il faut lui attribuer dans l'exemple qui vient d'être donné. Telle était l'intention de la Commission II.

55 Les mots «loi de l'Etat», employés dans les trois paragraphes de l'article 3, doivent, lorsqu'ils sont utilisés à propos d'un Etat fédéral ou d'un Etat où coexistent deux ou trois systèmes juridiques ou encore des zones où des lois successorales différentes s'appliquent, être interprétés conformément aux articles 19 et 20.

56 L'article 3 peut également ne s'appliquer qu'à une partie des avoirs formant la succession. Cette situation résultera de l'application de l'article 6 et l'on y reviendra dans le commentaire de cet article.

Article 4

57 Cet article prévoit que, si la loi rendue applicable par l'article 3 est la loi d'un Etat non contractant et que les règles de conflit de la loi de ce dernier renvoient à la loi d'un second Etat non contractant, qui accepte ce renvoi, alors la loi de ce deuxième Etat non contractant s'applique. Il s'agit d'un renvoi au deuxième degré. Par exemple, le for, Etat contractant, applique l'article 3; la loi de la nationalité du défunt est celle qui ressort de cet article, et la nationalité du *de cuius* conduit à l'Etat L. Celui-ci est un Etat non contractant et, en vertu de ses règles de conflit, renverrait le sort de toute la succession au domicile du *de cuius*. Ce domicile, d'après l'Etat L, est l'Etat M, autre Etat non contractant. En vertu de ses règles l'Etat M acceptera le renvoi et appliquera son droit interne. Aux termes de la Convention la loi de l'Etat M est donc valable et exécutoire pour cette succession parmi tous les Etats contractants.

Il a été souligné lors des débats de la Commission II, où cet article a pris forme, que ledit article ne s'applique en aucune autre circonstance que celles qui y sont spécifiées. Autrement dit, si l'Etat M, dans l'exemple qui a été fourni, devait renvoyer la question à l'Etat N, cela ne rentrerait pas dans le cadre de l'article 4 et la loi de l'Etat N ne serait pas reconnue comme s'appliquant valablement d'après la Convention. Il ne peut pas y avoir de renvoi à un Etat supplémentaire; et cela que cet Etat soit contractant ou non contractant. En second lieu, si l'Etat M devait renvoyer la question à l'Etat L (produisant ainsi un renvoi circulaire), cela aussi sortirait du cadre de l'article 4 (voir paragraphe 58, *infra*). Dans ces deux exemples (nouveau renvoi et renvoi en retour) l'article 4 ne s'applique simplement pas.

58 L'article 4 s'applique néanmoins – et il convient de le noter – même lorsque la loi applicable en vertu de la Convention est celle d'un Etat non contractant qui renverrait la question à un autre Etat non contractant pour seulement une partie de la succession ou des avoirs qui la composent. Par exemple, et c'est là le cas le plus commun et le plus probable, l'Etat L comme Etat non contractant dont la loi est la loi applicable en vertu de l'article 3 suit le principe de la scission. La scission est également adoptée par l'Etat M, auquel renvoie l'Etat L. Etant donné que les immeubles faisant partie de la succession du défunt se trouvent dans l'Etat M, la loi de l'Etat L renvoie la question de ces immeubles à l'Etat M, qui accepte le renvoi et leur applique sa propre loi. Toutefois, l'Etat L appliquerait sa propre loi aux biens meu-

bles compris dans la succession. Le tor appliquera donc la loi de l'Etat M aux immeubles (article 4) et la loi de l'Etat L aux meubles de la succession.

L'article doit être considéré conjointement avec l'article 17 qui traite le renvoi de la manière désormais familière dans les Conventions de La Haye, c'est-à-dire en l'excluant. L'article 4 est une exception à la règle de l'article 17, qui ne va pas plus loin que le deuxième Etat non contractant. Si la loi du premier Etat non contractant (Etat L) est la loi applicable en vertu de la Convention, et renvoie la question à la loi d'un autre Etat non contractant (Etat M) qui renvoie elle-même à la loi de l'Etat L, c'est cette dernière loi qui s'applique. Ce n'est pas à cause de l'article 4, dont les effets sont épuisés après le renvoi à l'Etat M. La loi de l'Etat L s'applique parce qu'elle est la loi applicable selon l'article 3. L'article 4 sert à reconnaître l'harmonie qui peut exister entre les Etats L et M. Si cette harmonie n'existe pas (parce que les Etats L et M ne s'accordent pas sur l'application de la loi de l'Etat M), l'article 4 n'a plus aucun rôle à jouer.

59 L'article a été vivement débattu au sein de la Commission II. Certaines délégations voulaient écarter l'article 17 de manière à permettre aux Etats contractants d'arrêter leur attitude sur le renvoi selon leurs propres méthodes et dans les délais qui leur conviennent, en particulier dans ce domaine de la succession où traditionnellement le renvoi joue un grand rôle. En revanche, d'autres délégations étaient totalement opposées au renvoi et désiraient s'en tenir à la solution désormais habituelle dans les Conventions de La Haye. Ces délégations étaient particulièrement préoccupées de ce que l'article 4 alors envisagé autorisait un renvoi partiel. On a pu voir, dans l'exemple ci-dessus concernant la scission, que l'on aboutissait dans ce cas à un renvoi partiel. Les délégations opposées au renvoi ont estimé que l'unité recherchée par la Convention était délibérément détruite lorsque l'article 4 entrait en jeu.

L'approche adoptée dans l'article 4 a prévalu, semble-t-il, parce que la plupart des délégations – dont une majorité substantielle appuyait le projet d'article – y ont reconnu le souci de ne pas détruire l'unité là où elle existe déjà. Si deux Etats non contractants peuvent parvenir à l'unité entre eux sur la loi qui doit s'appliquer, pourquoi détruire cette unité au nom d'une Convention qui recherche précisément celle-ci? On a estimé aussi que, à mesure que des Etats plus nombreux deviendraient parties contractantes, le recours à l'article déclinerait; entre-temps les Etats seront attirés par l'extension ainsi donnée à la Convention. De bonnes relations seront établies.

L'idée d'étendre le principe de l'article 4 de circonstances propres à l'Etat non contractant et mettant en jeu le facteur de rattachement objectif au facteur de rattachement subjectif (article 5) n'a obtenu aucun appui. Lorsque le testateur a désigné sa loi applicable, donner effet à celle-ci en même temps qu'à ses règles de conflit pourrait en réalité mettre en échec les attentes du testateur.

Article 5

60 Cet article permet de faire une *professio juris*. Voir le paragraphe 26 ci-dessus où l'article est décrit comme représentant une «caractéristique principale» de la Convention. L'article 5 doit également être examiné en conjonction avec l'article 6, l'un et l'autre se rapportant à la désignation de lois devant régir des questions de «succession» au sens de la Convention.

A première vue les paragraphes 1 et 4 de l'article 5 semblent se contredire. Le paragraphe 1 prévoit qu'une per-

sonne peut désigner une loi (sur quatre possibles) comme loi applicable régissant «l'ensemble de sa succession» et le paragraphe 4 que, «pour l'application du présent article», la désignation concerne «l'ensemble de la succession», mais seulement «sauf précision expresse contraire». La Commission II était parfaitement consciente de cette contradiction apparente et en a débattu longuement, mais l'explication en est parfaitement rationnelle. Le paragraphe 1 est la première et la principale disposition relative à la *professio juris*. Il énonce le principe essentiel de la Convention, à savoir qu'un choix entre les lois indiquées peut être fait pour régir la succession à l'ensemble du patrimoine du défunt lors de son décès. Il importe peu qu'il ait fait ou non un testament: le choix d'une loi régissant sa succession est valable en vertu de la règle de conflit de l'article 5 de la Convention. Le paragraphe 1 ayant dégagé les lois dont une peut être désignée, les paragraphes 2 et 3 portent sur les modalités de création et de révocation de la désignation. Le paragraphe 4 consiste en une règle obligatoire d'interprétation, complétant le paragraphe 1, qui exige du point de vue de la preuve que la loi désignée régit «l'ensemble de la succession» aux fins de celle-ci, et cela que le défunt ait fait ou non un testament pour l'ensemble de son patrimoine ou, à titre de troisième possibilité, pour une partie de celui-ci. La restriction «sauf précision expresse contraire du défunt» fait référence à l'article 6, qui autorise le défunt à incorporer aux fins de sa succession les lois d'un ou plusieurs autres Etats ou territoires pour régir la succession de certains de ses biens ou de biens spécialement désignés, sous réserve des règles impératives de la loi applicable en vertu de l'article 5.1. Tel étant le rôle des paragraphes composant l'article 5, et le rapport de cet article avec l'article 6, il s'agit maintenant d'examiner le sens et l'application de chacun des paragraphes de l'article 5.

Paragraphe 1

61 Ce paragraphe habilite le propriétaire du patrimoine à choisir une loi parmi quatre. Il peut désigner la loi de sa nationalité au moment de la désignation ou à celui de son décès, ou celle de sa résidence habituelle au moment de la désignation ou à celui de son décès. A la différence de l'article 3, l'article 5 n'impose aucune période de résidence avant qu'une personne soit autorisée à choisir la loi de sa résidence habituelle. A la seule condition que la résidence habituelle puisse être établie, si la loi désignée est celle de la résidence habituelle au moment de la désignation, cette désignation est valable. Toutefois, et mise à part l'application éventuelle de l'article 6, aucune autre loi n'est acceptée. On examinera par la suite le changement par le testateur de la loi qu'il a désignée. Comme on l'a vu plus haut, la Commission II a examiné de très près, et au vu de plusieurs propositions figurant dans des Documents de travail, si la loi du *situs* devrait aussi pouvoir être désignée, mais a rejeté pour finir toutes les propositions faites dans ce sens. Sur le point de savoir si l'on ne pouvait désigner la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle qu'au seul moment du décès, ou bien au moment de la désignation, ou encore à l'un ou l'autre de ces moments, la Commission spéciale avait estimé que seul le moment du décès pouvait être retenu. Au sein de la Commission la majorité était d'avis que la question de la «succession» se pose au moment du décès, que des problèmes de conflit mobile peuvent surgir si l'on accepte le moment de la désignation et que, si l'objectif était d'obtenir la plus grande unité possible parmi les Etats contractants, il fallait qu'il n'y ait qu'un seul moment pour les successions testamentaires et les successions *ab intestat* parmi ces Etats. A la Commission II un changement d'attitude

de la majorité s'est produit et l'on en est venu à adopter rapidement la position la plus libérale (Doc. trav. No 3) qui autorise le *de cuius* à désigner la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle au moment où il procède à la désignation, ou encore la loi de sa nationalité ou celle de sa résidence habituelle au moment de son décès. Une considération qui a joué est que la désignation adoptée dans la Convention pour les pactes successoraux est celle de la loi à la date du pacte, et une autre que des changements de résidence habituelle en particulier peuvent intervenir sans que le *de cuius* en soit conscient. Mais la cause essentielle du changement d'attitude semble avoir été que l'on s'est rendu compte que, si la date de désignation était admise, le *de cuius* pourrait organiser librement ses dispositions matrimoniales et sa succession, en sachant quelle loi s'appliquerait dans chaque cas et en pouvant faire en sorte que la même loi s'applique dans les deux cas. Dans l'ordre normal des choses, une désignation de la loi qui sera la loi de la nationalité ou la loi de la résidence habituelle (particulièrement de cette dernière) à la date de son futur décès n'est pas la plus favorable à une bonne planification de la succession du *de cuius*. C'est là une raison pour laquelle les dispositions entre vifs, réservant le cas échéant les droits du disposant sa vie durant, jouissent d'une telle popularité et sont utilisées de plus en plus à la place des dispositions testamentaires dans les juridictions de *common law*. Quand l'on tient compte aussi des considérations fiscales, la préférence pour les transmissions entre vifs ne fait que s'accroître.

Il importe de noter que, en désignant la loi d'une de ses nationalités en vertu de l'article 5.1, une personne ayant plusieurs nationalités peut écarter toute question concernant laquelle de ses nationalités devrait être prise en considération afin de déterminer la loi applicable. Ce sera la loi de la nationalité ainsi désignée par cette personne.

62 Il convient ici de dire un mot de certaines particularités. Le paragraphe 1 n'oblige pas le *de cuius* à faire une déclaration du genre: «La loi de l'Etat N, qui est mon Etat national au moment où je rédige cette déclaration écrite, devra régir ma succession.» Il peut exprimer son choix de cette manière s'il le désire, et la plupart des praticiens conseilleront à leur client d'utiliser une telle formulation parce qu'elle exprime avec précision les intentions du déclarant. Toutefois le texte du paragraphe semble garantir que, dès lors que le *de cuius* indique clairement si c'est la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle qu'il choisit, et si ce choix s'applique au moment de la désignation ou au moment du décès, la désignation sera effective. Bien qu'il soit préférable de désigner la loi de l'Etat choisi en citant le nom de cet Etat pour que la désignation soit tout à fait claire, le paragraphe 1 n'en fait pas une obligation. Pourvu que l'on sache clairement quelle loi le *de cuius* a désignée, cela suffit.

Un exemple montrera comment le paragraphe joue. Si l'intéressé déclare: «Je choisis la loi de ma nationalité pour régir ma succession», et possède une nationalité au moment de la désignation, mais une autre à son décès, on ne saura pas laquelle il désigne. Supposons qu'au moment de la désignation la loi de sa nationalité considère ces dispositions comme valides, le for ne peut pas l'en faire profiter et applique la loi de sa dernière nationalité. Il n'a simplement pas indiqué avec précision quelle loi, de quel Etat, il entendait choisir. La désignation est invalide et la loi selon l'article 3 prévaut. A titre de confirmation ce résultat est non moins inévitable si l'on suppose que les deux lois – des deux nationalités – tiennent les dispositions pour valides.

En fait il est peu probable qu'une personne capable lais-

sera sa désignation antérieure en l'état si elle change de nationalité, bien que le testateur ne puisse jamais ignorer qu'une perte de capacité signifie que le testament et une désignation faite ne sont plus révocables; mais il est possible d'imaginer que ce problème se pose quand la désignation est celle de la résidence habituelle. La résidence habituelle n'est pas une résidence ordinaire (ou simple), et, dans la grande majorité des cas, elle a peu de chances de susciter des problèmes, mais il peut arriver qu'une personne récemment installée dans la juridiction déclare en être un résident habituel ou y être domiciliée; il est hautement improbable qu'un tribunal puisse admettre cette prétention sur la base des faits. Néanmoins, si cette personne fait la déclaration suivante: «La loi de ma résidence habituelle régira ma succession», elle ne pourra pas profiter du fait que, bien qu'elle n'ait pas eu sa résidence habituelle dans ce pays au moment de la désignation, elle la possède à son décès. La désignation est invalide; elle n'indique pas une loi comme loi choisie, et ce serait encore le cas si l'intéressé avait été d'abord résident habituel du premier pays, puis résident habituel du dernier pays. Un *de cuius* qui prend sa retraite «au soleil» peut continuer à se considérer comme faisant partie de l'Etat d'où il vient, mais posséder tellement de liens personnels et familiaux avec le nouvel Etat que celui-ci sera sa résidence habituelle selon la loi. Dans sa désignation, on doit voir clairement quelle loi il a choisie, et il doit être résident habituel de l'Etat dont il a choisi la loi.

Cependant, il est à noter que la loi du for peut contenir des règles en dehors du domaine de la Convention qui rendent les dispositions des deux exemples donnés néanmoins valides. Par exemple, selon une règle d'interprétation traditionnelle des pays de *common law*, une disposition testamentaire doit être interprétée comme si elle avait été faite au moment de la mort. Par conséquent, dans ces pays une disposition même si elle ne précise pas que la nationalité ou la résidence habituelle est celle du moment de la mort ou celle du moment de la désignation sera toujours interprétée comme si elle avait été faite au moment de la mort.

Une autre situation encore peut se présenter concernant l'article 5.1. Il est concevable que le *de cuius* ne spécifie pas la «nationalité» ou la «résidence habituelle» pour identifier la loi de l'Etat qu'il a désignée, mais se contente de faire référence à la loi d'un certain Etat. Il peut écrire par exemple: «Je désigne la loi de l'Arcadie pour régir ma succession.» L'Arcadie n'est pas l'Etat de sa nationalité ni celui de sa résidence habituelle au moment de la désignation, mais il y a sa résidence habituelle à son décès. A condition que le for puisse considérer sa désignation comme «exprimée», le paragraphe 1 fait bénéficier le *de cuius* de toute ambiguïté qui peut exister entre les moments de la désignation et du décès.

63 Les désignations ne doivent pas être faites à la légère, et il y a évidemment avantage à prendre conseil d'un spécialiste, en particulier quand il s'agit d'une institution aussi nouvelle que celle-ci. Il ne faut jamais laisser s'écouler trop de temps avant de réexaminer un testament, mais la désignation de la loi applicable constitue désormais un autre cas dans lequel le réexamen revêt une haute importance. Par exemple, un testateur désigne dans ses dernières volontés la loi de l'Etat N, Etat de sa nationalité, pour régir sa succession. Vingt ans plus tard, ayant résidé habituellement depuis bien des années dans un Etat voisin, il décède sans avoir modifié son testament d'il y a vingt ans. La loi applicable reste la loi de l'Etat N.

64 Le *de cuius* spécifie en vertu du paragraphe 1 quelle loi de quel système régira sa succession. Il ne désigne pas la loi de l'Arcadie, telle qu'elle existe en substance

au moment de la désignation ou à celui de son décès. Si la loi de l'Arcadie est la loi applicable, et quels que soient les termes de sa désignation, la loi matérielle de l'Arcadie qui régira sa succession sera la loi en vigueur à son décès. Il en résulte que, si l'Etat d'Arcadie, au moment de la désignation, considérerait (par exemple) le testament comme invalide en raison d'un vice de consentement, mais a changé sa loi matérielle au moment du décès du *de cuius* de telle sorte que le testament est désormais valide, le testament bénéficiera de cette validité selon les termes du paragraphe 1 de l'article 5.

Paragraphe 2

65 Ce paragraphe traite de questions relatives à la forme de la désignation et à l'existence d'un consentement véritable de la part de son auteur. La première phrase exige que la désignation soit «exprimée» dans une «déclaration», et il résulte de cette formulation neutre que la désignation peut être faite dans un testament ou autre acte testamentaire, dans un pacte successoral ou dans une déclaration dont la teneur se limite à la désignation de la loi applicable régissant la succession. Autrement dit, la déclaration ne dispose de rien, contrairement à ce que l'on attendrait d'un testament, pas plus qu'elle ne constitue ni n'enregistre un pacte successoral. La Commission spéciale et la Commission II ont l'une et l'autre débattu du degré de clarté qu'il conviendrait d'exiger dans l'expression d'une désignation. La désignation tacite ou implicite est rejetée par la Convention, mais la Seizième session a finalement conclu qu'il y avait peu de différence entre une désignation «clairement exprimée» ou simplement «exprimée», puisqu'on exige seulement que le juge, le notaire ou le *solicitor* ou *attorney* n'ait aucune difficulté à constater qu'une désignation a été faite. Les mots «exprimée dans une déclaration» visent à énoncer cette idée; la «déclaration», semble-t-il, peut être verbale si la loi régissant la validité formelle le permet. Si les règles de conflit du for comprennent la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, la validité formelle des testaments et codicilles sera appréciée en fonction de la Convention mais, pour ce qui est des pactes successoraux et des Etats n'ayant pas adopté la Convention de La Haye susmentionnée, les règles de conflit du for décideront de la loi régissant la forme. Comme on l'a déjà vu, c'est au for qu'il appartient d'apprécier le sens de la «validité formelle».

La Commission II a également discuté de l'emploi des termes «à cause de mort» dans le texte français pour désigner tous les types de dispositions déployant leurs effets lors du décès du *de cuius*. On a été ainsi conduit à adopter en anglais les mots «*dispositions of property upon death*» (souligné par nous), expression plus large que «*testamentary dispositions*», et qui amène en conséquence à se demander comment les juridictions qui décideront de formuler une réserve à propos des pactes successoraux devront interpréter l'article 5.2. La Commission a estimé qu'il était bien préférable de conserver la formulation large («*disposition of property upon death*») et que les appréhensions des Etats qui voudraient faire des réserves étaient apaisées par les termes de la réserve au Chapitre III (prévue à l'article 24.1 a). La question de savoir si les préoccupations des Etats qui dénoncent le Chapitre III sont également dissipées par la réserve, sera examinée dans le commentaire sur cet article. Il convient donc de noter que l'article 5, paragraphes 2 et 3, vise toutes les dispositions à cause de mort, qu'elles se présentent sous la forme de testaments ou de

pactes successoraux. D'où l'importance qui s'attache aux exclusions expresses de l'article premier, ce qui fait que le présent article doit être aussi considéré conjointement avec l'article premier.

66 Il importe de noter que, bien que «l'existence et la validité au fond» du testament ou du pacte (ou de toute autre disposition à cause de mort), pour ce qui concerne l'entendement ou le consentement du *de cuius* lorsqu'il fait une désignation, soient régies par la loi désignée, elles n'englobent pas la validité au fond de la *professio juris* elle-même. La loi applicable désignée n'a pas le pouvoir de refuser de reconnaître la validité au fond de la désignation du *de cuius* qui respecte les termes de la Convention, et cela que la loi applicable soit celle d'un Etat contractant ou non contractant. La *professio juris* est matériellement valide en vertu de la Convention elle-même.

Le paragraphe 2 de l'article 5 touche à des questions comme l'erreur, la fraude, la contrainte ou la captation qui mettent toutes en cause la libre volonté du *de cuius* quand il a effectué la désignation. La question posée à la loi désignée est celle-ci: la désignation était-elle un acte volontaire de la part du *de cuius*? Cela correspond à la solution appliquée par l'article 10 de la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, où une distinction est faite entre la possibilité pour une partie de faire un choix et la validité du choix effectué; la Commission II a considéré qu'il convenait de suivre ce précédent dans la présente Convention.

Dans certains systèmes de droit civil un codicille à un testament ne peut renfermer que des dispositions mineures et n'a donc pas à revêtir une forme notariée. Il appartiendra à l'Etat contractant en tant que for de décider si un codicille non notarié, représentant une «disposition à cause de mort», peut être considéré comme un véhicule acceptable pour une désignation, ou s'il est à rejeter pour quelque chose d'aussi important que le choix de la loi applicable à l'ensemble de la succession.

Paragraphe 3

67 La révocation d'une désignation doit 1) être faite par l'auteur de la désignation et 2) revêtir une forme agréée par la loi indiquée par les règles de conflit du for pour la révocation d'une disposition à cause de mort. Le paragraphe englobe manifestement les révocations faites par l'auteur de la désignation comme, par exemple: a) l'incorporation d'une clause de révocation dans un testament ultérieur; b) la rédaction d'un instrument totalement incompatible avec un instrument testamentaire antérieur, mais qui ne révoque pas expressément celui-ci; c) dans certains systèmes le fait pour le testateur de brûler, déchirer ou détruire de toute autre manière un testament (d'où les mots «en la forme» plutôt que «formelle»), et d) un instrument révoquant un pacte successoral antérieur comportant des dispositions à cause de mort.

Il convient toutefois de noter que le paragraphe n'exclut pas d'autres modalités de révocation, par exemple en vertu de la loi («*ex lege*»).

Les règles de conflit du for relatives aux conditions de forme conduiront à déterminer si une révocation peut revêtir le caractère d'un acte de l'auteur ou se produire par l'effet de la loi. Si la révocation peut avoir l'un ou l'autre caractère, le for pourra aussi dire si un tel acte ou un tel effet s'est produit dans un cas particulier. On peut bien entendu soutenir que le mariage et le divorce sont des actes du *de cuius*, s'inscrivant dans un contexte particulier et qui ont des connotations juridiques. Dans certains systèmes juridiques le mariage révoque un tes-

tament et, dans certains, il en va de même pour le divorce. La Commission II a examiné la question de la révocation *ex lege*, et une proposition a été présentée, puis retirée, pour dire que la validité matérielle de la révocation *ex lege* serait soumise à la loi désignée. Il est cependant apparu que l'on n'a connaissance d'aucun cas où la révocation *ex lege* ait affecté une *professio juris* contenue dans un testament, et la Convention ne dit donc rien de ce problème. Dans ces conditions, si des questions se posent, le for décidera comment il convient d'y répondre. Quant à savoir s'il y a révocation de la clause de désignation de la loi, l'expérience montrera peut-être qu'il est fait référence à la *lex successionis*, ou éventuellement au régime matrimonial ou au statut personnel du *de cuius*. Les systèmes juridiques peuvent régler ce problème de bien des manières.

Le paragraphe 3 n'exige pas que la révocation soit « exprimée », comme le faisait le paragraphe 2 pour la désignation, et l'absence de cette précision dans le paragraphe 3 s'explique par le fait que bien des systèmes juridiques admettent la révocation tacite d'une disposition à cause de mort, et que la Convention prévoit cette possibilité. Ce qui ne veut pas dire, semble-t-il, que la Seizième session ait entendu nier que des problèmes analogues à ceux que soulèveraient des désignations tacites puissent être posés par les révocations tacites; il s'agit simplement de la reconnaissance de règles existantes. La révocation s'effectue conformément aux termes de la Convention et est donc autorisée par celle-ci. Les dispositions auxquelles la Convention s'applique sont les mutations qui se produisent au décès du *de cuius* et non pas auparavant. En conséquence, et en supposant que le disposant conserve sa capacité, l'instrument de disposition est révocable par la ou les parties intéressées (unilatéralement s'il s'agit de testaments, bilatéralement ou multilatéralement s'il s'agit de pactes successoraux) jusqu'au moment de leur décès. De la sorte, et c'est ce qui résulte implicitement de la Convention, une désignation est révocable et une nouvelle désignation peut être faite aussi souvent que le testateur ou les parties au pacte successoral le désirent.

Un pacte successoral peut-il contenir une clause autorisant les parties à modifier d'un commun accord la loi applicable désignée en vertu de l'article 5.1? Les parties prévoient que, pour donner effet à cette clause du pacte, elles révoqueront la désignation et désigneront immédiatement une autre loi. Il semble que rien dans la Convention n'invalide une telle clause, si toutefois la Convention permet de substituer une autre loi à la loi applicable. La redésignation peut aussi se produire avant le décès de la personne dont la succession est en cause ou, si deux ou plusieurs successions sont intéressées, avant le premier décès de ceux dont les successions sont en cause.

Paragraphe 4

68 C'est là une règle d'interprétation (ou de *construction en common law*) complétant le paragraphe 1. Elle a été introduite par la Commission II de manière à bien marquer que, dès lors qu'une désignation est faite, elle vaut pour l'ensemble de la succession, même en cas d'intestat partiel. Par exemple, si un testateur désigne dans ses dernières volontés la loi de l'Etat P comme devant régir sa succession et dispose de tout son patrimoine par son testament, mais que plus tard l'un de ses légataires décède avant lui et qu'aucun autre légataire ne soit substitué, de sorte que la succession sera partiellement *ab intestat* lors du décès du testateur, la loi de l'Etat P continuera à régir l'ensemble de la succession. Une désignation faite en forme testamentaire n'a pas seulement effet pour la partie de la succession couverte par le testament.

Pour prendre un autre exemple: un *de cuius* peut faire une déclaration désignant la loi qui régira sa succession, ne jamais faire d'acte de disposition devant prendre effet à son décès et mourir, bien entendu, intestat pour l'ensemble de sa succession. La loi désignée régira l'ensemble de cette succession *ab intestat*.

Bien que le *de cuius* puisse avoir plus d'une loi applicable à la fois pour régir ses biens à son décès (par exemple la loi de sa résidence habituelle au moment de la conclusion du pacte successoral pour régir celui-ci, et la loi de sa résidence habituelle au décès pour régir un testament ultérieur), ou peut se demander, en présence de deux désignations, si les deux prennent effet, ou si la plus récente révoque la plus ancienne. La loi indiquée par le paragraphe 3 de l'article 5 décidera si, par sa forme, la dernière désignation satisfait aux exigences de validité formelle d'une révocation, mais c'est la loi applicable en vertu du paragraphe 1 de l'article 5 qui déterminera si, pour ce qui est de la validité au fond, une désignation ultérieure révoque une désignation précédente, quels que soient les instruments (testament, pacte successoral ou déclaration) employés dans les deux cas. Voir, à propos de la dualité de lois applicables, le paragraphe 95, *infra*.

Les mots «sauf précision expresse contraire du défunt» ont déjà été expliqués (voir le paragraphe 60, *supra*). Ils tiennent compte du fait que le *de cuius* peut choisir une autre loi dont les dispositions régiront certains biens compris dans la succession; dans cette mesure, la loi désignée en vertu de l'article 5.1 ne régira pas «l'ensemble de sa succession» (paragraphe 1). Par exemple, une personne rédige un testament et conclut plus tard avec une autre personne un pacte successoral dans lequel il désigne la loi de l'Etat Q, Etat de sa résidence habituelle, comme devant régir la totalité de sa succession. Cette désignation ne régira pas seulement le pacte successoral mais constituera la *lex successionis* pour le testament antérieurement rédigé. Plus tard encore, le testateur rédige un autre testament (son troisième) dans lequel il révoque une partie de son second testament, laisse les biens en cause (immeubles sis dans l'Etat R) à une autre personne, et désigne la loi de l'Etat R pour régir la succession aux immeubles spécifiés dans le second testament. Cette incorporation de la loi de l'Etat R se fonde sur l'article 6 (dans le contexte de la présente Convention; sinon on pourrait la tenir pour implicite), et le présent paragraphe (paragraphe 4 de l'article 5), règle d'interprétation, prend en compte l'existence de l'article 6 dans sa clause «sauf précision expresse...».

Article 6

69 Bien qu'il ait pris beaucoup de temps, l'article 6 a joué le rôle d'un catalyseur à la fin de la première semaine de la Seizième session. Il complète l'édifice du Chapitre II, Loi applicable, chapitre où se trouve l'essence de la Convention, qui commence par un compromis subtilement équilibré et cherche ensuite le même accommodement dans la structure de l'article 5.1. L'article 6 marque l'aboutissement d'un effort prolongé accompli par un nombre important de délégations pour faire reconnaître la *lex situs* comme troisième loi applicable possible, en plus des lois de la nationalité et de la résidence habituelle. Dans l'ensemble, la position adoptée par ces délégations était que les testateurs dont les biens sont répartis entre deux ou plusieurs juridictions désirent invoquer la loi locale pour les avoirs locaux, parce que c'est leur propre loi que les juristes locaux connaissent le mieux; tout le processus d'administration devient alors plus rapide, plus fiable et moins coûteux. Les testaments multiples sont populaires dans les systèmes de *common law* précisément pour cette raison. Des son-

ges opérés dans leur propre pays démontraient à certaines délégations que des concessions étaient nécessaires sur la loi du *situs* comme élément de la *professio juris* pour que la Convention ait vraiment des chances d'être ratifiée. Leurs adversaires étaient tout aussi fermes dans leur opposition au *situs*. En premier lieu, disaient-ils, la scission resurgirait alors que l'un des objets essentiels de la Convention était de produire un droit unifié; en second lieu, la protection de la famille, autre objectif de la Convention, serait en fait compromise, car rien n'empêcherait des gens sans scrupules de transférer leurs avoirs dans des Etats où la protection de la famille est inexistante.

De même qu'à la Commission spéciale, cependant, la majorité des délégations n'a pu se rallier à la reconnaissance de la loi du *situs*, et toute une série de propositions, dont chacune était légèrement moins ambitieuse que la précédente et s'efforçait d'attaquer le sujet sous un nouvel angle, ont été abandonnées (Doc. trav. Nos 5, 27, 41, 42, 43). Pour finir, au cours d'un débat sur une proposition très remaniée visant à permettre que des lois distinctes régissent des avoirs particuliers, à condition qu'il s'agisse soit de la loi de la nationalité, soit de celle de la résidence habituelle au décès, et qu'en outre les règles de protection de la famille de la loi généralement applicable l'emportent, il est apparu aux tenants des deux écoles qu'une sorte de solution existait déjà (Doc. trav. No 44). C'était la *materiellrechtliche Verweisung* ou référence à la loi matérielle, doctrine qui, comme plusieurs délégations l'avaient relevé, pouvait déjà être invoquée en vertu de la loi existante. Une personne qui, en vertu de la Convention, était habilitée par l'article 5.1 à faire une *professio juris* pourrait aussi faire une référence à la loi matérielle.

70 La référence à la loi matérielle est aussi connue comme l'incorporation de la loi étrangère. Alors que l'article 5.1 introduit la référence à une loi désignée par une partie, l'article 6 consacre expressément dans la Convention l'incorporation d'une loi ou de lois désignées. La loi de l'article 3 ou de l'article 5.1 est la loi applicable en ce sens qu'elle est la loi supérieure ou dominante, et la loi ou les lois de l'article 6 sont incorporées dans l'instrument matériel (par exemple un testament) ou la notion juridique (par exemple celle de contrat) qui est régie par la loi dominante. Dans le cas du contrat, l'incorporation de la loi étrangère «suppose une loi appropriée différente de celle à laquelle il est fait référence et tire sa validité des dispositions de la loi appropriée ... non pas de règles de conflit du for» (*International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, *Private International Law*, ch. 24 (contracts), par. 25 (p. 13)). Dans l'article 6, la Commission II a seulement entendu reconnaître la référence à la loi matérielle. D'où la suppression, dans le Document de travail No 85 du Comité de rédaction, de l'exigence d'une application par analogie des paragraphes 2 et 3 actuels de l'article 5. Par suite, bien que l'article 6 se trouve dans la Convention, et bien que la loi applicable en vertu des articles 3 ou 5.1 doive accepter une référence à la loi matérielle, il semblerait que l'incorporation, telle qu'elle a été décrite, «tire sa validité des dispositions» de la loi de l'article 3 ou de l'article 5.1. La validité ne découle pas des règles de conflit du for.

Comme l'article 6 le spécifie, toute désignation faite en vertu de cet article est sans préjudice de l'application des règles impératives de la loi des articles 3 ou 5.1. C'est là l'élément essentiel de la doctrine de la référence à la loi matérielle; les règles impératives de la loi dominante ou supérieure doivent l'emporter sur toute loi étrangère incorporée à l'institution, en l'occurrence la disposition à cause de mort. Il en découle que toutes les

règles impératives de la loi incorporée doivent céder le pas aux règles impératives de la loi dominante, et c'est cette dernière qui détermine quelles sont les règles impératives.

La référence à la loi matérielle ne se limite en aucune façon à des références au *situs*. Les dispositions de n'importe quelle loi étrangère à la loi dominante peuvent être introduites (ou incorporées), sous réserve, bien entendu, des règles impératives de la loi dominante, et n'importe quel nombre de lois étrangères peut être incorporé aux mêmes conditions. Il n'y a pas non plus de limite quantitative. La loi ou les lois incorporées peuvent en fait régir quatre-vingt-dix-neuf pour cent des actes envisagés par l'institution ou la notion juridique invoquée, mais ce n'est pas là une objection valable, pour autant que les règles impératives de la loi dominante l'emportent.

71 Dans la présente Convention l'incorporation est expressément autorisée pour régir la succession «de certains [des] biens [du défunt]». Il y a de fortes chances qu'on se servira surtout de cet article pour permettre à la loi locale, loi du *situs*, de s'appliquer à des avoirs situés dans des juridictions autres que le lieu principal de l'administration de la succession, lequel, dans bien des cas, sera lui-même la résidence habituelle ou le foyer «national» du défunt. Cette limitation à «certains biens» de la succession aura donc en fait une portée réduite. Une chose est cependant claire. Puisque la doctrine de la référence à la loi matérielle elle-même n'impose aucune limite à la matière qui peut être assujettie aux dispositions de la loi incorporée, l'article 6 autorise une référence à la loi matérielle pour toutes sortes de biens, meubles ou immeubles. De plus, la Convention ayant un large champ d'application qui comprend aussi bien les successions *ab intestat* que les «dispositions à cause de mort», la portée de la référence à la loi matérielle est de ce fait aussi ample que le champ d'application de la Convention elle-même. Rien n'indique que la Seizième session ait entendu assortir de conditions quelconques l'application de la doctrine.

72 Dans les exemples suivants on s'efforcera de démontrer le fonctionnement de l'article 6.

	loi principale	precision expresse contraire (art 5 4)	resultat
1 testament	loi principale de l'Etat A (art 5 1)	loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat B et les biens sis dans l'Etat C	lois de l'Etat B et de l'Etat C applicables (art 6)
2 pacte successoral	loi principale de l'Etat D (art 11)	loi subsidiaire pour les biens couverts par testament dans l'Etat E	loi de l'Etat E applicable (art 6)
3 succession <i>ab intestat</i>	loi principale de l'Etat F (art 3) (aucun testament n'a jamais été fait pour toute la succession)	testament et loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat G pacte pour certains biens mais non pour tous les biens <i>ab intestat</i> sis dans l'Etat H	lois de l'Etat G et de l'Etat H applicables (art 6)
4 testament	loi principale de l'Etat J (art 3) (testament invalide pour incapacité selon la <i>lex fori</i>)	loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat K (le testateur ne serait pas incapable selon la loi de l'Etat J)	testament invalide (art 1 2 b <i>puncto lex fori</i>)
5 <i>intestat partiel</i>	loi principale de l'Etat L (art 5 1) (succession testamentaire et <i>ab intestat</i>)	loi subsidiaire pour les biens sis dans l'Etat M	loi de l'Etat M applicable (art 6)

L'invalidité de la référence à la loi matérielle est entraînée par l'invalidité du testament dans le for résultant de l'incapacité du testateur selon la *lex fori*
Sous réserve des règles impératives de la loi principale

73 L'article 6 lui-même indique simplement qu'une personne peut «désigner» et l'on a signalé plus haut que l'article 5 ne s'applique pas par analogie à l'article 6, parce que ce dernier est une référence à la loi matérielle, et non une règle de conflit de lois. Toutefois l'article 5.4 spécifie que la loi de l'article 5.1 («pour l'application du présent article») régira l'ensemble de la succession «sauf précision expresse contraire». Cela signifie que, si le for décide qu'une prétendue référence à l'article 6 n'est pas «expresse» (il y a tout lieu de croire que dans la plupart des cas ce sera parce que la référence ne spécifie pas qu'elle s'applique aux biens ou à certains biens situés en un endroit précis), une désignation de la loi en vertu de l'article 5.1 régira aussi ces biens particuliers. Ou encore, la prétendue désignation aux fins de l'article 6 constituera une nouvelle loi selon l'article 5.1, remplaçant la loi autrement désignée selon cet article. En d'autres termes, il n'y aurait pas de désignation effective en vertu de l'article 6.

La situation est en revanche différente si l'ensemble de la succession est *ab intestat*, sauf pour certains biens ayant fait l'objet d'un testament. Si le testateur rédige un testament, mais uniquement pour les avoirs qui se trouvent en un lieu autre que son pays de nationalité ou de résidence habituelle, et ne fait pas de déclaration «expresse» (c'est-à-dire précise) spécifiant que la loi désignée ne régira que les biens se trouvant en ce lieu, la loi désignée peut devenir une loi selon l'article 5.1 (si les conditions de l'article 5.2 sont remplies) pour l'ensemble de la succession. Si les conditions de l'article 5.2 ne sont pas remplies, alors ou bien la loi désignée régira cependant les biens dont il s'agit (pour des raisons expliquées ci-après), ou bien la loi selon l'article 3 s'appliquera à toute la succession.

On voit que l'exigence de la «précision expresse contraire» ne s'applique pas si la loi principale (dominante ou supérieure) est la loi selon l'article 3. Il ne subsiste que l'exigence d'une «désignation» en vertu de l'article 6, ce qu'on peut raisonnablement interpréter comme signifiant que, si le testateur rédige un testament disposant uniquement de ses biens dans une juridiction particulière (par exemple le *situs*), et désigne aussi dans ce testament une loi (sans spécifier que la désignation ne concerne que ce testament), l'intention implicite est que la désignation ne vise que ce testament lorsque, comme c'est ici le cas, le reste de la succession est *ab intestat*. Et il ne semble y avoir aucune raison convaincante de ne pas donner effet à la référence à la loi matérielle, sous réserve bien entendu des règles impératives de la loi selon l'article 3, quand le *de cuius* laisse à son décès un testament disposant du reste de son patrimoine, mais que ce testament est invalide. S'il en est bien ainsi, et il semble que tel soit le cas, alors le for peut tenir pour suffisamment établi que la loi de l'article 6 régira les avoirs ayant fait l'objet de dispositions testamentaires, et la loi de l'article 3 le reste de la succession.

Il est clair que, l'article 6 n'étant pas une règle de conflit, les questions quant à ce qui constitue une «désignation» aux fins de cette disposition devront être résolues par la loi selon l'article 5.1, ou, en l'absence d'une telle loi, par la loi de l'article 3. Il a déjà été fait état (voir le paragraphe 70, *supra*) des rôles respectifs du for et de la loi prévue aux articles 3 ou 5.1 en vertu des termes de la Convention.

Article 7

74 Cet article concerne le sens du terme «succession». Il en éclaire la signification pour la totalité de la Convention, bien entendu, mais c'est par rapport aux articles 3, 5 et 6 qu'il revêt une importance particulière. Chacun

de ces articles traite de la désignation d'une loi devant «régir la succession»; l'article 7.2 énumère les questions de droit matériel qu'un Etat contractant doit considérer comme relevant de la Convention, et l'article 7.3 confirme ensuite qu'aux fins de ses propres règles de conflit de lois un Etat contractant peut inclure toute question, non visée à l'article 7.2, dans le cadre de la «succession» aux fins de la Convention. L'article 7.3 reconnaît le droit d'un Etat contractant à agir ainsi, mais bien entendu un Etat contractant ne peut imposer aux autres Etats contractants sa définition plus large de la «succession». Autrement dit, la Convention n'oblige pas les autres Etats contractants à reconnaître l'application des dispositions de la Convention à des questions qui sortent du cadre de celle-ci.

Il ne faut cependant pas oublier que le for déterminera le sens des termes employés dans les articles 1.2 et 7.2, tels que «capacité» (article 1.2 *b*), «régime matrimonial» (article 1.2 *c*) et «validité au fond» (article 7.2 *e*). Seule la «succession à cause de mort» est partiellement explicitée dans la Convention, y compris, par inférence, la «disposition à cause de mort» (article 1.2 *a* et article 1.2 *b*).

La difficulté qui s'est présentée à la Commission spéciale et à la Commission II tenait aux manières très différentes dont les pays de droit civil et les pays de *common law* comprenaient la «succession». Les pays de droit civil (et certaines unités territoriales faisant partie d'un Etat, comme le Québec) y incluent la dévolution, la transmission et l'administration (dans la mesure où cette dernière n'est pas régie par la loi procédurale du for). Les pays de *common law* (et certaines unités territoriales d'un Etat, comme l'Angleterre et le pays de Galles) y comprennent seulement la dévolution; la transmission et l'administration sont soumises à la loi du for. Il existe aussi des différences importantes de qualifications entre les systèmes; une question peut être considérée comme matérielle par certaines, et procédurale par d'autres. La distinction entre les régimes matrimoniaux et la loi successorale ne suit aucune ligne de partage reconnue et l'on peut en dire de même de la distinction entre contrat de mariage et succession.

La Commission spéciale a donc décidé d'énumérer les matières essentielles que tous les systèmes considéreraient comme faisant partie de la succession; ce serait la liste «positive». Les autres questions, également reconnues par certains systèmes juridiques comme relevant de la succession, font partie de la «zone grise» (article 7.3). Celle-ci comprend les questions de fond qui peuvent être additionnellement incluses dans la «succession» selon les systèmes juridiques. La Commission spéciale a reconnu qu'une grande partie des matières qualifiées de successorales par les systèmes de droit civil sont omises de l'article 7.2, et que cela constitue une limitation sévère à l'harmonisation produite par la Convention, en particulier entre Etats contractants de droit civil. On a néanmoins considéré qu'il y avait le plus grand avantage à réaliser l'harmonie dans le domaine de la dévolution: aussi l'article 7.2 énumère-t-il les questions dont l'inclusion est obligatoire en vue de parvenir à ce résultat.

La Seizième session a ratifié ces jugements, et très peu de changements ont été apportés à l'avant-projet de la Commission spéciale. Le paragraphe 1 appelle l'attention sur les désignations des articles 3 et 5.1 (la loi applicable) et de l'article 6 (la loi ou les lois subsidiaires pour certains biens). Chacune de ces désignations doit «régir la succession». Le paragraphe 2 contient une liste définitive des questions de droit matériel qui *doivent* être considérées comme relevant de la «succession». Le paragraphe 3 rappelle aux Etats contractants que chacun d'eux

peut ajouter d'autres questions successorales (autres que celles de l'article 1.2) et par conséquent placer ces questions pour ses propres besoins sous l'empire de la Convention.

Paragraphe 1

75 Ce paragraphe attire avant tout l'attention sur les articles qui déterminent la loi applicable à l'ensemble de la succession. Le paragraphe ne fait pas seulement mention des articles 3 et 5, qui sont de vraies règles de conflit, mais également à l'article 6 qui est une référence de droit matériel. Ceci s'explique par le fait que, dans les limites des règles impératives de la loi applicable en vertu des articles 3 ou 5, la loi de l'article 6 désignée par le *de cuius* «régira», elle aussi, «la succession» (l'article 7.2 s'applique). Les articles 3, 5.1 et 6 s'appliquent ensemble à tous les biens faisant partie de la succession, à toutes les dispositions testamentaires et aux pactes successoraux.

C'est le seul article de la Convention qui fasse référence au principe unitaire. Ce principe suppose notamment qu'une juridiction qui, jusque là, n'a appliqué que sa propre loi pour les immeubles sis dans ladite juridiction, devra appliquer une loi étrangère en vertu de la Convention. Cela pose l'exigence de la preuve de la loi étrangère.

La Convention ne traite pas de la preuve de la loi étrangère, et les observations ci-après doivent seulement servir à guider les pays (surtout de *common law*) qui, comme Etats contractants, abandonneront l'application de la *lex situs* en matière foncière. La preuve de la loi étrangère est laissée par implication au for, et celui-ci établira ses propres règles pour l'administration de cette preuve. La chose est d'une importance particulière pour les immeubles qui sont soumis, aux fins de l'article 7.2, à une loi applicable selon les articles 3 ou 5.1. La Convention ne dit rien de la preuve que, par exemple, les organismes publics et les assureurs du *situs* doivent exiger pour être sûrs que les règles matérielles de la loi applicable ont été valablement établies au regard de l'article 7.2. Bien entendu, celui qui a reçu un bien en tonte bonne foi est souvent déjà protégé en vertu de la loi généralement acceptée dans les systèmes de droit. Rien dans la Convention ne restreint le pouvoir du *situs* de protéger le tiers bénéficiaire en pareil cas. L'acheteur de bonne foi et qui n'a pas été averti acquerra toujours sur les immeubles un titre d'une valeur certaine. Toutefois, les Etats appliquant déjà le principe d'unité exigent normalement une attestation notariée au sujet des dispositions de la loi étrangère, et ils se contentent de ce document. Le notaire certifie les droits à l'héritage dans son système de droit. Le *situs* pourrait exiger aussi que l'attestation soit établie sous forme notariée devant un consul de l'Etat du *situs* résidant dans l'Etat étranger, ce qui permettrait certainement de l'enregistrer et en outre de bénéficier d'une protection en vertu des lois du *situs* en matière d'enregistrement. Une décision judiciaire de l'Etat de la loi étrangère, établissant la loi régissant l'héritage dans cet Etat, serait probablement plus coûteuse et plus dilatoire qu'une attestation notariée, mais l'on pourrait y avoir recours en dernier ressort dans les cas difficiles. Voir à ce propos 65 *Texas Law Review* 585 (1987).

Paragraphe 2

Alinéa a

76 Ce premier alinéa vise à déterminer quelles sont les personnes ayant vocation à l'héritage, ce qu'elles héritent et dans quelles conditions, s'il y a lieu. Lesdites

personnes viendront à la succession en qualité d'héritiers ou de légataires et, dans le système de *common law*, comme héritiers ou *testamentary beneficiaries of realty (devisees) or personalty (legatees)*. Par «parts respectives» il faut entendre la proportion de la succession ou les biens particuliers en faisant partie auxquels l'héritier ou le légataire a droit; la «part» comprend la réserve, la légitime ou le *forced share entitlement* dans la mesure où celui-ci ne porte pas sur des biens particuliers. «Les charges qui leur sont imposées [c'est-à-dire aux héritiers et légataires] par le défunt» visent les conditions ou obligations personnelles auxquelles le défunt subordonne le droit particulier à succéder, c'est-à-dire celles qu'il impose au bénéficiaire concourant à la succession en vertu du testament ou du pacte successoral. «Les autres droits sur la succession trouvant leur source dans le décès» concernent les droits à des biens particuliers ou à une quotité des biens constituant une «réserve» (c'est-à-dire une part imposée par l'autorité étatique) ou à la maison familiale, là encore indépendamment des termes du testament ou du pacte, et que le défunt ait ou non laissé un testament.

Toutefois, cet alinéa place l'accent sur les titulaires de pareils droits, qui sont ainsi les héritiers privilégiés venant à la succession.

«Les attributions prélevées par une autorité judiciaire» visent le pouvoir d'un tribunal ordinaire, dans les systèmes de *common law*, ou d'un tribunal administratif dans certains autres systèmes, de prendre des décisions discrétionnaires en matière d'héritage. En dehors des Etats-Unis, où, dans la plupart des systèmes, le conjoint survivant a droit, de par la loi, à un tiers de la succession du défunt, on peut citer les mesures de protection de la famille existant dans la grande majorité des systèmes de *common law*, qui jouent le même rôle que la réserve ou la «légitime» dans les systèmes de droit civil. Quels que soient les termes du testament et même, dans certains systèmes, s'il n'y a pas de testament, l'«autorité judiciaire ou [d'autres autorités] attribueront des biens faisant partie de la succession – modifiant ainsi la succession *ab intestat* – aux membres de la famille proche, actuelle ou ancienne du défunt, ou aux personnes à sa charge. Certains systèmes font entrer dans cette catégorie un ancien conjoint ou la personne qui vivait maritalement avec le défunt au moment du décès (ou qui avait vécu avec lui dans le passé) ainsi que leurs enfants. Les tribunaux des Etats contractants (ou des unités territoriales de ces Etats) habitués aux réserves comme moyens de protection de la famille devront exercer leur pouvoir d'appréciation si ce procédé est celui adopté par la loi applicable.

L'alinéa a ne vise pas à exclure les dispositions d'urgence qui peuvent être prises par l'exécuteur ou l'administrateur dans certains pays pour faire face aux besoins urgents de certaines personnes, par exemple le conjoint et les enfants survivants. Dans ces pays cet aspect de l'administration de la succession sort du cadre de l'article 7.2. Toutefois, ainsi que la Commission II l'a relevé, ces dispositions d'urgence entraîneraient une obligation de rapport pour les bénéficiaires, et relèveraient donc à ce titre de l'alinéa c. En revanche, lorsqu'un droit de succession est remplacé par une pension alimentaire, celle-ci paraîtrait tomber sous le coup de l'alinéa a. Les pensions alimentaires et d'entretien dues en vertu d'un accord de séparation ou d'une décision judiciaire, et celles dont le versement doit se poursuivre après le décès du débiteur, donnent, en cas de non-paiement, naissance à une créance du bénéficiaire sur la succession du redevable. Les créances sur la succession sortent manifestement du cadre de cet alinéa et de l'article 7.2 dans son ensemble.

77 Cet alinéa vise les personnes qui seraient normalement bénéficiaires de la succession, mais qui, pour les raisons indiquées, perdent le droit d'hériter. L'«exhérédation» s'applique à toute circonstance dans laquelle le bénéficiaire (c'est-à-dire toute personne qui, à un titre quelconque, «succède» au patrimoine du défunt, que ce soit ou non en vertu d'un testament ou à la suite d'un pacte successoral) est privé de la succession qu'il aurait recueillie normalement. L'«exhérédation», dans l'alinéa b, concerne la privation forcée du droit d'hériter. «L'indignité successorale» s'applique au bénéficiaire qui, par exemple, attente à la vie du *de cuius* ou se fait le complice d'une telle action. Dans les systèmes de droit civil un héritier peut être exclu de la succession pour cause d'indignité. Il en sera ainsi, par exemple, s'il s'est rendu coupable de cruauté envers le défunt ou a essayé d'empêcher le testateur de rédiger, de modifier ou de révoquer son testament, ou, agissant de mauvaise foi, a dissimulé ou altéré le testament.

Le refus, la renonciation et le choix contraire – l'exhérédation volontaire – ne sont pas visés dans cet alinéa. Celui-ci exclut également l'option ouverte à l'héritier, d'accepter la succession ou d'y renoncer. Voir à ce sujet le paragraphe 39, *supra*. Cette question a été longuement débattue par la Commission II, et l'avis général a été que, de nombreux systèmes juridiques voyant ici un cas d'administration des biens plutôt que de succession, il valait mieux l'exclure de la «liste positive» de l'article 7.2. Les délégations ont noté que ce phénomène intervient le plus souvent après le décès, c'est-à-dire après la succession; même si la renonciation se produit pendant la vie du *de cuius*, et est valide dans le système de droit compétent, de toute évidence elle n'est cependant pas considérée comme une question de succession.

Quelle serait néanmoins la situation s'il y avait litige sur le point de savoir si, en cas de refus d'un membre d'une certaine catégorie de légataires ou de successibles, les parts des autres membres de la même catégorie sont augmentées, ou si l'Etat a la faculté de revendiquer la part de l'intéressé? Cette question entre-t-elle ou non dans le cadre de la Convention? Les «parts» sont expressément mentionnées à l'article 7.2 a et le droit d'appréhension de l'Etat fait l'objet de l'article 16. Il semblerait donc que ce soit l'acte de refus, de renonciation ou de choix contraire qui ne rentre pas dans le cadre de la Convention, alors que les conséquences d'un tel acte, si elles relèvent de l'article 7.2, seront soumises à la Convention.

Alinéa c

78 Le but de cet alinéa est de soumettre à la loi applicable, dès lors qu'un bénéficiaire qualifié est reconnu ou a droit à une part de la succession ou à des biens successoraux, toutes les questions sur le point de savoir si, dans quelles circonstances et jusqu'à quel point ce bénéficiaire a l'obligation de rapporter. Pour permettre de déterminer à quoi il a droit lors de la liquidation de la succession, l'intéressé peut être tenu d'indiquer les libéralités qu'il aura obtenues du défunt durant la vie de celui-ci, et de rapporter lesdites libéralités et autres attributions du défunt aux héritiers ou autres légataires testamentaires. Le droit, pour l'administrateur de la succession, de dédommager les héritiers réservataires, peut raisonnablement être considéré comme relevant de cette notion du rapport. Les dispositions obligeant à puiser dans les avoirs du for compensent les pertes résultant pour la famille des politiques non protectrices ou moins

protectrices d'autres lois, par exemple celle du *situs*, et empêchent les personnes qui recueillent des biens dans le for de s'enrichir au mépris des dispositions protectrices de la loi applicable. L'alinéa ne concerne que les questions relatives au calcul de la masse successorale aux fins de la distribution aux bénéficiaires.

Le Rapport relatif à l'avant-projet de Convention (paragraphe 38) indiquait que les «libéralités excessives», au sens de cette expression dans les pays de droit civil, n'obligeaient pas le donataire à faire rapport. Il semble bien néanmoins que l'obligation de restituer ou de rembourser, ou de faire imputer l'excédent sur une partie de ce que le donataire recevrait normalement, rentre effectivement dans le cadre de la Convention. A titre d'exemple d'une question qui relèverait de l'alinéa, un fils peut avoir reçu des sommes importantes de son père durant la vie de ce dernier pour l'aider dans ses affaires ou dans sa profession, et dans son testament le père, veuf, répartit également son patrimoine entre ses trois enfants. La loi applicable (ou celle de l'article 6, s'agissant de «certains biens»), déterminera si et dans quelle mesure le fils doit rendre compte de ce qu'il aura reçu sa vie durant au moment où la part de chaque enfant sera calculée.

Les libéralités auxquelles ce paragraphe se réfère peuvent être des libéralités qui, pour le reste, tombent en dehors de la Convention parce qu'elles sont exclues par l'article 1.2 d. Ceci dépendra de la question de savoir si, premièrement, la loi applicable demande leur rapport dans le cas en espèce et, deuxièmement, si la disposition en l'espèce faite par le *de cuius* durant sa vie doit être qualifiée comme «libéralité».

La loi applicable déterminera aussi la validité d'une clause du testament obligeant un bénéficiaire à rapporter des dons que le testateur lui aurait fait quand il était en vie.

Toutefois, dans l'hypothèse où l'auteur d'une donation entre vifs n'aurait pas eu à rapporter en vertu de la *lex successionis* telle qu'elle existait au moment de la libéralité, mais devait le faire en vertu de la *lex successionis* au décès du donateur, on aurait là un problème né d'un changement de la loi. La Convention laisse aux règles de conflit du for le soin de se prononcer sur les effets d'un changement de substance de la loi. Si la donation n'était pas un pacte successoral en vertu de la *lex successionis* au moment de la rédaction du pacte, mais l'était devenue en vertu de la *lex successionis* lors du décès «pertinent», un autre problème se poserait. Dans cette hypothèse, cependant, la Convention s'appliquerait si une seule succession était en jeu et si aucune désignation ou désignation valide n'avait été faite (article 9.2); le rapport serait dans ce cas exigé. La *lex successionis* effective est la loi applicable en vertu de la Convention.

Alinéa d

79 Cet alinéa concerne des questions relatives à la liberté de tester et à des droits de succession qui, comme on l'a dit (paragraphe 76, *supra*), sont déterminés par la loi ou par des mécanismes juridiques, et constituent des droits que le testateur n'a pas le pouvoir de dénier. L'accent est mis sur le caractère inaliénable d'une partie de la masse successorale ou de biens déterminés entrant dans cette masse. Il est clair que l'intention n'est pas de préserver les droits des créanciers, qui ne font pas partie de la «liste positive», mais de couvrir des points comme celui de savoir quelle part de la succession le défunt est libre d'attribuer à son gré, et les tentatives qu'il fait – au cours de sa vie comme dans son testament ou dans des pactes successoraux – pour éluder la réserve, la lé-

gitime, les parts obligatoires, ou les attributions discrétionnaires à la famille proche décidées par les tribunaux. La disposition s'applique par exemple au cas où, durant sa vie, le défunt a répondu à une publicité émanant d'un paradis fiscal (d'un Etat non contractant) l'invitant à y déposer des biens dans le cadre d'un plan de placement et à tourner ainsi la législation protégeant la famille dans sa juridiction nationale. On suppose ici, bien entendu, que les autres biens du défunt restent soumis au contrôle du for d'un Etat contractant.

Il est clair que les questions afférentes aux régimes matrimoniaux seront déterminées par la loi appropriée régissant ces questions et que c'est après cela seulement que l'importance de la masse successorale disponible sera connue. La Convention concerne cette masse successorale disponible. Il est également clair que la question de savoir si des droits de douane, les droits sur le logement familial et autres titres de cette nature relèvent de la «succession» ou des régimes matrimoniaux est une question qu'il appartient au for (s'agissant d'un Etat contractant) de régler; il en va de même pour les conventions de divorce et de séparation attribuant au conjoint les biens de l'un des époux lorsque celui-ci prédécède.

Alinéa e

80 Cet alinéa porte uniquement sur la validité au fond (essentielle) des dispositions testamentaires, le Chapitre III traitant de la validité au fond des pactes successoraux. En l'occurrence, donc, l'expression «dispositions à cause de mort» est impropre. Le for définit la validité au fond et, ainsi qu'on l'a vu (paragraphe 43, *supra*), les problèmes de vice du consentement peuvent être qualifiés de problèmes de capacité au sens large, relevant de la loi applicable en vertu de l'alinéa e ou de la loi personnelle.

Paragraphe 3

81 On a déjà expliqué (paragraphe 74, *supra*) que ce paragraphe sert surtout à compléter dans la Convention la structure «tripartite» dont s'inspire l'article. Le paragraphe 1 constitue le lien entre les articles 3, 5.1 et 6 d'une part et l'article 7 de l'autre. Le paragraphe 2 énumère les éléments «positifs», c'est-à-dire les questions qu'un Etat contractant a l'obligation de considérer comme relevant de la «succession». Et le paragraphe 3 fait ressortir que la liste de ces questions donnée au paragraphe 2 est effectivement exhaustive.

Une autre raison de l'existence du paragraphe 3 est qu'il permet aux tribunaux et autres autorités des Etats dont les constitutions prévoient l'applicabilité directe des dispositions automatiquement exécutoires des traités d'appliquer les règles de conflit de la Convention à des questions successorales sortant du cadre de la Convention, sans avoir besoin d'y être expressément autorisés par le pouvoir législatif.

Ainsi qu'il a été expliqué, il existe une «zone grise» de questions pouvant faire l'objet d'une introduction volontaire dans le cadre de la Convention. La Convention n'envisageant la «succession» que sous l'angle de la dévolution, il est clair que toute matière qu'un Etat de droit civil qualifie de transmission ou d'administration peut être soumise à la Convention par cet Etat, mais seulement pour ce qui concerne son territoire.

C'est sous cet angle – fallait-il se placer dans le cadre de l'article 7.2, ou rester dans la zone «facultative» ou «grise»? – que la Commission II a débattu de l'interprétation des testaments. La Commission spéciale avait décidé que ce sujet ne pouvait pas être inclus dans l'article 7.2

en raison de la diversité des conceptions entre juridictions et l'avait donc laissé dans la «zone grise» du paragraphe considéré. La Commission II a approfondi la question, mais elle est parvenue à la même conclusion. Une possibilité était de prévoir une exclusion expresse en vertu de l'article premier, une autre une inclusion expresse dans la «liste positive», et la troisième consistait à laisser la question dans la «zone grise» où chaque Etat contractant peut appliquer la solution qui lui paraît convenir.

Des systèmes de droit, appartenant aussi bien à la tradition du droit civil qu'à celle de la *common law*, se seraient certes félicités de l'inclusion dans l'article 7.2, mais il est apparu que leurs opinions différaient sur ce que devrait être la nature de cette inclusion. Pour les pays de droit civil, le sens d'un testament est une question qui peut mettre ou non en jeu l'application de règles légales (les opinions divergeaient à ce sujet), mais qui est déterminée au décès du testateur et est donc nécessairement soumise à la *lex successionis*. Les pays de *common law* adoptent cependant une autre approche. La *common law* considère que l'intention du testateur doit être appréciée en examinant ce que le testateur a dû vouloir dire au moment où il rédigeait son testament. Quand cette intention est claire, le praticien ou le juge de *common law* l'applique aux circonstances de fait au décès du testateur. Les délégations de *common law* s'en seraient tenues à cette dernière tâche – l'interprétation – comme relevant de la *lex successionis*, et entendaient que la première – la «construction» – s'applique au moment de la rédaction et selon la loi alors envisagée par le testateur. Il est également apparu au cours du débat que l'acception du terme «interprétation» diffère elle-même parmi les juristes de différentes origines.

La Commission ne souhaitait aucunement exclure de la Convention la question de l'interprétation des testaments (laquelle diffère des questions qui avaient été exclues), mais elle a conclu qu'il ne s'agissait pas d'une question pouvant faire partie de la «liste positive». Quelle que soit la nature juridique des règles susceptibles d'être employées pour l'interprétation, la majorité a estimé que c'est là un domaine où le juge recherche simplement quelle était l'intention du défunt et que, moins cette tâche est compliquée, mieux c'est. Un juge devrait pouvoir agir de la manière que préfère son système juridique.

CHAPITRE III – SUCCESSIONS CONTRACTUELLES

82 Ce chapitre concerne, non pas le testament unilatéral et révocable, mais 1) la convention entre parties relativement à une succession future (pacte successoral) et 2) les testaments de parties différentes ayant un caractère de réciprocité.

Si l'on considère tout d'abord ces derniers, dans la plupart des systèmes la réciprocité réside dans le fait que chaque testament confère à l'autre testateur un avantage successoral, mais, dans d'autres systèmes, et de manière uniforme dans les pays de *common law*, on trouve l'élément supplémentaire que chaque testateur consent un avantage dans l'espoir qu'une troisième personne bénéficiera des deux testaments (testaments mutuels). Ces testaments peuvent figurer en un seul instrument ou dans deux ou plusieurs instruments distincts. Les expressions «testaments conjoints», «testaments mutuels» et «testaments réciproques» sont employées indifféremment et de manière souvent interchangeable dans les ouvrages sur le sujet et dans les décisions judiciaires. La Commission II s'est heurtée dans une certaine mesure à ce problème.

Les pactes successoraux comprennent 1) la stipulation unilatérale, autrement dit la promesse gratuite de laisser des biens à une autre personne par disposition à cause de mort et 2) le contrat bilatéral, à savoir la promesse de faire la même chose moyennant contrepartie. La Commission spéciale avait à sa disposition un document sur les pactes successoraux (Doc. prélim. No 11) que le Bureau Permanent avait préparé à sa demande, et ce document est resté à la fin de la Seizième session un précieux document de référence, faisant ressortir entre autres choses la diversité des conceptions qui existent entre les systèmes juridiques, surtout pour ce qui est du droit matériel, mais aussi pour les règles de conflit de lois.

83 Sans le Chapitre III de la Convention les pactes successoraux (en anglais «*agreements as to succession*»; voir le paragraphe 28, *supra*) et les testaments mutuels feraient partie de la «zone grise» de l'article 7.3. Du point de vue de leur acceptabilité et de leur validité, ce seraient des «dispositions à cause de mort» non incluses dans l'article 7.2. Pour ce qui est de la détermination des héritiers et légataires, cependant, c'est-à-dire pour les matières qui relèvent directement de l'article 7.2 a, la situation était beaucoup moins claire. La Commission spéciale avait recommandé que la Convention ne garde pas le silence à leur sujet, tant ils font partie intégrante de la loi successorale et présentent une importance pratique dans nombre de systèmes. Il a été décidé en conséquence que la Convention devrait contenir des règles afin de déterminer la loi applicable à ces pactes ainsi qu'aux testaments mutuels, et offrir en outre la possibilité d'une réserve aux Etats contractants qui interdisent le recours aux pactes successoraux, ignorent cette notion juridique particulière ou considèrent que toute disposition conventionnelle sur ce sujet serait pour eux d'un intérêt trop limité. Certains Etats de droit civil (la Norvège et la République fédérale d'Allemagne, par exemple) reconnaissent dans une assez large mesure les pactes; d'autres ne leur font qu'une place restreinte (par exemple la France); d'autres encore (par exemple la Grèce) ne les reconnaissent pas du tout. Dans les pays de *common law* les «arrangements du vivant des intéressés» (*lifetime arrangements*) de cette nature procèdent d'une conception très différente. La doctrine historique des pactes successoraux, ainsi que l'interdiction de ces pactes par le droit romain classique, comme constituant une entrave à la liberté testamentaire, interdiction qui a si fortement influencé le droit successoral dans les systèmes de tradition romaine, en particulier dans les codes des pays latins, sont étrangères à l'histoire et donc aux attitudes contemporaines des pays de *common law*. En revanche, dans chaque Etat, de droit civil ou de *common law*, se pose le problème du traitement des pactes et testaments mutuels construits selon un droit étranger, mais dont les tribunaux du pays intéressé ont à connaître à un titre quelconque.

84 L'avant-projet de Convention ne définissait pas le pacte successoral ni le testament mutuel, mais une description se dégageait de ses dispositions relatives aux règles de conflit. Un pacte successoral est un accord entre deux ou plusieurs personnes créant, modifiant ou révoquant les droits d'une ou plusieurs parties dans la succession future d'une ou plusieurs des autres parties. Les mots déterminants sont «*succeed to the future estate*» ou, comme le dit plus précisément le français, «droits dans la succession future». Pour bien des Etats l'expression «*future estate*» est curieuse; elle n'a guère de sens. En l'espèce il s'agit d'une traduction. Les testaments mutuels ne sont pas forcément en eux-mêmes le résultat d'un accord; en fait, dans certaines juridictions la réciprocité (c'est-à-dire le fait que des avantages sont dévo-

lus d'un testateur à l'autre) suffit à produire les effets d'un accord. Toutefois, s'ils ne manifestent pas en eux-mêmes l'existence d'un accord, il est fréquemment exigé que les testaments mutuels fassent suite à un accord précédemment conclu. A strictement parler, par conséquent, il convient de distinguer les pactes successoraux et les testaments mutuels, et c'est ce que fait la Convention dans son article 8.

En fait, il convient d'évoquer ici les débats de la Commission II sur la définition de l'accord visé par la Convention. L'article 8 de la Convention pallie l'absence d'un article de définition dans l'avant-projet. Il cerne utilement ce qui fait l'objet du chapitre et restreint en outre le champ d'application de la Convention aux accords écrits. La Commission savait que quelques systèmes reconnaissent les accords verbaux, mais elle a estimé que, pour des raisons de preuve, la Convention ne devait pas aller au-delà des accords «faits par écrit». Toutefois ce n'est là qu'une restriction à la portée du Chapitre III. La loi applicable peut en fait décider d'accepter la validité d'un pacte verbal; le pacte (ou accord) verbal n'est simplement pas inclus dans la Convention.

Il importe de reconnaître que les pactes successoraux, c'est-à-dire sur des biens futurs, sont considérés dans la tradition de droit civil comme des dispositions à cause de mort, parce qu'en droit civil, ainsi qu'il était expliqué au paragraphe 13 du Document préliminaire No 11, le contrat créant, modifiant ou révoquant des droits de succession et ces droits eux-mêmes se conjuguent pour faire entrer le pacte lui-même dans le cadre de la Convention comme matière «successorale».

85 L'avant-projet de Convention faisait du facteur de rattachement objectif (article 3) la loi applicable lorsque les parties n'en désignaient aucune. Quand la succession future d'une seule partie est en cause, la loi selon l'article 3 s'applique à cette succession; là où deux ou plusieurs successions sont en cause, la loi selon l'article 3 de chacune de ces successions s'applique, entraînant en l'occurrence un cumul de lois. L'avant-projet autorisait également une *professio juris* en vertu de l'article 5.1 entre la loi de la résidence habituelle ou la loi de la nationalité de la partie dont la succession future était en cause. Là où deux ou plusieurs successions futures sont en cause, les parties au pacte (ou au testament mutuel) peuvent choisir la loi de résidence habituelle ou la loi de la nationalité de l'une des parties. Quant au moment auquel la loi selon l'article 3 ou la loi selon l'article 5.1 doit être déterminée, la Commission spéciale avait envisagé tout d'abord la date du décès, les pactes et testaments mutuels prenant effet lors du décès. Mais elle a estimé pour finir qu'il n'y avait guère de sens à exiger que les parties concluant un accord soient liées par une loi ou des lois qu'elles ne pouvaient connaître (ou qu'au moins certaines ne pouvaient connaître) au moment de l'accord, même si une conception différente (article 5.1) avait été retenue pour les désignations figurant dans des testaments non réciproques ou concernant de tels testaments. Un accord lie ses parties au moment où il est conclu; un testament reste en suspens jusqu'au décès. La Commission spéciale a également décidé que la loi ou les lois applicables devraient régir la validité matérielle, la révocabilité et les effets de l'accord.

86 La Commission II a ouvert ses discussions dans un état d'esprit nettement plus libéral. Dans l'article 5.1 le choix entre la date de désignation ou la date du décès du testateur a été introduit, ce qui a sans aucun doute encouragé la Commission à poursuivre dans la même ligne au Chapitre III. En second lieu, là où la Commission spéciale avait choisi l'approche cumulative lorsque

deux ou plusieurs lois prévues à l'article 3 étaient en jeu, ainsi qu'aux fins de la validité matérielle, de la révocabilité et des effets de l'accord, la Commission II a suivi un chemin différent. Au départ elle s'est sentie plus attirée par la politique plus libérale consistant à admettre au bénéfice de la Convention le plus grand nombre possible des accords en discussion. En conséquence le cumul a été sérieusement remis en cause et la conception alternative a été adoptée dans plusieurs votes.

87 La Commission II a décidé assez rapidement que, là où il n'y avait qu'une succession en cause, les parties devraient pouvoir bénéficier d'une seconde chance, non seulement quand une loi selon l'article 5.1 a été désignée, mais aussi dans les cas où les parties n'ont désigné aucune loi. Si leur accord n'est pas valide au moment de sa conclusion, il sera néanmoins reconnu comme valide si cette validité existe en vertu de la loi de l'article 3 au moment du décès. La Commission s'est également préoccupée de la loi devant régir les effets, question différente de celle de la validité. Elle a cependant décidé que, comme il s'agit en l'occurrence des effets du contrat sur la succession et que la loi régissant ces effets est à juste titre la *lex successionis*, il est préférable que la validité au fond, l'extinction et les effets soient également soumis à la loi de l'article 5.1 ou à la loi de l'article 3 soit au moment de l'accord soit à celui du décès.

88 Pour ce qui est des accords portant sur deux ou plusieurs successions, la Commission II a considéré que le même choix de lois (date de l'accord et date du décès) devrait s'appliquer. Si l'une ou plusieurs des lois en jeu ne valident pas l'accord au moment où il est conclu, alors il conviendrait de se demander si l'accord est validé par la loi de l'article 3 ou par la loi de l'article 5.1, selon le cas, à la mort de chacune des parties dont la succession est en cause. En d'autres termes, il y aurait cumul des lois pour ce qui est de la validité à la date de l'accord, et un cumul alternatif pour cette validité lors du décès. La difficulté est bien entendu que cette dernière validité ne peut être vérifiée qu'au décès de la dernière des parties dont la succession est en cause. Cela laisse en suspens toute la question de la validité de l'accord jusqu'au décès du dernier intéressé, et certaines délégations éprouvaient des réserves à l'idée de laisser un accord «en l'air» pour une durée qui pouvait être longue.

Il y avait en outre la question de savoir si la validité au fond, la révocation et les effets de l'accord pouvaient encore recevoir le même traitement. La même loi pouvait-elle s'appliquer à ces trois aspects? La validité au fond se rapporte évidemment à la date de la conclusion de l'accord ou, à défaut, à celle du dernier décès; les «effets d'un accord» soulèvent des questions à la fois d'effets contractuels entre les parties (exécution, rupture, etc.) et d'effets sur les successions des parties dont il s'agit. Mais quelle loi doit décider si un effet est contractuel entre les parties ou s'il a un caractère «successoral»?

Le Comité de rédaction, à qui ces questions ont été confiées, a mis en avant une série de possibilités, ce qui a conduit pour finir les délégations à estimer qu'aux fins de la validité au fond, de l'extinction de l'accord et des effets le cumul à la date de l'accord était la seule solution possible. L'approche plus libérale eût certes entraîné l'inclusion d'accords plus nombreux – et contribué ainsi à la réalisation de l'unité – mais les permutations de lois pouvant éventuellement régir la validité au fond, les effets et la révocabilité (ou les circonstances entraînant l'extinction des effets) devenaient bien trop complexes pour conserver un caractère pratique. Le résultat de leur

application était également douteux.

Pour finir, exception faite du paragraphe 2 de l'article 9, déjà mentionné, la Seizième session est revenue à la position adoptée dans l'avant-projet de Convention tel qu'il avait émergé de la Commission spéciale. Cela comprenait une clause de sauvegarde (à présent l'article 12) pour prévenir les abus. Aucune partie à un accord ne peut bénéficier de celui-ci puis en contester la validité au motif qu'il serait invalide selon la loi de l'article 3 ou de l'article 5.1 qui s'applique au reste de la «succession». En second lieu, aucune personne étrangère à un accord ne peut perdre ses droits inaliénables en vertu de la loi de l'article 3 ou de l'article 5.1 (réserve, légitime, *forced share*, ou droit à l'attribution de biens successoraux par décision de justice) à la suite de l'accord conclu entre les parties. La partie ou les parties dont la ou les successions sont impliquées ne peuvent ainsi faire bon marché des droits d'un étranger à l'accord.

89 La Commission spéciale n'était pas parvenue à une décision tout à fait ferme sur la question de savoir comment les pactes successoraux (et les testament mutuels) devaient être inclus dans le cadre de la Convention. À l'origine elle était consciente de l'hostilité de nombreux Etats à ces pactes, et des grandes différences du droit matériel sur la question entre les Etats qui les reconnaissent. En introduisant le sujet, la Commission spéciale pensait d'abord conserver le Chapitre III comme unité autonome au sein de la Convention, et l'exclusion des dispositions autres que celles «à cause de mort» par la voie d'un article (l'article 9) du Chapitre III traduisait cette manière de voir. Toutefois, ces exclusions étaient en réalité des exclusions de l'ensemble de la Convention. De plus, le Chapitre III de l'avant-projet empruntait lourdement au Chapitre II, et cette approche s'inspirait beaucoup plus de l'intégration que de la séparation. La Commission II pour sa part a décidé que la démarche préférable était celle de l'intégration. En conséquence l'article 9 de l'avant-projet a été absorbé par l'article 1.2 d, et dans tout le texte anglais de la Convention les références aux «*testamentary dispositions*» sont devenues des «*dispositions of property upon death*» (sauf à l'article 7.2 e où le changement n'est pas nécessaire).

Article 8

90 Comme on l'a vu, un pacte successoral doit être «fait par écrit», si l'on entend l'assujettir à la Convention. Cette exigence s'oppose à celle d'une preuve écrite, autre possibilité considérée mais rejetée par la Commission II. Si un accord devait seulement être prouvé par écrit, il pourrait être créé verbalement et l'écrit pourrait faire son apparition à un autre moment. Il lui suffirait d'établir qu'un accord a été en fait conclu au moment allégué. Au contraire, un accord devant être «fait par écrit» signifie précisément que l'accord doit entrer en existence sous la forme d'un document, quel qu'il soit. L'article 8 ne doit pas être compris comme s'appliquant à un accord conclu verbalement, même si l'on dispose d'une preuve écrite de cet accord.

C'est au for qu'il appartient de décider de la loi qui détermine la forme que doit ou peut revêtir l'écrit. La Convention ne fait que déterminer la loi applicable. Ainsi, alors que certains systèmes exigent qu'un pacte successoral revête la forme d'un testament, et d'autres d'un acte notarié, d'autres encore ont des prescriptions différentes. La Convention ne dit rien de la forme de l'accord fait par écrit. La Convention se réfère à la question de forme seulement eu relation avec la *professio*

juris. Si le pacte successoral contient une *professio juris*, l'accord écrit doit revêtir la forme déterminée par le paragraphe 2 de l'article 5.

91 La Commission II a adopté le membre de phrase «fait par écrit ou résultant de testaments mutuels», parce qu'il recouvre des situations assez différentes. Comme on l'a vu plus haut, les testaments mutuels (qui interviennent normalement entre mari et femme, ou entre deux enfants partageant un foyer lorsque la loi applicable admet les testaments mutuels en pareil cas) répondent à des conceptions assez différentes entre pays de droit civil et pays de *common law*, et même dans une certaine mesure entre pays de droit civil. Ils peuvent ou non constituer l'accord en eux-mêmes mais, si tel n'est pas le cas, ils marquent l'aboutissement d'un tel accord. Si l'accord est antérieur, on peut en découvrir des traces dans les testaments, et il arrive souvent que les testateurs n'aient pas couché leur accord par écrit. Certains, naturellement, l'ont fait.

Dans les pays de *common law* les testaments mutuels ne sont qu'un moyen par lequel chaque testateur attribue des biens à l'autre, étant entendu qu'un tiers jouira des biens en question (en même temps que de ceux de l'héritier) à la mort du survivant. Toutefois, bien qu'en ce qui concerne les résultats la *common law* ne diffère pas du «testament de Berlin» de l'article 2269 du Code civil allemand (le *Bürgerliches Gesetzbuch*), la conception en est radicalement différente, et dans bien des pays de droit civil le simple fait de se conférer des avantages mutuels en cas de survie par testament établit la mutuelité des testaments, à condition qu'il y ait eu accord préalable pour que chaque testament ait ce résultat. Autrement dit, il n'est pas nécessaire qu'un tiers soit bénéficiaire. Le *Bürgerliches Gesetzbuch* lui-même va encore plus loin. L'article 2270 permet d'exécuter des testaments comme testaments mutuels dès lors qu'ils confèrent des avantages réciproques. L'accord en tant que tel n'est pas indépendamment exigé. L'intention de la Seizième session a été d'inclure tous ces arrangements testamentaires, et de les englober tous dans la formule «ou résultant de testaments mutuels». Dans tous les systèmes les testaments mutuels n'impliquent que les parties à l'accord et la succession de chaque partie est impliquée à l'égal des autres. A la différence de la situation concernant les pactes successoraux, les testaments mutuels, dans les systèmes de droit civil, sont plutôt considérés comme des actes unilatéraux conjugués que comme des accords. La succession de chaque testateur se trouve donc inévitablement mise en jeu et, non moins inévitablement, les non-testateurs restent en dehors de la «mutuelité».

92 La distinction entre accords créant, modifiant ou révoquant des droits à la succession d'un participant à l'accord d'une part, et les transactions *inter vivos* comme elles sont connues des systèmes de *common law* d'autre part, peuvent être faites de la manière suivante. L'accord successoral porte sur les avoirs qui constitueront le patrimoine d'une personne actuellement vivante à la mort de cette personne. Il peut en être de même d'une transaction entre vifs. Mais, alors que le pacte donne naissance à un droit futur sur ces avoirs, qui ne se concrétise qu'au moment du décès, la transaction *inter vivos* est complète en elle-même et crée immédiatement un véritable titre de propriété. Les accords examinés ici portent sur les droits existants à une part obligatoire (par exemple la *Pflichtteil* allemande) ou à l'héritage (par exemple la réserve, la légitime, etc.) et les transactions en question donnent naissance à des droits de propriété (ou de possession conditionnelle) dès la conclusion de l'accord ou de l'arrangement, le décès d'une partie à cette transaction étant l'occasion d'une simple

transmission de possession. La différence entre propriété et obligation en droit civil et la propriété créée par une *traditio* ou disposition (en l'occurrence «à cause de mort») sont des éléments du droit civil qui permettent une distinction claire entre le contrat et les successions et que l'on ne peut retrouver dans la conception des systèmes de *common law*. En *common law* la doctrine des *estates* ou des *interests in property* autorise non seulement des accords (et des donations) portant sur des droits de propriété, mais des dispositions qui sont d'ores et déjà complètes, le décès ne représentant que le moment de la réalisation physique. Cette façon de penser imprègne aujourd'hui un nombre considérable de transactions des systèmes de *common law*, et cela qu'elles trouvent leur origine dans des décisions judiciaires ou dans la législation contemporaine. La Seizième session a essayé d'en tenir compte en transférant dans l'article 1.2 d l'article 9 de l'avant-projet de Convention. Comme on l'a dit précédemment, l'article 1.2 d s'efforce d'exprimer cette distinction d'une manière nécessairement très succincte. L'article 1.2 d, on s'en souviendra, exclut ces transactions *inter vivos* du champ d'application de la Convention.

93 Les «droits dans la succession future» visent les droits prenant naissance au décès sur les biens qui constitueront alors le patrimoine du défunt, c'est-à-dire son patrimoine à son décès ou sa succession. Il s'agit ici de droits de propriété, et non pas de créances personnelles sur le patrimoine du défunt, bien que, ces créances constituant en elles-mêmes dans certains systèmes des droits de propriété, la distinction ne soit pas facile à faire dans tous les cas d'espèce. L'article 8 ne vise pas non plus la «succession future» au seul sens technique de «propriété future». Par «succession future» il faut entendre les biens qui constituent le patrimoine du défunt à son décès, et cela que finalement il s'agisse de biens qu'il possédait au moment de l'accord, de biens qu'il ne possédait qu'à sa mort ou des deux à la fois. Aucun système de *common law* n'autorise une personne à avoir un droit de propriété effectif sur des «biens futurs», à moins que la législation du pays intéressé ne l'autorise; on ne peut avoir qu'un droit personnel (contractuel) à recevoir le bien à partir du moment où celui-ci existe. Il n'y a pas d'exception. La situation particulière du bénéficiaire d'un testament entre le décès du *de cuius* et la fin de la période d'administration (c'est-à-dire un droit à des avoirs dont l'existence doit être établie sur une certaine masse) n'est pas envisagée ici. Et en droit français, à titre d'exemple de pays de droit civil, une donation n'est valable que si elle porte sur des biens existants.

Il peut y avoir intérêt à poursuivre l'exemple du droit français. La donation entre époux, donation autorisée de biens présents et futurs, constitue une exception délibérée à la règle. Dans la mesure où il s'agit d'une donation de biens existants, c'est une donation entre vifs qui sort du cadre de la Convention (article 1.2 d). La Convention s'appliquerait cependant à la donation entre époux comme donation de biens futurs puisque cette donation ne prend effet qu'au moment du décès du donateur (comme elle s'appliquerait à une donation de *common law* si une disposition immédiate à titre gratuit de biens futurs était possible). La donation de biens à venir (article 1084 du Code civil), donation portant sur des biens futurs, présente des caractéristiques hybrides de donation, de contrat et de testament. Il s'agit, dans un contrat de mariage pré-nuptial, d'une donation faite par un parent ou un étranger aux époux et à leurs enfants à naître. Mais cette donation a le caractère d'une deuxième exception à la règle générale du droit français qu'il ne peut y avoir aucune donation présente de biens futurs. C'est également une exception à la règle du Code

civil prohibant le pacte successoral. La Convention s'applique manifestement à une donation de biens à venir, sauf dans la mesure où le for de l'Etat contractant la qualifie de «question relevant du régime matrimonial» (article 1.2 c), et où, pour cette raison et dans cette mesure, elle sort du cadre de la Convention.

Le sens de la «succession future» peut être éclairé par une autre institution empruntée au droit français. La donation-partage est une donation entre vifs s'accompagnant d'un partage de biens appartenant au parent au moment de la donation; la donation est habituellement faite aux héritiers réservataires et est destinée par le parent donateur à satisfaire les droits réservataires. Toutefois, il s'agit d'une donation de biens existants et la Convention ne s'y applique pas; il n'y a pas de «disposition à cause mort».

Le pacte successoral ou pacte sur succession future représente essentiellement la donation de biens à venir; toutes les institutions de droit civil présentant les mêmes caractéristiques, et quel que soit l'Etat ou l'unité territoriale de l'Etat (par exemple le Québec), sont aussi des pactes successoraux. Mais un Etat contractant de droit civil ne doit pas oublier que toute donation de biens futurs ou tout accord portant sur de tels biens, même s'il peut être qualifié de pacte successoral, sortira néanmoins du cadre de la Convention si l'Etat contractant du for y voit une question de régime matrimonial.

Etant donné qu'en *common law* il n'y a pas d'exception à la règle qu'il ne saurait y avoir disposition de biens futurs que de façon indirecte par contrat prévoyant une contrepartie entre le disposant et le bénéficiaire putatifs, il paraît probable que les juridictions de *common law* concluront rarement qu'une disposition non testamentaire constitue une «disposition à cause de mort». La question qu'on posera cependant est celle de savoir si, dans l'hypothèse suivante, on se trouve en présence d'une «disposition à cause de mort»: le *de cuius* X convient avec Y moyennant contrepartie que X laissera par testament à Y un bien qu'il possède à ce moment («ma maison appelée «Greengables» à «Stow-in-the-Wold»). X meurt intestat et Y est un étranger par le sang qui survit à X, à qui il a versé la contrepartie promise. Selon le Rapporteur Y fait valoir une créance sur la succession de X, comme on l'a vu par ailleurs dans le présent Rapport. Y exige l'exécution d'une obligation contractuelle précise et, dans les pays qui connaissent l'enregistrement, ce droit, à compter de la date du contrat, sera inscrit comme grevant la maison en question. Un corollaire utile de cette conclusion est qu'aucune distinction n'a besoin d'être faite ni même esquissée entre les biens existants au moment du contrat et les biens qui peuvent exister dans l'avenir. La distinction est simplement celle qui est faite entre les dispositions testamentaires et non testamentaires, distinction bien connue en *common law* depuis le dix-septième siècle. Si H, dans son accord de séparation avec W, s'engage à lui «donner» «les trois quarts de mon patrimoine net à mon décès», il enfreint la règle suivant laquelle il ne peut faire de disposition à cause de mort que sous forme testamentaire. La prétendue «donation» est invalide.

Cela signifie que, pour les Etats de *common law*, le principal intérêt du Chapitre III de la Convention est qu'il réglemente d'une manière qui leur est utile, sous une forme internationalement acceptée, la façon dont ils reconnaîtront les pactes successoraux et les désignations de la loi applicable faite par voie de pacte dans les systèmes de droit civil.

Article 9

94 Cet article traite du cas – et il s'agit là des pactes successoraux les plus courants – où une personne, dont les biens présents et futurs sont grevés des réserves, légitimes ou parts obligatoires d'une ou plusieurs autres personnes, conclut un accord avec ces personnes affectant d'une certaine façon lesdits droits. Il se peut aussi que les biens présents ou futurs de l'intéressé ne soient pas grevés de la sorte par les droits des personnes avec lesquelles il conclut un pacte successoral. On a déjà vu l'exemple du veuf âgé et de sa gouvernante. Un droit sur certains biens peut ainsi être créé, ou l'étendue de la créance du détenteur d'un droit légitime à la mort de la personne dont les biens sont grevés peut être modifié, ou encore le droit peut disparaître au moment du décès en échange d'autres avantages. Par exemple, un père peut conclure un accord avec ses deux fils prévoyant que l'un d'eux, en échange de certains biens qui lui sont transférés immédiatement (sous forme de donation), renoncera à ses droits légitimes sur la succession au décès de son père, s'il survit à celui-ci (la donation pouvant être révoquée par le père si le fils prédécède), alors que l'autre fils, s'il survit à son père, jonira au décès de celui-ci de certains avantages stipulés en reconnaissance de ses droits légitimes. Ou encore, la personne dont la succession est en cause est mariée et cette personne conclut un pacte dans le contrat de mariage ou après celui-ci dans lequel il ou elle fait donation à son conjoint de ses biens futurs. Un autre exemple est celui d'un mari qui conclut un accord avec sa femme aux termes duquel elle obtiendra un certain type de biens ou une certaine quotité de ses biens futurs (c'est-à-dire existants à son décès).

95 Puisqu'il est possible de faire une réserve visant le Chapitre III (article 24.1 a), il appartiendra à l'Etat contractant de déterminer si la Convention doit s'appliquer à des situations de cette nature. Dans les pays de droit civil qui reconnaissent les pactes successoraux, et qui par conséquent ne réserveront ni ne dénonceront le chapitre, les situations évoquées ci-dessus relèvent manifestement de l'article 9.1, et la loi applicable en vertu de ce paragraphe (la loi objectivement vérifiée du *de cuius* ou, s'il y a eu désignation, la loi subjectivement affirmée) régira la validité au fond, les effets de l'accord et les circonstances qui entraîneront l'extinction de ces effets.

Par exemple, et bien que dans le droit interne de l'Etat contractant M le père et le fils ne puissent conclure valablement un accord (paragraphe 94, *supra*), le père, ressortissant de l'Etat M, conclut l'accord au lieu de sa résidence habituelle, l'Etat N, où un tel accord est valide. La loi de l'Etat N, en vertu de l'article 3.2 (c'est-à-dire si aucune loi n'a été désignée), est la loi applicable de l'accord (article 9). L'Etat M est tenu de reconnaître la validité de cet accord; il reconnaîtrait probablement aussi la validité du contrat de mariage entre le père et son épouse régi par la loi de l'Etat N. De plus, si le père rédige ultérieurement un testament dans l'Etat M sans désigner de loi pour régir cette disposition testamentaire, la loi selon l'article 3.2, c'est-à-dire la loi applicable au pacte, sera aussi applicable au testament.

Il ne faudrait pourtant pas conclure de cet exemple que la succession d'une personne ne saurait être régie par deux lois applicables. L'article 9 suppose qu'un pacte peut être régi par la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle du *de cuius* au moment où le pacte est conclu, la succession, en dehors de cela, étant régie par la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle du *de cuius* à son décès. Lorsqu'un pacte existe, l'article 7.1 est à prendre avec le Chapitre III de la Convention. Voir

le paragraphe 68, *supra*, sur la dualité de lois applicables.

96 Dans les systèmes de *common law*, cependant, la situation est différente. Nul ne peut faire don de biens futurs, ainsi qu'on l'a expliqué précédemment (voir les paragraphes 46 et 93, *supra*). Les biens futurs ne peuvent être l'objet que d'un contrat, c'est-à-dire de l'engagement moyennant contrepartie de transférer un bien quand celui-ci existera. La contrepartie doit être actuelle, ou il peut s'agir d'un mariage en échange de la promesse faite. Chacun des exemples donnés ci-dessus doit pouvoir être qualifié de contrat; autrement dit, les effets sont envisagés entièrement comme des effets contractuels. Si le père ou le mari susvisés vend les biens dont il s'agit pendant la vie des parties, il y aura rupture de contrat.

Par exemple, des parents âgés peuvent convenir avec un enfant que, si celui-ci s'occupe d'eux jusqu'à ce qu'ils meurent tous les deux, la maison qu'ils occupent lui sera laissée dans le testament du survivant. Ultérieurement les deux parents meurent intestats et plusieurs enfants et petits-enfants survivent. L'enfant qui aura fourni ses services et dont les espoirs sont déçus dispose d'une action contractuelle. S'il ne lui est pas possible de prouver l'existence d'un contrat, cet enfant pourra probablement exercer une action pour enrichissement sans cause (demandes quasi contractuelles et demandes de *constructive trust*). L'enfant ayant tenu compte de toute attribution judiciaire éventuelle sur la succession du survivant, il est peu probable qu'un tribunal du pays en question estimerait que son droit à recevoir en tant qu'enfant une part «juste et équitable» du patrimoine des parents en vertu d'une loi de protection de la famille serait modifié s'il obtenait gain de cause dans son action en rupture de contrat ou pour enrichissement sans cause.

En d'autres termes, le statut d'un créancier n'est pas une question de «succession». Il peut certes y avoir une incidence sur la «succession» en ce sens que les biens disponibles pour dévolution aux héritiers et légataires seront de ce fait diminués, mais aucun rapport de l'enfant ne se justifierait et, bien que la question ne soit pas indubitable dans le droit interne de nombreux systèmes de *common law*, il semblerait que les effets de l'accord soient entièrement contractuels. Bien que la disposition de la maison dans le testament du parent survivant se réalise au décès de celui-ci, il reste que la disposition n'est pas un acte volontaire créant des droits de succession, mais l'accomplissement par le parent d'un contrat exécutoire (ou le fait pour le parent d'éviter une situation d'enrichissement sans cause).

Dans les systèmes de *common law* des arrangements du genre: «tu auras ma maison en vertu de mon testament, si tu fais pour moi ceci ou cela» sont conclus par des personnes qui sont mal informées légalement. Souvent, il en va de même des testaments mutuels. Un juriste préconisera presque invariablement la constitution d'un trust entre vifs, en prévoyant normalement que les deux parents conserveront la jouissance du bien ou des biens spécifiés leur vie durant, et que l'enfant ou les enfants auront un droit irrévocable à entrer en possession à la mort du survivant. Les *trustees* transféreront alors à l'enfant le titre correspondant. Voir le paragraphe 46, *supra*.

Paragraphe 1

97 La loi applicable soit en vertu de l'article 3 soit en vertu de l'article 5.1, si la personne dont la succession est concernée par l'accord a désigné une loi pour régir sa «succession», déterminera la «validité au fond» du pacte successoral, ses «effets» et «les circonstances en-

traînant l'extinction de ces effets». Les questions de forme, autres que les exigences pour la création de la *pro-fessio juris*, sont de la compétence du for comme on l'a expliqué précédemment (voir les paragraphes 41, 66 et 90, *supra*). Le for déterminera également la signification de la «validité au fond».

Les «effets» de l'accord ont donné lieu à de vives discussions au sein de la Commission II parce que, dans les pays qui autorisent les pactes successoraux, certains des effets du pacte, puisqu'il s'agit d'un accord, ont un caractère contractuel (et sont donc soumis à la loi régissant l'accord en tant que contrat), et d'autres concernent la «succession» du fait qu'ils créent, modifient ou dévient des droits d'héritage inaliénables. Il a été suggéré que les effets entre les parties soient régis par la loi contractuelle et les effets pour les tiers par la *lex successionis*. Or cette distinction ne peut pas toujours être faite; de plus elle reviendrait à consentir à une autre scission. On a estimé en définitive que mieux valait soumettre tous les effets du pacte à la *lex successionis* qui, en vertu de ce paragraphe, est la *lex successionis* de la personne dont le patrimoine est concerné, à la date de l'accord. La même disposition relative aux «effets», conformément à l'article 7.1, s'applique aussi aux testaments mutuels. Néanmoins, dans les systèmes où il existe un rapport de causalité entre l'accord et les testaments mutuels, il faudra distinguer les «effets» qui relèvent de l'accord de ceux qui relèvent de la «disposition à cause de mort». Autrement dit, les testaments mutuels sont de pures dispositions. En tant que testaments ils ne comportent aucun élément d'accord, bien que leur contenu puisse laisser supposer qu'un accord préexistait. En revanche, dans la République fédérale d'Allemagne, où l'élément de l'accord n'existe pas, la validité au fond, les effets et l'extinction sont nécessairement régis par la loi applicable en vertu du Chapitre III.

La Commission spéciale avait prévu la «révocabilité» de l'accord, mais ce terme n'a pas rencontré la faveur de la Commission II. En premier lieu, un testament est révocable en tant qu'acte unilatéral, mais, a-t-on demandé, comment pourrait-il y avoir révocation unilatérale d'un acte bilatéral tel qu'un pacte successoral? On a cependant souligné à l'intention de la Commission qu'en France la révocation d'un pacte peut être non seulement unilatérale, mais que l'autre ou les autres parties au pacte peuvent ne pas en être averties. Dans la République fédérale d'Allemagne, en revanche, les pactes successoraux et les testaments comportant des dispositions réciproques, c'est-à-dire les testaments mutuels, peuvent être unilatéralement révoqués lorsque l'autre partie a été avisée et que, ou bien l'accord comporte une clause autorisant la révocation, ou bien une telle conduite d'une des parties ou d'un bénéficiaire de l'accord qui aurait pour conséquence la perte de leur réserve, justifie la révocation de la part de l'autre. Dans les pays de *common law* les testaments mutuels, comme on l'a dit, représentent la mise en œuvre d'un engagement de ne pas révoquer les testaments rédigés en exécution d'un plan de répartition concerté de chaque succession en faveur du survivant et, sous cette réserve, de tiers. Chacun de ces testaments peut être révoqué par son auteur sans que l'autre en soit informé, mais uniquement tant que l'un et l'autre sont en vie.

La Commission II n'était pas à même d'entreprendre une réforme des droits matériels des Etats membres et, de toute façon, il n'est pas douteux que la loi applicable décide si la révocation peut ou non être unilatérale; on a cependant estimé qu'il pouvait y avoir lieu de revoir le terme «révocabilité», qui soulevait d'ailleurs d'autres difficultés. Il est peut-être clair que la loi applicable détermine ce qu'il faut entendre par «révocation», et

qu'elle peut en réglementer la forme (bien que, comme «disposition à cause de mort», la forme de la révocation soit exclue de la Convention), mais l'on a estimé que le terme «révocabilité» était décidément trop étroit. Le mot «révocation» n'exprime pas comme il convient l'extinction des contrats synallagmatiques et des testaments mutuels. C'est ce qui a amené la Commission à retenir pour finir la formule «les circonstances entraînant l'extinction de ces effets».

Paragraphe 2

98 Bien que la solution choisie dans ce paragraphe, à savoir celle d'une règle en faveur de la validation des pactes successoraux, ait déjà été adoptée par la Commission II, le Comité de rédaction a mis ledit paragraphe entre crochets. Il tenait à ce que la Commission réfléchisse de nouveau à la question. Cependant, à la suite d'un vote partagé (neuf voix contre neuf) la décision antérieure a été maintenue en vertu du règlement de la Conférence de La Haye. Onze délégations se sont abstenues.

Le vote en faveur du présent paragraphe s'explique par le désir de faciliter la reconnaissance de ces pactes. Dans l'hypothèse où la loi applicable (atteinte par la voie de l'article 3 ou de l'article 5.1) à la date de la rédaction de l'accord ne valide pas celui-ci, alors que la loi applicable au moment du décès le ferait, il a paru de bonne politique de donner effet à cette dernière. On a souligné que les gens concluent souvent des arrangements de cette nature (accords entre maris et femmes concernant leurs biens et accords portant sur la succession à des intérêts commerciaux) avant un changement de résidence habituelle, par exemple lors de la retraite, et que de toute façon une seule succession est en cause.

L'attitude opposée correspondait à une position de principe et à une objection pratique. Certaines délégations estimaient que le seul moment auquel la loi applicable à un accord (un contrat) peut être déterminé est la date de l'accord. Ces délégations se préoccupaient aussi du conflit mobile que le paragraphe alors proposé (le paragraphe 2 actuel) susciterait. Le représentant des notaires a fait observer que des accords de cette nature ne devraient être conclus que lorsque la partie ou les parties dont les successions sont en cause, se sont installées à leur nouvelle résidence habituelle. Toutefois, l'objection pratique à l'article 9.2 était qu'un accord invalide au moment de sa rédaction demeure en suspens jusqu'à la mort de la personne dont la succession est en cause. Quelle serait la situation, a-t-on demandé, si l'accord imposait à une partie d'accomplir certains actes durant la vie de toutes les parties à l'accord? Jusqu'à la mort de la personne dont la succession est en cause, nul ne saurait si l'accord serait validé pour finir. On a fait observer qu'une forte pression était ainsi exercée sur cette partie afin qu'elle change sa résidence habituelle de manière à obtenir la validation. A la Session plénière finale la délégation suisse a été l'une des deux délégations qui se sont abstenues dans un vote sur ce paragraphe et elle a souhaité que son abstention soit consignée au Rapport.

Le paragraphe 2 figurant désormais dans la Convention, il convient de répondre aux objections qu'il avait suscitées. Si la loi applicable au moment du décès de la personne dont la succession est en cause validait l'accord, cette même loi devrait nécessairement déterminer quel effet cette validation tardive pourrait avoir sur la situation de la partie qui aurait dû accomplir certains actes avant que ne s'ouvre la succession. La question est de savoir si cette partie innocente qui n'a pas accompli certains actes, doit perdre ses droits à succéder en vertu de

l'accord désormais valide au motif que l'inexécution est une rupture de l'accord. La même loi doit également déterminer si l'inexécution des actes requis à la date du décès de la personne dont la succession est en cause (y compris du fait de l'éventuelle incapacité de celui qui aurait dû accomplir les actes à ce moment) priverait l'accord de la validité au fond qu'il aurait eu sans cela. Le paragraphe 2 soumet comme il sied les effets de l'accord, et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets, à la loi successorale de l'intéressé (la personne dont la succession est en cause) à son décès, si c'est cette loi qui valide matériellement l'accord.

Article 10

99 Alors que l'article 9 vise le cas où le pacte ne concerne que le patrimoine d'une seule personne (et la présente Convention s'occupe uniquement du ou des patrimoines concernés, parce que ce sont ces patrimoines qui posent des problèmes de «succession»), l'article 10 joue lorsque deux ou plusieurs successions sont concernées par le pacte successoral ou par des testaments mutuels.

Paragraphe 1

100 Ce paragraphe prévoit que lorsque deux ou plusieurs successions sont concernées, ce sont les lois de l'article 3 et/ou de l'article 5.1, et uniquement à la date où le pacte a été conclu, qui régissent la succession. Par exemple, un père riche et sa femme ayant sa propre fortune concluent un pacte successoral avec leurs trois enfants, portant sur la légitime qui reviendrait à chaque enfant au décès de chacun des parents. Les lois applicables au moment de la conclusion de l'accord sont les seules qui entrent en ligne de compte.

Bien que la Commission ait auparavant envisagé ici aussi une règle de validation, il est apparu par la suite que des problèmes pratiques sérieux se posent à partir du moment où une ou plusieurs successions sont en cause. Le conflit mobile est plus large, et l'on ignore, jusqu'au décès de la dernière partie dont la succession est en cause, si l'accord sera validé par toutes les lois applicables à la date du décès. Lorsque deux ou plusieurs successions sont concernées, il peut aussi se poser des questions bilatérales de nature contractuelle.

Lorsque le Comité de rédaction a fait rapport à la Commission II et lui a soumis une série de variantes qui auraient permis la validation par l'une ou l'autre loi plutôt qu'une validation cumulative, et lui a indiqué les conséquences qui en résulteraient pour la révocabilité et les effets de l'accord, il est apparu au cours du débat que seule la position cumulative était envisageable. La Commission II en est donc revenue à la validation au fond par l'effet cumulé des lois. Toutefois on a estimé que, si ce type de validation devait être adopté, la révocabilité (ou l'extinction, pour employer le terme actuel) devrait aussi être soumise à la règle cumulative, si l'on ne voulait pas qu'une partie puisse mettre fin à l'accord au nom de toutes les parties parce que l'une des lois de validation aurait permis la révocation. De plus, les effets de l'accord devraient être ceux que toutes les lois applicables en question reconnaissent comme tels.

La solution retenue par la Convention en son état actuel est donc celle de l'effet cumulatif des lois. Toutes les lois applicables, que ce soit en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1 (et ce peut être la loi de l'article 3 pour une partie et la loi de l'article 5.1 pour une autre), de chacune des parties dont la succession est concernée, doivent 1) admettre la validité de l'accord au fond, 2) coïncider quant aux effets, et 3) coïncider quant aux circonstances entraînant l'extinction de ces effets.

Le paragraphe 1 traite de la validité au fond, il impose la validité cumulative et spécifie que les lois applicables sont exclusivement celles de la date de l'accord.

Paragraphe 2

101 Ce paragraphe ajoute que les lois déterminées en vertu du paragraphe 1 régissent également de façon cumulative les problèmes des effets et de l'extinction.

Article 11

102 Cet article prévoit une *professio juris* pour les pactes successoraux et les testaments mutuels. Il s'applique évidemment à chacun des testaments mutuels, au nombre de deux ou plus, mais, pour ce qui est des pactes successoraux, il s'applique quel que soit le nombre des successions visées par l'accord. Si un père conclut un pacte avec ses trois enfants adultes au sujet de leur légitime, les quatre parties peuvent choisir soit la loi de la nationalité du père, soit la loi de sa résidence habituelle – dans l'un et l'autre cas à la date de l'accord – pour régir les trois sujets déjà examinés à propos de l'article 9, à savoir la validité au fond, les effets de l'accord et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets. Pour en revenir à l'exemple antérieur des parents riches, si un père riche et une mère possédant sa propre fortune concluent un pacte avec leurs trois enfants adultes au sujet de la légitime de chacun d'eux, les cinq parties peuvent convenir que la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle du père ou de la mère au moment de l'accord régira ces trois questions.

C'est là un progrès très important pour les personnes qui concluent des pactes, ou qui rédigent des testaments mutuels, du fait que les parties à un accord intéressant deux ou plusieurs successions peuvent, au moment où elles concluent cet accord, choisir de ne faire intervenir qu'une seule loi applicable, assurant ainsi la validité de l'accord. Qui plus est, tous les rédacteurs d'accords et de testaments mutuels peuvent ainsi faire en sorte qu'une seule loi régisse chaque succession.

L'article 3 peut entrer en jeu si les parties ne font pas de choix valable, et cela que l'accord porte sur une ou plusieurs successions. Cependant, si une seule succession est concernée, reste la possibilité que, si l'accord n'est pas validé par la loi selon l'article 3 au moment où il est conclu, il le sera par la loi selon l'article 3 à la date du décès du *de cuius*. Toutefois l'absence d'une loi expressément désignée pour valider l'accord, et cela quel que soit le nombre des successions concernées, n'autorise pas les parties à désigner subsidiairement une autre loi, éventuellement la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle du *de cuius* à la date effective de sa mort. La raison en est évidente. Lorsque les parties, eu vertu de l'article 11, désignent une loi devant régir leur accord, elles adoptent leurs propres arrangements, et il n'y a pas lieu que la validité de l'accord reste en suspens jusqu'à une date ultérieure. Si les parties ont été mal conseillées ou n'ont consulté personne, elles peuvent se retourner contre leur conseiller ou doivent ne s'en prendre qu'à elles-mêmes. Une validation sous condition suspensive n'est pas à recommander quand les parties ont désigné une loi pour régir l'accord, même si l'y a qu'une seule succession en jeu. Une majorité appréciable des délégations ayant pris part au vote sont parvenues à cette conclusion, tout en persistant à soutenir la politique consacrée par l'article 9.2.

Article 12

103 L'effet du premier paragraphe de cet article est qu'aucune personne disposant d'une réserve, d'une légitime, d'un *forced share* ou d'une part attribuée par les tribunaux en vertu de la loi prévue à l'article 3 ou à l'article 5.1 ne puisse, au décès de la ou des personnes dont les successions sont en cause, invoquer la loi ou les lois prévues aux articles 3 ou 5.1 de cette ou de ces personnes à la date de l'accord, et ensuite prétendre qu'en vertu de la loi applicable au décès ou d'une de ces lois l'accord est invalide, ce qui lui permettrait de revendiquer encore la réserve, légitime, etc. Le second paragraphe fait en sorte que ceux qui ne sont pas parties à un tel accord ne perdent pas pour autant – en raison des termes de l'accord et par l'effet des articles 9, 10 ou 11 – leur réserve ou leur légitime en vertu de la loi applicable (la loi prévue à l'article 3 ou à l'article 5.1). L'article constitue en quelque sorte une protection nécessaire contre ceux qui voudraient profiter deux fois de leurs droits successoraux inaliénables, et pour ceux qui seraient indûment privés par d'autres de tous leurs droits.

L'article reste tel qu'il était dans l'avant-projet de Convention, et l'on pourra donc se contenter ici de brèves explications.

Paragraphe 1

104 Les articles 9.1, 10 et 11 précisent que la validité de l'accord au fond, ses effets et les circonstances entraînant l'extinction de ces effets, dépendent de la *lex successionis*, déterminée objectivement ou subjectivement, applicable aux successions concernées, «en cas de décès au jour où l'accord a été conclu». Mais supposons que la loi applicable à l'intéressé ou aux intéressés à la date du décès ne considère pas l'accord comme valide au fond. Une partie à l'accord qui a bénéficié d'un avantage à la date de celui-ci aux lieu et place de sa légitime, de sa réserve, etc., peut-elle revendiquer sa réserve comme si l'accord n'était pas intervenu? La réponse est bien entendu négative, et l'objet du paragraphe est de veiller à ce que personne ne cherche à exploiter la situation à la date du décès, et tire profit de ce comportement inqualifiable.

Il pourrait aussi être dans l'intérêt d'un légataire universel, n'étant pas lui-même réservataire, de prétendre en vertu de la *lex successionis* en vigueur au moment du décès que l'accord entre vifs est invalide. Le paragraphe l'interdit également.

Dans le Rapport sur l'avant-projet de Convention (Document préliminaire No 12, paragraphe 52), deux exemples de l'application du paragraphe étaient fournis; on pourra utilement s'y reporter.

Paragraphe 2

105 Il est difficile d'imaginer un système juridique dans lequel une personne étrangère à un accord privé verrait ses droits sérieusement affectés par cet accord. La Commission spéciale et la Commission II ont cependant tenu à souligner que rien n'était plus éloigné des intentions de la Convention. Alors que le paragraphe 1 porte sur la substance de la *lex successionis* à la date du décès, le présent paragraphe vise la *lex successionis* à la date de l'accord. La Convention impose aux Etats contractants une obligation selon laquelle, quelles que soient les dispositions de fond de la loi applicable à la date de l'accord (la loi qui valide l'accord) sur les droits des personnes qui n'y étaient pas parties, ces droits – s'il s'agit de

droits à une réserve, une légitime, un *forced share*, etc., en vertu de la *lex successionis* à la date du décès de la ou des personnes dont la succession relève de l'accord – conservent tous leurs effets.

Par exemple, supposons que H conclue avec F lors de la dissolution de leur mariage un accord suivant lequel, en échange des biens que F reçoit de H, F et l'enfant en bas âge né du mariage, dont F est la gardienne, abandonneront toute prétention contre la succession de H à son décès. Supposons également que cet accord soit pleinement valable en vertu de la *lex successionis* de H à la date de l'accord de séparation. Cette loi n'empêche pas l'enfant, au décès de H, de revendiquer ses droits réservataires en vertu de la *lex successionis* de H lors du décès. Cela suppose, bien entendu, que la loi applicable lors du décès est différente de celle qui eût été applicable si H était mort au moment de la conclusion de l'accord.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 13

106 C'est là une clause concernant les *commorientes*. Elle ne vise pas cependant à unifier sur le fond les droits internes des Etats contractants quant à la façon dont ils règlent (ou ne règlent pas) la situation lorsque l'ordre de décès d'une ou plusieurs personnes n'est pas connu. L'article envisage les circonstances très précises dans lesquelles des lois différentes s'appliquent à la succession de deux ou plusieurs de ces personnes, lesdites lois apportant des solutions différentes au problème ou n'en apportant aucune.

A la Commission II, on a attiré l'attention sur l'article 2 des dispositions communes annexées à la Convention du Benelux du 29 décembre 1972 sur les *commorientes*, mais cet article constitue une disposition de fond générale et unificatrice pour les *commorientes*, et plusieurs délégations ont jugé préférable de laisser à chaque Etat ou système juridique le soin de résoudre la question à sa guise. En fait, nombreux sont les Etats et les systèmes juridiques qui prévoient déjà des dispositions à cet égard. Il reste cependant l'élément international susmentionné, et la Commission II est parvenue à la conclusion qu'une règle se justifiait. Elle a estimé d'autre part qu'il n'y avait pas lieu de prévoir une disposition dans la Convention pour le cas où les lois successorales des personnes décédées coïncident.

On a reconnu qu'il convenait de faire en sorte qu'aucun des comourants n'hérite de l'autre ou des autres. La difficulté était toutefois d'exprimer cette idée de la façon la plus satisfaisante pour tous les systèmes juridiques sans porter atteinte aux dispositions relatives à la substitution (ou «*anti-lapse*»). La Commission était d'abord en faveur de la rédaction: «chacune de ces personnes sera considérée comme ayant prédécédé l'autre ou les autres», qui autorisait clairement la substitution d'une autre personne à l'héritier ou au légataire décédé avec les autres. Toutefois, des délégations en sont venues à estimer, lors d'une lecture ultérieure, que ces termes étaient insuffisamment explicites; il n'en ressortait pas qu'aucune des personnes décédant simultanément ne pouvait hériter des autres. En conséquence, le texte actuel de l'article 13 a été adopté.

107 L'application de l'article peut être illustrée comme suit: X et Y sont des frères âgés de 45 ans et 47 ans. X est marié, a deux enfants et réside habituellement dans l'Etat de Fantasia, dont il est aussi ressortissant. Y est

marié sans enfant et, bien qu'également ressortissant de la Fantasia, réside habituellement en Arcadie, dont, dans un pacte successoral, il a désigné la loi comme loi applicable à sa succession. La Fantasia et l'Arcadie sont Etats contractants. Au cours de vacances prises ensemble en Ruritanie, X et Y sont tués dans un accident d'automobile, l'un et l'autre étant morts au moment où la police est arrivée sur les lieux. A part les réserves de l'épouse et des enfants (dans le cas de X), chacun des frères a légué tous ses biens à l'autre. La loi de la Fantasia (loi applicable de X) prévoit que, si un légataire ne survit pas 30 jours au défunt, il ne peut en hériter ni hériter par son intermédiaire. En vertu de la loi de l'Arcadie (loi applicable de Y) les défunts sont réputés avoir décédé par ordre d'ancienneté. X était plus âgé que Y. X n'aura aucun droit sur la succession de Y, parce qu'en vertu des deux lois applicables il ne peut succéder. En Fantasia il n'a pas survécu plus de 30 jours et en Arcadie il était le plus âgé. La Convention ne s'applique pas de toute façon, les deux lois n'apportant pas de solutions différentes en l'espèce. Elles parviennent l'une et l'autre à la même conclusion, encore que par un chemin différent; il n'y a pas davantage de raison que la Convention s'applique en ce cas que lorsque chaque système juridique non seulement parvient à la même conclusion que l'autre, mais le fait en suivant le même raisonnement (par exemple en présumant que c'est le plus jeune qui survit).

Les droits de Y sur la succession de X soulèvent des problèmes. En vertu de la loi applicable (article 3) à la succession de X, Y n'a aucun droit parce qu'il n'a pas survécu plus de 30 jours à X, mais, selon sa propre loi applicable, il vient à la succession en tant que légataire parce qu'il était le plus jeune et est censé avoir vécu plus longtemps.

La Convention remplace la loi antérieure de la Fantasia comme de l'Arcadie dans cette situation de conflit de lois. Aucun des frères n'avait de droit de succession sur l'autre. Toutefois, la loi de la Fantasia comporte des dispositions «*anti-lapse*» (substitution de légataire), et comme rien n'indique que X ait été d'une intention contraire, la veuve de Y est subrogée comme légataire à son époux décédé. Dans la loi arcadienne il n'existe pas de disposition «*anti-lapse*». Il n'y a pas de disposition de substitution dans le testament de Y pour le cas où X prédécéderait. Par conséquent, la succession de Y est dévolue comme si X était prédécédé et n'avait pas non plus laissé d'épouse ni d'enfants.

Article 14

Paragraphe 1

108 La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance prévoit que la loi régissant un trust «dont la preuve est apportée par écrit» est la loi choisie expressément ou tacitement par la ou les personnes créant le trust. Si aucune loi n'est désignée, la Convention sur le trust stipule que la loi applicable au trust sera celle avec laquelle le trust présente le lien le plus étroit. Un «trust» aux fins de la Convention sur le trust est décrit à l'article 2 de cette Convention; cette description présente un intérêt considérable pour les Etats qui n'ont pas ratifié ladite Convention mais qui seront Parties contractantes à la Convention actuelle. On notera que la Convention sur le trust vise le trust exprès, qu'il soit privé ou public (c'est-à-dire charitable). Elle concerne également les trusts reposant sur une intention tacite (voir le paragraphe 51 du Rapport sur la Convention relative au trust, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quinzième session, tome III,

p. 380-381), mais non les *constructive trusts*. Les trusts sont chose courante dans les testaments rédigés dans les pays de *common law*, et la Convention sur le trust leur est applicable (article 2 de la Convention). La plupart des systèmes juridiques modernes exigeant presque invariablement un testament écrit, il est d'autre part fort probable que l'article 3 («trusts créés volontairement et dont la preuve est apportée par écrit») de la Convention sur le trust sera respecté.

Selon la Convention sur le trust le testament n'est que l'instrument permettant de créer celui-ci; le trust en tant que notion juridique se distingue du testament. Les deux sont traités séparément; la Convention sur le trust indique comment ce dernier doit être traité. Ce traitement séparé signifie que les règles de conflit régissant la validité formelle et matérielle du testament ou autre disposition à cause de mort ne sont pas nécessairement celles qui régiront la validité formelle et matérielle du trust résultant de ladite disposition.

Par exemple, si T, qui réside habituellement en Arcadie, Etat de *common law*, rédige un testament désignant la loi arcadienne comme devant régir sa succession, y fait un certain nombre de legs à des amis et laisse le reste de son patrimoine en trust à sa femme sa vie durant et à ses trois enfants au décès de sa femme, un certain nombre de lois sont virtuellement applicables. La validité formelle du testament sera régie par la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires*, si l'Arcadie y est Partie contractante, et sa validité au fond par la présente Convention, à supposer que, là encore, l'Arcadie soit un Etat contractant. La validité formelle du trust (le «*trust of the residue*») n'est pas couverte par la Convention sur le trust; cette validité formelle est plutôt celle de l'instrument créant le trust (voir le paragraphe 83 du Rapport de la Convention sur le trust), en l'occurrence le testament. La validité formelle du testament entraînera la validité formelle du trust. Il peut arriver cependant que le reliquat du patrimoine de T se trouve dans l'Etat voisin du Nirvana – Etat de *common law* – et que, dans son testament, T ait désigné des *trustees* qui résident dans cet Etat et ont l'intention d'y administrer le trust. Par suite, malgré sa désignation de la loi arcadienne pour régir sa succession en vertu de la présente Convention, le choix de T ne s'étend pas au trust, si l'Arcadie a ratifié la Convention sur le trust, à moins que l'on ne puisse établir que l'intention de T était que la loi arcadienne régie également le trust. Comme il n'a pas dit que la loi arcadienne régit autre chose que sa succession, et puisqu'il a désigné des *trustees* du Nirvana pour administrer les biens soumis au trust et situés au Nirvana, il est probable qu'en vertu de l'article 7 de la Convention sur le trust la validité au fond du trust sera considérée comme étant déterminée par la loi du Nirvana.

Cela démontre une fois de plus à quel point il importe que les praticiens qui rédigent pour leurs clients des dispositions à cause de mort veillent à ce que le client en tant que testateur (ou partie à un pacte successoral) précise à quelle fin il exerce la *professio juris*. Est-ce pour la totalité de la «succession», pour un pacte particulier ou pour des testaments mutuels envisagés, pour certains biens sis en un lieu particulier, pour la «succession» et le trust testamentaire? Ce ne sont là que quelques exemples des questions qui peuvent se poser pour le client.

Bien entendu, si le for est un Etat contractant à la présente Convention, mais non à la Convention sur le trust, le for appliquera au trust testamentaire sa propre loi, sa loi interne et ses règles de conflit. C'est en songeant à cette éventualité que l'article 14 prend soin de préciser: «ne fait pas obstacle à l'application d'une autre loi pour

régir le trust». Il y a là une référence indirecte à la Convention sur le trust et un rappel adressé aux praticiens et aux autorités des Etats qui ont ratifié cette Convention. Le paragraphe 1 de l'article 14 de la présente Convention montre bien en outre que la disposition vaut dans les deux sens, à savoir que l'application de la *lex successionis* de la Convention n'empêche pas d'appliquer une autre loi pour le trust, et que l'application de la loi de la Convention sur le trust régissant celui-ci n'empêche pas d'appliquer à d'autres égards la *lex successionis*.

Si l'on suppose que le for a ratifié les deux Conventions, un autre point est à signaler. Dans les pays de *common law* il n'est pas rare que, dans son testament, le testateur dispose de biens faisant partie de son patrimoine en faveur des *trustees* d'un trust entre vifs existant, afin d'«étouffer» celui-ci. Le trust entre vifs n'est pas, de toute manière, (et mise à part la Convention sur le trust) une «disposition à cause de mort»; il est donc exclu de la présente Convention en vertu de l'article 1.2 d. Toutefois le procédé du legs aux *trustees* du trust entre vifs constitue une disposition à cause de mort, et tombe sous le coup des articles 7.2 a et e.

Paragraphe 2

109 La Commission spéciale avait recommandé ce paragraphe et le précédent et, à un changement de rédaction près («disposition à cause de mort» dans le nouveau texte), le Chapitre III faisant désormais partie intégrante de la Convention, la Seizième session n'a rien modifié. Les mots «Les mêmes règles», qui figurent au début du paragraphe, veulent dire qu'il n'est pas interdit à un Etat contractant d'appliquer une autre loi, quelle qu'elle soit, aux «fondations et institutions similaires créées par dispositions à cause de mort». La Convention reconnaît dans ce paragraphe que, dans la tradition de la *common law*, le trust n'a pas la personnalité juridique. En revanche, dans le cas où le même résultat est obtenu par la constitution d'une société ou la reconnaissance légale de la personnalité juridique, que ce soit dans des Etats de droit civil ou dans des Etats de *common law*, la Convention, par ce paragraphe, permet à l'Etat contractant d'appliquer à cette personne morale une autre loi que celle qui serait applicable au *de cuius* en vertu de la Convention. En employant les mots «par analogie», la Seizième session n'a pas voulu obliger l'Etat contractant à entreprendre chaque fois une enquête sur le point de savoir si la personne morale en question a les mêmes effets qu'un trust. Elle dit simplement qu'une «institution» au sens français du terme peut être traitée de la même manière qu'un trust. La fondation est distinguée des autres institutions parce que certaines délégations ont estimé à la Commission spéciale que cette précision permettrait à leurs Etats de mieux comprendre l'application qu'on entend donner à ce paragraphe.

Article 15

110 Cet article prévoit que lorsque la *lex situs*, en fonction des politiques économiques, familiales ou sociales dont elle s'inspire, impose un ordre successoral particulier sur des avoirs ou des opérations se trouvant ou s'accomplissant sur son sol, la loi applicable, quand elle diffère de la *lex situs*, cédera le pas à celle-ci dans ce domaine successoral particulier. Par exemple, la loi du *situs* peut disposer que, dans le cas des exploitations agricoles familiales ne dépassant pas une certaine dimension, l'exploitation doit être intégralement transmise dans la lignée mâle du propriétaire. Dans un autre cas la préoccupation ne portera pas tellement sur une lignée particulière, mais sur le fait que, quel que soit le

type de propriété, que l'exploitation appartienne à un individu, une société ou une association, elle ne sera divisée, ni comme immeuble ni sous forme de parts ou de droits, pour la raison que deux ou plusieurs personnes pourraient hériter soit de la totalité, soit d'une part chacune, mais restera indivise. Le principe de cet article peut également être étendu à des biens meubles.

L'article présente deux caractéristiques distinctes: il concerne la loi successorale en ce sens qu'il s'agit d'une personne héritant d'une autre, et il contient une règle de conflit de lois. Ce sont là deux caractéristiques que la Seizième session tenait particulièrement à maintenir, et qui se trouvaient déjà dans l'avant-projet de Convention transmis par la Commission spéciale.

111 L'article ne s'applique pas aux dispositions du *situs* concernant, par exemple, la possibilité pour des étrangers de posséder des terrains en bord de mer, sur les frontières de l'Etat ou d'avoir un intérêt dans des entreprises d'importance nationale telles que des entreprises de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, etc. ou des centrales nucléaires. A la Commission spéciale, et à nouveau au cours de la Seizième session, certains délégués ont exprimé le souci de leur gouvernement de voir de tels intérêts protégés, notamment par cet article. La délégation mexicaine en particulier a demandé que la «sécurité nationale» soit ajoutée aux considérations relatives à la «destination économique, familiale ou sociale». Le Gouvernement mexicain attachait une grande importance à cette adjonction. Bien que la Commission eût accueilli avec une très grande sympathie cette préoccupation de la délégation mexicaine, la majorité a estimé qu'en réalité sa place était à l'article 18, comme question d'ordre public. Pour la grande majorité des délégués l'article 15 ne se justifiait que comme règle de loi successorale relative au conflit de lois, et la Commission ne devait pas s'écarter des critères énumérés sans perdre tout contrôle sur la façon dont les tribunaux du monde entier pourraient appliquer l'article dans les années à venir. Il a cependant été décidé que l'intérêt manifesté à ce sujet par le Gouvernement mexicain, qui était animé par un très profond souci d'ordre public, serait souligné dans le Rapport.

L'article n'est pas non plus censé s'appliquer lorsque des biens meubles liés à l'histoire et à la vie de l'Etat ou de ses populations sont soumis dans le *situs* à une règle interdisant les transactions privées. En d'autres termes, l'Etat peut se réserver d'agréer les personnes ou les institutions qui posséderont de tels biens.

112 L'article prévoit que les régimes successoraux particuliers du *situs* s'appliquent aux «immeubles, entreprises ou autres catégories spéciales de biens», et que les règles elles-mêmes dépendent de la «destination économique, familiale ou sociale» de ces biens. La question est de savoir quel est le sens de ces deux membres de phrase. Le mot «entreprises» vise de vastes opérations comme les activités artisanales, industrielles ou commerciales de firmes ou de sociétés existant, par exemple, en Pologne, dans la République fédérale d'Allemagne et en Belgique, où des groupes de personnes participent à une propriété collective et où la succession s'opère pour ainsi dire par le groupe plutôt que par des individus ou encore des opérations qui sont soumises à un régime spécial pour des raisons commerciales. Si la succession individuelle était autorisée, la notion même d'entreprise serait détruite. Les «immeubles» visent de toute évidence des biens comme les exploitations agricoles familiales, ou des droits sur de telles exploitations restant en deçà de la pleine propriété, lorsque la durée, la nature

et l'importance quantitative de ces droits correspondent à un système successoral particulier. Les «catégories spéciales de biens» concernent par exemple des objets d'intérêt historique, tels que sculptures, tableaux et bijoux appartenant à la famille qui, en vertu de l'acte original de disposition, doivent être transmis de génération en génération en ligne descendante.

Toutefois, ni le présent article, ni une partie quelconque de la Convention ne sont censés s'appliquer à la dévolution de titres de noblesse là où la terre est attachée au titre et transmise avec le titre lui-même. La Convention ne dit absolument rien à ce sujet.

Quant aux mots «destination économique, familiale ou sociale», la Commission n'avait pas l'intention de leur donner une portée virtuelle, tellement large que les tribunaux aient la possibilité de les interpréter comme autorisant la mise en pratique de ce que le *situs* pourrait considérer comme une politique locale opportune. L'intention de la Commission était que ces mots soient strictement interprétés et non pas considérés comme invitant les Etats ou les tribunaux à soumettre au contrôle du *situs* toute matière présentant de vastes connotations économiques, familiales ou sociales. Pour comprendre ce membre de phrase, il faut en revenir aux préoccupations essentielles de la Convention elle-même. La Convention a en vue la protection des droits successoraux inaliénables de la famille, la richesse intéressant la vie des gens quand elle est transmise de génération en génération, s'il s'agit par exemple de petites entreprises, et des considérations sociales telles que le bien-être de certains groupes au sein de la société. Les préoccupations sociales se refléteraient également dans le souci de préserver les normes et valeurs de la société, telles qu'elles s'expriment dans les lois relatives à l'héritage et à la famille. Les considérations économiques, comme nous l'avons vu, sont censées inclure les entreprises dont il a déjà été fait mention, mais là encore c'est de groupes de personnes que se préoccupe la Convention, et dans le contexte de la succession.

La délégation des Etats-Unis, inquiète de l'ampleur potentielle de l'expression «destination économique, familiale ou sociale», a proposé (Doc. trav. No 13) d'employer les mots «*the particular use, occupancy or development of the asset*». Cette rédaction visait à préciser l'objet de l'article mieux que ne le feraient des termes plus abstraits. Elle était recommandée pour la raison qu'elle s'appliquait aux considérations de développement et de protection de l'environnement auxquelles songeait la Commission, d'une manière plus évidente que la phraséologie beaucoup plus large employée dans l'avant-projet. On a cependant objecté que cette formulation impliquait la disparition du mot «entreprise», disparition qu'il convenait de regretter; d'autre part, des délégués ont estimé que le langage de l'avant-projet de Convention correspondait mieux aux intentions de la Convention que la mention de l'usage ou de l'occupation. En conséquence, la rédaction de l'avant-projet de Convention a été maintenue dans le texte final.

113 Deux opinions ont été exprimées pendant la Commission au sujet de la nature des «régimes» successoraux particuliers visés par l'article 15. Selon l'une d'elles, pour être reconnus par les Etats du for, les régimes en question devaient consister en règles impératives, et la délégation des Pays-Bas a encore rétréci le champ de cette reconnaissance en proposant (Doc. trav. No 58) qu'il s'agisse de dispositions devant être appliquées dans l'Etat du *situs* quelle que soit la loi applicable à la succession. On distinguait ainsi, bien entendu, les règles impératives «ordinaires», en quelque sorte, et celles qu'on pouvait qualifier de «super-impératives». L'autre opi-

nion était cependant qu'il n'était pas dans l'intérêt de la Convention de qualifier expressément ces règles d'impératives. Les règles impératives du *situs* ont inévitablement pour effet d'écarter les dispositions principales de la Convention, et l'on a estimé qu'il ne fallait pas encourager les autorités des Etats à voir plus de règles impératives qu'il n'était absolument indispensable. Les tenants de cette opinion s'en tenaient en conséquence à l'idée que l'article 15 permet certes aux tribunaux et aux autorités de tenir compte des grandes préoccupations du *situs* au sujet des régimes successoraux particuliers, mais qu'en s'abstenant de qualifier ces derniers d'obligatoires, on laisse entendre au *situs* que les temps et les circonstances changent et que la nature contraignante d'une règle peut changer également. Il s'agit simplement de situations spéciales mettant en jeu des intérêts primordiaux. Cette position, suivant laquelle le caractère des règles visées ne devait pas être spécifié noir sur blanc mais laissé dans un certain vague, l'a emporté à une voix de majorité et le Document de travail No 81 a été retiré. Les partisans d'une règle de conflit claire et nette n'ont pu souscrire à cette manière de voir. En deuxième lecture, cependant, cette décision prise d'abord à une voix de majorité a été confirmée à une majorité écrasante.

Article 16

114 Cet article porte sur le droit de l'Etat d'appréhender les biens de la succession pour laquelle il n'y a ni héritier ni légataire. Deux positions existent quant à la nature de ce droit. Les Etats qui appliquent la théorie du droit régalien, considèrent que, lorsqu'il n'y a ni bénéficiaire désigné par testament ni personne physique héritière en cas de succession *ab intestat*, l'Etat appréhende comme vacants tous les biens situés sur son territoire. Les Etats appartenant à la tradition du droit civil sont partagés: certains adoptent la position contraire suivant laquelle l'Etat devient héritier (*ultimus heres*) lorsqu'il n'y a pas de bénéficiaire testamentaire ni d'héritier physique. Ainsi que le soulignait le Document préliminaire No 7, distribué par le Bureau Permanent pendant la Commission spéciale, ces deux positions peuvent conduire aussi bien à des conflits positifs qu'à des conflits négatifs. Il y a conflit positif quand l'Etat partisan du *situs* et l'Etat partisan de l'*ultimus heres* revendiquent l'un et l'autre la succession. Un conflit négatif existera quand l'Etat X (*ultimus heres*) est le *situs* des biens, mais que X désigne l'Etat Y (droit régalien) comme héritier en dernier ressort. Ni l'un ni l'autre ne revendiquent alors la succession.

115 La Commission spéciale avait envisagé trois solutions possibles: 1) que l'Etat où se trouvent les biens appréhende ceux-ci, 2) que la loi applicable en vertu des articles 3 et 5.1 détermine si la conception du droit régalien ou celle de l'*ultimus heres* doit l'emporter et, 3) que l'Etat où se trouvent les immeubles appréhende ceux-ci, alors que le sort des biens meubles serait déterminé par la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1, selon le cas. Vers la fin de la Commission spéciale la solution adoptée a été de ne retenir ni la solution du *situs* ni celle de la loi applicable, mais d'emprunter une voie se situant entre les deux sans indiquer de préférence. L'article 12 de l'avant-projet de Convention prévoyait eu conséquence qu'en l'absence d'héritiers institués par testament ou non l'existence de la loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1 «ne faisait pas obstacle» à ce que l'Etat du *situs* ou un organe de cet Etat appréhende les biens de la succession. On se rendait compte à la Commission spéciale que des difficultés pouvaient encore se présenter; si l'Etat A, juridiction

appliquant la théorie de l'*ultimus heres*, représente à la fois la loi applicable et le *situs* des biens, et désigne l'Etat B comme héritier en dernier ressort, désignation qui n'est pas acceptée par l'Etat B, lequel est partisan du droit régalien, les avoirs ne seraient revendiqués par aucun des Etats. Cependant, il est apparu à la Commission spéciale que c'était là la meilleure solution d'un point de vue pratique. La Commission a rejeté l'idée que la Convention ne dise simplement rien à ce sujet.

116 A la Seizième session, toute la question a été réouverte du fait de l'introduction de deux documents de travail, l'un émanant de la délégation suisse, l'autre de la délégation espagnole, et recherchant de nouveaux *modi vivendi*. La délégation suisse proposait trois solutions. Selon la première, lorsque la loi applicable acquiert en vertu de son droit régalien et que le *situs* des biens en litige acquiert en tant qu'*ultimus heres*, la loi du *situs* s'appliquera aux biens se trouvant sur son territoire conformément à sa propre théorie d'acquisition, à savoir en tant qu'*ultimus heres*. Lorsque l'Etat du *situs* appartient au système du droit régalien, toutefois, il recueille les biens par droit régalien. Enfin, si les deux Etats appliquent la doctrine de l'*ultimus heres*, la loi applicable déterminera lequel des deux l'emportera. La seconde solution proposée était que lorsque les biens se trouvent dans un Etat autre que celui de la loi applicable, la loi du *situs* régit la succession. La troisième solution était que la loi applicable détermine si le système de l'*ultimus heres* ou celui du droit régalien prévaut. La proposition espagnole était très proche de la troisième proposition suisse. Il a paru évident à la Seizième session qu'il existait encore deux autres solutions, à savoir l'adoption de l'article 12 de l'avant-projet de Convention ou, à défaut, la possibilité de garder le silence sur la question dans le texte final de la Convention.

Au cours du débat il est apparu que, pour la plupart des délégués, la meilleure méthode consistait à adopter l'article 12 de l'avant-projet de Convention. Selon eux, ce qu'il fallait avant tout, c'était une solution essentiellement praticable, et, de ce point de vue, l'article 12 ou la deuxième proposition suisse semblaient être les meilleurs textes. Bien que la proposition relative à la loi applicable (la troisième proposition suisse) ait été vigoureusement défendue comme étant dans la logique de la Convention, la majorité des délégués ont conclu que la décision de la Commission spéciale devait être préférée.

L'effet de cette décision est que, si l'Etat de la loi applicable selon la Convention est différent de l'Etat du *situs*, et si ce dernier se considère comme le mieux placé pour recueillir les biens se trouvant sur son territoire, que ce soit en application de la théorie du droit régalien ou de celle de l'*ultimus heres*, il sera autorisé à le faire. Si en revanche l'Etat du *situs* est disposé, sur la base de la théorie de l'*ultimus heres*, à laisser à la loi applicable le soin de déterminer le sort des biens, l'on dispose là encore d'une solution.

En conséquence, l'article 16 reprend le texte de l'avant-projet de la Commission spéciale à quelques retouches près. Le résultat est que, lorsqu'il n'y a ni légataire ni personne physique au degré successible en vertu de la loi applicable, l'existence de cette loi n'empêche pas la loi de l'Etat du *situs* (autre Etat) de recueillir les biens que personne ne revendique. Toutefois, la formulation de l'article 16 donne à penser que, n'y aurait-il qu'un légataire particulier ayant droit à un seul bien en vertu du testament, cela suffirait à empêcher l'application de l'article 16. Il semble que l'article n'envisage pas cette hypothèse et ne précise pas si un Etat quelconque a le droit de réclamer le reste des biens faisant partie de la succession en déshérence. La délégation belge a signalé

que les termes de l'article 16 pouvaient être interprétés en ce sens mais, comme la Commission II approchait alors de la fin de ses travaux, le Comité de rédaction n'a pas été en mesure de remanier complètement l'article. Il a cependant été souligné, lors de la Session plénière, qu'il n'entrait pas dans les intentions de la Seizième session que l'article eût cette signification. L'intention est que, s'il se trouve exister des biens quelconques faisant partie de la succession pour lesquels il n'y ait ni légataire, ni héritier physique au degré successible, l'article 16 sera alors applicable.

Article 17

117 Ainsi que le professeur von Overbeck l'avait souligné dans son Rapport commentant l'article correspondant de la Convention sur le trust de 1984, il est désormais traditionnel que la Conférence de La Haye écarte la doctrine du renvoi. La Commission spéciale avait néanmoins envisagé trois possibilités. La première était d'exclure le renvoi, la seconde d'admettre un renvoi limité et la troisième de laisser le renvoi opérer librement. La deuxième et la troisième solution n'étaient cependant proposées que pour les situations relevant de l'article 3 (loi objective). L'avantage de la première solution est qu'elle correspond à l'approche traditionnelle de La Haye. La deuxième vise à respecter l'harmonie qui peut exister déjà entre Etats sans qu'il ait à intervenir la présente Convention, et à cette fin on a proposé que, si l'Etat A, Etat contractant, renvoyait à B, Etat non contractant, pour la *lex successionis* en vertu de l'article 3, mais que ce deuxième Etat renvoyait à C, autre Etat non contractant, lequel acceptait le renvoi, alors celui-ci devrait être reconnu par la Convention. Au cours de la Commission spéciale, plusieurs délégations ont élevé des objections contre la distinction établie par cette proposition entre Etats contractants et non contractants, ce qui a conduit à son rejet. La troisième possibilité, à savoir que la Convention autorise le renvoi dans le domaine de la loi successorale, a été combattue pour la raison que, ce faisant, la Convention perdrait une grande partie de sa capacité à instaurer une loi applicable unifiée. Elle s'en remettrait totalement aux règles de conflit des Etats, contractants ou non contractants. On a également fait valoir que, même dans le domaine de la succession où le renvoi est peut-être le plus familier, cette proposition aboutirait à un abandon total de la politique désormais acceptée à La Haye.

118 Durant la Seizième session la deuxième de ces solutions a été de nouveau présentée, cette fois-ci avec succès. Elle est reprise désormais à l'article 4 de la Convention, qui a été examiné dans le présent Rapport, et l'article 17 de la Convention s'applique sous réserve de l'article 4. La raison pour laquelle cette proposition a triomphé en plénière, après avoir été rejetée, semble être qu'elle constitue une acceptation limitée du renvoi, et consacre en outre les effets d'une certaine harmonie entre Etats.

On a pensé, avec la délégation française, qui a présenté cette proposition franco-italienne, que, à mesure que des Etats toujours plus nombreux deviendraient Parties contractantes à la Convention, l'article 4 tel qu'il existe à présent revêtirait de moins en moins d'importance, et que l'application limitée qui en serait faite au début alors que les Etats contractants seraient en petit nombre, ne soulèverait vraisemblablement pas de problèmes pratiques. Les délégués ont également accepté l'idée que le principe de l'article 4 ne devait pas s'étendre aux désignations en vertu de l'article 5, car une telle extension pourrait aller à l'encontre de ce que recherchait le

testateur en faisant sa désignation. Certes, une désignation de la loi applicable en vertu de l'article 5.1 ne permet pas au *de cuius* de choisir aussi les règles de conflit de lois de la loi ainsi désignée, mais si l'on applique la doctrine traditionnelle de non-renvoi des Conventions de La Haye (voir le paragraphe 119, *infra*), en procédant à la désignation le *de cuius* choisit la loi interne qui a sa préférence. L'intérêt principal de l'article 4, si limitée que soit son application, doit être d'éviter la création de conflits qui n'existeraient pas sans cela. L'importance de l'article 4 en tant qu'exception à la politique traditionnelle de La Haye exprimée par l'article 17 doit être relevée avec une certaine prudence. Il s'agit d'une nouvelle orientation pour la Conférence de La Haye.

119 A la Seizième session, la délégation des Etats-Unis d'Amérique a plaidé à nouveau pour la suppression de ce qui constitue désormais l'article 17. La Convention ne devrait rien dire à ce sujet. Il a été vigoureusement soutenu que, de même qu'entre les Etats des Etats-Unis d'Amérique, il y a bien des chances qu'internationalement de nombreux systèmes juridiques soumettraient la question des droits d'héritages familiaux au système du pays de la nationalité ou du domicile du défunt. Dans ces conditions, a-t-on dit, le principe dont s'inspirait l'article 4 pouvait en fait recevoir une application générale; les Etats appliqueraient la doctrine du renvoi, chacun à sa manière et selon son propre niveau de développement, pour s'efforcer de respecter les objectifs fondamentaux de la Convention et d'arriver ainsi à l'harmonie recherchée. Cette position a rencontré un certain appui mais, dans l'ensemble, les autres délégations ont craint les effets du silence de la Convention sur la question du renvoi, d'autant que les autres Conventions de La Haye sont très nettes sur son exclusion. Il a été estimé qu'on risquerait de provoquer des problèmes d'interprétation si la Convention ne disait mot de la question. Quant au caractère de l'article qui devrait figurer dans la Convention, les délégués ont voté à une très forte majorité en faveur du maintien de la politique actuelle de la Conférence de La Haye.

120 Le sens de l'expression «règles de conflit de lois» employée à l'article 17 peut être indiqué très succinctement. Il s'agit d'exclure tout renvoi, au premier ou au second degré. L'article 17 oblige à se reporter au droit interne de l'Etat intéressé, abstraction faite de ses règles de conflit de lois. Il convient de noter aussi que la Convention ne dit rien – et ne s'occupe aucunement – des règles de conflits unilatéraux ou internes. Ces règles entrent en jeu, par exemple, lorsque la loi du for prévoit que nul ne peut accomplir tel ou tel acte à moins de résider habituellement dans le for. C'est là une règle d'auto-limitation qui est totalement différente des règles de conflit de lois au sens de celles qui s'appliquent en général au for et aux autres Etats.

Article 18

121 Cette disposition est également bien connue dans les Conventions de La Haye. Elle autorise le for à appliquer ses propres considérations d'ordre public, de préférence à la loi applicable, lorsqu'il y a conflit entre les deux. En plénière, une retouche a été apportée à la première ligne, pour remplacer les mots «d'une loi» par «d'une des lois». En faisant ce changement la Seizième session tenait à bien montrer que l'exception d'ordre public peut être invoquée tout aussi bien à l'encontre d'une loi déterminée par l'article 3, l'article 5, l'article 6 ou – pour ce qui est des pactes successoraux – par les articles 9, 10 ou 11. Toutefois, et comme par le passé,

la Commission n'encourage nullement les Etats à appliquer à la légère des exceptions d'ordre public. L'application de la loi normalement applicable en vertu de la Convention ne peut être écartée pour des raisons d'ordre public que si ses dispositions sont «manifestement incompatibles» avec celui-ci. C'est en vertu de cet article 18 que les Etats contractants devront formuler d'éventuelles objections pour des motifs de sécurité nationale ou de politique suivie en matière de propriété étrangère des rivages, des terrains frontalières, des entreprises de distribution d'eau, de gaz et d'électricité et autres entreprises présentant une grande importance pour l'économie du pays. Des explications ont déjà été données à ce sujet à propos de l'article 15.

La présence d'exceptions si nombreuses dans les Conventions de La Haye invite les Etats contractants à faire preuve de modération dans la façon dont ils les invoquent, et c'est pour encourager cette modération que l'article 18, pour sa part, vise une «incompatibilité manifeste». Il est clair qu'en faisant un usage trop large de l'article 18, le for pourrait en définitive paralyser la réalisation des principaux objectifs de la Convention.

Article 19

122 C'est la «clause fédérale». De même que dans toutes les autres Conventions récentes de La Haye, cette clause s'applique lorsqu'un Etat national comporte deux ou plusieurs unités territoriales, chacune possédant son propre système de droit ou ses propres règles de droit dans la matière considérée. En l'occurrence cette matière est la loi successorale (paragraphe 1). Toutefois, les Etats fédéraux seraient dans l'erreur s'ils considéraient cette disposition comme une clause purement fédérale. L'article s'applique également aux Etats unitaires, tels que l'Espagne ou le Royaume-Uni, où certaines régions géographiques distinctes possèdent leur propre système de règles, intéressant en l'espèce la succession. Il convient donc d'abord de porter un regard d'ensemble sur l'article. Le caractère du texte actuel est dans une très large mesure celui qu'il possédait dans l'avant-projet de Convention. Les changements ont consisté en un certain réarrangement des paragraphes, quelques retouches de forme. Le paragraphe 2 reconnaît que l'Etat dont il s'agit peut avoir ses propres règles pour désigner l'unité à prendre comme unité de référence dans l'une quelconque des situations prévues par la Convention. L'Etat est donc souverain s'il décide de faire prévaloir sa volonté en introduisant ses propres règles. Le reste de l'article s'applique lorsque aucune règle de cette nature ne gouverne la situation prévue par la Convention – ou lorsque les règles existantes ne sont pas suffisamment larges.

Le paragraphe 3 concerne l'éventualité où la loi prévue à l'article 3, la loi désignée selon l'article 5, ou la loi applicable en raison des articles 9, 10 ou 11, vise la nationalité ou la résidence habituelle du *de cuius*, et qu'il convient de décider ce qu'il faut entendre par la loi de la «nationalité» ou de la «résidence habituelle». Le paragraphe 4 écarte tout doute quant au fait que la mention de l'Etat des liens les plus étroits s'entend de l'unité avec laquelle ces liens existent.

Le paragraphe 5 concerne la situation dans laquelle le *de cuius*, en application de l'article 5, mais sous réserve de l'article 6, a désigné la loi d'une unité territoriale d'un Etat fédéral ou celle d'un Etat unitaire où il existe deux ou plusieurs systèmes successoraux. Il est très important qu'un testateur qui possède la nationalité d'un tel Etat ou qui y a sa résidence habituelle ne soit pas autorisé à choisir n'importe quelle unité territoriale du même Etat si les dispositions applicables en matière successorale

varient beaucoup d'une unité à l'autre. Aux Etats-Unis, par exemple, des états distincts peuvent prévoir des dispositions très différentes quant aux droits de la famille sur les biens du défunt; certaines semblent très généreuses, d'autres accordent fort peu ou rien. Il ne serait que trop facile à un ressortissant ou résident habituel de choisir la loi applicable à sa succession de manière à éviter les dispositions successorales favorables à la famille de l'unité où il habite, ou, s'il n'y habite plus, où s'est déroulée la plus grande partie de sa vie familiale. Aussi l'objet du paragraphe 5 est de faire en sorte que le ressortissant ou le résident habituel d'un tel Etat ait possédé des liens passés ou présents «de la manière prévue à l'article 5» avec la loi de l'unité territoriale qu'il a désignée.

Le paragraphe 6 concerne l'article 6. Il prévoit que la désignation de la loi d'un Etat pour régir certains biens dans le testament ou dans le pacte successoral est présumée se rapporter à l'unité de l'Etat où se trouvent les biens en question. C'est à celui qui alléguerait que la loi d'une autre unité est visée qu'il appartiendrait de l'établir. Le paragraphe 7 envisage le problème qui peut se poser en vertu de l'article 3, paragraphe 2, selon lequel, pour déterminer la loi objective, le lieu où résidait habituellement le *de cuius* à l'expiration des cinq années précédant immédiatement son décès devient pertinent. Le *de cuius* peut avoir résidé dans plusieurs unités de l'Etat en question au cours des cinq années, mais n'avoir acquis de résidence habituelle dans aucune de ces unités durant cette période. Le paragraphe 7 prévoit donc que l'unité de dernière résidence sera celle de la résidence habituelle, sauf s'il est possible d'établir dans un cas d'espèce que le *de cuius* avait à ce moment des liens plus étroits avec une autre unité du même Etat. En pareil cas, la loi de cette autre unité s'applique.

L'article procède par étapes et chaque paragraphe suit logiquement celui qui précède. Dans chaque espèce, il conviendra d'appliquer successivement les paragraphes 1 à 7, jusqu'à ce que l'on parvienne à la solution du problème. Bien qu'au début les dispositions de l'article paraissent assez complexes, en particulier pour les ressortissants d'Etats unitaires peu au courant de la question des unités territoriales, il ne devrait pas y avoir de difficulté si l'article est appliqué pas à pas.

Paragraphe 1

123 Comme on l'a déjà dit, ce paragraphe indique l'objet de l'article. Il identifie la loi applicable à l'intérieur d'un Etat lorsque, en visant celui-ci, il est possible de faire référence à deux ou plusieurs lois. L'article s'applique lorsque l'Etat comprend «deux ou plusieurs unités territoriales». Autrement dit, il ne s'applique pas lorsque des catégories de *personnes* différentes au sein de l'Etat sont assujetties à des règles ou des systèmes juridiques différents en matière de succession. Il s'agirait alors d'un conflit interpersonnel (prévu par l'article 20). L'article 19 postule à l'intérieur de l'Etat l'existence de zones territoriales ou géographiques qui, en tant que telles, possèdent chacune un système ou un ensemble de règles distinctes. Ce ne sont donc pas les personnes, mais les zones géographiques qui sont visées. Chacune a «son propre système de droit ou ses propres règles en matière de succession». Cela vaut par exemple pour l'Etat qui comprend un système de droit civil et un autre système de *common law*. Le Québec a son propre système de droit à l'intérieur du Canada, lequel, en tant qu'Etat, relève, à cette exception près, du système de *common law*. La Louisiane, aux Etats-Unis, se distingue pareillement des systèmes de *common law* presque purs qui composent ce pays. Toutefois, entre deux territoires

de *common law* des Etats-Unis ou du Canada ou de l'Australie, et bien que le système juridique soit le même, les règles de la loi successorale peuvent différer. On a déjà fait mention des divergences entre les états formant les Etats-Unis pour ce qui est des législations protégeant la famille en matière successorale. Un tribunal européen ou sud-américain qui est amené à s'occuper d'unités semblables distingue entre les règles d'une unité et celles d'une autre unité. Il se pose la question de savoir quelle série de règles s'appliquent dans le cas dont il est appelé à connaître.

Paragraphe 2

124 Lorsqu'un Etat a des règles pour déterminer l'unité dont il est question, si des termes tels que «résidence habituelle» ou «nationalité» ont été employés, l'autorité compétente, pour énoncer de telles règles, doit posséder tous les attributs de souveraineté nécessaires à cet effet. Dans un Etat unitaire la question de savoir qui est souverain n'est pas difficile à trancher; le gouvernement de l'Etat unitaire exerce l'autorité de l'Etat lorsqu'il adopte de telles règles. Dans un système fédéral, en revanche, il faut être sûr que l'autorité qui a adopté les règles est compétente pour lier toutes les unités qui constituent l'Etat. Par exemple, au Canada, la Colombie britannique n'a pas le pouvoir souverain d'énoncer des règles sur le point de savoir comment les autres provinces du Canada interpréteront les termes «résidence habituelle» et «nationalité» dans le cas d'une personne qui habite le Canada. Elle peut seulement formuler des règles sur sa propre interprétation et à ses propres fins. Toutefois, si l'autorité fédérale possède, en vertu de la Constitution, le pouvoir d'adopter des règles de cette nature, obligatoires pour toutes les unités, et adopte effectivement de telles règles, la seule question qui subsiste est celle de l'adéquation de ces règles aux faits de l'espèce. Ce n'est que si les règles (à supposer qu'elles existent) ne répondent pas aux circonstances de l'espèce, alors que celles-ci sont couvertes par l'article 19, que celui-ci s'appliquera.

Paragraphe 3

125 En vertu de l'article 3 la loi applicable est celle qui existait à la date du décès du *de cuius* et, en vertu de l'article 5.1, c'est celle qui existait soit à la date de la désignation soit à la date du décès. Aux fins des pactes successoraux, l'article 9 spécifie la loi applicable comme étant celle à la date de l'accord ou, à défaut de validité en vertu de cette loi, à la date du décès. Les articles 10 et 11 visent l'un et l'autre les lois prévues aux articles 3 ou 5.1 à la date de l'accord. Un élément essentiel, aux fins de tous ces articles, est cependant la notion de «résidence habituelle» ou de «nationalité» au sens des articles 3 et 5.1. L'idée qui préside à l'emploi de l'expression «résidence habituelle» dans les Conventions de La Haye est que la définition est autonome et ne traduit pas simplement les conceptions ayant cours là où le problème se pose. On a déjà dit que la Convention ne définit pas la résidence habituelle et qu'elle ne traite pas non plus du problème de la double nationalité.

Mais que signifie la «nationalité» ou la «résidence habituelle» lorsque le défunt avait la nationalité ou la résidence habituelle d'un Etat fédéral ou d'un Etat unitaire comportant deux ou plusieurs unités avec des systèmes ou des ensembles de règles successorales différents? Le paragraphe 3 répond à cette question; il identifie l'unité dont la loi s'appliquera. En vertu du paragraphe 3*a*, la «résidence habituelle» signifie la loi de l'unité où le *de cuius* possédait sa résidence habituelle au moment con-

sidé. En vertu du paragraphe 3*b* la «nationalité» signifie la loi de l'unité où le *de cuius* avait sa résidence habituelle au moment considéré. Lorsque le problème est cependant celui de la «nationalité» et que le défunt n'avait pas de résidence habituelle dans une unité quelconque de l'Etat de sa nationalité au moment considéré, le paragraphe 3*b* autorise le for à interpréter la «nationalité» comme une référence à la loi de l'unité avec laquelle le défunt avait les liens les plus étroits au moment considéré. Cela signifie, comme le précise le paragraphe 4, que l'on examine les liens que pouvait avoir le défunt avec les unités de l'Etat national, pour arriver à celle avec laquelle ces liens étaient les plus étroits. Cependant le paragraphe 3*a*, c'est-à-dire la disposition qui concerne la résidence habituelle, ne comporte pas cette mention des «liens les plus étroits», et l'on pourrait se demander à quoi la Convention oblige le for lorsque le défunt, au moment considéré, possédait une résidence habituelle dans l'Etat, mais aucune résidence habituelle dans une unité particulière. Par exemple, un Américain peut avoir résidé habituellement au Canada mais s'être constamment déplacé d'une province à une autre comme voyageur de commerce célibataire. On ne peut dire qu'il ait possédé une résidence habituelle dans une province particulière, pourtant, ou bien la loi objective s'applique en vertu de l'article 3, et il faut savoir quelle était sa résidence habituelle puisque, par exemple, il a résidé cinq ans au Canada et y possède sa résidence habituelle au moment de son décès, ou bien la loi selon l'article 5.1 entre en jeu parce qu'il a désigné «la loi du Canada comme celle du pays de ma résidence habituelle». Comme on l'a vu, le paragraphe 3*b* concerne cette situation. Toutefois, le seul cas dans lequel l'article 3 peut susciter des problèmes à cet égard est au sujet de la résidence habituelle après cinq années de résidence, problème qui est réglé par le paragraphe 7 de l'article 19. Ce qui paraît avoir été laissé de côté est la désignation selon l'article 5.1 de l'Etat en tant qu'Etat de résidence habituelle. Le voyageur de commerce américain célibataire vivant au Canada qui a désigné «la loi du Canada comme celle de mon Etat de résidence habituelle» ne sera certainement pas réputé avoir fait une désignation valable, de sorte que la loi objectivement déterminée en vertu de l'article 3 s'appliquera.

Paragraphe 4

126 Ce paragraphe, comme on l'a vu, précise que les liens les plus étroits sont les liens les plus étroits que l'individu, le défunt, possède avec une unité faisant partie de l'Etat. Le paragraphe souligne la référence à trois lois au paragraphe 3: celle de la résidence habituelle, celle de la nationalité et celle des liens les plus étroits. Les éléments constitutifs des liens les plus étroits ont déjà été examinés à propos de l'article 3 et il convient ici de se reporter au commentaire de cet article pour toute explication complémentaire. Il s'agit essentiellement de déterminer quelle est l'unité de l'Etat avec laquelle la vie du défunt, compte tenu des facteurs qui lui étaient personnels, offrait les liens les plus étroits.

Paragraphe 5

127 Lorsqu'il rédige son testament, le défunt peut toujours décider, par application de l'article 6, qu'une loi autre que la loi applicable régira certains biens de son patrimoine, et par conséquent la référence à la loi matérielle en vertu de l'article 6 est expressément omise du paragraphe 5 de l'article 19. Le paragraphe 5 vise à empêcher le défunt résidant dans un Etat fédéral ou dans un Etat unitaire dont les territoires sont régis par des systèmes différents ou des ensembles de règles différen-

tes en matière successorale, de choisir l'unité répondant le mieux à son désir d'éviter ou de limiter le plus possible les droits successoraux de sa femme et de ses enfants survivants. Dans un Etat comme les Etats-Unis qui comportent cinquante systèmes de droit, et où les conceptions diffèrent beaucoup dans un pays aussi vaste au sujet de ce que peut être – le cas échéant – une protection adéquate du conjoint et des enfants survivants, les possibilités de tourner les lois successorales sont évidentes. Le paragraphe 5 a prévoit que, si le défunt était un ressortissant de l'Etat dont il a désigné une unité, la désignation n'est valable que si, au moment considéré, il avait sa résidence habituelle dans cette unité ou, à défaut, possédait au moins des liens étroits, c'est-à-dire des liens personnels étroits, avec elle.

Le paragraphe 5 b prévoit que, si le défunt n'était pas ressortissant de l'Etat dont il a désigné l'une des unités, la désignation n'est valable que si, au moment considéré (désignation ou décès, suivant le cas), il résidait habituellement dans cette unité. S'il n'y avait pas alors sa résidence habituelle, mais était dans le même temps résident de l'Etat, la désignation demeurera valable à condition qu'à un moment quelconque il ait eu sa résidence habituelle dans l'unité en question.

Pour illustrer le paragraphe 5 a, on peut supposer qu'un Australien désigne dans son testament la loi de l'Etat de Victoria comme loi applicable régissant son testament. Pour la plus grande partie de sa vie il a vécu en Nouvelle-Galles du Sud et au Queensland, mais dans ses dernières années il a séjourné de plus en plus souvent avec sa famille dans l'Etat de Victoria, et en fait y est mort. Un tribunal australien pourra, si l'Australie est Etat contractant, conclure que le défunt, à son décès, avait des liens étroits avec l'Etat de Victoria, bien que sa résidence habituelle ait été alors en Nouvelle-Galles du Sud.

Un exemple de l'application du paragraphe 5 b pourrait être le suivant: le défunt est un ressortissant français qui a passé presque toute sa vie en France mais qui, pendant quelque temps, une fois parvenu à l'âge moyen, a habité l'Etat de New York où il a acquis une résidence habituelle. Par la suite, dans sa vieillesse, il se rend au Connecticut ayant l'intention de retourner en France désireux de mourir dans son pays natal. Il a cependant fait des investissements importants dans l'Etat de New York et pendant son bref séjour au Connecticut il a désigné la loi de cet Etat comme loi applicable devant régir sa succession. Or, plus tard il retourne en France, y acquiert une résidence habituelle et y meurt. Le cas relève du paragraphe 5 b parce que le défunt, à un certain moment, a eu sa résidence habituelle dans l'unité qu'il a désignée comme celle de la loi applicable. Si le for devait conclure en revanche que le testateur a résidé dans l'Etat de New York, mais n'y a jamais acquis de résidence habituelle, aucune désignation valable n'aurait été faite et le testament continuerait d'être régi par la loi prévue à l'article 3.

On voit que le paragraphe 5 b ne permet pas de retomber pour finir sur les liens les plus étroits avec l'unité. Il se peut que le Français décédé, dans l'exemple qui vient d'être donné, bien que n'ayant jamais eu de résidence habituelle dans l'Etat de New York, puisse être considéré comme ayant eu un lien étroit avec cet Etat. Cela ne suffit cependant pas aux fins du paragraphe 5 b. La raison de la distinction entre les paragraphes 5 a et 5 b est que, dans le cas du paragraphe 5 a, le défunt est un ressortissant de l'Etat dont il a désigné l'unité. Il y «appartient». Dans le paragraphe 5 b ses liens avec l'Etat en question sont plus lâches, car au moment pertinent il n'était pas ressortissant de l'Etat dont il a désigné une des unités.

En plénière, certaines délégations dont les Etats étaient intéressés à la question se sont inquiétées de la sévérité avec laquelle était traité le testateur ou la partie à un pacte successoral qui désigne la loi d'une unité territoriale d'un Etat. On a souligné que rien dans la Convention n'oblige le ressortissant d'un Etat unitaire où une seule loi successorale existe, à avoir une résidence habituelle ou un lien étroit avec cet Etat à un moment quelconque de sa vie. S'agissant d'une personne qui a désigné l'unité d'un Etat fédéral ou d'un Etat unitaire divisé en plusieurs unités territoriales avec des systèmes successoraux différents, était-il justifié de traiter différemment cette personne pour la simple raison qu'elle peut choisir à l'intérieur de cet Etat une loi qui est plus à sa convenance qu'une autre? La majorité des délégués ont cependant confirmé que, sévère ou non, le paragraphe 5 était nécessaire. Il ne doit pas être possible à une personne qui est ressortissante d'un Etat fédéral ou d'un Etat unitaire comportant deux ou plusieurs unités territoriales aux régimes successoraux différents, ou qui a pu à un certain moment résider habituellement dans un tel Etat, de faire du «lèche-vitrine» pour découvrir la loi qui lui convient le mieux en matière de droits d'héritage de la famille.

La délégation espagnole a également fait valoir que, en cas de désignation d'une unité en vertu du paragraphe 5 a, les tribunaux devraient pouvoir rechercher immédiatement s'il y avait ou non un «lien étroit» avec cette unité, plutôt que de s'occuper d'abord et en plus de découvrir l'existence d'une résidence habituelle. La Commission a cependant estimé que l'équilibre délicat entre la nationalité et la résidence habituelle, qui imprègne toute la Convention, doit être maintenu sur ce point aussi et que, puisque l'article 19 ne renferme aucune disposition de fond qui ne figurait pas dans les articles précédents de la Convention, tout bien considéré le changement préconisé ne serait pas ici souhaitable.

Pendant la troisième et dernière lecture du texte à la Commission II, il a été suggéré de remanier le paragraphe 5 a pour supprimer la disposition exigeant la résidence habituelle et – uniquement en l'absence de résidence habituelle – l'unité des liens les plus étroits. Elle serait remplacée par une présomption en faveur de la résidence habituelle et, une fois cette présomption écartée, la loi des liens les plus étroits serait adoptée. Cette idée semblait présenter l'avantage de constituer un moyen terme entre la position espagnole en faveur des seuls liens étroits et le texte retenant la résidence habituelle et, uniquement en son absence, la loi des liens les plus étroits. Toutefois, comme le remplacement de la nationalité par les liens les plus étroits représente un grand changement pour les juridictions qui n'appliquent pas le domicile et qui ne sont pas habituées à la notion des liens étroits, et du fait que quatre-vingt-dix pour cent des cas d'application du paragraphe 5 a concerneront des situations où il y aura de toute manière une résidence habituelle, la conclusion a été qu'il valait mieux conserver la notion de résidence habituelle entre la référence à la loi de la nationalité et celle à la loi des liens les plus étroits, plutôt que d'imposer immédiatement cette dernière à des juridictions qui n'y sont pas accoutumées.

Pour finir, une question se pose au sujet de l'application de la Convention dans les Etats où, comme ce pourrait être le cas au Canada, certaines unités territoriales adoptent la Convention, d'autres pas. Il est tout à fait clair, et la Convention le stipule à l'article 21, que les Etats contractants ne sont pas obligés d'appliquer les dispositions de la Convention à toute autre situation que les conflits internationaux; autrement dit, la Convention ne s'applique pas entre unités d'un même Etat, à moins

que l'Etat ou ses unités, selon le cas, ne décident de l'appliquer. Néanmoins si, à défaut d'un tel choix, la Convention ne joue pas lorsque, par exemple, la loi applicable est celle de l'Ontario au Canada et qu'il existe une loi selon l'article 6 pour certains biens se trouvant en Nouvelle-Ecosse – autre province du Canada – elle jouerait au contraire si la loi applicable était, encore une fois la loi de l'Ontario, mais la loi choisie en vertu de l'article 6 celle de l'Illinois, les biens dont il s'agit se trouvant en Nouvelle-Ecosse. Quand la Convention s'applique, l'article 19 doit également s'appliquer.

Paragraphe 6

128 Ainsi qu'on l'a vu, le paragraphe 5 est sous réserve de l'article 6, parce qu'en vertu de cet article une loi autre que la loi applicable peut être introduite dans le testament pour régir certains biens faisant partie du patrimoine. Le paragraphe 5 porte bien entendu sur la désignation de la loi applicable, de sorte que les désignations en vertu de l'article 6 sont à exclure de l'application du paragraphe 5. Le paragraphe 6 traite en conséquence des cas où le défunt a désigné la loi d'un Etat en tant que telle pour régir certains biens de son patrimoine, alors que le reste serait soumis à la loi d'un autre Etat ou d'une autre unité. Si, au moment pertinent (désignation ou décès), le défunt n'était ni ressortissant ni résident habituel de l'Etat dont il a choisi la loi aux fins de l'article 6, et que l'Etat en question soit un Etat fédéral ou un Etat unitaire comportant deux ou plusieurs unités territoriales, l'article 19.3 ne lui serait d'aucun secours. Bien qu'en vertu de l'article 6 le défunt puisse désigner n'importe quelle loi à sa guise, le paragraphe 6 s'efforce de résoudre le problème en introduisant une présomption en faveur de l'unité où les biens dont il est question se trouvent situés. Lorsque la loi applicable est la loi de l'Etat A, et que les biens spécifiés se trouvent dans deux ou plusieurs unités de l'Etat B, cela signifiera que, dans chaque unité de l'Etat B, la loi de l'unité s'appliquera aux biens qui s'y trouvent. La présomption peut cependant être écartée si l'on apporte la preuve que le défunt envisageait une loi autre que celle du *situs*.

Il convient de souligner qu'aucun problème ne se pose lorsque, aux fins de l'article 6, le défunt a désigné la loi d'une unité d'un Etat pour régir certains biens, alors que – et cela peut arriver si la loi désignée est celle d'un Etat n'ayant qu'un seul système ou un seul ensemble de règles de lois successorales – le défunt n'a aucun lien personnel avec cette unité. Une référence à la loi matérielle en vertu de l'article 6 peut viser n'importe quelle loi, comme on l'a vu, et donc le défunt n'a besoin d'avoir aucun lien, quel qu'il soit, avec la juridiction de cette unité. Ainsi, un Danois qui réside habituellement au Danemark et y rédige son testament en désignant la loi du Texas pour régir des immeubles qu'il possède dans cet Etat des Etats-Unis, a parfaitement le droit de choisir la loi du Texas aux fins de l'article 6.

Il convient également de relever que dans ce paragraphe les mots «*to particular assets*» correspondent au français «pour certains de ses biens». Ces mots figurent aussi dans le texte français de l'article 6. Dans les deux cas il s'agit d'un bien ou de biens faisant partie d'un patrimoine et situés dans un Etat particulier ou dans une unité particulière d'un Etat.

Paragraphe 7

129 Ce paragraphe se rapporte au problème résultant de l'article 3.2, en vertu duquel la loi applicable est déterminée, faute de désignation ou de désignation valide, par la juridiction dont le défunt était habituellement ré-

sident lors de son décès, et où il a résidé sans interruption pendant cinq ans avant celui-ci. Le paragraphe 7 prévoit tout d'abord qu'il importe peu que la période des cinq années de résidence se soit déroulée dans deux ou plusieurs unités de l'Etat en question. A condition que le défunt ait résidé cinq ans dans l'Etat, il est sans pertinence qu'il se soit déplacé d'une unité à une autre à l'intérieur de cet Etat au cours de la période de cinq années. Le second problème envisagé dans le paragraphe 7 est le suivant: quelle loi vise l'article 3.2 quand, et bien que le défunt ait eu sa résidence habituelle dans l'Etat à l'expiration des cinq années de résidence, il n'a eu de résidence habituelle à aucun moment dans l'une quelconque des unités de l'Etat dont il s'agit? Le paragraphe 7 dispose que, dans ce cas, la loi applicable est la loi de l'unité où le défunt a résidé en dernier lieu, à moins qu'à la date de sa mort (et cela aux fins de l'article 3) il ait pu être considéré comme ayant un lien plus étroit avec une autre unité de cet Etat.

Article 20

130 Cet article reste tel qu'il était dans l'avant-projet de Convention; c'est une disposition qui est familière dans les conventions modernes. Il peut y avoir dans un Etat des personnes qui sont soumises à un système de droit personnel ou qui reconnaissent un tel système, tel que le droit islamique, et l'Etat reconnaît ce droit en même temps que le fait d'y adhérer. Si l'Etat lui-même n'a aucune règle qui permette de déterminer quel système juridique (général ou personnel) de l'Etat s'applique, l'article 20 spécifie que c'est le système de droit avec lequel le défunt avait «les liens les plus étroits» qui prévaudra.

Une fois encore se pose la question de déterminer quels sont les liens les plus étroits et, à cette fin, on examinera les liens personnels et familiaux comme on le ferait à propos de la même loi en application d'autres articles, notamment l'article 3. Toutefois, dans la plupart des cas, des personnes telles que les hindous, les musulmans, les parsis et les chrétiens, qui relèvent d'un statut personnel, seront probablement considérées comme telles à l'intérieur de l'Etat en question, et la loi personnelle du testateur lui-même sera donc identifiable selon la loi locale.

On trouvera une observation complémentaire sur cet article dans le commentaire de l'article 27 ci-après.

Article 21

131 Cet article vise à distinguer entre les conflits internationaux et les conflits internes. Un conflit de lois entre unités du même Etat contractant, qui n'intéresse la loi d'aucun autre Etat aux termes de la présente Convention, sort du cadre de celle-ci. C'est ce que le présent article déclare expressément. Son texte s'inspire de l'article 18 de la Convention sur les régimes matrimoniaux et de l'article 24 de la Convention sur le trust. Il s'applique non seulement lorsque des systèmes de droit différents coexistent dans un même Etat (systèmes de statut personnel ou systèmes de *common law* et de droit civil), mais aussi quand des ensembles de règles différents s'appliquent en matière successorale (par exemple entre unités de *common law* au sein d'un même Etat, comme au Canada, aux Etats-Unis et en Australie). Pour que la question soit bien claire, les mots «unités territoriales» qui figuraient à l'article 17 de l'avant-projet de Convention, ont été supprimés du texte final.

Le mot «uniquement» a été ajouté à la suggestion de la Commission de la clause fédérale et a pour but de sou-

ligner que l'article concerne exclusivement les conflits internes. Ce qui soulève un problème. A partir de quel moment une situation de fait cesse-t-elle d'être interne pour revêtir un caractère international, de telle sorte que la Convention s'applique? La question est de savoir si une situation de fait implique deux ou plusieurs Etats. Elle sera régie par les dispositions de la Convention si une question mentionnée à l'article 7.2 comporte des éléments de fait dans deux ou plusieurs Etats. Il est clair que, si les biens constituant la succession se trouvent dans l'Etat P, à l'exception d'un seul qui se trouve dans l'Etat Q, la Convention s'applique – et c'est là l'effet de l'article 7.1. Néanmoins, pour que la question soit internationale, elle doit concerner la «succession». Lorsque tous les biens, le *de cuius* et sa famille proche sont dans l'Etat P, mais un enfant dans l'Etat Q, cet enfant peut avoir une réserve en vertu de la loi de l'Etat Q, mais le fait est sans conséquence parce que la totalité de la succession est dans l'Etat P. La question n'est pas internationale.

La question peut cependant se poser dans un autre contexte, à savoir lorsque les faits intéressent à la fois les unités d'un Etat fédéral et un Etat unitaire. Supposons que le défunt ait eu tous ses biens, à l'exception d'un seul, dans l'Etat de New York, que ses enfants habitent une maison lui appartenant au New Jersey et qu'à sa mort il ait eu sa résidence habituelle aux Pays-Bas. Tout son patrimoine est laissé à une organisation charitable de l'Etat de New York, qui soutient que la question de savoir si les enfants ont des droits est une question purement interne, attendu qu'elle se pose entre la juridiction de leur domicile, le New Jersey, et le *situs* de la quasi-totalité des avoirs, l'Etat de New York. Ni l'une ni l'autre des unités ne reconnaît de droits aux enfants; seul le conjoint survivant est successible. Toutefois, parce que la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle du défunt pourrait être pertinente selon les termes de la Convention (par exemple son article 3), la Convention s'applique. On ne peut pas dire qu'elle s'applique à des problèmes entre les Pays-Bas et l'Etat de New York et entre les Pays-Bas et le New Jersey, mais non à des problèmes entre l'Etat de New York et le New Jersey. Elle s'applique à toutes les questions de «succession» intéressant une ou plusieurs des trois juridictions intéressées. Il paraît artificiel de soutenir que des «conflits de lois concernant uniquement» l'Etat de New York et le New Jersey sont internes aux Etats-Unis, alors que les conflits impliquant l'une ou l'autre de ces unités et les Pays-Bas seraient internationaux. Le mot «uniquement» vise sans aucun doute l'absence d'implication d'une juridiction étrangère quelconque dans toute la situation de fait, sauf peut-être en ce qui concerne un fait ou des faits qui n'ont pas de portée juridique ou qui ne relèvent pas en substance de l'article 7.1 ou 7.2.

Il convient de noter aussi qu'une question n'est pas internationale si le *de cuius*, ressortissant canadien, possède des biens en Ontario et au Québec, a sa résidence habituelle en Ontario, et dans son testament désigne conformément à l'article 6 la loi de l'Etat de New York pour régir certains de ses avoirs au Québec. Il en est ainsi parce que la loi de New York n'est incorporée que par une mention figurant dans un testament régi par la loi de l'Ontario (articles 3.1 et 19.3a). Ce n'est pas une loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 5.1.

Article 22

132 Cet article prévoit des dispositions transitoires. La Convention s'applique dans un Etat contractant aux successions des personnes décédées après son entrée en vigueur pour cet Etat.

Il s'ensuit du paragraphe 1 que la Convention s'applique dans l'Etat contractant si, le testament ayant été rédigé avant l'entrée en vigueur de la Convention, le décès intervient après celle-ci.

Le paragraphe 2 stipule que si, une loi applicable ayant été désignée dans un testament avant l'entrée en vigueur de la Convention, le décès se produit après celle-ci, la désignation sera considérée comme valide si elle satisfait aux conditions de l'article 5.1 et de l'article 5.2.

Le paragraphe 3 prévoit que la désignation d'une loi applicable faite par les parties à un pacte successoral est valide, même si elle a été faite avant l'entrée en vigueur, lorsque le décès du propriétaire du patrimoine ainsi grevé se produit après celle-ci. Il n'en est cependant ainsi que si la désignation répond aux conditions de l'article 11. Etant donné qu'en vertu de l'article 8 l'accord doit être «fait par écrit» la «désignation expresse» de l'article 11 doit, elle aussi, être par écrit. L'effet du paragraphe 3 est que, si l'accord intéresse les patrimoines de deux ou plusieurs personnes (quel que soit le nombre des parties à l'accord), et si une partie dont le patrimoine est en cause décède avant l'entrée en vigueur de la Convention, celle-ci ne s'appliquera pas; en revanche, si le décès de l'autre partie ou des autres parties dont les patrimoines sont en cause se produit après l'entrée en vigueur, la Convention s'appliquera. De même, aux fins d'une désignation aux termes de l'article 11, si l'auteur d'un testament mutuel meurt avant l'entrée en vigueur de la Convention, celle-ci ne s'applique pas. Si le décès de l'autre testateur (habituellement ils ne sont que deux) se produit après l'entrée en vigueur, la Convention s'applique.

Dans les circonstances qui viennent d'être décrites, par conséquent, et s'agissant du paragraphe 3, dans l'hypothèse où la loi du for tient la désignation comme sans effet pour la succession concernée à la suite du premier décès, ou pour le testament du premier à décéder, des lois différentes pourront s'appliquer à l'accord et aux testaments mutuels avant et après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat contractant.

133 Une fois la Convention en vigueur, par conséquent (c'est-à-dire trois mois après la troisième ratification, acceptation ou approbation en vertu de l'article 28), les notaires et les *solicitors* de tous les Etats membres, en particulier, seraient bien avisés de réexaminer tous les testaments et pactes souscrits par leurs clients et désignant la loi applicable, que ces désignations aient été faites ou non dans l'attente d'une ratification, d'une acceptation ou d'une approbation de l'Etat où ces notaires et ces *solicitors* exercent. Dans le cas de tous les testaments et pactes successoraux rédigés avant l'entrée en vigueur et ne comportant pas de désignation, un réexamen s'imposerait pour déterminer l'effet de l'article 3 si le décès se produisait après l'entrée en vigueur. Tel est évidemment le cas si l'on sait d'ores et déjà que le patrimoine comprend des avoirs dans deux ou plusieurs Etats, que des testaments mutuels aient été ou non rédigés, mais il faudra sans aucun doute revoir tous les testaments pour vérifier si au décès, des avoirs pourraient se trouver dans deux ou plusieurs Etats.

134 Il convient cependant de souligner que, dans l'esprit de la Seizième session, les paragraphes 2 et 3 ne doivent pas rendre invalide une désignation qui serait valide en vertu de la loi du for (si la Convention n'existait pas). L'intention de la Convention est positive; en vertu des paragraphes 2 et 3 «cette désignation... sera considérée comme valide si elle répond aux conditions» de l'article 5 ou de l'article 11, selon le cas. On a donc voulu que ces paragraphes puissent en fait valider des désignations qui eussent été invalides en l'absence de la Convention. Il semblerait qu'en mettant la Convention

en vigueur, un Etat contractant puisse stipuler que les désignations faites dans des testaments ou pactes rédigés ou conclus avant l'entrée en vigueur, lorsque l'Etat est le for, demeureront valides, si elles l'étaient avant l'entrée en vigueur, bien que les conditions de l'article 5 ou de l'article 11 respectivement ne soient pas remplies.

Article 23

135 Le conflit entre des traités conclus par les Etats n'est pas un problème nouveau; la Conférence de La Haye a elle-même inscrit des dispositions dans les Conventions passées pour essayer de fournir la base d'une solution de ces conflits. Les traités aujourd'hui en vigueur ont été conclus parfois il y a plus de cent ans et leur ancienneté même leur a conféré une permanence et assuré un respect qu'ils ne méritent peut-être plus sur le fond. Bien des traités sont aujourd'hui périmés dans certaines au moins de leurs dispositions; ils répondent aux problèmes d'autrefois d'une manière qui était familière et acceptée à l'époque. Mais les Etats concluent des traités non seulement pour de longues périodes, durant lesquelles les valeurs et les conceptions du droit international changent, ils les concluent pour tout un ensemble de raisons.

Les traités sont multilatéraux ou bilatéraux. Les traités multilatéraux peuvent être universels, comme les Conventions de La Haye qui, une fois en vigueur, sont ouvertes à tout Etat, ou ils peuvent n'intéresser qu'un groupe d'Etats constitués en association. Ou encore il est des Etats dont les conventions procèdent d'un intérêt commun, vraisemblablement l'appartenance à une région géographique ou l'affinité culturelle ou religieuse. Les traités bilatéraux reposent sur la réciprocité et expriment le désir des deux Etats contractants de résoudre un problème ou de satisfaire un intérêt commun de manière consensuelle, quel que puisse être le comportement des autres Etats du monde en ce domaine ou dans des domaines connexes.

136 Plusieurs organisations internationales s'attachent à promouvoir des traités universels, adoptés initialement par les Etats membres de l'organisation dont il s'agit, mais ouverts à la ratification de tout Etat disposé à s'engager selon les termes du traité. Certes tout groupe d'Etats contractants ou toute institution souhaite que chaque Etat contractant reconnaisse la primauté du traité de l'association ou de l'organisation que ces Etats ont adopté en dernier lieu sur tel ou tel sujet, en particulier lorsque des contradictions entre instruments portant sur ce sujet existent. Mais les motifs qui amènent à conclure un traité sont nombreux, et ceux qui induisent à rester parties à des traités contradictoires, peuvent être sans rapport avec la substance des instruments dont les dispositions se contredisent. La ratification, l'acceptation ou l'approbation d'un traité universel, lorsque l'Etat contractant est déjà partie à un traité existant qui contredit ou contrarie de toute autre manière le nouveau traité, n'a aucun sens à première vue, et le fait de devenir partie à un traité universel incompatible avec un traité autrefois novateur n'apparaît pas moins illogique. De plus, si les Etats contractants se résignent à ce que d'autres Etats ratifient, acceptent ou approuvent un instrument en assumant ainsi des obligations contradictoires, ou si ces autres Etats se considèrent comme libres, pour des raisons qui leur sont propres, d'assumer par la suite d'autres obligations conventionnelles incompatibles avec cet instrument, quelle est la valeur du traité pour ces Etats contractants? Si tous les Etats contractants jouissent de cette latitude et que, ne serait-ce qu'une minorité d'entre eux, pour une raison politique quelcon-

que, en font usage, le traité verra sa valeur réduite d'autant pour les Etats qui n'ont pas voulu se placer dans une situation contradictoire. A moins qu'un problème ne se pose entre des Etats qui se trouvent chacun dans cette dernière situation, il n'est pas possible de tabler sur le traité.

Il reste qu'un Etat peut souhaiter faire prévaloir universellement une politique ou une situation juridique mais appliquer une autre politique ou situation juridique assez différente à l'égard d'un autre Etat ou d'un petit groupe d'Etats auquel il appartient, qui, pour des raisons régionales ou d'intérêt commun, souhaitent s'écarter de la politique concrétisée par l'instrument universel. Ils agiront normalement ainsi pour obtenir la réciprocité ou pour exprimer des valeurs communes sous la forme de lois communes entre Etats appartenant à la même région ou partageant les mêmes intérêts. Bien qu'ils entraînent les mêmes difficultés pour les Etats contractants qui n'y sont pas parties, ces arrangements locaux ou bilatéraux sont peut-être plus facilement acceptables dans le milieu international, du fait que tous les Etats peuvent au moins apprécier les raisons qui peuvent conduire à des aménagements différents à l'échelon local ou entre deux Etats animés de préoccupations communes.

Dans l'ensemble, cependant, du fait que ses effets sont tellement profonds et son existence si intimement mêlée aux politiques, pratiquées ouvertement ou non, des Etats, le conflit de traités (ou de conventions) pose un problème difficile et délicat. Des principes de droit international public entrent en jeu et les possibilités de divergences d'opinions importantes sur la manière de traiter le problème sont très vastes.

137 L'attitude traditionnelle, à La Haye, a été d'accepter que les Etats contractants soient parties à d'autres traités portant sur le même sujet, même s'il y a conflit entre la Convention de La Haye en cause et les autres instruments. L'article 19 de la Convention de 1973 sur les obligations alimentaires et l'article 20 de la Convention sur les régimes matrimoniaux, l'article 21 de la Convention sur la validité des mariages et l'article 22 de la Convention sur les contrats d'intermédiaires et la représentation - datant toutes de 1978 - illustrent cette attitude. La Conférence de La Haye attend seulement des Etats contractants qu'ils fassent de leur mieux pour réduire et, si possible, éliminer les conflits. La dénonciation de la Convention de La Haye, mesure extrême, reste une issue possible si, malgré les efforts, les conflits ne peuvent être évités.

Bien qu'il soit dans la ligne de la politique traditionnelle de La Haye et des Conventions, l'article 23 n'a été adopté qu'après de longs débats, marqués par la présentation de nombreux documents de travail et de propositions différentes sur l'approche à retenir dans la présente Convention. De fait, ce n'est qu'à la Séance plénière de clôture de la Seizième session que la disposition principale, à savoir le paragraphe 1 de l'article, a été proposée et adoptée. Le Bureau Permanent avait suggéré à la Commission spéciale en 1987 que lui-même présente à la Seizième session de 1988 diverses propositions s'écarter de la ligne traditionnelle; c'est ce qu'il a fait pendant la première lecture de l'avant-projet de Convention. La proposition du Bureau Permanent (Doc. trav. No 72) prévoyait qu'entre les Etats contractants les dispositions de la Convention remplaceraient les conventions existantes en matière de disposition à cause de mort, mais lesdits Etats pourraient continuer à honorer les conventions réciproques existantes et aussi en conclure de nouvelles. La délégation finlandaise a proposé pour sa part (Doc. trav. No 84) que les Etats contractants parties à des conventions internationales liant un

nombre restreint d'Etats puissent aussi, en faisant une déclaration, être autorisés à maintenir en vigueur lesdites conventions. La délégation finlandaise souhaitait d'autre part que les conventions d'intérêt local ou particulier soient totalement exceptées du projet d'article. Ces deux propositions adoptaient manifestement des positions différentes sur le type et le degré d'une exemption éventuelle par rapport à une politique générale des Etats contractants non parties à d'autres instruments sur le même sujet; la question a été déférée à un Comité *ad hoc* du Bureau siégeant avec les délégations finlandaise et italienne. Il était évident qu'en fait la différence pouvait être faible entre la politique traditionnelle de La Haye, consistant à autoriser les Etats contractants à être parties à d'autres conventions sur le même sujet, et l'interdiction d'un tel comportement sous réserve d'exceptions larges en faveur des conventions réciproques, régionales et même de certaines conventions internationales.

Au cours de la deuxième lecture de l'avant-projet de Convention révisé, le Comité a fait rapport et a soumis (Doc. trav. No 89) diverses propositions au sujet des principes essentiels dont devrait s'inspirer le paragraphe 1 de l'article. Ou bien la Convention l'emporterait pour les Etats contractants sur toute autre convention traitant de la loi successorale, ou bien l'approche traditionnelle de La Haye serait suivie. L'article 39 de la *Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions* constituait une sorte de précédent pour la première solution, que le Bureau persistait à préférer. Elle imposait au moins à l'Etat contractant de prendre la décision ferme d'abandonner les autres conventions sur le même sujet. Sinon, il était envisagé d'autoriser les conventions réciproques et les conventions régionales ou présentant à d'autres titres un caractère local et les accords recherchant l'uniformité à l'échelon régional ou local. La Commission II semblait désormais se trouver dans un *no man's land* entre deux attitudes opposées sur le problème du conflit de traités; en fait, un vote à main levée a montré pour finir qu'une majorité préférerait l'approche traditionnelle de La Haye. Celle-ci s'est cependant heurtée à une vive résistance de la part de certaines délégations minoritaires. Au cours de la discussion sur les conventions réciproques et régionales des préoccupations ont été exprimées quant à leur effet éventuellement nuisible pour l'application de la Convention, et à l'opposé leur intérêt pour les Etats qu'elles concernent a été souligné, mais en définitive l'exception a paru généralement acceptable.

Lors de la troisième lecture de l'avant-projet de Convention révisé (deuxième lecture de l'article qui portait alors le numéro 19), le Comité de rédaction a proposé (Doc. trav. No 105) une option entre deux catégories de conventions permises plutôt que l'article figurant traditionnellement dans les Conventions de La Haye. C'est-à-dire que chaque branche de l'alternative limitait l'adhésion d'un Etat contractant à d'autres instruments internationaux en matière successorale; seule une catégorie étroite de conventions semblables était autorisée. La première restriction visait les autres conventions applicables aux ressortissants ou résidents habituels de l'Etat contractant partie à une telle convention. La seconde, qui était à l'origine une proposition finlandaise, concernait les autres conventions existant en la matière et qui lient exclusivement les Etats qui y sont parties. Le Comité de rédaction essayait en l'occurrence de regagner du terrain sur les délégués en proposant une description étroite et précise des autres conventions admises. La Commission II a manifesté sa préférence pour la première variante à l'issue d'un vote à main levée, mais une proposition française (Doc. trav. No 106) tendant à ce que cette catégorie d'autres conventions ne puisse co-

exister avec la Convention de La Haye en matière successorale que s'il n'y avait pas de déclaration contraire de l'Etat contractant, a soulevé des difficultés. Fallait-il comprendre qu'une partie à une convention (ou à un accord) pouvait, par simple déclaration unilatérale, écarter celle-ci, ou l'agrément de tous les autres Etats parties était-il présumé? La proposition française demandait à être éclaircie.

C'est à la Session plénière finale que la rédaction proposée pour l'article 19 dans le Document de travail No 105 a été abandonnée et que l'on en est revenu à la politique traditionnelle de La Haye exprimée dans les conventions antérieures. On a pensé que c'était là un énoncé simple et familier de ce que le Document de travail No 105 cherchait à exprimer de façon difficile et ambiguë par son article 19. La Commission en est donc revenue au point dont elle était partie par rapport aux conventions antérieures.

Le problème, ainsi que l'a précisé la délégation italienne, est celui de la primauté que les Etats contractants doivent accorder aux Conventions de La Haye par rapport à d'autres conventions d'application universelle. La question aurait pu être posée dans les termes suivants: quelle est l'importance de cette primauté pour les Etats membres de la Conférence, que les conventions en cause soient des conventions universelles susceptibles d'être adoptées par tous les Etats ou uniquement par les Etats membres d'une association, ou qu'il s'agisse de conventions de caractère régional ou bilatéral?

138 Ainsi que la délégation de la République fédérale d'Allemagne l'a expliqué en présentant le Document de travail No 12 en plénière, le paragraphe 1 de l'article 23 n'a pas pour objet de permettre que n'importe quelle convention déroge à la présente Convention sur la loi successorale, mais essentiellement d'autoriser les conventions bilatérales à coexister avec ladite Convention. Cependant, aux termes du paragraphe 1, un Etat contractant peut être partie à tout autre traité existant ou futur portant sur la loi successorale, à la seule condition que les Etats parties à un tel traité soient convenus que l'Etat contractant n'est pas lié par celui-ci. Si cela n'est pas possible et si l'on craint des incompatibilités, il est probable que la dénonciation de l'autre traité selon ses propres modalités (si elles existent) constituera la seule issue pour un Etat contractant désireux d'honorer la présente Convention.

Auparavant la Commission II avait décidé que le paragraphe 2 de l'article 23 constituait une exception acceptable à la solution alors envisagée, prévoyant la primauté de la présente Convention. Ce paragraphe s'applique, par exemple, aux pays scandinaves parties à l'accord de coopération nordique d'Helsinki de 1962. Ces pays s'efforcent actuellement, par une coopération informelle, d'harmoniser leur législation, y compris en matière successorale.

Malgré les termes du paragraphe 1 et la tolérance résultant de l'article dans sa totalité, il n'est pas douteux que c'est l'intention de la Seizième session qui doit prévaloir – comme l'a montré le débat long et animé qui s'y est déroulé – et cette intention est que les Etats contractants y regardent à deux fois avant de se placer aujourd'hui ou dans l'avenir dans une situation telle que leur loyalisme à l'égard de la présente Convention se trouve menacé ou réduit à néant.

Article 24

139 Cet article énumère les réserves autorisées à la Convention. Dans son article 20, l'avant-projet de Convention n'envisageait qu'une réserve, à savoir qu'un Etat, à l'un quelconque des cinq moments spécifiés,

puisse exclure l'application du Chapitre III relatif aux pactes successoraux. Un Etat membre de la Conférence peut faire une réserve à deux occasions: soit à la signature, soit lors de la ratification, de l'adhésion ou de l'approbation. Un Etat non membre, inévitablement, ne peut le faire que lors de l'adhésion. Durant les travaux de la Commission II, à la Seizième session, la réserve a été amplifiée comme il est expliqué ci-après, et trois autres réserves ont été ajoutées. Toutes les réserves sont visées dans le paragraphe 1 de l'article 24; le paragraphe 2 stipule qu'aucune autre réserve n'est admise et le paragraphe 3 porte sur la façon dont un Etat contractant peut retirer une réserve et sur le moment auquel le retrait prend effet.

Paragraphe 1

140 Il était dit dans l'introduction de ce paragraphe qu'un Etat pouvait se «réserver le droit» de formuler une réserve. On a souligné au cours de la discussion en Commission II que cette formule pouvait laisser supposer qu'un Etat avait ainsi le droit de ne pas faire de réserve à l'une des cinq occasions mentionnées, mais de se réserver le droit de le faire à quelque moment futur. Bien entendu, ce n'était nullement l'intention. Une réserve doit être faite à l'une des cinq occasions spécifiées – signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion – ou pas du tout. En conséquence, il a été décidé d'adopter les termes de l'article 21 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* qui constituent une formulation préférable. L'introduction devient donc: «Tout Etat... pourra faire la réserve».

Alinéa a

141 Cet alinéa concerne la première des réserves possibles. Il prévoit deux choses: premièrement, qu'un Etat contractant peut indiquer qu'il n'appliquera pas la Convention au pacte successoral tel que défini à l'article 8 et, deuxièmement, qu'en conséquence de ce refus d'appliquer la Convention au pacte successoral, l'Etat en question ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5.1 si elle n'est pas dans la forme qu'il prescrit pour les dispositions testamentaires. Le premier aspect de la réserve a été examiné par la Commission spéciale et faisait l'objet de l'article 20.1 de l'avant-projet de Convention. Les mots «tel que défini à l'article 8» ont été délibérément employés pour que la réserve ne soit pas plus large que l'application du Chapitre III lui-même. Les pactes successoraux verbaux sont valides dans certains systèmes juridiques mais, comme on l'a déjà dit, ils restent en dehors de la Convention. Un Etat contractant qui formule cette réserve à l'égard des pactes successoraux de l'article 8 ne reconnaîtra pas, bien entendu, les pactes verbaux comme des dispositions à cause de mort, puisque d'une manière générale il ne reconnaît que les dispositions à cause de mort revêtant la forme de dispositions testamentaires. Aussi éprouvera-t-il probablement la nécessité de se protéger contre l'obligation qui lui serait faite de reconnaître des désignations en vertu de l'article 5.1. Ce qui amène au deuxième aspect de l'article 24.1a. En vertu de l'article 5.1, les désignations sont des désignations effectives de la loi choisie, mais elles sont exprimées dans une forme autre que testamentaire en raison de l'existence dans la Convention du Chapitre III. Les termes du paragraphe 1a n'obligent pas l'Etat formulant une réserve à refuser de reconnaître les désignations selon l'article 5.1, mais il le laisse libre de spécifier dans sa réserve qu'il ne reconnaîtra pas non plus la désignation d'une loi devant régir la totalité de la succession quand cette dési-

gnation revêt la forme d'un pacte successoral. Ce pacte peut avoir ou ne pas avoir la forme d'une disposition testamentaire, et l'Etat auteur de la réserve n'entend reconnaître que de telles dispositions.

La nécessité de ce second aspect de la réserve ressort du fait que si, pour le premier aspect, référence est faite aux pactes successoraux («tel que défini à l'article 8»), l'article 8 lui-même commence par les mots «Aux fins du présent chapitre». L'article 5.2, en revanche, dispose qu'une désignation de loi en vertu de l'article 5 doit observer les exigences de forme des «dispositions à cause de mort». Si un Etat reconnaît la validité de pactes successoraux conclus verbalement, il s'ensuit que dans cet Etat une «déclaration» désignant la loi choisie peut être verbale, ce qui, en vertu de la Convention, constitue une disposition à cause de mort valide dans ledit Etat. Par suite, et pour faire face à la difficulté qui se produirait, dans le cas d'un Etat contractant qui aurait fait une réserve à l'égard du Chapitre III et qui se trouverait en présence d'une désignation écrite ou verbale en forme de pacte successoral mais non en forme testamentaire, le second aspect de l'article 24.1a permet à cet Etat de spécifier qu'il ne reconnaîtra pas les formes non testamentaires des désignations faites selon l'article 5.

Il peut être utile de souligner que, si un Etat contractant décide de faire, en vertu de l'article 24.1a, une réserve refusant de reconnaître les pactes successoraux du Chapitre III, il n'a aucune obligation internationale d'ajouter à cela qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite en vertu de l'article 5 si elle ne se présente pas sous la forme d'une disposition testamentaire. En d'autres termes, il peut faire une réserve pour les pactes successoraux du Chapitre III, mais continuer d'accepter toute désignation conforme à l'article 5, même sous une forme qui ne serait pas acceptable pour une disposition testamentaire.

La délégation mexicaine a tenu à ce qu'il soit noté qu'elle aurait préféré que les deux aspects de l'article 24.1a demeurent distincts, au lieu d'être rassemblés en une seule phrase. Le Rapporteur s'est engagé à expliquer clairement la nature et les effets de chaque aspect de cette réserve.

Etant donné que la Convention fera mieux connaître les pactes successoraux sur le plan international et en accroîtra probablement l'usage, et que le Chapitre III représente un mode ordonné de reconnaissance internationale de ces systèmes de planification successorale connus surtout dans les pays de droit civil, les juridictions de *common law* seraient sans doute bien inspirées de ne pas formuler cette réserve. Il est probablement préférable de s'accommoder ainsi du pacte successoral, de même que les pays de droit civil acceptent, dans la Convention sur le trust, de s'accommoder de celui-ci. Et, pour les Etats qui voudraient ultérieurement revenir sur leur décision, l'article 30.1 (voir le commentaire ci-après) offre une voie de sortie.

Alinéa b

142 Un Etat peut faire une réserve spécifiant qu'il n'appliquera pas l'article 4 de la Convention. On se rappellera qu'en vertu de cet article, si la loi applicable selon l'article 3 est celle d'un Etat non contractant, et que cet Etat renvoie à un autre Etat contractant, lequel accepte, un Etat contractant aura l'obligation d'appliquer la loi de ce deuxième Etat non contractant. C'est là un renvoi au second degré et, lorsqu'elle a suggéré cette réserve, la délégation danoise a souligné qu'elle était particulièrement hostile aux possibilités de renvoi partiel que permettait l'article 4. Elle a précisé que le Danemark était opposé à la notion même de renvoi qui, à son avis, entraîne dans l'application des lois une com-

plexité injustifiable vu l'intérêt limité que présente pour le Danemark la doctrine du renvoi. On a cependant souligné que les renvois partiels pourraient fort bien être l'expérience commune dans le cas de l'article 4. En d'autres termes, la loi applicable, loi du premier Etat non contractant, est la loi d'un Etat scissionniste, qui renvoie au deuxième Etat non contractant comme étant celui où se trouvent les immeubles faisant partie de la succession. Le second Etat non contractant est également une juridiction scissionniste et accepte le renvoi parce que les immeubles sont situés sur son territoire. Dans ces conditions l'effet de l'article 4 est que la loi du second Etat non contractant s'applique aux immeubles de la succession et que la loi du premier Etat non contractant s'applique aux biens meubles faisant partie de la succession. La réserve, en revanche, autorise un Etat contractant à appliquer le droit interne du premier Etat non contractant à la totalité de la succession, sans se préoccuper des lois du deuxième Etat non contractant.

Par exemple si 1) l'Etat X fait une réserve en ce qui concerne l'article 4, 2) l'Etat X est l'Etat du for, 3) la loi prévue à l'article 3 est celle de l'Etat Y, Etat non contractant, 4) l'Etat Y renvoie à l'Etat Z, autre Etat non contractant, et 5) l'Etat Z accepte le renvoi et applique son propre droit interne, la réserve aura pour résultat que l'Etat X appliquera le droit interne de l'Etat Y. L'Etat X fait donc prévaloir ses vues au sujet de la doctrine du renvoi partiel mais, ce faisant, il refuse de reconnaître l'issue harmonieuse à laquelle les Etats Y et Z seraient eux-mêmes parvenus. Si les biens du défunt se trouvent dans l'Etat Z, la loi de l'Etat Y leur sera appliquée.

Si le Danemark (Etat X) formulait une réserve à l'article 4 et si les questions relatives à la succession avaient des chances de venir devant les tribunaux danois, le *de cuius* ferait bien de désigner une loi applicable (celle de la nationalité ou celle de la résidence habituelle) en vertu de l'article 5.1, et en outre une loi selon l'article 6 pour les biens se trouvant dans l'Etat Z. Autre possibilité: si les règles impératives des lois de sa nationalité et de sa résidence habituelle probables au moment du décès ne le concernent pas, le *de cuius* pourrait désigner la loi selon l'article 6 pour les biens se trouvant dans l'Etat Z, en laissant aux tribunaux danois le soin de déterminer à d'autres égards la loi applicable à sa succession conformément à l'article 3.

Il semblerait donc que l'effet pratique de cette réserve soit simplement de causer certains inconvénients à ceux dont les affaires successorales seront vraisemblablement traitées dans l'Etat auteur de la réserve, en supposant, bien entendu, qu'ils soient informés pour commencer de la réserve et de ses effets. Ceux qui n'auront pas fait de testament ou qui n'auront pas consulté de spécialistes, seront les principales victimes de la réserve. Il appartiendra aux Etats de déterminer si leur aversion pour le renvoi doit être payée à ce prix.

Alinéa c

143 Les délégations française et italienne ont proposé à l'origine (Doc. trav. No 64) que cette réserve prenne la forme suivante: «si, au moment de son décès, le défunt n'a ni la nationalité ni la résidence habituelle de l'Etat dont il avait désigné la loi lors de la rédaction de son testament, la désignation peut être considérée comme invalide par l'Etat qui formule la réserve». Le Royaume-Uni (Doc. trav. No 95) a suggéré de limiter le champ d'application de cette réserve au cas où le défunt, à son décès, réside habituellement dans l'Etat auteur de la réserve et en possède la nationalité.

La proposition du Royaume-Uni visait à restreindre la

réserve, pour donner satisfaction aux Etats qui se préoccupent de la reconnaissance par la Convention des désignations de lois applicables prévues à l'article 5.1 comme étant soit la loi de la résidence habituelle, soit celle de la nationalité au moment de la désignation, tout en permettant au plus grand nombre d'Etats possible d'adopter la Convention. Les délégations française et italienne étaient disposées à accepter, dans un esprit de compromis, cette réserve plus étroite, mais il est évident que, si elle était formulée par un certain nombre d'Etats, la réserve affaiblirait considérablement la portée de la Convention. La réserve nuit en particulier à la liberté de désignation, qui est l'un des principaux attraits de la Convention pour ceux qui se préoccupent de la possibilité, pour le *de cuius*, de planifier la disposition de son patrimoine durant sa vie et à son décès. Cette planification permet une économie fiscale importante, mais elle est beaucoup plus facile si le testateur connaît, au moment où il rédige son testament, la loi qui sera applicable à celui-ci à son décès. Il n'a pas à se soucier de ce que les tribunaux pourront avoir à dire sur l'incidence d'un changement de résidence ultérieur, c'est-à-dire postérieur à la rédaction de son testament.

Toutefois, la réserve ne prive pas l'article 5.1 de tout intérêt pour un testateur. Une *professio juris* demeure possible. L'alinéa c signifie que, dans un Etat ayant fait la réserve, le choix fait par le *de cuius* de la loi de sa résidence habituelle ou de celle de sa nationalité au moment de la désignation ne sera pas reconnu si la résidence habituelle ou la nationalité désignée a changé et si le défunt, à sa mort, avait la nationalité et la résidence habituelle de l'Etat auteur de la réserve. La nationalité ou la résidence habituelle désignée et dont la loi était choisie pour régir la succession, n'existera plus au moment du décès. Le changement de résidence habituelle ou de nationalité entre le moment de la désignation et la date du décès est indispensable pour que la réserve puisse jouer, mais de surcroît – il convient de le répéter – quel que soit le nombre des changements qui ont pu se produire entre-temps, lors du décès du *de cuius* sa nationalité et sa résidence habituelle doivent être l'une et l'autre celles de l'Etat auteur de la réserve. Il faut en outre bien comprendre que rien dans l'article ni dans la Convention ne tend à indiquer qu'une personne puisse avoir plus d'une résidence habituelle. Il est clair qu'il ne saurait en être ainsi. L'intéressé peut avoir une double nationalité mais, comme on l'a expliqué (voir le paragraphe 51, *supra*), la Convention laisse au for le soin de régler cette question conformément à sa propre loi.

Il peut être utile de donner un exemple du fonctionnement de la réserve. Supposons que dans son testament le défunt ait désigné la loi de l'Etat A, qui était alors celui de sa résidence habituelle, pour régir sa succession. A son décès, il a la nationalité de l'Etat B, Etat auteur de la réserve, nationalité qu'il possédait au moment de la désignation, mais il a alors transféré sa résidence habituelle dans l'Etat B. L'Etat B ne reconnaîtra pas la loi désignée et appliquera la loi prévue à l'article 3. Si le défunt, à sa mort, avait eu sa résidence habituelle dans l'Etat C et avait conservé en tous temps la nationalité de l'Etat B, celui-ci, en tant qu'Etat contractant, aurait été tenu de reconnaître la désignation de l'Etat A dans le testament, parce que la réserve ne s'étend pas au cas où seule la nationalité (ou seule la résidence habituelle) existe lors du décès dans l'Etat auteur de la réserve. Si le défunt, à sa mort, avait eu sa résidence habituelle dans l'Etat B, mais avait changé sa nationalité et avait eu la nationalité de l'Etat D au moment de la désignation, l'Etat B (Etat auteur de la réserve), en tant qu'Etat contractant, devrait encore appliquer la loi désignée, à savoir celle de l'Etat A.

Il ne fait cependant pas de doute que, pour le plus grand nombre, c'est-à-dire pour les gens qui, à leur décès, ont été résidents habituels et ressortissants d'un seul Etat, la réserve, si elle est formulée par cet Etat, peut avoir des conséquences sérieuses. Prenons le cas d'un testament ou d'un pacte successoral fait autrefois par le *de cuius*, à une époque où il était résident habituel d'un autre Etat, dans lequel il a désigné la loi de cet Etat comme étant sa loi applicable. A son décès, cette désignation ne sera pas reconnue dans l'Etat auteur de la réserve. Par exemple, si la France ou l'Italie formulait cette réserve, un Français ou un Italien travaillant à l'étranger (dans l'Etat X) où il aurait établi sa résidence habituelle et posséderait des avoirs, et qui aurait désigné la loi de l'Etat X comme celle de sa résidence habituelle pour régir sa succession, devrait prendre garde s'il souhaitait par la suite finir ses jours dans son pays natal et donc retourner en France ou en Italie. Supposons qu'il laisse derrière lui des sommes importantes dans l'Etat X, peut-être parce que le contrôle des changes de l'Etat X l'empêche d'en faire sortir des capitaux. S'il survit cinq ans dans son pays d'origine, il y aura sans aucun doute acquis la résidence habituelle en vertu de l'article 3 et, s'il meurt moins de cinq ans après son retour, la loi de son pays natal, comme loi de sa nationalité, s'appliquera à coup sûr à sa succession. Le problème est que, parce qu'il aura conservé toute sa vie la nationalité de son lieu de naissance, la France ou l'Italie, selon le cas, à son décès il ne possédera pas la nationalité de l'Etat X et n'y aura pas non plus sa résidence habituelle. En même temps, il aura à son décès la nationalité et la résidence habituelle de l'Etat auteur de la réserve (la France ou l'Italie). L'ironie de la situation est que si, dans ces circonstances, le défunt avait été par exemple un Irlandais ou un Belge qui aurait décidé de passer ses vieux jours loin des étés brûlants ou des hivers rigoureux de l'Etat X dans les délices du midi de la France ou l'île de Capri, les tribunaux français ou italiens – selon le cas – seraient tenus de reconnaître sa désignation de la loi de l'Etat X. Il faut espérer que les Etats qui se proposent d'adopter la Convention afin que leurs habitants bénéficient des avantages qui en résultent, hésiteront avant de formuler cette réserve. Elle risque fort de produire plus de confusion et de déceptions qu'elle n'en vaut la peine parmi ceux qui, à leur décès, auraient leur résidence habituelle dans l'Etat auteur de la réserve et en seraient ressortissants. Il vaudrait sans doute mieux laisser la Convention courir sa chance et voir comment elle fonctionne en pratique.

Alinéa d

144 La délégation australienne tenait beaucoup à ce que les lois de protection de la famille (c'est-à-dire les lois autorisant des attributions discrétionnaires sur les avoirs du défunt) des états australiens puissent être invoquées et s'appliquent en faveur des parents du *de cuius* qui résident habituellement en Australie ou qui en sont ressortissants. L'article 5.1 signifierait qu'un *de cuius* qui a sa résidence habituelle en Australie, mais conserve la nationalité de son pays d'origine, aurait la possibilité de désigner la loi de sa nationalité pour régir son testament, et cela bien que la loi australienne de protection de la famille se trouve ainsi remplacée par les dispositions peut-être bien moins généreuses, voire inexistantes, de l'Etat de la nationalité. Il a été indiqué à la Commission que les immigrants représentaient plus de cent nationalités en Australie. Les conjoints et enfants survivants, résidents habituels en Australie ou ressortissants australiens, pourraient se voir contraints de recourir à l'aide sociale dans l'état de leur résidence en Australie.

Bien que les trois conditions énumérées à l'article 24.1 d doivent toutes être remplies avant qu'un Etat auteur de la réserve puisse appliquer celle-ci, on s'est préoccupé, à la Seizième session, de ce qu'il ne s'agissait pas ici d'une pure réserve de conflit de lois (elle concerne une situation de fait particulière) et qu'elle affecte l'essence même de la Convention, dont la clef de voûte est la reconnaissance des lois de la nationalité ou de la résidence habituelle aux moments de la désignation ou du décès comme lois d'Etats auxquels on puisse dire que le *de cuius* appartenait au moment en question. La réserve autorise l'Etat contractant à garder sous sa coupe ses résidents habituels au moment de leur décès, en niant leur «appartenance» éventuelle à l'Etat de leur nationalité. On a souligné qu'une solution plus logique serait de faire appel à l'ordre public lorsque celui-ci pourrait être légitimement invoqué dans un cas d'espèce. De plus, une réserve devrait être claire et précise en ce qui concerne son application; or celle-ci s'en remet à ce sujet à la discrétion des tribunaux.

Il convient pourtant de ne pas perdre de vue certaines considérations en sens opposé. La seconde condition de l'article 24.1 d est que les dispositions de protection de la famille de la loi désignée doivent priver «totalement ou dans une proportion très importante» le conjoint ou l'enfant survivant des attributions de nature familiale ou successorale (en cas de succession *ab intestat*) auxquelles ils auraient eu droit. Cela signifie qu'il n'est pas généralement interdit d'appliquer des dispositions étrangères de protection de la famille pour la seule raison qu'elles seraient quantitativement moins favorables que celles de l'Etat auteur de la réserve en tant que for. Il faut aussi noter que les trois conditions sont cumulatives et non alternatives. Plus important encore, des délégations ont estimé qu'une protection adéquate de la famille est une préoccupation légitime là où la *professio juris* est en vigueur, et l'on a appelé l'attention sur le fait que les juridictions de *common law* font une place beaucoup moins grande que d'autres à l'invocation de l'ordre public. La réserve vise à protéger les droits de la famille à charge, mais dans une juridiction de *common law* les tribunaux considéreront peut-être que, si importante que soit cette préoccupation, elle ne justifie pas une intervention pesante au nom de l'ordre public. Pour finir, on ne saurait oublier que la réserve envisagée à présent à l'article 24.1 c ne s'appliquerait pas dans le cas qui inquiétait l'Australie, de sorte, a-t-on pensé, que d'autres remèdes fournis par la Convention seraient ici appropriés.

145 On notera que trois des quatre réserves concernant en tout ou en partie l'article 5, disposition autorisant la *professio juris*. Sur ces trois, les réserves de l'article 24.1 c et 1 d peuvent être considérées comme atteignant le fondement même de la *professio juris*, sinon de la Convention elle-même. On a dit à plusieurs reprises au cours de la Seizième session, et il convient de répéter ici, que les réserves ne doivent pas être encouragées, car elles tendent essentiellement à détruire les décisions arrêtées et les compromis obtenus lors de l'élaboration de la Convention. Il faut vivement espérer que les Etats qui se proposent de devenir Parties contractantes, réfléchiront aux répercussions pratiques de ce qu'ils font pour leurs propres ressortissants et résidents habituels, tout autant que pour ceux qui sont ressortissants ou résidents habituels d'autres Etats.

146 Les articles qui constituent les clauses finales des Conventions de La Haye sont désormais d'un modèle bien établi et elles sont familières à la communauté internationale ainsi qu'aux Etats membres. Des expressions nouvelles ou des modèles révisés de procédures protocolaires peuvent apparaître d'une Convention à l'autre et, à l'occasion des négociations auxquelles a donné lieu en 1984 la Convention sur le trust, un sous-comité des clauses générales et finales avait été constitué. Les propositions de ce sous-comité sont venues à point nommé et, à la Quinzième session, elles ont entraîné de longs débats et des formulations nouvelles. Elles portaient sur les modalités d'une révision éventuelle de la Convention et sur la meilleure façon de faire prendre effet à une Convention révisée, sur la procédure des réserves, l'adhésion de nouveaux Membres, l'application limitée de la Convention parmi les unités d'un même Etat, l'entrée en vigueur de la Convention et sa dénonciation. Dans l'ensemble ces changements, dont plusieurs ont été adoptés (voir le Rapport von Overbeck, par. 181-201) avaient pour objectif de simplifier encore les procédures et de surmonter les difficultés qu'avaient éprouvées les Etats.

Lors des travaux de la Commission spéciale et de la Seizième session qui ont abouti à la présente Convention, les formulations et révisions antérieures incluses dans la Convention sur le trust ont été largement adoptées. Aucun sous-comité n'a été constitué pour examiner la question; en fait les clauses finales proposées à la Commission spéciale par le Comité de rédaction (Doc. trav. No 95 de la Commission spéciale) et qui avaient été adoptées sans débat par la Commission, ont été incorporées par la Seizième session au texte de la présente Convention successorale sans autre modification que des retouches occasionnelles.

Article 25

147 La Convention est ouverte à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation des Membres de la Conférence de La Haye qui avaient cette qualité lors de la Seizième session. Cette formule avait eu la préférence des Membres à la Quinzième session, et elle a été adoptée également en l'occurrence. L'avant-projet de Convention est simplement devenu le texte final. L'article prévoit également l'obligation de déposer les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation auprès du dépositaire de la Convention.

Article 26

148 L'article prévoit que tout Etat qui n'est pas un Etat membre, pourra adhérer à la Convention une fois que celle-ci sera entrée en vigueur par la ratification, l'acceptation ou l'approbation de trois Membres de la Conférence de La Haye, suivie de l'écoulement d'une période de trois mois. Là encore l'instrument d'adhésion doit être déposé auprès du dépositaire. L'article est calqué sur l'article 28 de la Convention sur le trust, dont le troisième paragraphe n'est cependant pas repris. Autrement dit, la présente Convention ne prévoit pas la possibilité, pour les Etats contractants, d'objecter à l'adhésion d'Etats non membres. Cela s'explique par le fait que, dans le cas de la Convention sur le trust, il peut arriver que des Etats non membres souhaitent adhérer à la Convention alors que leurs dispositions en matière de trust ne cadreraient que de façon douteuse avec la

notion du trust consacrée par ladite Convention. Il est clair que les mêmes considérations n'interviennent pas à propos de la Convention actuelle. Là encore, le texte final de l'article reprend purement et simplement celui de l'avant-projet de Convention.

Article 27

149 Cet article envisage le cas de l'Etat comprenant deux ou plusieurs unités territoriales connaissant des systèmes de droit différents dans lequel la Convention est adoptée par une ou plusieurs de ces unités, mais non par les autres. L'Etat en question est autorisé à signer, ratifier, accepter, approuver ou adhérer à condition de faire une déclaration dans ce sens. L'article est d'une importance particulière pour des Etats comme le Canada, lorsque, en vertu de la Constitution, la matière traitée relève de la souveraineté de l'unité, de sorte que l'Etat ne peut devenir Partie à la Convention qu'au nom de l'unité ou des unités considérées. Le paragraphe 1 de l'article 27 autorise l'Etat en question à adopter la Convention de cette manière.

Le paragraphe 2 impose l'obligation de notifier une telle déclaration au dépositaire, et le paragraphe 3 spécifie qu'un Etat qui ne formule aucune déclaration en vertu de l'article soumet toutes ses unités territoriales à la Convention.

150 Cet article s'inspire de l'article 29 de la Convention sur le trust. Il avait été d'abord adopté par la Commission spéciale dans son avant-projet de 1987 et, sous réserve d'un seul changement, incorporé au texte final. A la Seizième session, la Commission sur les clauses fédérales a recommandé de remplacer, dans le texte anglais du paragraphe 1, le mot «*modify*» par le mot «*alter*». Il s'agissait de surmonter la difficulté due au fait que certaines autorités étatiques interprétaient le mot «*modify*» comme impliquant une réduction alors que, bien entendu, la modification peut aussi consister en un élargissement. Les mots «des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par cette Convention», qui figurent aussi au paragraphe 1, avaient été critiqués lors de l'élaboration de la Convention sur le trust (voir le paragraphe 196 du Rapport von Overbeck), mais ils ont été conservés à l'époque par déférence à l'opinion majoritaire, et n'ont pas été remis en cause en la présente occasion.

On peut se demander si un Etat connaissant «deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes» (article 20) pourrait de même étendre la Convention à un ou plusieurs de ces systèmes juridiques, mais non pas à un ou plusieurs autres. Par exemple, l'Etat A peut connaître un système de droit pour les chrétiens et un autre pour les musulmans. Il désire adhérer à la Convention pour les besoins de la communauté chrétienne, mais non de la communauté musulmane. Néanmoins, l'article 27 n'offre pas aux Etats qui ont des systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes la possibilité ouverte aux systèmes fédéraux ou à d'autres systèmes comportant des unités territoriales.

Article 28

151 Il est prévu dans cet article que la Convention entrera en vigueur après le dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation. A la différence de la Convention sur le trust, dans le deuxième paragraphe les Etats membres de la Conférence ne sont pas distingués des autres Etats adhérents. Toutefois, les

Etats – membres ou adhérents – connaissent des procédures d'entrée en vigueur distinctes de celles qui sont prévues pour les unités territoriales. Pour les Etats membres et les Etats adhérents, la Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt. En revanche, pour les unités territoriales auxquelles s'applique l'article 27, la Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après la notification par l'Etat en question visée à l'article 27.2.

Article 29

152 Cet article envisage la situation qui se présente lorsqu'un Etat devient Partie à la Convention après une révision de celle-ci. L'avant-projet de Convention approuvé en 1987 par la Commission spéciale disposait dans son article 25: «Tout Etat qui devient Partie à cette Convention après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de celle-ci sera considéré comme Partie à la Convention ainsi révisée.» La délégation finlandaise a attiré l'attention de la Session plénière finale sur le fait que cette rédaction est équivoque et peut-être même contraire aux principes du droit des traités. Un Etat semble exprimer l'intention d'être lié par la Convention initiale, mais il se trouve lié par la Convention révisée. La délégation finlandaise a donc proposé de rédiger l'article comme suit (Doc. trav. No 6): «Après l'entrée en vigueur d'un instrument portant révision de la Convention, un Etat ne pourra devenir Partie qu'à la Convention ainsi révisée.» Après une brève discussion, la proposition a été adoptée et constitue à présent l'article 29.

Article 30

153 L'article 30 concerne la dénonciation de la Convention par les Etats parties. La dénonciation doit prendre la forme d'une notification écrite adressée au dépositaire, et prend effet à l'expiration d'un délai de trois mois suivant la notification. C'est là un délai plus court que celui que prévoyait l'article 31 de la Convention sur le trust, qui exige l'écoulement d'une période de six mois. Le présent article 30 stipule que lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, c'est cette période plus longue qui prévaut.

Le paragraphe 1 de l'article 26 de l'avant-projet de Convention n'autorisait un Etat partie qu'à dénoncer la Convention dans sa totalité. Durant les travaux de la Commission II, la délégation des Etats-Unis (Doc. trav. No 97) a proposé qu'un Etat partie ait la possibilité de dénoncer le Chapitre III de la Convention sans dénoncer celle-ci en totalité. L'Etat partie aurait en fait un choix; il pourrait dénoncer la totalité de la Convention ou simplement son Chapitre III. On pensait que cela faciliterait la ratification de la Convention par des Etats qui n'auraient pas besoin de formuler à ce moment une réserve visant le Chapitre III. Ils pourraient examiner comment le Chapitre III s'appliquerait une fois la Convention en vigueur et n'exercer leur droit de dénonciation que s'il leur paraissait approprié de le faire par la suite. La proposition s'inspire à cet égard de l'article 101 de la Convention des Nations Unies de 1980 concernant les contrats pour la vente internationale de marchandises. Elle a paru justifiée aux délégués, qui l'ont adoptée sans plus de discussion. Ce procédé présente, par rapport à la réserve, non seulement l'avantage de permettre à un

Etat partie de «voir venir» l'effet pratique du Chapitre III; il signifie aussi que, si la Conférence de La Haye devait par la suite élaborer une convention sur les pactes successoraux, les Etats parties pourraient se retirer du Chapitre III de la présente Convention et accéder au nouvel instrument si tel était leur désir. L'adoption de la proposition a été confirmée en plénière.

Il convient de noter que le présent article, à l'instar de l'article 28, emploie les mots «le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après» l'événement considéré. Cette rédaction, qui figurait dans l'avant-projet de Convention, paraît plus compréhensible que la formulation équivalente de l'article 30 de la Convention sur le trust.

Article 31

154 Le dépositaire, c'est-à-dire le Ministère des Affaires Etrangères du Royaume des Pays-Bas, est requis par cet article de notifier à tous les Etats membres de la Conférence de La Haye de droit international privé tous les actes qu'il accomplit en vertu des pouvoirs conférés par la Convention. L'objet de cet article familier est naturellement de permettre à chaque Etat partie et à chaque Etat membre de savoir à tout moment quelle est la situation de la Convention et la position de chaque Etat membre par rapport à elle.

LA CLAUSE DE SIGNATURE

155 On notera qu'aux termes de la clause de signature les textes français et anglais font également foi.

Victoria, Colombie britannique
mai 1989