Document generated on 07/15/2025 3:38 p.m.

Les Cahiers de droit

L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux

Innocent Fetze Kamdem

Volume 40, Number 3, 1999

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043564ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043564ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this note

Kamdem, I. F. (1999). L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux. *Les Cahiers de droit*, *40*(3), 645–663. https://doi.org/10.7202/043564ar

Article abstract

Globablization is one of today's hottest buzz words in business. Yet, do people realize that at the heart of these varied international transactions that breath life into global trading lies a principle dear to current liberal States ? The principle is none other than the autonomy of the will to form legal agreements. Prosaically, this concept expresses the lattitude left to anyone who is capable of entering into a binding legal relationship with some other person independently of various constraints. Obviously, this type of liberty must be exercised while respecting other players on the international scene, as are found in state entities. The recent failure of the *Multilateral Investment Agreement* provides a good example of the limits inherent in the concept.

But in fact, how did all this come about ? What is the origin of this principle whose contents are a priori enigmatic ? Certainly not the work of some *Deus ex machina* ! It was this line of questioning that inspired the drafting of this paper whose main concern is to give an account of the turbulent but enriching debates in which eminent legal scholars engaged in that period when private international law began to come to the fore.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1999

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

NOTE

*L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux**

Innocent FETZE KAMDEM**

*Tout le monde parle aujourd'hui de la mondialisation. Cependant, est-on seulement conscient qu'au cœur des diverses transactions internationales qui la cristallisent se trouve un principe cher aux États libéraux de l'heure ? Ce principe n'est autre que celui de l'autonomie de la volonté. Prosaïquement, ce concept exprime la faculté laissée à toute personne qui en est capable de nouer une relation juridique avec une autre indépendamment de certaines contraintes. Bien sûr, cette forme de liberté doit être exercée dans le respect des autres acteurs de la scène internationale, comme le sont les entités étatiques. Le récent échec de l'*Accord multilatéral sur les investissements *(*AMI*) est une bonne illustration des limites qui lui sont assignées.*

Au fait, comment en est-on arrivé là ? D'où nous vient ce principe au contenu a priori *énigmatique ? Certainement pas d'*ex nihilo*! C'est ce questionnement qui a inspiré la rédaction de la présente note dont le souci premier est de rendre compte des débats houleux et enrichissants auxquels se sont livrés d'illustres juristes alors que commençait à fleurir le droit international privé.*

---

* L'article qui suit est la version remaniée d'un texte présenté dans le cours de deuxième cycle intitulé « Méthodologie avancée en droit », donné à l'automne 1998 par le professeur Bjarne Melkevik à l'Université Laval.

** Étudiant de deuxième cycle, Faculté de droit, Université Laval.

Les Cahiers de Droit, vol. 40, n° 3, septembre 1999, pp. 645-663

Globablization is one of today's hottest buzz words in business. Yet, do people realize that at the heart of these varied international transactions that breath life into global trading lies a principle dear to current liberal States ? The principle is none other than the autonomy of the will to form legal agreements. Prosaically, this concept expresses the lattitude left to anyone who is capable of entering into a binding legal relationship with some other person independently of various constraints. Obviously, this type of liberty must be exercised while respecting other players on the international scene, as are found in state entities. The recent failure of the Multilateral Investment Agreement *provides a good example of the limits inherent in the concept.*

But in fact, how did all this come about ? What is the origin of this principle whose contents are a priori enigmatic ? Certainly not the work of some Deus ex machina *! It was this line of questioning that inspired the drafting of this paper whose main concern is to give an account of the turbulent but enriching debates in which eminent legal scholars engaged in that period when private international law began to come to the fore.*

Pages

1. L'affirmation de l'autonomie de la volonté comme expression d'une volonté créatrice de droit 649

1.1 L'autonomie de la volonté : émanation de la hardiesse de Weiss 649

1.1.1 La substance de l'autonomie de la volonté 649

1.1.2 Le domaine de l'autonomie de la volonté 650

1.2 L'autonomie de la volonté : expression d'une volonté omnipotente chez Surville 652

2. La dynamique réductrice et réductionniste de l'autonomie de la volonté 653

2.1 La réduction du domaine de l'autonomie de la volonté 653

2.1.1 La conception d'un domaine de l'autonomie exclusif des lois impératives selon Pillet 653

2.1.2 La conception de l'autonomie de la volonté restreinte par l'ordre public selon Aubry 655

2.1.3 La restriction de l'autonomie à la manifestation de la volonté selon Brocher 657

2.2 Les conceptions hostiles à l'autonomie 658

2.2.1 Le rejet du concept d'autonomie 658

2.2.2 Le rejet de l'idée même d'autonomie de la volonté 661

2.2.2.1 Le rejet de l'autonomie pour défaut d'originalité selon Niboyet 661
2.2.2.2 Le rejet de l'autonomie pour infécondité selon Rouhette 662
Conclusion 663

« Une personne ne peut être soumise à d'autres lois que celles qu'elle se donne à elle-même[1] ». C'est en mettant ainsi la volonté de l'être humain au cœur de la création et de la soumission à la loi que Kant exprimait sa conception éthique de l'autonomie[2]. *Ipso facto*, il mettait en exergue la doctrine du volontarisme juridique qui servira plus tard de rampe de lancement à la naissance de ce que l'on a appelé la doctrine de l'autonomie de la volonté. Juridiquement, celle-ci s'entend de l'opportunité circonscrite dont dispose tout contractant de choisir, par une volonté créatrice de droit, les dispositions qui régiront ses rapports dans le cadre de l'acte contractuel.

Très vite, le terme « autonomie » va occuper une place de choix dans les écrits de nombreux juristes venant de contextes juridiques occidentaux divers et essentiellement de culture romano-germanique. Ainsi, en droit international privé dont les jalons furent jetés en Italie, avec le développement de la science des conflits de lois, pullulent dès le milieu du XIXe siècle des travaux d'une kyrielle d'auteurs qui se sont penchés sur le sujet afin d'en dégager la nature, la substance, l'étendue et la portée dans la résolution des conflits de lois qui surviennent à l'occasion des relations contractuelles impliquant des parties appartenant à des systèmes juridiques différents ou ayant un élément d'extranéité.

L'autonomie de la volonté en tant que telle se situe dans un processus de longues réflexions doctrinales et évolutives. À l'origine, l'autonomie est un terme technique bien connu des juristes allemands qui postulent que, à l'image des cités d'antan, les parties choisissent la législation qui gouvernera leurs rapports de droit. En 1843, Foelix, à qui l'on doit l'entrée du mot

---

1. I. KANT, *Doctrine du droit*, trad. Barni, Paris, 1853, p. 33, cité par E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. 54, à son tour cité par V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 57.
2. G. ROUHETTE, « Rapport français. Observations critiques », dans D. TALLON et D. HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 14, p. 39.

« autonomie » dans le vocabulaire internationaliste, l'empruntera au vocabulaire juridique allemand dans son *Traité du droit international privé*[3]. Pour lui, l'« autonomie », l'« autonomie des parties », l'« autonomie des citoyens » et l'« autonomie de l'homme » signifient une seule et même réalité. En outre, à son avis, elle n'est pas une théorie mais une technique qui justifie simplement la législation que le juge applique comme droit du contrat en l'absence d'un choix exprès des parties en recherchant leur volonté présumée dite « autonomie tacite[4] » ; même si en vue de déterminer ladite loi, le juge interprète doit se référer aux circonstances pertinentes et surtout à l'« usage des nations ». L'expression de l'autonomie s'apprécie alors après la conclusion du contrat.

Par la suite, Laurent, reprenant les termes « autonomie » et « autonomie des parties », se démarquera sensiblement de Foelix en situant l'appréciation de son exercice exprès ou tacite au moment de la conclusion du contrat, tout en ne lui reconnaissant pas le pouvoir de création du droit, et, en conséquence, cela ne lui permet pas de faire concurrence à la loi. Puis, le pas sera franchi par d'autres auteurs encore plus entreprenants. Plus nettement que Brocher, Weiss associera l'autonomie à la volonté en 1886 dans son *Traité élémentaire de droit international privé*[5]. L'autonomie de la volonté ne tarda pas à prendre une dimension hautement importante dans le droit international privé en matière de conflits de lois, comme l'avait tant désiré Weiss. Son souhait à cet égard était de « formuler un principe juridique qui puisse servir à résoudre partout et toujours de la même manière les difficultés internationales[6] ».

Rapidement, l'autonomie de la volonté sera consacrée sur la scène internationale d'abord et dans différents droits internes ensuite par le truchement de dispositions législatives pertinentes ou encore par des mécanismes de présomptions sous l'impulsion d'une doctrine prolifique et pas toujours unanime dont une bonne partie des acteurs travaillent à l'ébranlement de certains de ses pans originels. *Mutatis mutandis*, l'état de la doctrine interne n'est que le reflet de ce que l'on constate à l'échelle internationale au crépuscule du XIXe siècle et à l'aube du XXe siècle dans un débat évolutif qui opposera en bout de ligne les partisans d'une autonomie de la volonté synonyme de volonté créatrice de droit (section 1) aux tenants d'une volonté restreinte par divers facteurs, voire contestée dans ce qu'elle a de substantiel (section 2).

---

3. J.J.G. FOELIX, *Traité du droit international privé, ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, Paris, Joubert, 1843.
4. *Id.*, n° 70, p. 127.
5. A. WEISS, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1886.
6. *Id.*, avant-propos.

1. L'affirmation de l'autonomie de la volonté comme expression d'une volonté créatrice de droit

L'autonomie de la volonté peut être conçue comme la possibilité offerte aux parties à un contrat de choisir par elles-mêmes le droit qu'elles voudraient voir appliquer aux relations contractuelles qui en résulteront. Une telle conception permet aux parties de participer concurremment avec le législateur classique à la création de la loi. Weiss est présenté comme le père de cette théorie dont la gestation a nécessité une bonne dose de courage (section 1.1). Elle fera des émules chez ses collègues, par exemple Surville, dont l'approche vise à doter l'autonomie d'une puissance assez importante (section 1.2).

1.1 L'autonomie de la volonté : émanation de la hardiesse de Weiss

Nous étudierons successivement la substance (section 1.1.1) et l'étendue de l'autonomie de la volonté telle qu'elle a été théorisée par Weiss (section 1.1.2).

1.1.1 La substance de l'autonomie de la volonté

C'est sous forme de dérogation à la théorie de la personnalité du droit que Weiss a conçu l'autonomie de la volonté. En effet, estime-t-il, en principe, lorsque la loi statue sur un intérêt privé, elle a toujours pour objet l'utilité de la personne. Elle vise exclusivement les personnes pour qui elle a été préparée et doit les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf pour celles qui sont désireuses de faire prévaloir l'autonomie de leur volonté[7]. Il en fit un usage constant dans le *Traité élémentaire de droit international privé* publié en 1886. L'autonomie de la volonté se démarque de l'autonomie des parties en ce sens qu'elle a un caractère théorique puisque les personnes qui l'emploient supposent que la volonté, qui permet le libre choix de la loi du contrat par les parties au moment de la conclusion du contrat, est, à l'égal de la loi, créatrice de droit[8].

Au contraire de l'autonomie des parties qui a un sens technique, car elle intervient comme pour expliquer la solution à un conflit de lois déjà existant, l'autonomie de la volonté est plutôt théorique puisqu'elle est présentée comme la solution qui précède l'éventuel conflit de lois. Ainsi, Weiss souligne que « le principe de l'autonomie ne s'applique que dans la

7. A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. III, 2e éd., Paris, L. Larose & L. Tenin, 1912, p. 126.
8. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 42.

mesure où la volonté des parties est souveraine[9] », c'est-à-dire complètement libérée de toutes contraintes autres que celle qu'il lui attribue. Cette particularité vient de ce qu'elle soulève une problématique relativement à la capacité de la volonté de créer la règle de droit et, en conséquence, l'éventuelle concurrence qu'elle pourrait faire à la loi. Cela n'est pas sans fondement.

En effet, même si le contrat est par essence le produit de plusieurs volontés, sa manifestation et son exécution se font généralement dans un cadre régi par de nombreuses lois auxquelles les parties se plient peu ou prou. D'une part, cette réalité transparaît plus ou moins ce que nous pourrions appeler la volonté pure des contractants. Dès lors, c'est une volonté modelée par le droit lui-même, par les conditions qu'il pose à la prise en considération : exigences relatives à la capacité, à la représentation, à la forme, à la preuve, à la cause, aux vices de consentement, à l'interprétation, etc., conditions dont on ne peut se départir pour apprécier le contrat en tant qu'instrument juridique, puisque l'attribution du caractère juridique dépend de leur respect[10].

D'autre part, il est fort à craindre que l'exécution du contrat ne se déroule donc pas toujours conformément aux prévisions des intéressés. De ce fait, n'y a-t-il pas lieu de croire « qu'en définitive son exécution dépendra de l'état, ce qui implique que le fondement des contrats ne peut être cherché ailleurs que dans le pouvoir étatique[11] ? » Cependant, il reste que les parties peuvent toujours adhérer volontairement à l'institution étatique et, en conséquence, leur engagement procède toujours de leur volonté : « Mais il faut voir que cette « volonté » qui assumerait les contraintes de l'ordre juridique est très différente de la volonté postulée par une doctrine d'autonomie[12] ». Weiss avait pourtant pris en considération cet aspect du problème dans la délimitation du domaine de l'autonomie de la volonté.

1.1.2 Le domaine de l'autonomie de la volonté

À la différence des adeptes de la doctrine de l'autonomie des parties qui s'évertuent à rechercher ce que les parties ont voulu, Weiss se questionne d'abord sur ce que les parties peuvent vouloir. En effet, le jeune professeur français pose comme prémisse que l'autonomie de la volonté ne peut s'exercer que dans les matières que la loi nationale des intéressés ne

9. A. WEISS, *op. cit.*, note 5, p. 114.
10. G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 2, n° 10, p. 37.
11. D. TALLON et D. HARRIS (dir.), *op. cit.*, note 2, n° 27, p. 79.
12. *Ibid.*

régit pas par des règles d'ordre public[13]. Chez les partisans de l'autonomie des parties cependant, on donne aux contractants un pouvoir limité par le seul ordre public international qui permet au juge d'écarter l'application d'une loi étrangère *a priori* compétente au motif qu'elle est inadmissible[14]. Par là, ils estiment qu'elle est la solution à tous les conflits de lois en matière contractuelle. En conséquence, ils accordent vraisemblablement un poids énorme à l'autonomie.

À l'analyse, Ranouil comme bien d'autres auteurs[15] pensent que, dans le fond, Weiss accorde la même puissance à la volonté. En effet, celui-ci affirme que, lorsqu'il s'agit d'actes juridiques, « tout est, en principe, du domaine des volontés[16] ». Et partant, la loi qui doit régir ces actes devrait être celle qui a été choisie par les contractants grâce à leur « libre arbitre[17] ». On se demande même si cette déclaration n'est pas de nature à conduire à rapprocher considérablement l'autonomie de la volonté de la liberté contractuelle, comme l'écrivait Niboyet[18]. Cependant, l'autonomie de la volonté a une touche spécifique en rapport avec son champ d'action.

À ce sujet, Weiss commence par faire une distinction entre les lois dont les nationaux d'un État ne peuvent se départir et celles qui sont dites facultatives. Dans la première catégorie, il range « les lois impératives ou prohibitives qui gouvernent son état, sa capacité, ses relations de famille, et d'une manière générale toutes celles qui ont un caractère d'ordre public[19] ». La seconde catégorie, quant à elle, comprend les lois auxquelles les contractants peuvent « substituer [...] des règles différentes, voire même des règles adoptées par une législation étrangère[20] ».

Il ne fait aucun doute que dans l'esprit de Weiss l'autonomie de la volonté ne peut s'exercer dans les matières que la loi nationale des contractants régit par des dispositions ayant un caractère d'ordre public. *A contrario*, elle trouve son terrain de prédilection dans les secteurs dont les textes régulateurs ont une portée facultative. Dans ce cas, le contrat sera

13. A. WEISS, *op. cit.*, note 7, p. 126.
14. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 8, p. 47.
15. Voir en particulier J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Paris, Sirey, 1928, p. 57 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 13, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 48, note 137.
16. A. WEISS, *op. cit.*, note 7, p. 129.
17. *Id.*, p. 128.
18. J.-P. NIBOYET, *loc. cit.*, note 15, 51 et suiv.
19. A. WEISS, *op. cit.*, note 7, p. 126.
20. *Ibid.*

en principe régi par la loi voulue ou présumée voulue par les parties. Cela est d'autant plus normal que l'autonomie n'est qu'une dérogation, une concession de la loi nationale que l'on retrouvera aussi bien en droit interne qu'en droit international :

> [...] l'émigrant ne la dépouille pas en franchissant la frontière de son pays ; il l'emporte avec lui, telle que la loi de son origine la lui a concédée, dans son étendue, mais aussi avec toutes les restrictions qu'elle comporte ; et s'il adopte comme loi de l'acte auquel il intervient une législation étrangère, écartant ainsi celle de sa patrie, c'est en vertu de l'autorisation générale qu'il tient de cette dernière. Son choix ne déroge donc pas, à proprement parler, au système de la personnalité du droit ; il le modifie en l'atténuant[21].

Il s'ensuit que l'autonomie ne peut avoir une étendue plus vaste en droit international que celle qu'elle a en droit interne. Sur ce point, Weiss fait à la fois figure de proue et de pionnier. Si l'autonomie de la volonté telle qu'il l'entend trouve la base de son étendue dans le droit national, il est étonnant de constater qu'à l'époque, l'autonomie de la volonté comme telle, quoiqu'elle soit vécue dans les faits, est encore inusitée aussi bien dans le vocabulaire juridique français que partout ailleurs[22]. Quoi qu'il en soit, elle sera rapidement adoptée par Surville qui veut en faire une puissante source de droit.

1.2 L'autonomie de la volonté : expression d'une volonté omnipotente chez Surville

Même si Surville partage l'idée de base du concept d'autonomie de la volonté telle qu'elle a été établie par Weiss, qui consiste à faire de la volonté un concurrent de la loi en faisant d'elle une source du droit, il va développer une pensée pour le moins originale.

D'emblée, il sort de l'ornière relativement à la dénomination à conférer au sujet. Pour lui, en effet, les termes « autonomie », « autonomie de la volonté » et « liberté de la volonté » traduisent une seule et même réalité. À la différence de Weiss qui pense que l'autonomie de la volonté ne s'exerce qu'en l'absence d'une loi impérative, Surville soutient qu'en droit international elle a pour seule et unique limite l'ordre public international. Sur ce point, il semble se rapprocher considérablement des partisans de l'autonomie des parties : l'autonomie de la volonté est donc toute-puissante quoiqu'elle soit restreinte par l'ordre public international[23]. Il établit une

---

21. *Id.*, pp. 126 et 127.
22. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 43.
23. J.F. Surville, « De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé », (1889) 16 *Journal de droit international privé* 535 et suiv.

nette différence entre cet ordre public international et l'ordre public interne. Si le premier s'impose aussi bien aux nationaux qu'aux étrangers, il en est tout autrement du second auquel seuls les nationaux sont assujettis[24].

Cela étant, Surville estime que le domaine de l'autonomie de la volonté est plus vaste en droit international qu'en droit interne. L'explication toute trouvée est que, dans un cadre national, les lois à caractère impératif ne laissent aucune place à l'exercice de l'autonomie, alors qu'à l'échelle internationale l'exigence de la rapidité et d'une certaine sécurité des transactions commande que les parties choisissent elles-mêmes la loi qui gouvernera leurs rapports contractuels[25]. Certains auteurs, déjà très allergiques au pouvoir créateur de la loi attribué à l'autonomie de la volonté, vont tolérer encore moins la croissance exponentielle qu'a connue son domaine aux termes de la conception de Surville. La réaction ne tardera pas à se manifester par des positions tendant à contenir l'autonomie de la volonté. Au demeurant, certains n'hésiteront pas à en dénier la substance, rejoignant ainsi Savigny, dans une moindre mesure cependant.

2. La dynamique réductrice et réductionniste de l'autonomie de la volonté

Il convient de distinguer à ce niveau les auteurs qui prônent la réduction du domaine de l'autonomie (section 2.1) de ceux qui y sont carrément hostiles (section 2.2).

2.1 La réduction du domaine de l'autonomie de la volonté

Les uns veulent limiter l'autonomie de la volonté au seul cas où il n'existe pas de lois impératives (section 2.1.1), d'autres la contiennent par le concept d'ordre public (section 2.1.2), tandis que certains en restreignent l'existence au seul cas où la volonté des parties s'est manifestée (section 2.1.3).

2.1.1 La conception d'un domaine de l'autonomie exclusif des lois impératives selon Pillet

Pillet paraît « le premier à avoir énoncé le principe général que toutes les règles étrangères à l'ordre public ne sont pas facultatives[26] ». Il stigmatise l'exercice de l'autonomie dans les matières régies par les lois impératives. Pour lui, en effet, cela amène à « dénaturer la substance de la loi [et]

24. *Id.*, 537.
25. J.F. Surville, *Cours élémentaire de droit international privé*, 7e éd., 1925, n° 237, p. 351, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 52, note 157.
26. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 104.

à admettre qu'une loi obligatoire dans les rapports des citoyens entre eux devient purement facultative, dès qu'il s'agit de leurs rapports avec l'étranger[27] ». Il conçoit péniblement que l'on attribue à la doctrine de l'autonomie une étendue aussi vaste. Ce qui rend « toutes les lois facultatives au point de vue international, [puisqu'il] dépend de la volonté des parties d'accepter ou de repousser leur autorité[28] ». Or, cela est « totalement inadmissible[29] ».

Pour Pillet, il fut d'abord clair que l'autonomie ne peut servir que dans les conflits de lois facultatives puisque celles-ci ne comportent pas de règles impératives. Plus tard cependant, il abandonnera cette position qui consiste à faire appel à la volonté présumée des intéressés pour la résolution des conflits de lois supplétives. Ainsi soutiendra-t-il que si les parties n'ont ni expressément ni tacitement manifesté leur volonté quant au choix d'une législation, c'est simplement parce qu'elles n'ont « rien voulu du tout, qu'elles n'ont même pas songé à la question[30] ».

Il en conclut qu'à cette occasion on ne saurait prétendre rechercher ou interpréter une volonté qui n'existe pas[31]. De ce constat et de la mission de sécuriser les relations contractuelles qu'il assigne aux lois supplétives, Pillet estime que l'application de ces lois supplétives n'est que la résultante d'un système de présomptions de compétence légale.

L'autonomie de la volonté ne trouve alors à s'exercer que lorsque les parties ont expressément ou implicitement opté pour une loi donnée dans un domaine qui n'est toutefois pas régi par des lois impératives. S'essayant à la définition de celles-ci, Pillet commence par les scinder en deux catégories sur la base de leur but social, à savoir les « lois de garantie sociale[32] » ou « lois obligatoires d'intérêt public[33] » et les « lois de protection individuelle[34] » ou lois « d'intérêt privé[35] ». Les premières sont édictées dans

27. A. PILLET, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », (1894) 21 *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* 711, 718.
28. A. PILLET, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », (1895) 22 *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* 939.
29. *Id.*, 943.
30. A. PILLET, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 440, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 119, note 94.
31. A. PILLET, *Traité de droit international privé*, t. II, Paris, 1924, p. 190, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 120, note 98.
32. A. PILLET, *loc. cit.*, note 28, 943.
33. *Id.*, 944.
34. *Id.*, 943.
35. *Id.*, 944.

l'intérêt d'un État, elles s'appliquent sur son territoire, à tous, sans distinction de nationalité. Il donne à titre d'exemple les lois relatives à l'opposabilité aux tiers des conventions sur la propriété mobilière ou immobilière[36]. Les secondes sont destinées exclusivement aux nationaux et les suivent partout où ils vont, l'illustration en étant les lois inhérentes à la capacité ou aux vices de consentement[37].

Pillet estime que l'on ne saurait recourir à l'intention des parties pour résoudre les conflits qui se feraient jour entre ces lois obligatoires. Aussi, s'agissant des lois mises sur pied pour assurer la protection des intérêts du public, il y a lieu d'appliquer la loi du pays dont l'ordre public est menacé. De plus, quand il est question de lois protégeant des intérêts privés, c'est la législation du pays des intéressés qui sera préférée[38].

À l'analyse, il est loisible de constater, à l'instar de Ranouil, que Pillet « entend [...] largement la catégorie des lois impératives[39] ». Il va sans dire que cela est de nature à restreindre considérablement le domaine de l'autonomie[40], comme l'est sans doute l'ordre public.

2.1.2 La conception de l'autonomie de la volonté restreinte par l'ordre public selon Aubry

Dans un article intitulé « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé » paru dans le *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* en 1896[41], Aubry entre aussi en guerre contre les exagérations de l'autonomie dont il prône la limitation du domaine.

À ses yeux, le principe de l'autonomie signifie non seulement que les parties « peuvent régler directement leurs droits et obligations respectifs, mais aussi [...] qu'elles peuvent déterminer la loi qui réglera ces droits et obligations, sur les points que les parties ne prennent pas la précaution de prévoir elles-mêmes[42] ». Ainsi perçue, la loi de l'autonomie n'est finalement « qu'une convention tacite[43] », car les parties se réfèrent à une législation donnée au lieu de convenir par elles-mêmes de ce qu'elles veulent. Il en conclut, comme Niboyet, que le domaine de l'autonomie demeure alors

36. A. PILLET, *op. cit.*, note 30, p. 455, cité par V. Ranouil, p. 103, note 20.
37. *Id.*, p. 456, cité par V. Ranouil, p. 103, note 21.
38. A. PILLET, *loc. cit.*, note 28, 943.
39. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 104.
40. *Ibid.*
41. J. AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », (1896) 23 *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* 465 et suiv.
42. *Id.*, 470.
43. *Ibid.*

« exactement [le même que] celui de la liberté des conventions[44] » qui a cours en droit interne français.

Aubry penche pour la limitation du champ d'action de l'autonomie. À cette fin, il propose d'exclure de son domaine toutes les matières régies par les lois « impératives ou prohibitives ». Celles-ci se distinguent des lois « interprétatives ou supplétives[45] ». S'il est impossible de déroger aux premières, les contractants ont un certain pouvoir de disposition sur les secondes puisqu'ils peuvent « les adopter ou les écarter, expressément ou tacitement[46] ». C'est dire que l'autonomie ne trouvera à s'appliquer que sur le terrain où s'exercent les lois supplétives à l'exclusion de toute autre loi touchant à l'ordre public :

> L'individu se meut dans un certain cercle qui lui est tracé par le législateur. Il y trouve des règles interprétatives et supplétives qui s'offrent à lui comme un appui et un guide. Mais celles-ci ne peuvent pas l'aider à en sortir, parce qu'elles y sont enfermées comme lui. Le domaine de l'autonomie et celui de l'ordre public se touchent, mais ils sont entièrement impénétrables l'un à l'autre, comme deux compartiments séparés par une cloison étanche[47].

Toutefois, s'interrogeant sur la portée pratique de cette limitation de l'autonomie, Aubry reconnaît qu'elle est satisfaisante lorsque les contractants ont expressément décidé de la loi applicable à leur convention. Par contre, s'ils ont négligé de le faire, comme c'est souvent le cas, il est fort à craindre qu'il ne subsiste une ignorance et une incertitude quant à la loi applicable, car le juge saisi à cet effet jouit d'une certaine liberté dans la recherche de la volonté présumée des parties au regard des circonstances pertinentes. Il est alors permis de se questionner sur la possibilité pour ledit juge de déceler l'intention des parties si celles-ci ne peuvent déjà s'entendre seules sur ce qu'elles ont pu vouloir en contractant :

> Même renfermée strictement dans son domaine, l'application de la loi d'autonomie introduit, dans les transactions et les relations diverses de la vie internationale, un élément d'incertitude qui porte atteinte au crédit, entraîne des méprises et des embarras de tout genre et devient trop souvent une source de procès[48].

Devant ce constat amer, Aubry propose, à la suite de Pillet, l'instauration d'un système de présomptions de compétence légale, mais qui ne céderaient que devant le choix exprès d'une autre loi[49]. Ces présomptions, loin d'être étrangères aux contractants, « ne sont qu'une manifestation de

44. *Ibid.*
45. *Id.*, 468.
46. *Id.*, 469.
47. *Id.*, 470.
48. *Id.*, 743.
49. *Id.*, 744.

l'autonomie » et celle-ci seule justifie la compétence des lois supplétives[50]. La preuve en est que, de l'avis d'Aubry, elles sont destinées à « rendre les conséquences [de l'autonomie] moins aléatoires et moins dangereuses » parce que l'autonomie serait moins dépendante du seul arbitraire ou vouloir du juge[51].

Au demeurant, cette position est largement partagée par Olive qui insiste beaucoup sur la sécurité et la stabilité des relations contractuelles. À cet égard, il plaide aussi en faveur des présomptions légales de volonté « à la fois instruments de sécurité juridique et traduction de la volonté des parties[52] ». Une telle parade suscite toutefois des inquiétudes. Comment peut-on à la fois promouvoir la volonté et souhaiter l'intervention du législateur au moyen de présomptions ? Les deux moyens sont-ils à ce point compatibles ? On est enclin à répondre à cette dernière question par la négative. Ce qui a fait dire à une partie de la doctrine américaine que « le droit des contrats [...] est en lui-même une forme d'intervention de l'état[53] ».

D'ailleurs, contrairement à Aubry, Pillet et Olive qui suggèrent de recourir aux présomptions, certains auteurs comme Audinet et Roguin n'accordent aucune place aux présomptions de compétence légale lorsque les parties sont expressément et implicitement demeurées silencieuses. Audinet[54] et Roguin[55] pensent plutôt qu'il serait judicieux de laisser les coudées franches au juge pour découvrir la loi qui convient le mieux aux circonstances pertinentes de l'espèce en cause, sans pour autant que cette loi perde le statut d'émanation de l'autonomie. Toutefois, rien ne peut mieux illustrer cette autonomie que la manifestation de la volonté par laquelle Brocher la restreint.

2.1.3 La restriction de l'autonomie à la manifestation de la volonté selon Brocher

Les tenants de cette thèse appellent au rejet de l'application des lois supplétives comme interprétation de la volonté présumée des parties. L'un de ses fervents partisans est Brocher. Il admet de prime abord que le droit

50. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 106.
51. J.-M. AUBRY, *loc. cit.*, note 41, 744.
52. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 110.
53. D. TALLON et D. HARRIS (dir.), *op. cit.*, note 2, n° 27, p. 79.
54. Nous reprenons en cela la déduction pertinente faite par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 107.
55. E. ROGUIN, cité par J.-P. NIBOYET, *loc. cit.*, note 15, 109 et repris par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 108, note 50.

se construit grâce à la combinaison de deux facteurs en permanente compétition : « la volonté de la loi et la volonté de l'homme[56] ». Cependant, les deux n'ont pas le même calibre, loin de là. Tout comme Weiss d'ailleurs, Brocher reconnaît la dépendance de la volonté par rapport à la loi lorsqu'il clame la domination de la seconde sur la première : « La volonté individuelle n'agit jamais seule sur le droit ; elle est dominée par la loi, qui la tient toujours enlacée dans des réseaux plus ou moins étroits ou plus ou moins larges[57]. »

S'agissant précisément de la volonté dont l'expression est la dynamique de tout acte juridique, la base de sa pensée est simple : une volonté inexprimée est une volonté inexistante. Qui plus est, dès lors que cette volonté est le moindrement obscure ou incomplète, il y a lieu de trouver ailleurs d'autres raisons pour justifier l'application des lois supplétives. Elle ne se justifie pas par la volonté présumée que de nombreux auteurs présentent comme une panacée, mais dans la fonction des lois supplétives. L'autopsie desdites lois lui permet d'affirmer qu'elles sont des mesures prévisionnelles instaurées par le législateur. En tant que telles, ces lois ont pour mission de combler le vide laissé par l'omission des contractants et donc d'assurer une sorte de prévisibilité du droit qui, du même coup, donne une certaine sécurité aux transactions commerciales internationales. Comme un refrain, la volonté est une fois de plus reléguée au second rang. Qui pis est, quelques auteurs y sont véritablement hostiles.

2.2 Les conceptions hostiles à l'autonomie

Cette hostilité se manifeste d'abord chez Savigny par le refus d'employer le terme « autonomie » (section 2.2.1) et chez Niboyet et Rouhette qui en combattent l'idée (2.2.2).

2.2.1 Le rejet du concept d'autonomie

Bien qu'il soit l'un des premiers auteurs à faire usage du mot « autonomie » en droit international privé, il convient de relever de prime abord que Savigny, comme Foelix, n'expose pas de théorie, encore moins une justification du rôle de la volonté des parties[58]. Il se contente de fournir des

56. C.A. BROCHER, « Théorie du droit international privé », *Revue de droit international et de législation comparée*, Paris, L.G.D.J., 1872, p. 189, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 113, note 64.
57. C.A. BROCHER, « Les principes fondamentaux du droit international privé », (1881) *Revue de droit international et de législation comparée* 561-562, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 114, note 70.
58. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 29.

explications en vue de faciliter la compréhension de certaines solutions apportées aux conflits de lois.

Partant de la signification étymologique du mot « autonomie », qui s'entend de la liberté laissée aux individus de se donner leurs propres règles, Savigny, en bon internationaliste de son époque, cherche à qualifier la règle permettant de résoudre les conflits de lois s'élevant en matière contractuelle[59]. Dans cette optique, l'autonomie pourrait supposer la latitude qu'ont les sujets de droit de choisir eux-mêmes la loi qui gouvernera leurs rapports.

Savigny rejette le mot « autonomie » en lui-même, car il refuse « d'appeler autonomie cet effet très général de la volonté libre[60] ». L'illustre juriste allemand remonte le temps pour trouver les arguments idoines. À l'origine, en Allemagne, le terme « autonomie » désigne en effet le privilège donné à certaines corporations de régir elles-mêmes leurs rapports par une sorte de législation domestique[61]. Par la suite, un autre sens lui sera attribué : le mot « autonomie » sera employé pour aider à trouver une solution aux conflits de lois en matière contractuelle.

Cependant, lorsque vient le temps de se soumettre à un droit social ou de choisir le domicile ou d'accomplir tout autre acte libre qui peut avoir des conséquences juridiques, l'on doit éviter l'emploi du mot « autonomie » puisqu'il n'est pas le terme approprié[62]. Au concept d'autonomie, Savigny préfère celui de « soumission volontaire » qui a pour rôle d'expliquer la solution des conflits de lois en général, et plus particulièrement la compétence de la loi du lieu de l'exécution en matière contractuelle. Savigny estime que « le droit local applicable à chaque rapport de droit, se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé bien que cette influence ne soit pas illimitée[63] ».

Cette soumission vaut aussi bien dans le domaine contractuel que sur le terrain extracontractuel. Cependant, la soumission volontaire n'est que l'explication théorique de règles usitées. Comme la « soumission volontaire » n'est qu'un principe explicatif, elle ne permet pas de déterminer le droit applicable à un rapport de droit donné, mais elle l'éclaire à maints

---

59. *Id.*, pp. 22-23.
60. F.K. Von SAVIGNY, *Système de droit romain*, traduit par Guenoux, t. VIII, p. 112, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 21, note 6.
61. F.K. Von SAVIGNY, *op. cit.*, note 60, p. 112-113, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 22.
62. *Id.*, p. 113, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 22.
63. *Id.*, p. 110, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 27, note 34.

égards. Elle permet par exemple de comprendre l'application de la loi de situation d'une chose. Toutefois, il est intéressant de remarquer que Savigny met les relations extracontractuelles sous la férule de la « soumission volontaire ». Or, de telles relations ont la particularité d'être imprévisibles et donc exemptes de tout élément de volonté à la base. De ce fait, on se serait attendu à ce que les parties aux prises avec un événement extracontractuel se plient immanquablement à la loi qui s'applique.

Après avoir posé la « soumission volontaire » comme base de sa pensée, Savigny passe à une autre étape en s'interrogeant sur le siège à assigner au rapport contractuel en vue de la détermination du droit applicable. Il se réfère à sa nature pour affirmer qu'il se situe généralement au lieu de l'exécution. En effet, « il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement en soit regardé comme le siège[64] ». De ce que l'application de la loi du lieu de l'exécution est fondée sur la volonté présumée des contractants, il est des circonstances où elle est invalide.

C'est le cas lorsque les parties ont expressément opté pour une législation précise. À cette occasion, l'intention expresse prime l'intention tacite. Ainsi, la présomption de soumission au droit du lieu de paiement, c'est-à-dire de l'exécution de l'obligation, n'est pas irréfragable puisqu'elle cède devant le choix des parties. À ce niveau, remarquons que se fait jour une différence par rapport à la pensée de Foelix pour qui justement « la présomption d'adhésion à la loi communément applicable aux actes juridiques est, semble-t-il, irréfragable : la volonté contraire des parties, fût-elle expresse, [étant] inopérante[65] ».

Il est en même temps loisible de constater que la justification par l'intention des contractants de la loi de l'obligation débouche sur l'inadmissibilité d'une législation étrangère normalement applicable lorsque celle-ci est en contradiction avec une loi « rigoureusement obligatoire » au pays du forum compétent. En effet, « les lois de cette nature ne laissent aucune influence à la volonté libre des parties[66] ». L'illustration la plus pertinente en est les lois de procédure. Pour Savigny, ces « lois rigoureusement absolues », véritables boucliers contre les lois étrangères, sont celles qui sont dictées par un « motif moral », « d'intérêt général » ou qui « revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique[67] ». Autant de limites qui touchent aussi la liberté contractuelle prisée par Niboyet.

---

64. *Ibid.*
65. V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 28.
66. F.K. VON SAVIGNY, *op. cit.*, note 60, p. 246, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 28.
67. *Id.*, p. 38, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 28.

2.2.2 Le rejet de l'idée même d'autonomie de la volonté

Niboyet ne voit dans l'autonomie de la volonté qu'une copie conforme de la liberté contractuelle (section 2.2.2.1), alors que Rouhette la trouve absolument inféconde (section 2.2.2.2).

2.2.2.1 Le rejet de l'autonomie pour défaut d'originalité selon Niboyet

À un moment où la doctrine de l'autonomie de la volonté avait déjà été réduite à ne s'exprimer qu'à l'occasion d'une manifestation expresse ou tacite du vouloir des parties contractantes, surviendra en 1927 la position de Niboyet sur la question. Il déclare sans ambages que l'autonomie de la volonté n'existe pas et qu'elle n'est autre chose que le résultat de la confusion que ses artisans font avec la liberté des conventions[68].

Ainsi, qu'il s'agisse d'un conflit de lois mettant en cause des lois impératives ou d'un conflit opposant les lois dites « facultatives » — de préférence au qualificatif « supplétif[69] » —, la « pseudo-autonomie de la volonté[70] » n'a guère plus de place dans les premières que dans les secondes. Si, dans le premier cas, elle est écartée pour éviter de banaliser les lois impératives en raison de leur intérêt général, c'est compte tenu de la fonction des lois « facultatives » que l'internationaliste français a jugé nécessaire de priver l'autonomie de l'ultime bastion qui lui restait jusqu'alors.

En effet, par nature, les lois « facultatives » sont celles qui, bien qu'elles aient été instituées par le législateur, sont entièrement soumises au libre gré des parties contractantes qui, lors de la conclusion de leur acte, peuvent les adopter *in extenso*, les modifier, les remplacer ou même les écarter. Si elles négligent de faire un tel exercice, Niboyet suggère que le juge saisi de la question s'abstienne de rechercher « ce que voudrait une volonté normale[71] » au nom de la « pseudo-autonomie de la volonté[72] ». Parce que la « volonté tacite n'est pas une volonté, mais une chose imaginaire[73] », mieux, parce qu'elle n'est que « la conception que chaque juge s'en fait », Niboyet soutient que la loi « facultative » trouve son essence dans la nécessité de maintenir une certaine sécurité contractuelle ainsi que la préservation de l'ordre social.

---

68. J.-P. NIBOYET, *loc. cit.*, note 15, 51 et suiv.
69. *Id.*, p. 61, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 125, note 136.
70. *Id.*, p. 15, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 125, note 134.
71. *Id.*, p. 64, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 125, note 143.
72. *Id.*, p. 15, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 125, note 134.
73. *Id.*, p. 63, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 125, note 142.

À ses yeux, le simulacre d'autonomie ne saurait être, comme le prétend Weiss, source de droit à l'égal de la loi[74]. Lorsque les parties en viennent à opter pour une législation donnée par une clause insérée dans leur contrat international, cet acte ne constitue pas un exercice de leur « autonomie considérée comme le pouvoir de choisir une loi compétente ou de résoudre elles-mêmes un conflit de lois[75] », mais plutôt un acte de prévisibilité du contenu du contrat en application de leur liberté contractuelle. Pour sa part, Rouhette va plus loin en dénonçant l'infécondité de la doctrine de l'autonomie de la volonté.

2.2.2.2 Le rejet de l'autonomie pour infécondité selon Rouhette

Rouhette tient pour acquis que la doctrine de l'autonomie de la volonté a cours sur la scène juridique française en l'occurrence. Cependant, son observation d'une perspicacité profonde nous semble tout aussi valablement transposable au niveau international. Se livrant à une critique interne de ladite doctrine, il en analyse les répercussions sur la vie contractuelle. La théorie en tant que telle lui importe peu. Ce qui compte, c'est l'importance, la capacité de la doctrine de l'autonomie de la volonté à procurer l'explication théorique du contrat, du point de vue pratique. Or, à cet égard, « c'est une doctrine inféconde[76] ». Il fonde sa conclusion sur le fait que, si les parties sont obligées parce qu'elles l'ont voulu et dans la limite de leur volonté, le principe de l'autonomie ne permet que difficilement de trouver une solution aux difficultés d'application du droit des contrats. Deux exemples[77] illustrent à souhait cette constatation.

D'une part, il est admis que le contrat naît de la rencontre de deux volontés, qu'il faut entendre comme leur concours et non leur simple simultanéité : chaque partie doit avoir la connaissance de la volonté concordante du cocontractant, sinon les deux ne voudraient pas ensemble. Le contrat est-il donc formé seulement après que l'offrant a eu connaissance de l'acceptation émise par le bénéficiaire ? Cependant, dans la rigueur du principe, il faut poser que l'acceptant doit être à son tour averti de la connaissance de son acceptation par le pollicitant, puisque l'offrant doit savoir que le bénéficiaire sait... De fait, une fois que l'on est engagé sur la pente de la connaissance, il faut poursuivre. De là l'interrogation fatale : « Comment un accord de volonté parviendra-t-il jamais à se former en application de la pure doctrine[78] ? »

---

74. *Id.*, p. 57, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 124, note 132.
75. *Id.*, p. 60, cité par V. RANOUIL, *op. cit.*, note 1, p. 126, note 148.
76. G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 2, n° 11, 37.
77. *Id.*, n° 11, 37-38.
78. *Id.*, n° 11, 37.

D'autre part, on dit que la volonté à la base du contrat doit être libre et éclairée. Si tel n'est pas le cas, si elle recèle un vice, le contrat doit être annulé. Si un tel remède devait automatiquement être administré à la vue d'un vice à la volonté, qu'adviendrait-il de la sécurité des transactions commerciales, de la stabilité qu'exige la bonne conduite des affaires ? Au surplus, n'est-ce pas en fin de compte le cocontractant de bonne foi dont la conduite a été irréprochable qui verrait sa volonté bafouée par une telle annulation ?

Conclusion

En définitive, l'autonomie de la volonté comme telle, entendue à la fois comme un instrument appartenant aux potentiels contractants et source de droit, a connu son apogée à l'échelon international avec Weiss. De nombreuses voix l'ont rapetissée ou tout simplement désavouée. Malgré tout ce lessivage, l'autonomie de la volonté se trouve énoncée tant dans de multiples droits positifs sous l'appellation de « liberté contractuelle » qu'en droit international où elle a gardé sa substance sous le nom de « loi d'autonomie ». Ainsi la retrouve-t-on couramment confondue tantôt avec la liberté contractuelle, tantôt avec la loi d'autonomie. Ce faisant, on assimile une conception théorique à des institutions juridiques comme si celles-ci avaient nécessairement besoin de celle-là comme support.

Comment pouvait-il en être autrement, car, à notre sens, autant un sujet de droit est appelé à entrer en contact avec les autres, autant l'autonomie de la volonté est la rampe de lancement d'où partiront ses aspirations. Dans ses rapports contractuels, le sujet de droit contracte au moins une obligation morale qui, par une sorte d'alchimie à laquelle participe le sacro-saint principe *pacta sunt servanda*, se transforme en obligation juridique. Le sujet de droit doit retrouver ses aspirations dans de telles obligations juridiques. C'est en cela qu'il se sentira libre et dépositaire d'un certain pouvoir que l'on peut qualifier d'autonomie de la volonté.

Cependant, l'autonomie de la volonté se trouve restreinte, en amont par la nature même de l'aspiration du contractant et, en aval, par les nombreux instruments légaux intangibles par le truchement desquels les États, principaux acteurs du droit international, affirment leur souveraineté. Puisque cette dernière ne cesse de s'effriter avec la poussée du libéralisme et la formation des grands ensembles économiques, politiques et juridiques, n'y a-t-il pas lieu de penser que l'autonomie de la volonté des contractants internationaux est en train de s'étendre sur des terrains qui jadis lui étaient interdits ?