

**RAPPORT DE LA RÉUNION DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE NOVEMBRE 2012 SUR LE
CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX**

établi par le Bureau Permanent

* * *

**REPORT OF THE NOVEMBER 2012 SPECIAL COMMISSION MEETING
ON THE CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL CONTRACTS**

drawn up by the Permanent Bureau

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	3
II.	COMPOSITION DE LA COMMISSION SPÉCIALE.....	3
III.	DÉLIBÉRATIONS DE LA COMMISSION SPÉCIALE.....	4
A.	La nature générale des Principes	4
B.	Le principe fondamental de l'autonomie de la volonté	4
	Article 2 – Liberté de choix.....	4
	Article 3 – Règles de droit (anciennement art. 2(1)).....	5
C.	Expression de l'autonomie de la volonté.....	6
	Article 4 – Choix explicite ou tacite (anciennement art. 3).....	6
	Article 5 – Validité formelle du choix de la loi (anciennement art. 4).....	7
	Article 6 – Accord sur le choix de la loi (anciennement art. 5).....	7
	Désaccord sur les clauses-types	7
	« Establishment » (établissement) remplace « place of business » (établissement).....	8
	Une nouvelle protection de « caractère raisonnable ».....	8
	Article 7 – Séparabilité (anciennement art. 6).....	8
	Article 8 – Exclusion du renvoi (anciennement art. 7).....	9
	Article 10 – Cession de créances	9
D.	Limites de l'autonomie de la volonté.....	9
	Article 11 – Lois de police et ordre public	9
	Manifestement incompatible	9
	Application de l'ordre public étranger	10
	Suppression de l'article 11(4) initial	10
	Nouvel article 11(4).....	10
	Autres considérations relatives à la formulation.....	10
E.	Champ d'application.....	11
	Article 1 – Champ d'application des Principes	11
	Définir l'activité commerciale	11
	Commerce électronique.....	11
	Définition du terme « international ».....	12
	Exclusions	12
	« Establishment » remplace « place of business »	13
	Article 9 – Champ d'application de la loi choisie (anciennement art. 8)	13
	Nouvel article 9(2).....	13
	Dommages et intérêts : article 9(1) c)	13
	Prescriptions et délais de prescription : article 9(1) d).....	13
	Charge de la preuve et présomptions légales : article 9(1) (f).....	14
	Préambule	14
F.	Autres questions.....	15
	Article 12 – Établissement (nouveau)	15
IV.	CONCLUSION ET ÉTAPES FUTURES.....	15

I. INTRODUCTION¹

1. Une réunion de la Commission spéciale a été convoquée à La Haye du 12 au 16 novembre 2012 en vue d'examiner le travail effectué par le Groupe de travail concernant le projet sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, tel qu'il figure dans la version finale de son *projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux* de 2011 (le « projet de Principes de La Haye », ou les « Principes »). La Commission spéciale était chargée de procéder à un examen approfondi des Principes et du Commentaire qui les accompagne, contenus dans le Document préliminaire No 1². À l'issue de cet examen, la Commission spéciale a approuvé à l'unanimité une forme révisée des Principes et formulé plusieurs recommandations au Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (le « Conseil ») relatives à la finalisation des Principes et du Commentaire qui les accompagne³.

2. Le présent rapport vise à passer en revue de façon détaillée les questions examinées au cours de la réunion de la Commission spéciale, et à informer le Conseil des progrès accomplis au cours de la Commission spéciale de novembre 2012. Sauf indication contraire, toutes les références et tous les articles indiqués se rapportent aux Principes révisés, tels qu'approuvés par la Commission spéciale.

II. COMPOSITION DE LA COMMISSION SPÉCIALE

3. 119 experts de 42 États membres, ainsi que des représentants de l'Union européenne, ont participé à la réunion de la Commission spéciale. Sept observateurs d'États non membres et 11 observateurs d'organisations internationales de premier plan ont également participé à cette réunion.

4. M. Daniel Girsberger (expert de la Suisse) a été désigné pour exercer la fonction de Président de la Commission spéciale. Mme Yujun Guo (expert de la République populaire de Chine) a été nommée vice-Présidente. Il a été décidé qu'un Comité de rédaction serait constitué afin d'apporter une assistance à la rédaction des modifications proposées. Sa constitution a été convenue comme indiqué ci-après :

- M. Neil Cohen, États-Unis d'Amérique ;
- M. Hong-sik Chung, République de Corée ;
- M. Francisco Garcimartín Alférez, Espagne ;
- Mme Yujun Guo, République populaire de Chine (vice-Présidente de la Commission spéciale) ;
- Mme Xiaoyan Liu, République populaire de Chine ;
- M. José Antonio Moreno Rodríguez, Paraguay ;
- M. Jan Neels, Afrique du Sud ;
- M. Todd Quinn, Australie ;
- Mme Geneviève Saumier, Canada (Présidente) ; et
- Mme Karen Vandekerckhove, Union européenne.

¹ Le Bureau Permanent souhaite remercier M. Drossos Stamboulakis, qui a effectué un stage à la Conférence de La Haye d'août à décembre 2012 dans le cadre du Fonds Peter Nygh et a contribué à la rédaction du présent Rapport. Il adresse également ses remerciements à Mme Rosehana Amin, consultante à temps partiel (25 % ETP) jusqu'en décembre 2012, pour son assistance sur ce Projet.

² « Version consolidée des travaux préparatoires menant au projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », Doc. prélim. No 1 d'octobre 2012, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Choix de la loi dans les contrats internationaux ».

³ Voir « Projet de Principes de La Haye tel qu'approuvé par la réunion de la Commission spéciale de novembre 2012 sur les contrats internationaux et recommandations relatives au Commentaire », joint en annexe II, et également disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Choix de la loi dans les contrats internationaux ».

III. DÉLIBÉRATIONS DE LA COMMISSION SPÉCIALE

A. *La nature générale des Principes*

5. Dès le début des travaux, la Commission spéciale a approuvé l'objectif fondamental des Principes : la promotion de l'autonomie de la volonté.

6. La question a été posée de savoir s'il ne serait pas mieux de parler de « Modèle de règles » et non de Principes. Mais, étant donné la nature non contraignante de l'instrument, et l'objectif principal qui vise à promouvoir l'autonomie de la volonté, le terme « Principes » a été préféré. Il a été dit que l'emploi du terme « Principes » renforcerait leur nature non contraignante, et permettrait qu'ils soient plus largement considérés comme une source de référence (au sens où ils pourraient avoir le plus grand impact possible comme source d'inspiration pour les rédacteurs de textes de loi et les législateurs). Il a également été dit que cela faciliterait une application des Principes avec souplesse et permettrait de fournir des indications pratiques à ceux qui sont chargés d'interpréter toutes sortes de règles de droit : les juges et les arbitres, les praticiens du droit et les parties commerciales intéressées.

7. Il a été souligné qu'afin de donner tout l'effet possible aux Principes, les États nationaux, en fonction de leur législation nationale en vigueur, pourraient avoir besoin de mettre en œuvre une réforme législative pour appuyer ces Principes ou s'y conformer.

B. *Le principe fondamental de l'autonomie de la volonté*

Article 2 – Liberté de choix

8. La deuxième phrase de l'article 2(1), relative au choix des règles de droit, a été supprimée et une nouvelle disposition, l'article 3, a été rédigée pour traiter ces scénarios (voir l'examen de l'art. 3, ci-après). Les articles 2(2) et 2(4) restent inchangés. L'article 2(3) a été modifié afin d'en améliorer la clarté, à savoir qu'il a été décidé que :

- le paragraphe serait divisé en deux phrases afin de distinguer les deux notions qu'il renferme : à savoir qu'un choix de la loi peut être effectué à tout moment, et que ce choix, dès lors qu'il a été fait, ne porte pas atteinte aux droits des tiers ;
- les mots « fait ou » seraient ajoutés à « modifié », et les mots « choix ou » à « modifications », afin de préciser que la liberté de choix des parties concerne le choix initial de la loi (et pas seulement la modification de ce choix) ; et que
- le mot « préexistants », situé entre « droits » et « des tiers », serait supprimé, car il est redondant : les droits des tiers, lorsqu'ils existent, sont toujours « préexistants ».

9. Certains experts étaient favorables à l'introduction d'une limitation du délai pendant lequel les parties peuvent valablement modifier un choix de la loi contrairement à la formulation initiale « à n'importe quel moment ». Il a été dit que l'introduction d'une date butoir permettrait une plus grande sécurité et prévisibilité pour les juges et les arbitres. D'autres experts ont indiqué qu'on ne savait pas très bien si cette disposition visait à déroger aux règles de procédure du for ; étant donné la nature non contraignante des Principes, il a été souligné que cela ne serait ni ne pouvait être le cas. Le consensus était que la proposition de supprimer les mots « à n'importe quel moment » changerait par inadvertance la cohérence de la phrase (sachant qu'au moment où cette proposition a été faite, cet article était composé d'une seule phrase). En tout état de cause, plutôt que de supprimer ces mots, il a été décidé que le Commentaire préciserait la pratique internationale générale quant au moment où des modifications du choix peuvent avoir lieu, et il a été noté que cette question était généralement réglée par les règles de procédure locales.

10. La Commission spéciale a décidé qu'un texte additionnel serait ajouté au Commentaire, afin de tenir compte du fait que l'article 2(3) ne pose aucune limite quant au moment où un choix de la loi peut être fait, et ne déroge pas aux règles de procédure du for.

11. Il a également été décidé que, étant donné que cet article régit les effets de la modification d'un choix de la loi, les effets sur la validité formelle devraient également être traités dans cet article. C'est la raison pour laquelle l'article 9(2) initial a été supprimé, car il n'est plus jugé nécessaire.

Article 3 – Règles de droit (anciennement art. 2(1))

12. La question de savoir si les parties devraient pouvoir choisir *n'importe quelles* règles de droit, quelle que soit leur légitimité ou leur équité, a fait l'objet d'un débat nourri. Une solution de compromis a finalement été trouvée, consistant à ajouter un nouvel article 3 (« Règles de droit »). Cette solution visait à souligner la nouveauté de cette approche, qui ne figure dans aucun autre instrument. Au cours des discussions, deux positions très différentes ont prédominé. La première, sous la houlette de l'Union européenne, consistait à supprimer la première phrase de l'article 2(1) initial, ce qui reviendrait à supprimer toute référence à des règles de droit (et à modifier le Commentaire afin de préciser que les Principes ne portent pas sur ce point de façon intentionnelle). De nombreuses autres délégations étaient toutefois d'avis qu'il faudrait conserver le texte initial de l'article 2(1).

13. Plusieurs arguments ont été présentés en vue de limiter ou supprimer totalement des Principes les dispositions permettant aux parties de choisir des règles de droit. La principale préoccupation était que le fait de permettre aux parties de choisir *n'importe quelle* règle de droit pourrait conduire à une prolifération de règles de droit unilatérales injustes, formulées par la partie ayant une plus grande force de négociation. Cela aurait des effets négatifs sur des parties plus faibles ou peu méfiantes. Il a également été dit que le fait de permettre aux parties d'employer *n'importe quelle* règle de droit aurait pour effet : de rendre la tâche de juger plus difficile et plus longue, étant donné l'éventail de règles de droit potentielles à appliquer ; de réduire la sécurité de l'issue qu'avaient les parties contractantes lorsque le différend ne pouvait être régi que par les législations nationales ; et était contestable, en principe, étant donné que le rôle de règles supplétives devrait être rempli par des lois nationales, et non par des règles de droit (même lorsqu'elles sont choisies par les parties).

14. Les experts qui étaient favorables au maintien de l'article 2(1) dans sa forme initiale ont souligné que l'objectif fondamental des Principes était de promouvoir l'autonomie de la volonté, ce qui inclut la liberté de choisir les règles de droit. Plusieurs experts ont noté qu'un grand nombre de législations nationales prévoyait déjà des dispositions visant à prévenir l'application de clauses abusives, et que les parties effectuant des transactions internationales dans un contexte commercial devraient être considérées comme capables de choisir la loi ou les règles de droit qui leur sont applicables. En outre, il a été dit que si les Principes ne permettaient pas que les parties puissent appliquer des règles de droit, ou restaient silencieux sur cette question, cela pourrait entraîner un conflit avec les principes uniformes et harmonisés du choix de la loi applicable ; il n'y aurait pas de principe établi, étant donné que le choix des règles de droit est largement accepté dans le contexte du choix largement parallèle de la loi applicable en matière d'arbitrage ; et entraînerait un conflit entre les Principes et la pratique internationale moderne, telle qu'énoncée dans plusieurs instruments de la CNUDCI relatifs à l'arbitrage et à la vente internationale de marchandises.

15. Après des discussions importantes et plusieurs propositions constructives, une solution de compromis a été trouvée. Le nouvel article 3, qui permet aux parties uniquement de choisir des règles de droit constituant un « ensemble de règles », qui sont « généralement acceptées » comme « neutres et équilibrées », a répondu à la préoccupation d'inégalités en termes de pouvoir de négociation pouvant donner lieu à

l'application de règles de droit injustes ou non équitables. Dans le même temps, il a répondu à la préoccupation de nombreux experts qui souhaitaient que les Principes soient rédigés avec une certaine souplesse afin qu'ils puissent être ajustés en fonction de développements futurs et, si possible, de façon à permettre la plus grande autonomie de la volonté des parties. Des experts ont indiqué qu'il pourrait être difficile de déterminer précisément ce qui constitue un ensemble de règles « neutres et équilibrées ». La Commission spéciale a noté que le Commentaire fournirait d'autres indications quant au sens des expressions employées, à savoir :

- un « ensemble de règles » signifie que sont permis uniquement des choix de règles de droit qui sont raisonnablement complètes par nature ;
- « généralement acceptées » signifie tenir compte de critères tels que l'origine des règles de droit (par ex., s'il s'agit d'une source fiable), de la diffusion et de l'utilisation des règles de droit, en notant que cette norme dépend dans une large mesure du contexte ; et
- « neutres et équilibrées » se réfère aux obligations se rapportant aux règles de droit et à leur source, par exemple, si elles sont unilatérales ou imposées par un déséquilibre des pouvoirs sur le marché.

16. La Commission spéciale a recommandé que le Commentaire soit complété en ce qui concerne un certain nombre de points, afin d'éclaircir certains points ambigus et d'expliquer l'importance du choix des règles de droit. Il a en principe été décidé que le Commentaire :

- préciserait qu'il peut y avoir une nécessité commerciale de choisir des règles de droit, et que si cela constitue une nouveauté pour des procédures engagées devant des tribunaux étatiques, cela est reconnu par l'arbitrage ;
- préciserait que le fait de permettre le choix des règles de droit présente des avantages et des inconvénients ;
- comporterait un examen des « règles supplétives » qui pourraient se révéler nécessaires avec des règles de droit ; et
- comporterait des exemples du sens de l'expression « à moins que la loi du for n'en dispose autrement ».

17. Il a été noté que certains de ces éclaircissements devraient être rédigés de façon extrêmement prudente par le Groupe de travail. Le Président a par conséquent invité les experts à présenter des remarques écrites au Bureau Permanent à des fins d'examen ultérieur.

C. Expression de l'autonomie de la volonté

Article 4 – Choix explicite ou tacite (anciennement art. 3)

18. Le texte de l'article 3 initial (devenu l'art. 4) reste inchangé, à l'exception du fait que les deux phrases qui le composaient ont été divisées en deux paragraphes. La principale source de discussion a été de savoir si la deuxième phrase devait figurer dans les Principes eux-mêmes, et non dans le Commentaire, étant donné qu'elle n'est qu'une indication quant à la question de savoir si un choix tacite de la loi a été fait par les parties. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait intentionnellement inclus la deuxième phrase en raison du fait que le choix du for et le choix de la loi sont des choix distincts et indépendants mais souvent associés ou confondus de façon erronée dans la pratique. L'on s'attend à ce que la deuxième phrase précise ces situations.

19. Afin de faciliter l'interprétation future de l'article 4, il a été décidé qu'il serait précisé dans le Commentaire qu'un accord d'élection de for n'est pas déterminant, mais qu'il peut être pertinent au titre de l'un des nombreux facteurs conduisant à un choix tacite de la loi.

Article 5 – Validité formelle du choix de la loi (anciennement art. 4)

20. Des discussions ont eu lieu quant à la relation entre l'article 5 et les articles 4 et 6 et l'article 9 (désormais supprimé), qui ont tous trait, dans une certaine mesure, à la validité formelle.

21. Il a été proposé que l'article 5 soit éventuellement repris dans un autre article, tel que l'article 4. Un expert, et membre du Groupe de travail, a rappelé que le Groupe de travail avait estimé que les articles devaient être distincts : l'article 5 porte sur la validité formelle du choix de la loi, par exemple, l'exigence que le choix de la loi soit exprimé par écrit ou certifié par un acte notarié. L'article 4, à l'inverse, vise à affirmer de façon explicite uniquement qu'aucune exigence formelle supplémentaire ne devrait être imposée en ce qui concerne la clause relative au choix de la loi, qui est essentiellement une clause contractuelle. Il a été noté que plusieurs instruments internationaux, dont la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (1980) (la « CVIM ») et la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, traitent ces questions séparément. Sur cette base, l'avis général a été de conserver les articles afin de promouvoir la clarté des Principes, sans préciser davantage la relation avec les articles 4 et 5, qui sera explicitée dans le Commentaire.

Article 6 – Accord sur le choix de la loi (anciennement art. 5)

Désaccord sur les clauses-types

22. Une préoccupation a été soulevée, à savoir que lorsque les deux parties font un choix de la loi, par l'échange de contrats de « clauses-types », l'article 5 initial ne précise pas quelle loi s'applique. À cet égard, les règles énoncées dans les Principes fournissant des orientations permettraient de promouvoir la sécurité juridique, et, dans certains cas, d'accroître l'autonomie de la volonté. Ce serait le cas, étant donné que, dans la pratique, même si les clauses-types concordent au regard de leur approche du choix de la loi (c-à-d. que les deux clauses indiquent que la loi de X régit le contrat), un juge ou un arbitre pourrait les considérer invalides au seul motif que plus d'une approche est potentiellement applicable. Il a été dit que ce scénario, généralement désigné par l'expression « désaccord sur les clauses-types », se produisait assez fréquemment dans la pratique, et qu'il avait été examiné en tant que question potentielle par le Groupe de travail, lequel a fait remarquer qu'elle pouvait être trop complexe pour être résolue facilement.

23. Un groupe de rédaction spécial, mené par la délégation de la Suisse, en consultation avec le Comité de rédaction, a examiné cette question. Il avait été décidé qu'en principe il serait bien que les Principes traitent cette question, et les experts se sont efforcés de formuler des clauses appropriées. Deux options, l'une plus concise que l'autre, ont été présentées à la Commission spéciale. Le texte le plus court a été préféré, et a été considéré par le plus grand nombre comme une solution élégante, concise et exhaustive pour les conflits de loi en cas de désaccord sur les clauses-types, qui doit encore faire l'objet d'un instrument international.

24. Il a été décidé que les termes « sous réserve du paragraphe 2 » seraient insérés au paragraphe 1, afin d'indiquer que la détermination du choix de la loi, même dans un scénario de désaccord sur les clauses-types, continue de faire l'objet d'une protection « de caractère raisonnable » (voir ci-après).

25. Afin de faciliter la compréhension future des Principes et de résumer certaines indications contenues dans la formulation qui n'a pas été retenue, il a été décidé que le Commentaire serait modifié de façon à contenir des illustrations sur les cas potentiels de désaccord sur les clauses-types et à montrer comment ces situations pourraient être réglées par les Principes.

« Establishment » (*établissement*) remplace « place of business » (*établissement*)

26. Une préoccupation a également été soulevée quant à l'emploi de l'expression [en anglais] « *place of business* » contenue à l'article 5 initial, laquelle pourrait créer une certaine confusion lorsqu'une entreprise a plusieurs établissements ; d'autres solutions, comme « *central administration* », « *principal place of business* », « *established place of business* » et « *establishment* » ont été proposées. Plusieurs experts ont estimé que certaines de ces solutions pourraient rendre les choses plus claires dans pareils cas. Plusieurs experts ont toutefois indiqué que, selon eux, les expressions « *place of business* » et « *establishment* » étaient équivalentes, et qu'il convenait de maintenir le choix du Groupe de travail, à savoir l'expression « *place of business* ». Il a été noté que le Groupe de travail avait examiné toutes les solutions alternatives pertinentes, mais qu'il avait choisi cette expression dans la mesure où c'est celle qui rend le mieux compte de la pratique en vigueur dans les instruments internationaux, tels que la CIVM, et qu'elle a déjà des équivalents en français et en espagnol.

27. Le terme « *establishment* » (*établissement*) l'a finalement emporté, et a été repris de façon uniforme dans les Principes. La Commission spéciale a également approuvé un nouvel article 12, aux termes duquel, lorsqu'il existe plus d'un établissement, l'établissement à prendre en compte est celui qui a « la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion ».

Une nouvelle protection de « caractère raisonnable »

28. L'article 6 vise à « protéger » le consentement des parties. C'est-à-dire que même s'il est ensuite décidé qu'une partie ou les parties n'ont pas consenti à un certain choix de la loi, la question de savoir s'il y a consentement sera réglée pour l'essentiel par ce choix présumé. Une nouvelle exception, défendue par l'Union européenne, était de prévoir une protection supplémentaire sous la forme du filtre prépondérant du caractère raisonnable. Cette proposition a bénéficié d'un large soutien. L'article a par conséquent été modifié de façon à indiquer qu'il ne serait pas raisonnable d'appliquer la loi présumée avoir été choisie (par exemple pour des raisons de contrainte ou de dol), et que la loi applicable sera plutôt celle de l'établissement de chaque partie, respectivement. Il a été souligné que la notion de caractère raisonnable ne devrait pas importer les notions de « confiance préjudiciable », comme cela pourrait être le cas en *common law*.

29. Il a été décidé, à titre d'information, que le Commentaire serait modifié de façon à tenir compte de situations de choix de loi potentiellement conflictuels (par ex., lorsque la CIVM et une loi nationale ont été choisies, et sont en conflit potentiel), et aborderait ce qui a été décrit comme l'« obligation des parties » de coopérer avec le juge ou l'arbitre afin d'identifier et de comparer la loi applicable.

Article 7 – Séparabilité (anciennement art. 6)

30. Une proposition tendant à remplacer le titre de l'article 6 initial, « autonomie », par « séparabilité » a fait l'objet d'un soutien unanime. Bien que le terme « autonomie » ait été considéré comme le plus neutre par le Groupe de travail, la Commission spéciale a été d'avis que « séparabilité » avait potentiellement un sens plus précisément défini, se rapportant uniquement à la « survie » de la clause relative au choix de la loi, si le contrat sous-jacent devait se révéler invalide. Il a été dit que l'emploi du terme « séparabilité » concordait plus précisément avec ce sens, étant donné que ce même terme est utilisé pour se référer à cette notion dans le cadre de l'arbitrage international, dans le domaine du choix de la loi applicable en général ; ainsi qu'en français (« *séparabilité* »).

31. Une modification mineure, l'ajout de l'expression « le contrat auquel il s'applique », a été approuvée, afin de clarifier que la clause relative au choix de la loi s'applique au contrat « sous-jacent ».

Article 8 – Exclusion du renvoi (anciennement art. 7)

32. Il a été décidé que le titre « renvoi » devrait être remplacé par « exclusion du renvoi », cette formulation permettant de rendre plus précisément compte du but de cette disposition : prévoir l'exclusion systématique du renvoi à moins que les parties prévoient expressément l'application du renvoi à la transaction. Il a été noté que ce remplacement devait avoir lieu, étant donné qu'il existe une présomption internationalement reconnue selon laquelle un choix de la loi par les parties se rapporte uniquement au droit matériel, à l'exclusion du choix des règles de la loi applicable. Il a également été noté que l'expression « exclusion du renvoi » était l'expression qui avait été préférée et employée dans de récentes Conventions de La Haye.

33. Il a été décidé que le Commentaire préciserait explicitement qu'une exclusion de renvoi dans ce contexte se réfère uniquement à des règles de conflit de lois, et non au droit international privé dans un sens plus large.

Article 10 – Cession de créances

34. Un expert, et membre du Groupe de travail, a indiqué que cet article avait pour but d'apporter des éclaircissements aux problèmes qui surviennent dans des situations de plus en plus courantes de pluralité des contrats et des parties. Bien que cet article se réfère uniquement à la cession de créances, il a été décidé que le Commentaire comporterait des illustrations supplémentaires de situations dans lesquelles la loi applicable aux droits des parties est déterminée par deux contrats connexes ou plus.

35. Il a été dit que la cession de créances était un problème d'importance pratique croissante. Cet article vise à établir une distinction entre le choix de la loi régissant le contrat de cession, et le choix de la loi régissant le contrat cédé. Il a été noté que cet article ne traitait pas des cas relativement rares de dépeçage (c-à-d. lorsque le contrat est régi par plus d'une loi) dans les situations de cession de créances, que la portée de cette disposition était nécessairement limitée aux cas où un choix de la loi avait été fait, et que toute tentative visant à appliquer cette disposition en l'absence d'un tel choix sortirait du cadre des Principes.

36. Une question a été soulevée quant à la nécessité de conserver le terme « mutuel » à l'article 10 a). Après examen, les experts ont décidé que le terme « mutuel » serait conservé, étant donné qu'il se réfère à la loi portant à la fois sur les droits et les obligations du cessionnaire et du créancier ; le supprimer reviendrait à modifier de manière substantielle le sens de l'article 10.

D. Limites de l'autonomie de la volonté**Article 11 – Lois de police et ordre public***Manifestement incompatible*

37. Une proposition a été faite visant à supprimer l'adverbe « manifestement » de l'article 11(3), de telle sorte qu'un tribunal pourrait exclure une disposition de la loi choisie au seul motif qu'elle est « incompatible » avec des notions fondamentales de l'ordre public du for saisi. Cette proposition n'a pas été retenue. Il a été noté que l'expression plus stricte, « manifestement incompatible », était courante dans les Conventions de La Haye existantes, et que la nature exceptionnelle de l'exclusion d'une disposition de la loi choisie était mieux reconnue par une notion plus limitée, contenue dans l'expression « manifestement incompatible ». Afin d'insister sur ce point, il a été décidé que des paragraphes supplémentaires seraient ajoutés dans le Commentaire afin de fournir des illustrations de la nature exceptionnelle des lois de police et d'ordre public, ce qui permettrait de limiter leur application excessive perçue.

Application de l'ordre public étranger

38. Il a été suggéré de modifier les paragraphes 1), 2) et 3) de l'article 11, respectivement, afin de supprimer toute référence au « for saisi » qui n'a pas été estimée nécessaire, ou de prévoir dans les Principes que les juges et arbitres prennent en compte l'ordre public de pays tiers et pas seulement les dispositions des lois de police ou l'ordre public du for saisi, respectivement. Aucune de ces propositions n'a bénéficié d'un soutien important. Il a été noté que cela constituerait une approche trop novatrice pour un instrument non contraignant qui se veut neutre et fédérateur. Il a également été noté que l'expression « ordre public » était traditionnellement comprise comme se référant implicitement à l'ordre public du *for saisi*. Le fait de supprimer les mots « du for saisi », après « ordre public », ainsi que cela a été proposé, aurait un effet pratique limité : les juges et arbitres continueraient d'appliquer uniquement l'ordre public du for saisi.

39. Il a également été souligné que si les Principes devaient prévoir la possibilité d'appliquer l'ordre public étranger, cela devait être précisé expressément, étant donné que cela serait une nouvelle mesure importante pour un instrument international. Certains experts ont également suggéré que le fait d'élargir la notion d'ordre public au-delà de celle du for pourrait avoir pour effet d'accroître le nombre d'exceptions au principe de l'autonomie de la volonté. Bien qu'en principe, élargir la notion d'ordre public n'est pas nécessairement déplaisant, il a été décidé de l'avis général que ce n'était ni le bon moment ni le bon endroit pour inclure une telle modification des Principes.

Suppression de l'article 11(4) initial

40. La Commission spéciale a décidé que l'article 11(4) initial, qui a trait aux « procédures judiciaires en rapport avec l'arbitrage », devait être supprimé. Certains experts ont noté que, selon eux, cette disposition n'était pas nécessaire et n'apportait pas grand-chose, tandis que d'autres étaient d'avis que les Principes ne devaient pas « s'immiscer » dans le droit de l'arbitrage international, qui est régi par d'autres instruments tels que la *Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* et la *Loi type de la CNUDCI de 1985 sur l'arbitrage commercial international* (modifiée en 2006). Toutefois, à la lumière de l'importance actuelle et future de l'arbitrage international et du recours accru à l'arbitrage international, il a été décidé que le Commentaire serait modifié afin d'aborder la question du recoupement entre l'arbitrage et les Principes.

Nouvel article 11(4)

41. Le nouvel article 11(4) a été rédigé dans des conditions similaires à celles de l'article 11(2), mais se réfère à l'ordre public, et non à des dispositions relatives aux lois de police. Des préoccupations ont été exprimées pour dire que ce paragraphe n'était pas nécessaire et que, s'il devait être inclus, la formulation proposée était trop large, générant une insécurité quant à la question de savoir si l'ordre public d'un autre État pouvait être appliqué. En réponse, il a été indiqué que la portée de la proposition serait limitée à sa forme actuelle pour couvrir uniquement l'ordre public de la loi applicable en l'absence de choix des parties.

Autres considérations relatives à la formulation

42. Il a été suggéré de fusionner les deux premiers paragraphes de l'article 11, afin de veiller à ce que les Principes restent concis. Il a toutefois été noté que cela pourrait avoir des complications non prévues. Il a été dit que le sens sous-jacent de cet article était une norme importante, qui renvoie l'utilisateur des Principes à la loi de chaque État afin de déterminer précisément à quel moment appliquer les dispositions relatives à l'ordre public ou aux lois de police. La Commission spéciale a décidé de conserver les deux paragraphes distincts, étant donné que cette structure porte sur la norme fondamentale des Principes, et qu'elle est utile, à des fins didactiques, au cas où les Principes seraient utilisés comme modèle pour les législateurs.

43. Plusieurs questions ont été soulevées quant au caractère approprié de l'impératif employé pour plusieurs verbes contenus dans plusieurs paragraphes de l'article 11, comme « *these Principles shall not* », et « la loi du for saisi *détermine* ». Il a toutefois été estimé que les termes utilisés devraient être considérés dans le cadre de principes non contraignants, et que les États envisageant de mettre en œuvre les Principes ou de s'en inspirer pouvaient adapter la formulation à leurs systèmes juridiques particuliers.

44. Plusieurs questions ont été soulevées quant aux diverses propositions relatives à la modification de l'article 11(5). L'expression « appliquer ou tenir compte » a été préférée. Bien qu'elle soit utilisée deux fois dans ce paragraphe, il a été estimé que c'était la façon la plus concise et la plus précise d'exprimer le sens souhaité : à savoir que les premier et deuxième membres de phrase, relatifs à l'ordre public et aux lois de police, respectivement, devaient être traités séparément.

E. Champ d'application

Article 1 – Champ d'application des Principes

Définir l'activité commerciale

45. Quelques experts ont posé la question de savoir si l'article 1(1) initial résumait correctement toutes les situations – et uniquement les situations – dans lesquelles les parties exercent une activité commerciale dans les contrats internationaux. Il a été noté, à cet égard, que l'expression « dans l'exercice » d'un « commerce ou d'une profession » avait été inspirée par celle employée dans le commentaire du préambule des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, à savoir, « pour son commerce et sa profession ». Quelques experts ont exprimé leur inquiétude que ce libellé puisse couvrir de façon non intentionnelle des situations dans lesquelles un professionnel, par ex. un entrepreneur ou un membre d'un groupement professionnel ou industriel, passerait un contrat dans le but d'agir dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Une nouvelle phrase a par conséquent été introduite à la fin de l'article 1(1) afin d'indiquer que les contrats de consommation et de travail sont expressément exclus des Principes. Il a été décidé que le Commentaire préciserait également que, en application de l'article 1(1), les parties ne sont pas tenues d'avoir une expérience ou des compétences approfondies dans leur commerce ou leur profession spécifique pour que les Principes s'appliquent.

46. Il a été décidé que le fait de préciser « deux ou plus » n'était pas nécessaire, étant donné que certains types de contrats commerciaux plus rares, par exemple, ne peuvent avoir qu'une partie. Une phrase reformulée évitant cette question potentielle a fait l'objet d'un accord.

Commerce électronique

47. Une question a été soulevée en ce qui concerne l'interaction entre les Principes et le commerce électronique. Il a été dit que la nature des parties à une transaction électronique pourrait être plus difficile à discerner que dans le cas de transactions « hors ligne ». Par conséquent, il a été décidé qu'il faudrait peut-être que l'article se réfère à la teneur du contrat afin d'aider à déterminer si les transactions sont commerciales. La Commission spéciale a noté, conformément à ce que le Groupe de travail, en consultation avec la CNUDCI, avait également recommandé, qu'il était préférable d'établir des principes généraux afin de couvrir tout un éventail de scénarios – notamment celui du commerce électronique. Il a toutefois été décidé que le Commentaire aborderait la question de la nature particulière des transactions en ligne.

Définition du terme « international »

48. La Commission spéciale a adopté à l'unanimité un article 1(2) révisé, reprenant une notion antérieure du caractère international découlant de Conventions de La Haye déjà adoptées. Trois propositions distinctes ont fait l'objet de discussions au cours des travaux. La première proposition consistait à conserver le paragraphe dans sa forme d'origine. Pour appuyer cette proposition, il a été noté que le Groupe de travail avait amplement discuté de la définition de la notion d'international, et œuvré à réconcilier la prévisibilité des solutions avec l'éventail de points de vue exprimés. Il a été dit que cela rendait la disposition plus précise que dans des Conventions antérieures, que c'était conforme à la pratique internationale telle qu'énoncée dans les Principes d'UNIDROIT, et que cela présentait l'avantage de couvrir un grand nombre de contrats tout en laissant aux juges et aux arbitres un large pouvoir discrétionnaire « eu égard aux circonstances ». Il a également été expliqué que cette approche était conforme à la promotion de l'autonomie de la volonté.

49. La deuxième proposition, qui l'a finalement emporté, fournissait une définition ouverte du « contrat international », avec une suppression de l'alinéa initial de l'article 1(2) (ii). Plusieurs experts ont soutenu cette approche, notant qu'en dépit des efforts notables du Groupe de travail, il n'y avait aucune raison convaincante de s'écarter de la définition contenue dans la *Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* et dans la *Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for*. Compte tenu du débat approfondi qui a précédé l'adoption de ces définitions au sein de la Conférence de La Haye, il a été dit qu'il serait peu probable qu'une modification de l'article 1(2) génère une plus grande prévisibilité juridique. Il a également été noté que l'article 1(2) reformulé par le Groupe de travail pourrait entraîner une insécurité juridique – dans la mesure où les juges seraient tenus d'examiner les circonstances afin de déterminer l'établissement, en dépit du fait que l'établissement n'est pas un facteur prépondérant pour définir le caractère international.

50. La troisième proposition consistait à conserver l'alinéa initial de l'article 1(2) (i), à parler d'« *establishment* » et non de « *place of business* », et à supprimer la dernière partie de l'article 1(2) (ii) pour se référer uniquement à l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat.

51. Après examen et discussion, la deuxième proposition a été adoptée par la Commission spéciale. Elle favorise le maintien de la pratique suivie dans des Conventions de La Haye antérieures, particulièrement dans la mesure où l'alinéa initial de l'article 1(2) (ii) a été considéré comme étant moins pertinent à la lumière du nouvel article 12 (qui aide à déterminer l'établissement pertinent).

Exclusions

52. Deux changements spécifiques ont été apportés aux exclusions dont il est question à l'article 1(3). Premièrement, il a été décidé que les *trusts* seraient exclus d'un choix de la loi en vertu des Principes, en ajoutant l'expression « et les trusts » à l'article 1(3) c). Il a été décidé qu'il serait précisé dans le Commentaire que cet alinéa vise uniquement le fonctionnement interne des sociétés ou autres groupements et des *trusts*. Deuxièmement, il a été décidé que l'expression « procédure d'insolvabilité » à l'article 1(3) d) était potentiellement trop étroite. Afin d'y remédier, le mot « procédure » a été supprimé, de sorte qu'il sera uniquement question de la notion plus large d'« insolvabilité ».

53. Il a été décidé que le Commentaire serait aussi modifié de façon à préciser la liste des questions qui devraient être exclues de façon générale (et la raison pour laquelle elles ont été expressément exclues), notamment les différences entre capacité juridique et autorité juridique.

« Establishment » *remplace* « place of business »

54. La référence à « *place of business* » a été remplacée par « *establishment* » (cf. para. 27 ci-dessus).

Article 9 – Champ d’application de la loi choisie (anciennement art. 8)

55. La Commission spéciale a pleinement approuvé l’objectif de cet article : indiquer aux utilisateurs des Principes qu’un choix de la loi est, dans la mesure du possible, exhaustif. Il a été dit que le recours à une liste inclusive d’exemples contribuait à promouvoir l’autonomie de la volonté et à générer une sécurité juridique en dissipant les doutes qui sont apparus dans la pratique quant à la portée du choix de la loi. Les exemples indiqués n’étaient pas controversés, en soi, mais des discussions ont eu lieu afin d’éclaircir le sens précis de l’article 1 c), d) et f). Il a été décidé que le Commentaire serait complété afin de justifier le choix d’indiquer expressément les exemples particuliers contenus au paragraphe 1. Un nouvel article 9(2) a également été introduit, afin de consolider en un seul article les effets du choix de la loi, notamment en ce qui concerne la validité formelle du contrat.

Nouvel article 9(2)

56. L’article 9(1) initial a remplacé, en faveur du texte de l’article 9(2), un nouveau paragraphe introduit à l’article 8 initial. Par ce texte, la Commission spéciale avait l’intention d’insister en termes clairs sur le fait que l’article 8(1) e) n’« empêche » pas l’application d’autres lois « régissant » le contrat : c’est-à-dire des lois attestant de la validité formelle qu’un tribunal étatique ou arbitral serait tenu d’appliquer. Le Comité de rédaction a indiqué avoir discuté amplement d’autres options rédactionnelles, telles que la question de savoir s’il est préférable d’utiliser le terme « régit » et non « une autre loi applicable » ou d’utiliser « exclut » au lieu d’« empêche » (modifié par la suite dans sa forme actuelle, « exclut »). Il a également été décidé que le Commentaire fournirait des indications quant à la hiérarchie des lois applicables attestant de la validité formelle ; c’est-à-dire qu’il préciserait quelles sources de droit devraient être prises en compte, afin de contribuer à attester de la validité formelle de la loi choisie.

Domages et intérêts : article 9(1) c)

57. Une divergence a été relevée entre l’emploi de l’expression anglaise « *damages and interest* » et l’expression française « dommages et intérêts » dans l’article 8 initial. En dépit de la similitude linguistique apparente, en termes juridiques, l’expression française n’inclut pas un calcul des intérêts ; elle est plutôt équivalente à la notion de « *damages* » en anglais. La Commission spéciale s’est rangée à l’intention du Groupe de travail qui était d’avis que les dispositions relatives aux intérêts ne devraient pas figurer dans les Principes, étant donné que le calcul des intérêts est une question juridique complexe qui n’est pas nécessairement régie par le choix de la loi par les parties. Le texte anglais a été modifié en conséquence, en supprimant les mots « *and interest* ».

58. Il a été noté que la pratique varie dans le monde : certaines juridictions francophones et la CVIM utilisent l’expression « dommages-intérêts » (avec ou sans trait d’union) et la *Convention de La Haye de 2005 sur les accords d’élection de for* ainsi que d’autres juridictions francophones utilisent le terme « dommages et intérêts ». Il a été décidé qu’il serait indiqué dans le Commentaire que ces trois expressions sont fonctionnellement équivalentes, et limitées uniquement aux dommages, et non aux intérêts.

Prescriptions et délais de prescription : article 9(1) d)

59. Un observateur a suggéré que le fait de se référer à la « prescription » ainsi qu’à des « délais de prescription » faisait peut-être double emploi, et que ce n’était pas habituel dans les instruments internationaux. Un expert a noté, en réponse, que le terme

« prescription » faisait référence à une « prescription libérale », une notion de droit civil. Cette notion est largement reconnue comme un équivalent des « délais de prescription » en *common law*. Il a été fait référence aux versions française et espagnole : il a été noté que l'expression anglaise « *limitation period* » était potentiellement si large que sa traduction dans d'autres langues pouvait inclure plusieurs notions telles que « déchéance » et « péremption ». La Commission spéciale a décidé de conserver à la fois les termes « *prescription* » et « *limitation periods* », de façon à s'assurer que le choix de la loi par les parties concerne toutes les formes de déchéance fondée sur l'expiration d'un délai, quelle que soit la terminologie utilisée. Le texte reste par conséquent inchangé.

Charge de la preuve et présomptions légales : article 9(1) f)

60. Un expert a noté qu'il serait utile d'indiquer que toute référence à la charge de la preuve devrait inclure les présomptions légales. Cette proposition a bénéficié d'un large soutien et l'ajout des termes « et présomptions légales » a été approuvé. Ce faisant, il a été rappelé que les notions de charge de la preuve et de niveau de la preuve diffèrent selon les juridictions et que la charge de la preuve est généralement acceptée comme relevant du droit matériel et non du droit procédural. Par conséquent, les Principes pourraient traiter ces notions comme relevant du droit matériel relatif au contrat. Il a été dit que le fait de traiter cette question de façon homogène dans les Principes permettrait de renforcer l'autonomie de la volonté. Il a été décidé que le Commentaire porterait également sur les quelques juridictions dans lesquelles les questions relatives à la charge de la preuve sont considérées comme relevant du droit procédural, et qu'il préciserait que, dans pareils cas, la loi du for saisi et non la loi choisie s'appliquera.

Préambule

61. Des propositions ont été faites visant à remplacer la référence à des « règles générales » par « principes généraux », « lignes directrices générales », ou à supprimer complètement le terme « général ». Il a été dit que le terme « règles » pourrait suggérer que les Principes sont contraignants, ce qui est contraire à l'objectif visé par les Principes. Il a été décidé que « principes » était cohérent avec la nature des Principes, et que le terme « général » devrait être conservé, étant donné que les Principes ne répondent pas à toutes les questions possibles relatives au choix de la loi.

62. D'autres modifications rédactionnelles ont été suggérées, comme d'introduire les termes « *insofar as possible* » (le « cas échéant ») au paragraphe 3, ou de remplacer le terme « appliqués » par « utilisés » au paragraphe 4. La Commission spéciale a décidé que de telles modifications ne seraient pas nécessaires, étant donné qu'un tribunal appliquera toujours en premier lieu ses propres principes d'interprétation, et que les termes utilisés sont clairs et précis dans le texte initial. Il a également été suggéré que le Commentaire indique, aux fins de l'interprétation des Principes, qu'il convient de se référer à la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* (la « Convention de Vienne »). Il a été décidé qu'une référence expresse n'était pas nécessaire, mais que le Commentaire serait modifié de façon à établir clairement que les Principes, bien qu'ils ne soient pas formellement un « traité », doivent être interprétés conformément à la Convention de Vienne ou à tout autre instrument en vigueur dans une juridiction.

63. Un expert a proposé d'inclure une expression supplémentaire pour préciser que les Principes affirment l'autonomie de la volonté « *to ensure predictability regarding the contract by the consent of the parties on the law that will be applied* (pour assurer une prévisibilité du contrat par le consentement des parties sur la loi qui sera appliquée) ». Il a cependant été noté que la prévisibilité visait uniquement à promouvoir l'autonomie de la volonté, et que le Groupe de travail avait dressé une liste des avantages que présente la promotion de l'autonomie de la volonté, mais qu'après d'amples discussions, la formulation simple et claire du Préambule initial avait été préférée. La Commission spéciale a décidé de ne pas modifier le paragraphe 1 à cet égard.

F. Autres questions**Article 12 – Établissement (nouveau)**

64. Le terme « *establishment* » a été préféré par la Commission spéciale par rapport à l'expression initiale utilisée de « *place of business* ». Il a été décidé que le terme « *establishment* » serait utilisé uniformément dans l'ensemble des Principes (voir ci-dessus, para. 27 et 54). Pour les situations dans lesquelles il y a plus d'un établissement, il a été décidé qu'un nouvel article 12 serait ajouté, lequel prévoit que l'établissement à prendre en considération est celui qui a « la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion ».

65. L'article 12 a été placé intentionnellement comme dernier article, étant donné qu'il a été estimé qu'une définition ne devait pas se trouver en tête des Principes, et qu'une définition ne relevait pas des dispositions relatives au « Champ d'application » du premier article.

IV. CONCLUSION ET ÉTAPES FUTURES

66. Les travaux de la Commission spéciale ont été couronnés de succès le dernier jour, avec l'adoption unanime des Principes tels que modifiés au cours des discussions. Le Président a remercié l'ensemble des participants pour leur collaboration active et noté en particulier l'excellent travail du Comité de rédaction et de tous ceux qui ont présenté des propositions de formulation ou y ont apporté leur concours tout au long de la réunion. La Commission spéciale a également exprimé ses remerciements aux experts du Groupe de travail pour les efforts minutieux de recherche et de rédaction qu'ils ont consacrés en vue de l'élaboration des Principes.

67. Le Secrétaire général a noté que le Bureau Permanent présenterait le projet de Principes révisé et les Recommandations relatives au Commentaire (figurant à l'annexe I), ainsi que le présent rapport, à la réunion d'avril 2013 du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Il a été noté que si le Conseil devait approuver le projet de Principes, il pourrait charger le Groupe de travail de rédiger un projet de Commentaire relatif aux Principes de La Haye. Le Groupe de travail se réunirait une nouvelle fois afin de finaliser le projet de Commentaire, notamment s'agissant des questions identifiées par la Commission spéciale. Le projet de Commentaire serait alors distribué à l'ensemble des Membres et des observateurs pour consultation par écrit. Par conséquent, le Groupe de travail intégrera les commentaires reçus et, avec l'assistance du Bureau Permanent, finalisera le projet de Commentaire. À ce stade, les versions définitives des projets de Principes et de Commentaire seraient présentées au prochain Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence pour approbation.