

**CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX :  
ÉTAT D'ÉLABORATION DU PROJET D'INSTRUMENT ET PLANIFICATION FUTURE**

*établi par le Bureau Permanent*

\* \* \*

**CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL CONTRACTS: DEVELOPMENT PROCESS OF THE DRAFT  
INSTRUMENT AND FUTURE PLANNING**

*drawn up by the Permanent Bureau*

*Document préliminaire No 4 de janvier 2012 à l'intention  
du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

*Preliminary Document No 4 of January 2012 for the attention  
of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference*

**CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX :  
ÉTAT D'ÉLABORATION DU PROJET D'INSTRUMENT ET PLANIFICATION FUTURE**

*établi par le Bureau Permanent*

\* \* \*

**CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL CONTRACTS: DEVELOPMENT PROCESS OF THE DRAFT  
INSTRUMENT AND FUTURE PLANNING**

*drawn up by the Permanent Bureau*

1. L'objet de cette Note est d'informer le Conseil sur les affaires générales et la politique (« le Conseil ») sur les progrès accomplis en 2011 par le Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (« le Groupe de travail »), mais également de proposer un calendrier provisoire des prochaines étapes quant aux travaux à entreprendre en matière de choix de la loi dans les contrats internationaux (« le projet d'instrument » ou « le projet »).

2. Lors de sa troisième réunion, tenue en juin 2011 (dont le rapport est joint à l'annexe I du présent document), le Groupe de travail a finalisé le projet d'articles de ce qui est provisoirement intitulé les « Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux » (le « projet de Principes de La Haye »), qui figurent à l'annexe II. Par ailleurs, le Groupe de travail a pris note de l'invitation du Conseil consistant à préparer « un document succinct [...] soulignant la substance du projet d'articles, et d'en indiquer les choix législatifs sous-jacents » (le « Document sur les choix législatifs »). En réponse à cette invitation, le Président du Groupe de travail, M. Daniel Girsberger, expert de la Suisse, a joué un rôle prépondérant dans la préparation d'une première ébauche de ce document, qui a été soumise à tous les autres experts du Groupe de travail pour examen. Leurs commentaires ont été compilés, analysés et discutés ensuite à l'occasion de conférences téléphoniques et d'échanges de courriels. L'annexe III présente la version finale du Document sur les choix législatifs établie par le Groupe de travail.

3. Le Bureau Permanent espère que la distribution anticipée de la documentation jointe en annexe permettra aux Membres d'analyser en interne et de mener les consultations nécessaires à propos du projet de Principes de La Haye et du Document sur les choix législatifs qui l'accompagne. À cet égard, il est rappelé que le Conseil, lors de sa réunion de 2011, a décidé que « le projet d'articles et les observations préparées par le Groupe de travail doivent être examinés par une Commission spéciale à un stade ultérieur ». Si lors de sa réunion en avril 2012 et suite à l'examen des documents annexés, le Conseil devait confirmer cette décision, il pourrait être décidé de tenir une réunion de la Commission spéciale d'experts gouvernementaux des Membres de la Conférence de La Haye avant la fin de 2012 en vue d'examiner le projet de Principes de La Haye, ainsi que les choix législatifs sous-jacents, et de formuler des recommandations au Conseil quant à l'avenir du projet.

4. Toutefois, suite à l'examen des travaux accomplis par le Groupe de travail, le Conseil pourrait décider d'approuver le travail effectué jusqu'ici. Dans ce cas, le Conseil pourrait envisager d'inviter le Groupe de travail à reprendre ses activités en 2012, et à rédiger des commentaires et des illustrations afin de faciliter l'interprétation de chaque disposition. La possibilité de convoquer une Commission spéciale d'experts gouvernementaux pourrait alors être réexaminée lorsque le Groupe de travail aura achevé son mandat prolongé par le Conseil, c'est-à-dire pas avant la mi-2013.

5. À la lumière des commentaires ci-dessus, le Bureau Permanent suggère que :

- le Conseil accueille favorablement les progrès accomplis par le Groupe de travail, notamment l'adoption du texte des articles du projet de Principes de La Haye ;
- le Conseil
  - o option 1 : décide d'instituer une Commission spéciale d'experts gouvernementaux qui se tiendra avant la fin de 2012 afin de discuter du projet de Principes de La Haye dans sa formulation actuelle ;
  - OU
  - o option 2 : approuve le projet de Principes de La Haye dans sa forme actuelle, ainsi que les choix législatifs sous-jacents, et invite le Groupe de travail à rédiger des commentaires et des illustrations en ligne avec les dispositions proposées.
- Le Conseil invite le Bureau Permanent à établir un rapport sur l'état d'avancement de ce projet à l'attention du Conseil de 2013.

## **A N N E X E S**

**Troisième réunion du Groupe de travail  
sur le choix de la loi applicable aux  
contrats internationaux  
(28 – 30 juin 2011)**



**Rapport**

Du 28 au 30 juin 2011, le **Groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux** (le « Groupe de travail ») présidé par M. Daniel Girsberger, s'est réuni au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) pour la troisième fois. Conformément au mandat qui leur a été donné par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence<sup>1</sup>, les experts présents ont finalisé le texte du projet d'articles des futurs Principes (« projet de Principes de La Haye ») et ont identifié les questions pertinentes, lesquelles feront l'objet d'un document distinct, comme demandé par le Conseil, qui expliquera les choix législatifs sous-jacents (« Document sur les choix législatifs ») et / ou feront l'objet d'une élaboration plus détaillée dans le Commentaire accompagnant les futurs Principes de La Haye (« Commentaire ») :

---

**PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE  
CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

Le projet de Principes de La Haye adoptés par le Groupe de travail est joint en annexe.

---

<sup>1</sup> Lors de sa réunion annuelle de 2011, le Conseil a « accueilli favorablement le progrès réalisé par le Groupe de travail, notamment l'adoption d'un projet d'articles, et encourage la poursuite de ces travaux. Suite à la finalisation d'un projet d'articles par le Groupe de travail, le Bureau Permanent est invité à rendre compte au Conseil et à présenter un document succinct préparé par le Groupe de travail soulignant la substance de celui-ci, et d'en indiquer les choix législatifs sous-jacents. Le Conseil décide qu'une Commission spéciale examine le projet d'articles et les observations préparés par le Groupe de travail à un stade ultérieur.» Voir Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >.

## **QUESTIONS ADDITIONNELLES**

Le Groupe de travail a également identifié certaines questions qui feront l'objet de discussions supplémentaires soit dans le Commentaire soit dans le Document sur les choix législatifs. Ces questions, en plus de celles mentionnées dans les Rapports des réunions précédentes, sont les suivantes :

### **PRÉAMBULE**

Le Groupe de travail note que le Document sur les choix législatifs et le Commentaire :

1. expliqueront la justification sous-jacente au principe de l'autonomie de la volonté ; et
2. référeront aux considérations d'intérêt public qui justifient de donner aux tribunaux étatiques [et arbitraux] la possibilité, dans des circonstances exceptionnelles, d'appliquer les exceptions fondées sur l'ordre public et les lois de police.

### **CHAMP D'APPLICATION**

Le Groupe de travail note que le Commentaire :

1. reconnaîtra qu'il y a différentes manières de définir les contrats commerciaux « internationaux » ; et
2. notera que les contrats de consommation et de travail, y compris les conventions collectives, sont exclus du champ d'application du projet de Principes de La Haye.

Le Document sur les choix législatifs traitera de l'exclusion des contrats de consommation et d'emploi.

### **CONSENTEMENT**

Le Groupe de travail reconnaît la notion de consentement et ses composantes variées (intrinsèque et externe / factuel et juridique) seront détaillées dans le Commentaire.

### **AUTONOMIE**

Le Groupe de travail considère que le Document sur les choix législatifs devrait résumer la logique sous-jacente à l'autonomie de la clause du choix de la loi vis-à-vis du contrat. Le Commentaire expliquera de manière plus détaillée une telle logique.

### **RENOI**

En matière de renvoi, des explications plus détaillées dans le Commentaire seront nécessaires au sujet de :

1. la référence expresse par les parties aux règles de conflit de lois de la loi choisie ;
2. la pertinence de la règle de conflit de lois dans le cas des États qui comprennent deux ou plusieurs unités territoriales (c.-à-d. loi interrégionale).

## **CHOIX DE RÈGLES NON ÉTATIQUES**

Le Groupe de travail reconnaît l'importance pour le Commentaire de fournir des détails supplémentaires au sujet des règles supplétives, et de donner des exemples spécifiques de situations dans lesquelles l'application de telles règles s'avérera nécessaire.

De plus, le Commentaire soulignera qu'en principe, les usages de commerce peuvent compléter et aider dans l'interprétation du choix de la loi ou des règles de droit, mais ne peuvent pas l'emporter sur ces derniers, et donnera des exemples variés.

Le Document sur les choix législatifs traitera aussi brièvement de ces questions.

Le Groupe de travail décide à ce stade que les règles de droit choisies doivent :

1. être distinguées des règles individuelles accordées par les parties ; et
2. constituer un ensemble de règles.

Le Groupe de travail est d'accord pour examiner les caractéristiques supplémentaires des règles non-étatiques choisies par les parties et les restrictions apportées à un tel choix, dans le Commentaire.

Le Document sur les choix législatifs soulignera l'accord du Groupe de travail selon lequel le projet de Principes de La Haye ne comportera aucune définition ou limite expresse à la notion de « règles de droit », puisque cela permet le maximum de soutien au principe de l'autonomie de la volonté. Le Document sur les choix législatifs reflétera la diversité des opinions présentes dans la doctrine au sujet de la définition de « règles de droit » pour les fins du choix de la loi.

## **CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI CHOISIE**

Le Groupe de travail considère que le Document sur les choix législatifs :

1. notera que, bien que certaines questions ne soient pas déterminées par les Principes (par ex. la loi applicable aux accords d'arbitrage et aux accords d'élection de for), un tribunal étatique ou arbitral pourra de même appliquer le projet de Principes de La Haye à ces questions ; et
2. reconnaîtra les différents points de vue au sein du Groupe de travail au sujet des obligations précontractuelles.

Le Commentaire :

1. expliquera les relations et différences avec les dispositions traitant du choix de la loi incluses dans d'autres instruments internationaux (par ex. le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties) ; et
2. fournira des illustrations supplémentaires et commentaires, par exemple au sujet d'éléments de droit des sociétés et instruments négociables, lesquels ne sont pas couverts par le projet de Principes de La Haye.

## **VALIDITÉ FORMELLE DU CONTRAT**

Le Commentaire traitera de la distinction entre la validité formelle de l'accord sur le choix de la loi (lequel n'est soumis à aucune condition formelle sur base de l'art. 4 du projet de Principes de La Haye) et le reste du contrat. De plus, le Commentaire mettra l'accent sur l'application non exclusive du choix de la loi afin de déterminer la validité formelle du contrat, c'est-à-dire la possibilité pour les tribunaux étatiques et arbitraux de prendre en considération d'autres lois lorsque la forme du contrat n'est pas valable en vertu de la loi choisie (principe du « *favor validatis* »).

## **TIERS**

Le Groupe de travail considère que le Commentaire :

1. expliquera qu'en règle générale, les effets du changement de choix de la loi applicable sont régis par le principe de l'autonomie de la volonté ;
2. clarifiera que les droits préexistants des tiers doivent être liés au contrat ; et
3. fournira des illustrations et commentaires au sujet du fonctionnement du principe de l'autonomie de la volonté dans les relations incluant des tiers (par ex. sûreté, droit de gage sur un droit ou une créance et tiers bénéficiaires d'un contrat).

Le Document sur les choix législatifs traitera brièvement des deux premières questions.

## **CESSION DE CRÉANCE**

Le Groupe de travail a considéré que le Document sur les choix législatifs mettra l'accent sur le fait que bien que certaines questions au sujet du choix de la loi dans le contexte de contrats connexes (par ex. subrogation, compensation, etc.) ont été discutées, le projet de Principes de La Haye se concentre sur la cession de créance, qui constitue une question importante et récurrente dans la pratique du commerce international. Le Commentaire précisera davantage une telle prise de position.

## **LOIS DE POLICE ET ORDRE PUBLIC**

Le Groupe de travail reconnaît que le Commentaire :

1. considérera et illustrera la nature exceptionnelle de la notion d'ordre public en faisant référence aux termes « manifestement incompatible » et « notions fondamentales » ;
2. fournira des illustrations et commentaires au sujet des lois de police ;
3. expliquera de manière plus détaillée la référence à la loi de l'État du for afin de déterminer l'application / la prise en compte des lois de police de pays tiers ;
4. examinera si et dans quelle mesure la loi choisie inclut ou exclut les lois de police ;
5. décrira, à l'aide d'illustrations et commentaires, la manière dont les tribunaux arbitraux peuvent décider sur des questions d'ordre public et de lois de police ; et



## Annexe I

v

6. reflétera et illustrera les approches et méthodologies divergentes que les tribunaux arbitraux peuvent adopter, dans différents contextes, lorsqu'ils prennent en compte le rôle de l'ordre public et des lois de police.

Le Document sur les choix législatifs traitera de ces questions et des raisons sous-jacentes au manque de spécifications supplémentaires au sujet de l'application des lois de police d'un pays tiers (contrairement par ex. à l'art. 9(3) du Règlement Rome I, ou l'art. 19 de la Loi suisse sur le droit international privé).

## **PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX**

*(version finale adoptée par le Groupe de travail en juin 2011)*

### *Préambule*

Les Principes qui suivent énoncent des règles générales relatives au choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux. Ils affirment le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions.

Ils peuvent être utilisés comme modèle pour des instruments nationaux, régionaux, supranationaux et internationaux.

Ils peuvent être utilisés pour interpréter, compléter et développer des règles de droit international privé.

Ils peuvent être appliqués par les tribunaux étatiques ou arbitraux.

### Article premier

#### Champ d'application des Principes

1. Ces Principes s'appliquent au choix de la loi applicable dans les contrats internationaux conclus par deux personnes ou plus, agissant dans l'exercice de leur commerce ou de leur profession.

2. Aux fins de ces Principes, (i) un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et la relation des parties et les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État ; (ii) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou considérées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou au moment de la conclusion du contrat.

3. Ces Principes ne s'appliquent pas à la loi régissant :

- a) la capacité des personnes physiques ;
- b) les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for ;
- c) les sociétés ou autres groupements ;
- d) les procédures d'insolvabilité ;
- e) les effets patrimoniaux des contrats ;
- f) à la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir.

Article 2  
Liberté de choix

1. Un contrat est régi par la loi choisie par les parties. Dans ces Principes, on entend la référence à la loi comme incluant les règles de droit.
2. Les parties peuvent choisir (i) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat et (ii) différentes lois pour différentes parties du contrat.
3. Le choix peut être modifié à n'importe quel moment à condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits préexistants des tiers.
4. Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur opération.

Article 3  
Choix explicite ou tacite

Le choix de la loi, ou toute modification du choix de la loi, doit être effectué expressément ou apparaître clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Un accord entre les parties pour conférer juridiction à un tribunal étatique ou arbitral afin de régler les litiges liés au contrat n'est pas en soi équivalent au choix de la loi applicable.

Article 4  
Validité formelle du choix de la loi

Le choix de la loi n'est sujet à aucune condition quant à la forme sauf si les parties en décident autrement.

Article 5  
Consentement

1. La question du consentement des parties au choix de la loi est déterminée par la loi qui serait applicable si un tel consentement existait.
2. Néanmoins, pour établir qu'une partie n'a pas consenti au choix de la loi, celle-ci peut s'en remettre à la loi de l'État du lieu de son établissement, si dans les circonstances il n'est pas raisonnable de déterminer cette question selon la loi mentionnée dans le paragraphe précédent.

Article 6  
Autonomie

Le choix de la loi ne peut pas être contesté uniquement sur la base du fait que le contrat n'est pas valable.

Article 7  
Renvoi

Le choix de la loi n'inclut pas les règles de conflit de lois de la loi choisie par les parties sauf si les parties en décident autrement.

Article 8  
Champ d'application de la loi choisie

La loi choisie par les parties régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment :

- a) son interprétation ;
- b) les droits et obligations découlant du contrat ;
- c) l'exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts ;
- d) les différents modes d'extinction des obligations, et la prescription et les déchéances ;
- e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;
- f) la charge de la preuve ; et
- g) les obligations précontractuelles.

Article 9  
Validité formelle du contrat

1. Le contrat est valable quant à la forme s'il est valable quant à la forme en vertu de la loi choisie par les parties ou en vertu de toute autre loi qui doit être appliquée par le tribunal étatique ou arbitral.
2. Toute modification quant à la loi applicable ne porte pas atteinte à la validité formelle du contrat.

Article 10  
Cession de créance

Dans le cas d'une cession contractuelle d'une créance détenue par un créancier envers un débiteur en vertu d'un contrat qui les lie:

- a) si les parties au contrat de cession de créance ont choisi la loi régissant leur contrat, la loi choisie régit les droits et obligations mutuels du créancier et du cessionnaire découlant de leur contrat ;
- b) si les parties au contrat entre le débiteur et le créancier ont choisi la loi régissant leur contrat, la loi choisie régit (i) la question de savoir si la cession de créance est opposable au débiteur, (ii) les droits du cessionnaire contre le débiteur, et (iii) la question de savoir si le débiteur s'est déchargé de ses obligations.

Article 11  
Lois de police et ordre public

1. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal étatique d'appliquer les lois de police du for saisi, quelle que soit par ailleurs la loi choisie par les parties.
2. La loi du for saisi détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi.

Annexe II  
iv

3. Un tribunal peut exclure l'application d'une disposition de la loi choisie par les parties si et seulement dans la mesure où son application est manifestement incompatible avec des notions fondamentales de l'ordre public du for saisi.

4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent également dans les procédures judiciaires en rapport avec l'arbitrage.

5. Ces Principes ne doivent pas empêcher un tribunal arbitral d'appliquer les règles d'ordre public, ou d'appliquer ou de tenir compte des lois de police de la loi d'un autre État que celle choisie par les parties, si cela est requis ou permis par le tribunal arbitral.

**DOCUMENT SUR LES CHOIX LÉGISLATIFS SOUS-JACENTS AUX PRINCIPES DE LA HAYE  
SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS COMMERCIAUX  
INTERNATIONAUX**

*établi par le Groupe de travail sur le choix de la loi applicable  
en matière de contrats internationaux*

\* \* \*

**POLICY DOCUMENT REGARDING HAGUE PRINCIPLES ON CHOICE OF LAW IN  
INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS**

*drawn up by the Working Group  
on Choice of Law in International Contracts*

### Introduction

1. Lors de sa réunion d'avril 2011, le Conseil sur les affaires générales et la politique (« le Conseil ») de la Conférence de La Haye de droit international privé (« la Conférence de La Haye ») a invité le Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (« le Groupe de travail »), suite à la finalisation de la rédaction du projet d'articles sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, à rendre compte au Conseil et à présenter un document succinct « soulignant la substance de celui-ci, et d'en indiquer les choix législatifs sous-jacents »<sup>1</sup>.

2. En réponse à cette invitation, le Groupe de travail soumet le présent projet d'articles, provisoirement intitulé les « Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux » (ci-après, le « projet de Principes de La Haye »), accompagné du « Document sur les choix législatifs », comme demandé par le Conseil, lequel met en évidence les caractéristiques principales du projet de Principes de La Haye et les considérations qui ont guidé le Groupe de travail dans l'élaboration progressive de ces Principes.

3. Le Groupe de travail a été établi suite à une décision prise par le Conseil sur les affaires générales et la politique de 2009 : « Le Conseil invite le Bureau Permanent à continuer les travaux sur la promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats commerciaux internationaux. Le Bureau Permanent est en particulier invité à constituer un Groupe de travail composé d'experts en matière de droit international privé, de droit commercial international et de droit de l'arbitrage international, et à faciliter l'élaboration d'un projet d'instrument non contraignant au sein de ce Groupe de travail. ». Présidé par M. Daniel Girsberger, expert de la Suisse, le Groupe de travail s'est réuni à La Haye à trois reprises : du 21 au 22 janvier 2010, du 15 au 17 novembre 2010 et du 28 au 30 juin 2011.

4. La version finale adoptée par le Groupe de travail en juin 2011 est conforme à l'objectif principal identifié par le Conseil lors de sa réunion de 2010, c'est-à-dire l'élaboration de règles de nature non contraignante dans les cas où un choix de loi a été effectué dans un contrat commercial international.

5. Le projet de Principes de La Haye se présente à ce stade uniquement sous la forme d'un ensemble d'articles (*black-letter rules*). Le Groupe de travail est de l'avis cependant que les Principes tireraient certainement profit d'un Commentaire qui fournirait un cadre explicatif, en plus d'offrir des exemples pratiques. On notera que le Document sur les choix législatifs mentionne à plusieurs reprises que le Commentaire fournira davantage de détails. Néanmoins, en attendant la décision du Conseil sur l'achèvement du projet de Principes de La Haye suivant la réunion de la Commission spéciale, qui devrait très probablement se tenir avant la fin de 2012<sup>2</sup>, le Groupe de travail a mené ses travaux sur la base du mandat actuel du Conseil.

### Préambule – considérations générales

6. Conscient du fait que le recours à un *instrument non contraignant* offre un cadre unique pour l'élaboration de ce projet, le Groupe de travail a élaboré le projet de

---

<sup>1</sup> Voir « Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil (5-7 avril 2011) », Conclusion et Recommandation No 5, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales » :

« Le Conseil accueille favorablement le progrès réalisé par le Groupe de travail, notamment l'adoption d'un projet d'articles, et encourage la poursuite de ces travaux. Suite à la finalisation d'un projet d'articles par le Groupe de travail, le Bureau Permanent est invité à en rendre compte au Conseil et à présenter un document succinct préparé par le Groupe de travail soulignant la substance de celui-ci, et d'en indiquer les choix législatifs sous-jacents. »

<sup>2</sup> Voir Conclusion et Recommandation No 6, *ibid* :

« Le Conseil décide qu'une Commission spéciale examine le projet d'articles et les observations préparés par le Groupe de travail à un stade ultérieur. »

## Annexe III

iii

Principes de La Haye qui vise à sensibiliser davantage tous les praticiens œuvrant dans le domaine des transactions et des différends commerciaux au niveau international sur la question de la loi applicable, que ce soit les législateurs, les spécialistes en matière de rédaction de contrats, les avocats spécialisés en droit des affaires, les conseillers spécialisés en arbitrage, les juristes d'entreprise, les universitaires et les juges. Une attention particulière a été consacrée à atteindre l'objectif consistant à élaborer le projet de Principes de La Haye comme un outil potentiellement utile en matière d'arbitrage international. En effet, la communauté de l'arbitrage international est particulièrement favorable à l'incorporation d'un ensemble de principes non contraignants dans son processus de décision. Au cours de la phase de rédaction, le Groupe de travail a examiné s'il y avait lieu de distinguer deux ensembles de principes, soit un premier ensemble de règles applicables par les tribunaux étatiques et un second comprenant des règles applicables par les tribunaux arbitraux. Il a été décidé qu'un ensemble commun de principes aux deux situations serait adopté mais que, lorsque cela s'avèrerait nécessaire, des références explicites seraient ajoutées quand des règles différentes s'appliquent selon le mécanisme choisi de résolution des différends. Par exemple, tel est le cas en matière de lois de police et d'ordre public.

7. D'autre part, le Groupe de travail est bien conscient du fait que les juges pourraient être peu enclins à l'idée d'appliquer le projet de Principes de La Haye et ce, à cause de son caractère non contraignant<sup>3</sup>. Néanmoins, en terme de stratégie, le Groupe de travail est convaincu que le projet de Principes de La Haye peut gagner en envergure juridique et être utilisé dans l'avenir par les tribunaux, en particulier si, par exemple, il sert de modèle pour les législateurs des pays où le droit en matière de choix de la loi dans les contrats internationaux est inexistant, morcelé ou tout simplement en attente d'être réformé. Dans l'intervalle, le projet de Principes de La Haye pourrait fournir un appui ou être une source d'inspiration pour les tribunaux traitant de la détermination de la loi applicable à un contrat.

8. La promotion du principe de l'autonomie de la volonté – à savoir, la capacité des parties à un contrat de convenir de la loi qui régira leur contrat – a en effet été le fil conducteur du Groupe de travail tout au long du processus de rédaction. Le but visé consistait en effet à améliorer la coordination internationale des systèmes juridiques et en particulier à renforcer la prévisibilité juridique des solutions à travers l'application du principe de l'autonomie de la volonté<sup>4</sup>.

### *Article premier – Champ d'application de l'instrument*

9. Le Groupe de travail a déterminé que l'applicabilité du projet de Principes de La Haye dépendra de deux critères, soit la nature *commerciale* du contrat et son caractère *international*.

10. Le projet de Principes de La Haye s'applique uniquement aux contrats commerciaux qui impliquent des transactions entre entreprises. Par conséquent, les contrats d'emploi et de consommation en sont exclus. Le Groupe de travail reconnaît que les contrats d'emploi et de consommation font l'objet de règles spécifiques, bon nombre de celles-ci étant des lois de police, conçues pour la protection du consommateur<sup>5</sup> et de l'employé. Il

---

<sup>3</sup> En janvier 2007, le Bureau Permanent a préparé un Questionnaire composé de trois parties adressé aux États membres, à la CCI et à d'autres personnes intéressées au domaine de l'arbitrage commercial international afin d'explorer la pratique actuelle en matière d'usage des clauses de choix de la loi applicable et les problèmes éventuels que cette pratique peut soulever. Les réponses ont démontré que les États ne considèrent pas le droit non contraignant (ou *soft law*) comme étant utile pour les tribunaux, voir « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et conclusions (note de suivi) », Doc. pré-l. No 5 de février 2008 à l'intention du Conseil d'avril 2008 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 6, disponible sur le site Internet de la Conférence, *ibid.*

<sup>4</sup> Les réponses au Questionnaire de 2007 démontrent que plus de deux tiers des États membres de l'Organisation qui ont répondu considèrent qu'un nouvel instrument serait utile et servirait à assister les parties au contrat, les autorités judiciaires ou les tribunaux arbitraux, Voir Doc. pré-l. No 5 de février 2008, *ibid.*, p. 6.

<sup>5</sup> Au sujet des contrats de consommation, l'absence de règles spécifiques dans la *Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* doit être gardée à l'esprit, en plus de la Déclaration et de la Recommandation relatives à la portée de la *Convention de*



## Annexe III

iv

a été décidé que le Commentaire devrait préciser davantage la manière dont ces domaines exclus, du champ d'application de l'instrument, doivent être délimités (para. 1).

11. De plus, il est de l'intention du Groupe de travail que le projet de Principes de La Haye soit appliqué de la manière la plus large qu'il soit. En conséquence, le terme « contrats internationaux » est défini de manière à exclure uniquement les contrats purement nationaux. La définition prévoit que le contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et la relation entre ces dernières et tous les éléments pertinents à la transaction, indépendamment de la loi choisie, sont liés uniquement à cet État (para. 2).

12. Afin de s'assurer que le projet de Principes de La Haye ne s'applique pas aux questions pour lesquelles ces Principes pourraient être considérés comme inappropriés, le Groupe de travail a identifié une liste des questions qui, de son opinion, devraient être exclues du champ d'application de l'instrument. Le Commentaire traitera de chacune de ces questions de manière plus détaillée (para. 3).

### *Article 2 – Liberté de choix*

#### *a) Le principe de l'autonomie de la volonté en général*

13. La promotion du principe de l'autonomie de la volonté est l'objectif principal du projet de Principes de La Haye. Ainsi, le paragraphe 1 du présent article prévoit expressément qu'« un contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Le Groupe de travail considère que le rôle central accordé à l'autonomie de la volonté peut être justifié sur les bases suivantes. Premièrement, le principe de l'autonomie de la volonté donne priorité aux attentes des parties en plus de protéger la sécurité juridique. Deuxièmement, dans la mesure où le choix de loi des parties fait partie du régime contractuel concernant la résolution des différends, l'exercice de l'autonomie de la volonté contribue alors à une meilleure efficacité en réduisant les coûts engendrés par la résolution des différends<sup>6</sup>. Troisièmement, le principe de l'autonomie de la volonté encourage l'activité économique transfrontière en permettant aux parties de choisir la loi applicable, ce qui facilite la réalisation de leur transaction. Enfin, l'augmentation de la mobilité internationale et de la communication internationale accentuent l'importance du principe de l'autonomie de la volonté et fait en sorte que cette dernière est la solution la plus pratique pour les contrats commerciaux internationaux<sup>7</sup>.

14. Le Groupe de travail reconnaît unanimement que le rôle clé conféré au principe de l'autonomie de la volonté dans le projet de Principes de La Haye est conforme à la pratique largement acceptée en matière de choix de la loi applicable dans les contrats commerciaux internationaux à travers le monde. Le Groupe de travail est bien conscient que le principe de l'autonomie de la volonté est largement accepté en matière de contentieux international, ce dernier étant consacré dans plusieurs conventions internationales notamment dans les Conventions de La Haye<sup>8</sup>, dans des instruments

---

*La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, reprise dans l'Acte final de la Quatorzième session (*Actes et documents de la Quatorzième session*, tome I, *Matières diverses*, édité par le Bureau Permanent de la Conférence, Imprimerie Nationale, La Haye, 1982, p. 1-62) ainsi que l'extrait de l'Acte final de la Quatorzième session (*Actes et documents de la Quatorzième session*, tome II, *Ventes aux consommateurs*, édité par le Bureau Permanent de la Conférence, Imprimerie Nationale, La Haye, 1982, p. 11-177 à 11-180), qui reprend un projet de Convention sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs. Cependant, ce sujet n'a pas été repris dans la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*. Voir aussi J. Fawcett, J. Harris et M. Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, OUP, 2005, p. 871.

<sup>6</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999, p. 2 et 3.

<sup>7</sup> A. Dickinson, « Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu? », *Journal of Private International Law*, vol. 3, 2007, 59.

<sup>8</sup> Art. 7 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* ; art. 5 de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux*

## Annexe III

v

régionaux<sup>9</sup>, et dans les codifications nationales<sup>10</sup>. Il souligne aussi que le principe de l'autonomie de la volonté est un principe général en matière de choix de la loi en arbitrage international<sup>11</sup>. Il reconnaît cependant que malgré le fait qu'il semble que le principe de l'autonomie de la volonté ait gagné en matière de reconnaissance et d'acceptation, le défi se situe plutôt au niveau de la *consolidation du principe* sur le plan international<sup>12</sup>. À la lumière de ceci, lorsque les Principes de La Haye seront implantés, ils répondront à *un réel besoin de renforcement du principe de l'autonomie de la volonté à travers le monde*. Le but du projet de Principes de La Haye vise donc l'amélioration de l'harmonisation internationale des lois ainsi que la promotion de la prévisibilité de l'issue d'un processus de résolution des différends à travers le principe de l'autonomie de la volonté, à savoir de s'assurer qu'un accord par les parties sur la loi applicable au contrat sera observé dans toute juridiction qui applique ces Principes. Il convient de noter que certains États dans lesquels l'autonomie de la volonté est acceptée exigent que la transaction ait une connexion avec l'État dont la loi est désignée. Le Groupe de travail a cependant décidé qu'une telle relation ne devrait pas être exigée.

15. Néanmoins, le Groupe de travail est conscient que certaines restrictions au principe de l'autonomie de la volonté sont nécessaires et ce, même dans le domaine des contrats commerciaux internationaux. Le Groupe reconnaît que l'exécution des obligations contractuelles découle de la volonté de l'État de contraindre une partie à les exécuter. C'est sur cette base que le Groupe de travail considère que le principe de l'autonomie de la volonté devrait faire l'objet de limites imposées par les lois de police et d'ordre public, comme prévu par le projet de Principes de La Haye<sup>13</sup>.

### b) *Choix de la loi et règles de droit*

16. Le projet de Principes de La Haye ne limite pas les parties à désigner la loi d'un État, au contraire, il autorise les parties à choisir non seulement des lois d'États mais aussi des « règles de droit ». Le Groupe de travail est également de l'avis que les Principes ne doivent pas prévoir de définition expresse ou de limite au concept de « règles de droit », puisque ceci permet un soutien maximal au principe de l'autonomie de la volonté, sans égard au mode choisi de résolution des litiges (c.-à-d. un tribunal étatique ou arbitral). Le Groupe de travail reconnaît néanmoins qu'il existe certaines limites au choix des règles de droit par les parties. En particulier, le choix de règles de droit doit être clairement différencié des règles individuelles choisies par les parties et

---

*contrats d'intermédiaires et à la représentation* ; art. 2(1) de la *Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*.

<sup>9</sup> Art. 3(1) du *Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*.

<sup>10</sup> Par ex., art. 3 et art. 41, première phrase de la Loi sur le choix de la loi de la Chine continentale (2010) ; art. 20 de la Loi sur l'application des lois en matière civile comprenant des éléments étrangers de Taiwan (2010) ; art. 7 de la Loi sur les règles générales d'application des lois du Japon (2006) ; art. 25(1) de la Loi sur les conflits de lois de la Corée (2001) ; art. 3540 du Code civil de la Louisiane (1991) ; art. 434(1) du Code civil de la Mongolie (1994) ; art. 3111(1) du Code civil du Québec (1991) ; art. 1210(1) du Code civil de la Fédération de Russie ; art. 116(1) de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé de la Suisse (1987).

<sup>11</sup> Quant aux Conventions, voir par ex., art. VII de la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* (Convention de Genève) ; art. 42 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (Convention CIRDI). Quant aux instruments non contraignants, voir par ex., art. 28(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006. Quant aux lois étatiques, voir par ex., art. 1496(1) du nouveau Code de procédure civile français ; art. 1051 du Code de procédure civile allemand ; art. 36(1) de la Loi sur l'arbitrage du Japon (2003) ; art. 28(1) de la Loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international (1993). En matière de règles d'arbitrage, voir par ex., art. 33(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; art. 17(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI (correspondant à l'art. 21(1) du Règlement révisé CCI (en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012)) ; art. 15(1) de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA.

<sup>12</sup> Pour l'analyse de législations rejetant le principe de l'autonomie des parties dans certaines juridictions de l'Amérique latine et du Moyen-Orient, voir par ex., J. Basedow, « Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 75(1), 2011, p. 34 à 37 ; M.M. Albornoz, *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*, *Journal of Private International Law*, 6(1), 2010, p. 23 à 56.

<sup>13</sup> Voir art. 11 du projet de Principes de La Haye et les commentaires sur les choix législatifs sous-jacents correspondants, *infra*, para. 45 et s.

doit consister en un ensemble de règles. Ces questions seront examinées plus en détail dans le Commentaire<sup>14</sup>, sur la base d'une littérature très fouillée et de la pratique en vigueur dans ce domaine.

17. Le Groupe de travail reconnaît qu'en matière d'arbitrage, l'habilité des parties à choisir des règles de droit pour régir leur contrat est largement acceptée. En revanche, les tribunaux étatiques n'ont pas reconnu la capacité des parties de choisir des règles de droit, autres que la loi d'un État, pour régir leur contrat. De plus, les tribunaux étatiques considèrent les règles de droit comme étant incomplètes, contrairement aux systèmes juridiques internes, qui eux régissent les questions juridiques de manière plus exhaustive, complète et détaillée. Cependant, les tribunaux étatiques devraient pouvoir interpréter et compléter un ensemble de règles de droit des contrats de la même manière qu'ils interprètent et complètent le droit interne et droit étranger applicable.

18. Il ressort des discussions approfondies tenues au sein du Groupe de travail qu'il est important de permettre aux parties de choisir des règles de droit applicables à leur contrat dès lors qu'un tel choix renforce la portée du principe de l'autonomie de la volonté. Cela permet également aux parties de choisir des règles propres à une industrie ou à une transaction spécifique<sup>15</sup> qui répondront aux besoins commerciaux des parties, à condition que de telles règles soient disponibles. De plus, le choix de règles de droit fournit aux parties une relation contractuelle équilibrée, en offrant neutralité et transparence dans leurs opérations<sup>16</sup>. En conséquence, malgré le fait qu'un choix de règles de droit puisse dans certains cas s'avérer plus difficile à évaluer, celui-ci promeut la stabilisation des attentes des parties découlant de leur contrat.

19. Le Groupe de travail rejette la vision selon laquelle le projet de Principes de La Haye requiert que les règles de droit choisies par les parties soient soumises à un examen de légitimité, en tant que condition préalable à l'exercice de l'autonomie de la volonté. En conséquence, le choix de loi des parties ne devrait pas être soumis à des critères de restriction qui, par exemple, pourraient exiger que les règles de droit choisies satisfassent à un certain seuil de reconnaissance internationale ou régional. En n'imposant aucun critère de distinction pour l'ensemble des règles de droit que peuvent choisir les parties, les Principes évitent toute évaluation de la nature et des caractéristiques des règles de droit choisies et évite aux parties de devoir justifier leur choix de loi. Si de tels critères étaient imposés, cela pourrait limiter les possibilités s'offrant aux parties et inviterait les parties à débattre sur l'interprétation ou le champ d'application du choix de la loi des parties.

### c) Règles supplétives

20. Le Groupe de travail a examiné de manière approfondie le rôle joué par les règles supplétives lorsque les parties ont choisi des règles de droit pour régir leur contrat, et a étudié les dispositions pertinentes comprises dans certains instruments existants tels la

---

<sup>14</sup> Dans la pratique de l'arbitrage, la capacité des parties à se référer aux règles de droit pour régir leur contrat est largement acceptée. Voir, pour tous, art. 28(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006 ; art. 28(1) du Règlement d'arbitrage CCI ; art. 22.1(c) du Règlement d'arbitrage de la LCIA ; art. 1496(1) du Code de procédure civile (France) ; art. 1051 du Code de procédure civile de l'Allemagne ; art. 36 de la Loi sur l'arbitrage du Japon (2003) ; art. 187(1) de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 de la Suisse. Dans la littérature récente, voir notamment, C. Sural, « Respecter les règles de droit : Les Principes d'UNIDROIT dans les juridictions nationales et l'arbitrage international », 14 *Vindobona Journal de droit commercial international et l'arbitrage* (2010 / 2) p. 249 à 266 et, spécifiquement sur l'acceptation progressive des règles de droit en Amérique latine, J.A. Moreno Rodríguez et M.M. Albornoz, « La *lex mercatoria* en la Convención de México de 1994. Reflexiones en ocasión de la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », dans D. Fernandez Arroyo et J.J. Obando Peralta (éd.), *El derecho internacional privado en los procesos de Integración regionales*, San José, éd. Jurídica Continental, 2011, p. 15 à 40.

<sup>15</sup> Tel que, par exemple, une référence en ce qui concerne les contrats de transport maritime à ce que l'on appelle les « Règles de Rotterdam » (la Convention des Nations Unies de 2008 sur les contrats de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer) avant leur entrée en vigueur.

<sup>16</sup> J. Basedow, « *Lex Mercatoria* et le droit international des contrats dans une perspective économique » dans : J. Basedow, T. Kono and G. Ruhl (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tubingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 71.

*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM) et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Il a été décidé que l'analyse du rôle joué par les règles supplétives ferait l'objet d'un exposé détaillé dans le Commentaire, dans lequel des exemples précis seront fournis.

21. De plus, la majorité des membres du Groupe de travail est de l'avis que les usages en matière de commerce international pourraient compléter le choix des parties en matière de loi applicable. Des exemples ont été tirés du domaine du droit commercial international et le Groupe de travail a décidé que, pour les fins de l'application des Principes de La Haye, les usages commerciaux sont mieux adaptés pour jouer un rôle subsidiaire plutôt que d'être choisis à titre de loi régissant le contrat. En effet, les usages commerciaux ne constituent pas un ensemble de règles suffisamment complet pour valoir à titre de loi régissant un contrat. Le Commentaire soulignera que les usages commerciaux peuvent en principe compléter et aider à l'interprétation, mais qu'ils ne peuvent pas supplanter ou contredire le fonctionnement de la loi ou des règles de droit par les parties ; divers exemples seront donnés à cet égard<sup>17</sup>.

### *Article 3 – Choix explicite ou tacite*

22. Le choix de la loi peut être effectué de manière expresse ou implicite. Le Groupe de travail est unanimement d'accord avec le principe selon lequel un choix effectué de manière explicite reflète indiscutablement l'intention des parties<sup>18</sup>.

23. De longues discussions ont conduit à soulever la question de savoir si la possibilité d'effectuer un choix de manière tacite devrait être prévue par le projet de Principes de La Haye. Le Groupe de travail a examiné longuement les différents précédents en la matière au niveau national et régional et a développé un principe selon lequel un choix peut être déduit s'il apparaît « clairement des dispositions du contrat ou des circonstances », mais ce, uniquement lorsque les parties n'ont pas indiqué leur choix de manière expresse.

24. La formulation suggérée permet aux tribunaux étatiques et arbitraux d'envisager la possibilité de considérer si un choix a été effectué de manière implicite. Cependant, le Groupe de travail ajoute qu'il doit apparaître *clairement* du contrat ou des circonstances qu'un choix de loi a été effectué<sup>19</sup>. Le Groupe de travail est donc de l'avis que l'évaluation de la validité d'un choix effectué de manière tacite se fait à la lumière du contenu du contrat et des autres circonstances, le tout formant en réalité un examen qui sera accompagné d'exemples dans le Commentaire.

25. Cependant le Groupe de travail refuse explicitement d'accepter qu'un accord entre les parties pour conférer juridiction à un *tribunal étatique* ou *arbitral* afin de régler les litiges liés au contrat puisse constituer en lui-même un indicateur suffisant pour arriver à la conclusion selon laquelle un choix de loi a été effectué de manière implicite en vertu des Principes de La Haye. Le Groupe de travail est conscient qu'un accord entre les

---

<sup>17</sup> Toute référence aux usages commerciaux doit être distinguée des codes commerciaux expressément choisis par les parties comme règles de droit régissant le contrat.

<sup>18</sup> Un choix explicite est conclu ou documenté par écrit ou par tout autre mode de transfert de données ou mode de conservation des communications. Le Commentaire devrait renvoyer à la formulation de par ex., l'art. 9(2) de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* ou l'art. 3 c) de la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*.

<sup>19</sup> Ayant préalablement examiné un nombre important d'instruments internationaux développés par la HCCH ou par d'autres organisations internationales, le Groupe de travail s'est inspiré de l'art. 1(2) du *ICC Draft Recommendations on the Law Applicable to International Contracts*, commenté par O. Lando, « Conflict-of-Law Rules for Arbitrators », in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, p. 174. À comparer avec avec la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* et le *Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, qui utilisent tous deux un critère assez identique (« le choix doit être (...) clairement démontré par... ») et avec la *Convention Interaméricaine du 17 mars 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux*, qui se réfère à un critère plus stricte (« le choix (...) doit être évident »).

parties pour conférer juridiction à un *tribunal étatique* ou *arbitral* afin de régler les litiges liés au contrat peut être considéré par certains systèmes comme étant probablement le critère le plus pertinent à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'établir si un choix de loi a été effectué ou non. Le Groupe de travail considère donc qu'il est nécessaire d'exprimer une position claire à cet égard.

#### *Article 4 – Validité formelle du choix de la loi*

26. En formulant les règles du projet de Principes de La Haye traitant de la validité formelle du choix de la loi, le Groupe de travail a étudié les règles de conflit de lois existant au niveau international, régional et national. Le Groupe de travail reconnaît que différents systèmes juridiques choisissent différentes approches à la question de la détermination de la validité formelle du choix de la loi par les parties.

27. Le Groupe de travail est cependant de l'avis qu'aucune obligation formelle quant au choix de la loi ne devrait être imposée, sauf si les parties en décident autrement. Encore une fois, cette décision est conforme au principe de l'autonomie de la volonté.

#### *Article 5 – Consentement*

28. Toujours dans l'optique de respecter l'importance du rôle attribué au principe de l'autonomie de la volonté, le Groupe de travail a élaboré une règle sur le consentement qui repose principalement sur la loi qui serait applicable si un tel consentement existait (c.-à-d. la loi choisie de manière putative). Une fois que le consentement est validé par une telle loi, toutes les questions au sujet des autres clauses du contrat principal seront régies par la loi choisie, en tant que *lex causae*, et non pas à titre de loi applicable de manière putative. Le Groupe de travail considère qu'une telle formulation évite le besoin d'inclure une disposition dans le projet de Principes de La Haye selon laquelle toute question soulevée au sujet des autres clauses du contrat principal doit être « régie par la loi choisie par les parties, en supposant que le choix de loi est valable ». La formulation de l'article traitant du champ d'application de la loi choisie est conforme à cette approche<sup>20</sup>. Ainsi, la question du consentement sera déterminée en fonction de la loi qui serait applicable si un tel consentement existait (c.-à-d. la loi putative), sauf si la partie soulevant l'absence de consentement peut invoquer l'exception limitée de l'article 5(2). L'application de cette exception dépend de deux conditions cumulatives : d'abord, « dans les circonstances il n'est pas raisonnable de déterminer cette question selon la loi choisie » et deuxièmement, aucun consentement valable ne peut être établi en vertu de la loi de l'État du lieu de l'établissement de la partie contestant la validité du consentement. À cet égard, le Groupe de travail suit une règle en matière de choix de la loi applicable bien reconnue dans de nombreux instruments internationaux<sup>21</sup>.

29. Lors de la formulation de l'article 5, le Groupe de travail a sciemment évité l'usage de l'expression « existence et validité matérielle du choix de la loi ». Il considère qu'une telle formulation serait probablement trop précise pour être appréhendée dans différentes traditions juridiques et pourrait ainsi favoriser des bases plus larges de contestation de la loi choisie. Ceci menacerait la sécurité juridique, qui constitue un des objectifs principaux sous-jacents au projet de Principes de La Haye. En conséquence, le présent article utilise uniquement le terme « consentement », qui vise à couvrir toutes les questions visant à savoir si les parties ont effectivement choisi une loi applicable.

30. De plus, lorsque l'on étudie cet article en parallèle avec le projet de règle sur l'autonomie du choix de la loi<sup>22</sup>, il est clair que les questions relatives aux vices de

---

<sup>20</sup> Voir art. 8 du projet de Principes de La Haye et les commentaires sur les choix législatifs sous-jacents correspondants, *infra*, para. 37 et s.

<sup>21</sup> Pour des exemples, voir art. 10(3) de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (et le Rapport explicatif de A. von Mehren, aux para. 103 et s.) ; art. 10 du *Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*. Voir aussi P. Nygh, *supra* note 7, p. 93 à 97.

<sup>22</sup> Voir art. 6 du projet de Principes de La Haye et les commentaires sur les choix législatifs sous-jacents correspondants, *infra*, para. 31 et 32.

## Annexe III

ix

consentement tombent dans le champ des questions relatives au « consentement », mais de tels motifs de contestation peuvent être invoqués pour démontrer l'absence de consentement si ceux-ci traitent spécifiquement du consentement des parties quant au choix de la loi, lequel doit être considéré indépendamment du consentement au contrat en général. Ainsi, en visant directement le « consentement » des parties quant au choix de la loi *per se*, l'article 5 offre un soutien solide au principe de l'autonomie de la volonté. Ce sujet devrait également être abordé dans le Commentaire.

### *Article 6 – Autonomie*

31. Le Groupe de travail considère qu'il est essentiel de prévoir un article traitant spécifiquement de l'autonomie du choix de la loi des parties. Dans le but de favoriser une plus grande protection de l'autonomie de la volonté, le Groupe de travail reconnaît que la clause traitant du choix de la loi des parties devrait faire l'objet d'une disposition distincte, séparée du restant du contrat. À cet égard, le Groupe de travail effectue un parallèle avec les clauses d'élection de for ainsi qu'avec les clauses d'arbitrage, lesquelles sont généralement considérées comme étant séparables des autres éléments du contrat<sup>23</sup>.

32. Donc, en vertu de l'article 6, le choix de la loi des parties doit faire l'objet d'une évaluation indépendante, qui n'est pas automatiquement liée à la validité du contrat principal. Ainsi, le choix de la loi applicable des parties ne sera pas affecté seulement par une contestation de la validité du contrat principal. Au contraire, cette contestation de la validité du contrat principal sera évaluée à la lumière de la loi applicable choisie par les parties<sup>24</sup>, dans la mesure où un tel choix est valide. De plus, les arguments voulant contester la validité du consentement des parties quant au contrat *n'influenceront pas nécessairement* le consentement des parties au choix de la loi. À la lumière de ceci, le présent article renforce le choix législatif sous-jacent aux dispositions précédentes contenues dans le projet de Principes de La Haye<sup>25</sup>.

### *Article 7 – Renvoi*

33. La disposition proposée par le Groupe de travail est conforme aux Conventions de La Haye existantes, lesquelles excluent l'usage du renvoi en matière de résolution de conflits de loi avec une formulation qui revêt maintenant un caractère traditionnel : « le terme 'loi' désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois »<sup>26</sup>. Toutefois, les parties peuvent en décider autrement.

34. De plus, le projet de Principes de La Haye ayant pour objectif de servir d'exemple, et éventuellement, de favoriser la promotion de la coordination internationale des solutions à travers l'uniformisation du droit international privé, la fonction du renvoi est perçue comme étant de peu d'utilité.

---

<sup>23</sup> En particulier, le Groupe de travail s'est inspiré de la *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*, dans laquelle une disposition traitant de l'autonomie des clauses d'élection de for est prévue. En matière d'arbitrage, voir par ex., art. 16(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006 ; art. 23(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; art. 23.1 du *LCIA Arbitration Rules* ; art. 6(4) du Règlement d'arbitrage CCI ; art. 7 du Règlement d'arbitrage de 1996 (Grande-Bretagne) ; art. 178(3) de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (Suisse) ; art. 1053 du Règlement d'arbitrage de 1986 (Pays-Bas).

<sup>24</sup> Ceci étant sujet à l'exception du principe *in favorem validatis* en vertu de l'art. 9(1) du projet de Principes de La Haye.

<sup>25</sup> Respectivement à l'art. 4 (Validité formelle du choix de la loi) et à l'art. 5 (Consentement) du Projet de Principes de La Haye.

<sup>26</sup> J. Derruppé, *Le renvoi dans les conventions internationales*, Juris-Classeur International, fasc. 532-3 (1993), No 7 p. 3. Voir par ex., art. 12 du *Protocole de La Haye du 22 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >.

### Annexe III

x

35. Cependant, le Groupe de travail, guidé par le principe de l'autonomie de la volonté, considère que les parties ne devraient pas être empêchées de prévoir de manière expresse un renvoi. Donc, bien que la proposition générale veuille que la loi choisie par les parties ne réfère pas aux règles de droit international privé de cette loi, les parties au contrat peuvent prévoir le contraire de *manière expresse*. Le Groupe de travail reconnaît le besoin de fournir davantage de clarifications et d'illustrations au sujet du fonctionnement du présent article dans le Commentaire.

#### *Article 8 – Champ d'application de la loi choisie*

36. Le Groupe de travail a porté une attention particulière à la délimitation du champ d'application de la loi applicable. En effet, une telle analyse aura pour effet de déterminer les questions qui s'inscrivent dans le champ d'application de la loi choisie par les parties et celles qui sont régies par une autre loi. Dans le but d'assurer la protection de la sécurité juridique, le Groupe de travail a décidé, dans un premier temps, que la loi choisie dans le contrat régit tous les aspects ou les questions découlant de la relation qui lie les parties de façon volontaire. À cet égard, il convient de garder à l'esprit les exceptions particulières prévues au paragraphe 3 de l'article premier.

37. Lors de la rédaction de la disposition, le Groupe de travail s'est servi d'autres instruments rédigés par la Conférence de La Haye tels la *Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*<sup>27</sup>, et d'instruments régionaux tels le Règlement (CE) sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)<sup>28</sup> comme source d'inspiration.

38. Le Groupe de travail est de l'avis que le projet de Principes de La Haye doit fournir aux utilisateurs de plus amples orientations et ce, en incluant une liste non-exhaustive des questions qui sont régies par la loi applicable. Lors de la détermination de cette liste de questions dans cet article, le Groupe de travail a longuement discuté de la question de savoir si les obligations précontractuelles devraient être exclues du champ de la loi applicable. Malgré les différents points de vue exprimés durant les discussions, le Groupe de travail est finalement arrivé à la conclusion que la loi choisie par les parties devrait aussi régir les obligations précontractuelles.

#### *Article 9 – Validité formelle du contrat*

39. Le Groupe de travail a décidé que la loi choisie par les parties pourrait ne pas être l'unique loi applicable à la question de la détermination de la validité formelle du contrat principal. Ainsi, en vertu du présent article, la possibilité de déterminer la validité formelle du contrat autrement que selon la loi choisie par les parties n'est pas exclue, dans la mesure où une telle possibilité s'offre en vertu des règles de droit international privé du for ou par les règles applicables par le tribunal arbitral. Ainsi, le présent article est une exception ou limite particulière au précédent article, qui traite du champ d'application de la loi choisie<sup>29</sup>.

40. Lors de la formulation de ce régime libéral, le Groupe de travail a suivi le principe bien établi de *favor negotii*, lequel vise à éviter l'invalidité formelle dans la mesure où cela est possible<sup>30</sup>. Cela implique que, en matière de validité formelle uniquement, la relation contractuelle des parties peut être déterminée par référence à d'autres facteurs de rattachement que la loi choisie par les parties. Ceux-ci peuvent inclure, par exemple, dépendamment de la juridiction, la loi de l'État où l'une ou l'autre des parties ou leur agent respectif se trouve au moment de la conclusion du contrat, la loi de l'État où l'une

---

<sup>27</sup> Voir art. 12 de la Convention.

<sup>28</sup> Voir art. 10 du Règlement Rome I.

<sup>29</sup> Voir art. 10 du projet de Principes de La Haye et les commentaires sur les choix législatifs sous-jacents correspondants, *infra*, para. 42 et s.

<sup>30</sup> À ce sujet, le Groupe de travail s'est inspiré de nombreux instruments internationaux, lesquels reconnaissent tous ce principe, dans une certaine mesure. Voir par ex., l'art. 11 du Règlement Rome I ; l'art. 11 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*.

## Annexe III

xi

ou l'autre des parties a sa résidence habituelle au moment de la conclusion, ou la loi de l'État où le contrat a été conclu. Néanmoins, lorsque la loi applicable au contrat est établie, tout changement en matière de choix de loi n'aura aucun effet préjudiciable sur la question de la validité formelle du contrat principal.

### *Article 10 – Cession de créance*

41. Le Groupe de travail reconnaît que les situations dans lesquelles une partie cède un droit de créance (de nature monétaire ou en nature) n'impliquent pas directement la question du choix de la loi. Cependant, il détermine qu'il est utile d'examiner l'application de la loi choisie à des situations de cession de créance, étant donné la fréquence des cas de cession de créance dans le domaine du commerce international et des possibles divergences entre les lois choisies pour régir les divers types de relation.

42. Le projet de Principes de La Haye fournit un ensemble de principes qui détermine le rôle de la loi choisie dans les cas où les droits et obligations des parties sont régis par deux contrats connexes ou plus, lesquels lient une combinaison différente de parties et sont régis respectivement par différentes lois. La disposition reprise dans le projet de Principes de La Haye prend en compte les approches adoptées dans des instruments internationaux et régionaux<sup>31</sup>, ainsi que les lois internes de différentes juridictions<sup>32</sup>. Cependant, en accord avec la nature du projet de Principes de La Haye, l'article 10 traite uniquement de la situation dans laquelle la loi régissant un contrat en particulier a été choisie par les parties.

43. Le Groupe de travail a également considéré d'autres situations où les droits des parties sont régis par deux contrats différents entre deux personnes différentes telles la subrogation, la délégation, la compensation, etc. Cependant, après discussions, le Groupe de travail a conclu qu'il serait préférable que ces questions soient abordées dans le Commentaire, étant donné leur complexité. Le Commentaire comportera également un ensemble d'illustrations de cas dans lesquels la loi applicable aux droits des parties découle de deux contrats connexes ou plus.

### *Article 11 – Lois de police et ordre public*

#### *a) Application exceptionnelle des lois de police et du principe de l'ordre public*

44. Le Groupe de travail reconnaît de façon unanime que les considérations d'intérêt public justifient certaines restrictions au principe de l'autonomie de la volonté basées sur l'application des lois de police et d'ordre public<sup>33</sup>. Ces deux limites posées à l'autonomie de la volonté sont abordées de façon conjointe dans ce présent article, dans le contexte du contentieux international et de l'arbitrage international. Il a été conclu qu'il est très probable que l'article 11 réponde de manière satisfaisante aux préoccupations soulevées par la possibilité d'un abus en matière de choix de la loi des parties dans le cadre d'un contrat commercial international.

45. Il y a un accord unanime au sein du Groupe de travail en ce sens que le but premier étant de promouvoir le principe de l'autonomie de la volonté, il est nécessaire de soutenir une approche généralement restrictive des lois de police et de l'ordre public. Le Groupe de travail confirme que toute restriction à l'application de la loi choisie par les parties doit pouvoir être justifiée de façon claire et ne doit pas être plus large que nécessaire et ce, en vue de respecter le but poursuivi. Le projet de Principes de La Haye met donc l'accent sur le caractère exceptionnel de l'ordre public et des lois de police. Le Préambule

---

<sup>31</sup> Voir par ex., la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* et le Règlement Rome I.

<sup>32</sup> Au Japon, art. 23 de la Loi sur les règles générales d'application des lois ; en Russie, art. 1216 du Code civil de la Fédération de Russie ; en Corée du Sud, art. 34 de Loi sur les conflits de lois (2001) ; en Suisse, art. 145 de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé ; à Taiwan, art. 32 de la Loi sur l'application des lois en matière civile comprenant des éléments étrangers (2010) ; et aux États-Unis d'Amérique, les art. 210 et 211 du *Restatement (Second) of Conflict of Laws*.

<sup>33</sup> Le Groupe de travail s'est inspiré, entre autres, du para. 37 du Préambule du Règlement Rome I.



mentionne l'existence d'« un nombre limité d'exceptions » au principe de l'autonomie de la volonté. De plus, le présent article mentionne que l'application d'une disposition de la loi choisie doit être « manifestement incompatible avec des notions fondamentales de l'ordre public du for saisi » (para. 3). Le Groupe de travail est d'avis qu'un tel caractère exceptionnel devrait faire l'objet d'explications plus détaillées dans le Commentaire plutôt que dans le projet de Principes de La Haye.

*b) Définition de lois de police*

46. Le Groupe de travail est de l'avis que les lois de police sont des règles qui doivent être appliquées à la résolution d'un différend entre les parties contractantes et ce, indépendamment de la loi applicable au contrat. En préparant le présent article, les membres du Groupe de travail ont manifesté quelques préoccupations en ce qui a trait à la définition détaillée de « lois de police », ou termes équivalents, adoptée par les instruments internationaux préexistants<sup>34</sup>. En conséquence, la proposition d'inclure dans le présent article une définition détaillée de « lois de police », dans le but de souligner le caractère restreint de cette exception n'a pas été adoptée. Étant donné la complexité de la question, le Groupe de travail considère qu'il est souhaitable que la question soit développée dans le Commentaire.

*c) Les lois de police de pays tiers*

47. Le paragraphe 2 de l'article 11 traite des lois de police « d'une autre loi », c'est-à-dire la loi d'un pays autre que celui du for saisi ou celui de la loi choisie par les parties (« pays tiers »). Le Groupe de travail reconnaît que la question de l'applicabilité des lois de police de pays tiers fait l'objet de points de vue et de pratiques très variés. Il est reconnu qu'il n'est pas du ressort du Groupe de travail de chercher à déterminer, de manière détaillée, les circonstances dans lesquelles un système juridique autorise ou permet aux tribunaux d'appliquer ou de prendre en considération les lois de police de pays tiers<sup>35</sup>. Ainsi, le Groupe de travail a adopté à l'unanimité une approche flexible et ouverte<sup>36</sup>, laquelle est reflétée dans la manière dont le deuxième paragraphe du présent article est rédigé. Cette approche est basée sur le principe selon lequel la loi du for saisi (y compris d'autres règles de droit international privé) détermine s'il est possible d'appliquer les lois de police d'un pays tiers et les circonstances dans lesquelles de telles lois doivent ou peuvent être appliquées ou prises en considération.

*d) Procédures judiciaires en rapport avec l'arbitrage*

48. Le Groupe de travail est de l'avis que lorsqu'un tribunal connaît d'une affaire portant sur des procédures en rapport avec l'arbitrage, il n'est pas dans une position différente de celle dans laquelle il se trouve lorsqu'il connaît d'autres procédures de nature civile. En effet, le tribunal étatique doit soulever la question de l'ordre public et appliquer les lois de police du for saisi, dans la mesure où celles-ci sont pertinentes aux enjeux soulevés par les procédures. De plus, le Groupe de travail a décidé que le présent article ne devrait pas assimiler la position d'un tribunal arbitral à celle d'un tribunal étatique qui connaît de procédures en rapport avec l'arbitrage. Ainsi, les principes applicables aux procédures judiciaires en vertu de cet article sont aussi applicables aux autres types de procédures judiciaires, ce qui comprend les procédures judiciaires en rapport avec un arbitrage (para. 4).

---

<sup>34</sup> Le Groupe de travail a examiné, en particulier, l'art 9(1) du Règlement Rome I.

<sup>35</sup> Il y a eu peu d'enthousiasme au sein du Groupe de travail en ce qui a trait à la disposition abordant spécifiquement la question des lois de police de pays tiers dans l'art. 9(3) du Règlement Rome I.

<sup>36</sup> Le Groupe de travail souligne que la nature non contraignante du projet de Principes de La Haye fait en sorte que les dispositions traitant des lois de police et de l'ordre public puissent être d'une nature plus flexible et ouverte que si elles faisaient partie d'une convention, laquelle étant d'une nature contraignante.

e) *Procédures d'arbitrage*

49. Le Groupe de travail a rejeté l'idée d'une approche uniforme du rôle des lois de police et de l'ordre public en matière de procédures judiciaires et de procédures d'arbitrage. Ainsi, un paragraphe distinct traitant du rôle des lois de police et de l'ordre public en matière de procédures d'arbitrage a été intégré au présent article. Il est de l'intention du Groupe de travail que le paragraphe 5 de l'article 11 reflète entre autres le fait que les tribunaux arbitraux ne sont contraints par aucune « loi du for saisi » en tant que telle.

50. Le Groupe de travail reconnaît que l'élaboration de tout principe dans ce domaine est difficile étant donné l'existence d'une variété d'approches législatives et idéologiques à la question du lien entre les procédures d'arbitrage et un système juridique en particulier. En conséquence, le Groupe de travail a décidé que la question de déterminer le rôle que doivent jouer les lois de police et d'ordre public des systèmes juridiques liés à un arbitrage doit être laissée principalement à la discrétion du tribunal arbitral et doit être décidée au cas par cas. Donc, le paragraphe 5 ne formule pas de manière positive des limites précises à l'application des lois de police et d'ordre public en matière de procédures d'arbitrage. Néanmoins, le manque de précision dans ce paragraphe ne devrait pas être interprété comme conférant au tribunal arbitral un pouvoir discrétionnaire lui permettant de donner effet ou non aux lois de police et d'ordre public. Il est de l'intention du Groupe de travail que l'usage des termes « requis ou permis » dans l'énoncé mette l'accent sur le fait que le tribunal doit justifier de manière attentive et satisfaisante sa décision de déroger à la loi ou aux règles de droit choisie(s) par les parties. Une telle justification dépendra de l'opinion du tribunal au sujet du cadre *juridique* dans lequel l'arbitrage est effectué.