

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

établie par le Bureau Permanent

* * *

**CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL CONTRACTS
DEVELOPMENT PROCESS OF THE DRAFT INSTRUMENT**

drawn up by the Permanent Bureau

*Document préliminaire No 6 de février 2011 à l'intention
du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

*Preliminary Document No 6 of February 2011 for the attention
of the Council of April 2011 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

établie par le Bureau Permanent

* * *

CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL CONTRACTS
DEVELOPMENT PROCESS OF THE DRAFT INSTRUMENT

drawn up by the Permanent Bureau

I. Introduction

1. Le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (« le Conseil ») de 2010 avait encouragé la poursuite des travaux pour la rédaction d'un instrument portant sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux (« le projet d'Instrument » ou « le Projet »)¹. Ce mandat, confié par le Conseil au Bureau Permanent en 2009², consacrait les importants travaux préparatoires menés depuis 2006 sur la promotion de l'autonomie de la volonté des parties³.

2. Le Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (« le Groupe de travail »), constitué par le Bureau Permanent en 2009, est désormais le moteur du Projet et ses travaux progressent à bon rythme. Le Bureau Permanent tient à remercier M. Daniel Girsberger, qui assure la présidence du Groupe de travail, pour ses efforts de coordination soutenus, ainsi que tous les membres du Groupe pour la qualité de leur implication scientifique.

3. Le présent document propose un résumé des travaux effectués jusqu'à ce jour afin de remplir le mandat actuel (II) ainsi qu'un plan de travail suggéré pour le développement ultérieur du projet d'Instrument (III).

II. Avancement des travaux durant l'année écoulée

4. Le travail progressif d'élaboration du projet d'Instrument repose désormais principalement entre les mains du Groupe de travail. L'avancement des travaux s'est notamment manifesté lors de sa deuxième rencontre, qui s'est tenue à La Haye du 15 au 17 novembre 2010, et dont les principales conclusions sont évoquées ci-après.

5. En outre, le Bureau Permanent poursuit ses efforts de sensibilisation au futur instrument et poursuit son analyse des développements récents en droit comparé sur la loi applicable en matière de contrats internationaux. L'importance de ces développements pour le projet en cours au sein de la Conférence de La Haye fait l'objet d'un constant suivi.

A. Avancement des travaux du Groupe de travail

6. À l'invitation du Conseil d'avril 2009, un Groupe de travail avait été formé afin de faciliter l'élaboration progressive d'un projet d'Instrument non contraignant. L'annexe I ci-joint rappelle la composition du Groupe de travail. Éprouvée par deux rencontres de travail, en janvier puis en novembre 2010, il semble désormais établi que la taille et la composition du groupe sont optimales. La vingtaine d'experts y participant sont d'origines géographiques, sociales et économiques variées et représentent les principaux systèmes juridiques existant à l'échelle internationale. De l'avis du Bureau Permanent, cette diversité contribue à donner au Projet une assise véritablement internationale et un solide rayonnement ultérieur. Il en veut pour preuve la progression soutenue des travaux.

7. Au terme de sa rencontre des 21 et 22 janvier 2010, le Groupe de travail avait identifié des points saillants concernant le champ d'application du futur Instrument et l'étendue du choix de la loi applicable. Deux sous-groupes d'experts avaient alors été formés afin d'élaborer les nombreuses contributions préliminaires sur ces questions, avec

¹ « Rapport du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence du 7 au 9 avril 2010 », Doc. pré-l. No 1 de septembre 2010 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse suivante < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Contrats internationaux ».

² « Rapport du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence du 31 mars au 2 avril 2009 », Doc. pré-l. No 1 de décembre 2009 à l'intention du Conseil d'avril 2010 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, également disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse suivante < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Contrats internationaux ».

³ Afin de faciliter leur consultation, tous les documents préparatoires concernant ce projet ont été regroupés sur le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Contrats internationaux ».

l'objectif qu'elles servent de base aux futurs débats. La présidence du premier sous-groupe sur le champ d'application de l'instrument était assurée par M. Francisco J. Garcimartín Alférez, et celle du second sous-groupe sur l'étendue du choix de la loi applicable, était quant à elle conjointement conduite par les experts MM. Dieter Martiny et Andrew Dickinson (collectivement « les présidents des sous-groupes »). La liste des sujets abordés est reproduite en annexe (voir annexe II).

8. Certains experts ont aimablement accepté d'effectuer une recherche approfondie sur les sujets ainsi identifiés, notamment en droit comparé, puis d'en présenter les résultats à leurs collègues. Le Bureau Permanent tient à les en remercier. Il était convenu que les résultats de ces recherches préliminaires soient transmis et soumis pour commentaires aux membres de chacun des sous-groupes par l'entremise d'une plateforme électronique de discussion à accès restreint⁴. Une telle plateforme a été mise en place par le Bureau Permanent le 23 avril 2010. Les experts disposant d'un accès l'ont depuis visité⁵ plus de trois cents fois.

9. À la fin de l'été 2010, toutes les contributions préliminaires rédigées par les experts avaient été déposées sur le forum. Certains documents ont été retravaillés suite aux commentaires reçus.

10. Sur la base de ces contributions, le président, les présidents des sous-groupes et le Bureau Permanent ont convenu d'un projet d'ordre du jour pour assurer le déroulement efficace de la deuxième réunion du Groupe de travail. L'objectif stratégique était alors de rationaliser les travaux des sous-groupes de travail et de grouper les sujets connexes (par ex. les questions concernant l'existence et la validité matérielle de l'accord sur le choix de la loi et consentement des parties et celles relatives au choix implicite de la loi applicable à une relation contractuelle) afin d'assurer une couverture aussi large que possible des sujets à l'étude et d'avancer un maximum dans l'articulation du projet d'Instrument. Ce projet d'ordre du jour est reproduit en annexe (voir annexe III).

11. La deuxième rencontre du Groupe de travail s'est tenue dans les locaux du Bureau Permanent du 15 au 17 novembre 2010. L'objectif de cette réunion de trois jours était d'amorcer les discussions sur le noyau dur du Projet, c'est-à-dire les dispositions relatives au choix de la loi par les parties et les limites possibles de cette autonomie, ainsi que de permettre la reprise des discussions sur le champ d'application. Informé des conclusions et recommandations que le Conseil avait adoptées en 2010, le Groupe de travail a bien compris « que priorité devrait être donnée au développement de règles pour les cas où un choix de la loi a été effectué par les parties »⁶.

12. D'abord, le Groupe de travail a dévolu au moins une séance de travail entière à chacun des points à l'ordre du jour, à l'exception de la question relative au champ d'application de l'Instrument qui, d'une part, avait déjà fait l'objet de discussions lors de la première rencontre de travail et qui, d'autre part, a néanmoins été abordée de manière périphérique lors des autres séances.

13. Surtout, le Groupe de travail a été en mesure de convenir d'une formulation d'article pour la plupart des thèmes abordés. La rédaction de projets d'articles constitue une étape importante dans la rédaction du projet d'Instrument. Ces propositions figurent dans le rapport reproduit en annexe (voir annexe IV).

14. Au fil de ses discussions, le Groupe de travail a également identifié les sujets pour lesquels il était nécessaire d'approfondir la recherche déjà amorcée ainsi que ceux pour lesquels de nouvelles analyses étaient nécessaires. Aux fins des premiers, les sous-groupes de travail mis en place après la première réunion ont été conservés. Aux fins des seconds,

⁴ Voir le site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < <http://www.hcch.net/forum> >. La plateforme de discussion permet à tous les membres du Groupe de travail d'envoyer observations et recommandations à chaque stade du Projet. Ces derniers seront avertis par courriel de l'ajout de nouvelles informations sur la plateforme de discussion. Les observateurs du Groupe de travail reçoivent la documentation complète avant chaque réunion.

⁵ Au 31 janvier 2011, il y avait eu 314 visites de la part des membres et 94 visites de la part des observateurs.

⁶ Voir Doc. pré-l. No 1 de septembre 2010, *supra* note No 1, 16.

de nouveaux sous-groupes ont été constitués. Le Bureau Permanent tient à nouveau à exprimer sa gratitude aux experts qui ont aimablement accepté d'entamer de nouvelles recherches et analyses. La liste des travaux à entreprendre, la constitution de ces groupes de travail ainsi que certaines précisions méthodologiques sont reprises dans le rapport issu de cette deuxième réunion (voir annexe IV). En outre, les dates de la prochaine réunion du Groupe de travail ont été fixées aux 28, 29 et 30 juin 2011.

15. Quant à la forme que la présentation de ses travaux devra ultérieurement prendre, le Groupe de travail a réaffirmé sa préférence pour un projet d'instrument qui comprendrait non seulement un ensemble de dispositions comparables aux articles d'une Convention, mais aussi des sections complémentaires, assorties de commentaires et d'illustrations, devant contribuer à l'interprétation de chaque disposition.⁷ Soucieux de l'impact de la forme du projet d'Instrument sur la durée de l'élaboration de celui-ci, le Conseil est invité à prendre note des différents scénarios envisageables et à peut-être préciser la portée du mandat du Groupe de travail.

16. Le Conseil pourrait peut-être convenir que le mandat du Groupe de travail se limite, à ce stade, à la rédaction d'un projet de dispositions / articles / sections (*black-letter rules*). Si cette approche devait être retenue, le Groupe de travail a estimé qu'il était réaliste de conclure la rédaction du projet d'Instrument dans le courant du premier semestre de 2012, et donc avant la réunion du Conseil, à supposer qu'elle se tienne au mois d'avril 2012, comme d'habitude. Après l'analyse et possible adoption du projet d'Instrument par le Conseil, la rédaction d'un éventuel projet de commentaire, en guise de rapport explicatif, pourrait être confié à un expert, éventuellement à l'un des membres du Groupe de travail, en collaboration avec le Bureau Permanent. L'analyse, et éventuelle adoption du projet de commentaire, serait conduite de façon analogue à celle adoptée, de manière générale, pour les rapports explicatifs des Conventions de la Conférence de La Haye.

17. Alternativement, le Conseil pourrait inviter le Groupe de travail à inclure, dans le projet d'Instrument, des commentaires et illustrations pour chacune des dispositions proposées. Si cette approche devait être choisie, il convient de noter que le Groupe de travail a estimé que ses travaux se prolongeraient jusqu'à mi-2013. Le Bureau Permanent considère que cette évaluation est réaliste dès lors que la rédaction et l'analyse de ce supplément explicatif requièrent un investissement soutenu de la part de l'ensemble du Groupe de travail, ainsi que la tenue d'au moins une réunion additionnelle du Groupe de travail. Tout en reconnaissant les délais que la conduite de cette tâche implique, le Bureau Permanent est favorable à la confier au Groupe de travail. La contribution du Groupe de travail, dans son ensemble, à la rédaction de cette partie permettra vraisemblablement d'accroître la visibilité de l'Instrument et son utilité future, à la fois auprès des praticiens et des législateurs.

18. Enfin, il serait envisageable de procéder en deux étapes : tout d'abord, le Conseil analyse le projet de règles rédigé par le Groupe de travail dans le courant de l'année 2012 et, ensuite invite le Bureau Permanent à relancer les travaux au sein de Groupe de travail pour la rédaction ultérieure d'un supplément explicatif. Ce procédé présenterait l'avantage de permettre au Conseil, dans une étape intermédiaire, de se prononcer sur les choix législatifs retenus, avant la finalisation de l'ensemble plus étendu de règles, assorti de commentaires et d'illustrations contribuant à l'interprétation de celles-ci. Comme évoqué auparavant, la contribution du Groupe de travail, dans son ensemble, à la rédaction de cette partie permettra vraisemblablement d'accroître la visibilité de l'Instrument et son utilité future à la fois auprès des praticiens et des législateurs.

19. Pour l'organisation des travaux futurs dans le cadre de ce projet et, plus généralement, du programme de travail du Bureau Permanent, il serait en effet important de s'accorder dès que possible sur la portée précise du mandat du Groupe de travail et, le cas échéant, sur les étapes progressives quant à la mise en œuvre de celui-ci. Une question additionnelle importante à ce sujet est la convocation éventuelle d'une Commission spéciale d'experts gouvernementaux, qui sera évoquée au paragraphe 26 *infra*.

⁷ Voir Doc. pré-l. No 6 de mars 2010, p. 6, para. 18 et 19.

B. Diffusion des travaux sur le projet d'Instrument et suivi des développements en droit comparé

20. Les travaux préparatoires menés par le Bureau Permanent entre 2006 et 2009 avaient révélés certaines différences dans la reconnaissance qu'accordent les États à l'autonomie de la volonté des parties. En conséquence, parallèlement au soutien apporté au Groupe de travail, et afin d'assurer au projet d'Instrument la reconnaissance et la portée la plus large possible, le Bureau Permanent a poursuivi ses efforts de diffusion du projet d'Instrument, et d'analyse des développements y afférant au sein d'autres institutions.

21. L'article d'information intitulé « Choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux : les principes de La Haye ? » qui avait été publié en versions française et espagnole en 2010⁸ fera ainsi l'objet d'une publication en anglais en 2011⁹. Cet article a constitué la base d'une nouvelle contribution en français, incluse dans les actes d'un colloque tenu à Dijon (France) en septembre 2010¹⁰ où le Bureau Permanent a présenté l'avancement des travaux et la pertinence du projet d'Instrument dans l'optique de l'entrée en vigueur du règlement « Rome I » dans l'Union européenne¹¹. De telles contributions permettront vraisemblablement d'accroître la visibilité du Projet dans les cercles intéressés.

22. La section du site Internet consacrée au projet¹² a également suscité l'intérêt. Entre le premier décembre 2009 et le 31 janvier 2011, cette section avait fait l'objet de 9062 visites¹³. À la suite de leurs consultations, certains chercheurs, notamment des doctorants s'intéressant de près aux travaux de la Conférence en matière de contrats internationaux, ont communiqué avec le Bureau Permanent pour obtenir davantage de précisions sur l'état d'avancement du Projet.

23. Le Bureau Permanent poursuit également ses efforts de concertation avec ses organisations « sœurs » – UNIDROIT et la CNUDCI – afin d'explorer les synergies possibles entre les travaux des trois organisations, ainsi que ses consultations régulières avec d'autres organisations internationales touchant au droit du commerce international. Outre l'important acquis d'instruments déjà adoptés contenant des règles de conflits de lois en matière contractuelle, le Bureau Permanent entend se pencher plus particulièrement sur les projets en cours de la CNUDCI, notamment les travaux du Groupe de travail II (Arbitrage et Conciliation) et III (Règlement de litiges en ligne) de la CNUDCI. Plus spécifiquement, les travaux actuels de ce dernier Groupe de travail sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique concernent le développement d'un système en ligne de résolution de litiges liés à des opérations effectuées sur Internet, entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs. La question de la loi applicable et donc du choix de la loi par les parties dans des contrats commerciaux internationaux sera sans doute évoquée et il semblerait donc opportun que la concertation se poursuive.

⁸ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international: Des Principes de La Haye? » (2010) 99:1 *Revue critique de droit international* 83-102; Oficina permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, « Elección de la ley aplicable a los contratos de comercio internacional: ¿Principios de La Haya? », Jürgen Basedow, Diego P. Fernández Arroyo y José A. Moreno Rodríguez (coord.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* (Asunción, CEDEP, 2010), 341-363.

⁹ Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, « Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles? », *Revue Loi Uniforme* 2010, Nos 3 et 4 (en presse).

¹⁰ S. Corneloup et N. Joubert, *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, CREDIMI, Dijon, 2011 (en presse).

¹¹ *Règlement No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, JOUE L 177/6 du 04.07.2008, 6.

¹² Disponible sur le site Internet de la HCCH, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Contrats internationaux » ou directement depuis la page d'accueil à l'adresse suivante : < http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=49 >.

¹³ Au 31 janvier 2011, la version anglaise a été consultée 6 088 fois, la version française 1 501 fois, la version espagnole 842 fois et la version allemande 631 fois.

24. Finalement, le Bureau Permanent a poursuivi son évaluation d'autres développements en matière d'autonomie de la volonté des parties dans les contrats commerciaux internationaux. Une attention particulière a été portée aux pratiques actuelles quant à l'utilisation des clauses de choix de la loi applicable et la mesure dans laquelle ces clauses sont respectées, ainsi qu'aux modifications législatives dans cette matière. Un exemple récent à ce sujet est l'adoption en Chine de la nouvelle *Norme sur l'application de lois concernant les relations civiles liées à l'étranger*, en vigueur à partir du premier avril 2011. La reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties dans les relations contractuelles internationales y est renforcée, car l'article 3 et l'article 41 de cette nouvelle Norme prévoient spécifiquement le choix de la loi par les parties. Sous l'angle du futur Instrument de La Haye, il est intéressant de noter que l'article 3 semble se limiter au choix *explicite* de la loi applicable, ce qui serait en dissonance avec la proposition du Groupe de travail sur le choix implicite de la loi.¹⁴ Sur le continent américain, le rôle réel de la volonté des parties dans les contrats commerciaux internationaux continue à présenter des oscillations. Aux États-Unis d'Amérique, par exemple, des décisions divergentes ont été rapportées au sujet de l'applicabilité de la loi choisie par les parties (*in casu*, la loi de l'état de Washington) à des contrats de franchise dont le territoire qui fait l'objet du contrat est autre que l'état de Washington (respectivement, la Californie et l'Oregon). Dans le premier cas, le tribunal californien a accepté le choix de la loi opéré par les parties malgré les limitations territoriales de la loi de Washington. En revanche, dans un deuxième cas, le tribunal fédéral de Washington et, en appel, le « Ninth Circuit » ont considéré qu'une loi qui s'auto-impose des contraintes territoriales ne peut pas être appliquée au-delà de son champ d'application, même si les parties ont spécifiquement stipulé son application en vertu d'un choix de la loi.¹⁵ Or, cette question a déjà été examinée par le Groupe de travail et on pourrait bien imaginer que la position retenue dans le cadre du futur instrument puisse un jour influencer la jurisprudence concernant les effets des clauses de choix de la loi applicable.¹⁶ De même, il s'est avéré particulièrement efficace d'avancer dans la rédaction progressive du projet d'Instrument sous l'angle des expériences présentées sur la Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994 (dans le cadre de l'OEA)¹⁷ et de l'évolution de la question au sein de l'Union européenne.¹⁸

25. En conclusion, les développements législatifs et jurisprudentiels en la matière ont assurément nourri les débats et analyses conduits jusqu'à présent. De l'avis du Bureau Permanent, il semble essentiel que cette analyse de droit comparé continue à être conduite¹⁹.

III. Perspectives futures

26. Grâce à l'impulsion donnée par le Groupe de travail durant l'année écoulée, il est réaliste d'envisager la finalisation d'une première mouture des « dispositions » du projet

¹⁴ Voir annexe IV, p. 2.

¹⁵ S.C. Symeonides, « Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey (January 10, 2011) », *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011. Disponible sur SSRN : < <http://ssrn.com/abstract=1737558> >, 69 et s.

¹⁶ Voir annexe IV, p. 2, ainsi que le document préparatoire établi par Dieter Martiny à l'attention de la deuxième réunion du Groupe de travail (« General Principle of Party Choice under the Proposed Hague Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts »).

¹⁷ J.A. Moreno Rodríguez et M.M. Albornoz, « Reflexiones emergentes de la Convención de México para la elaboración del futuro instrumento de La Haya en materia de contratación internacional », communication à présenter au Colloque bi-annuel du Journal of Private International Law, qui se tiendra à Milan (Italie) du 14 au 16 avril 2011.

¹⁸ En particulier, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sur la Convention de Rome et le règlement Rome I. Voir, pour un aperçu régulier, entre autres, H.-P. Mansel, K. Thorn et R. Wagner, « Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung? », *IPRax* 2011, 1-30, plus spécifiquement à la p. 28.

¹⁹ Le Bureau Permanent exprime sa gratitude envers un nombre croissant de collaborateurs externes (pour la plupart anciens stagiaires du Bureau Permanent qui avaient été impliqués dans ce projet) qui continuent à fournir des informations pertinentes sur leurs respectives juridictions, soit mesdames Laurence Bich-Carrière (Canada), Aïcha Brahma (Maroc), Peggy Carlier (France), Yang Du (Chine), Ephigénie Gagné (Canada), Chloé Grenadou (France), Ivana Radic (Canada), Sun Yi (Chine), Ning Zhao (Chine), ainsi que monsieur le juge Jung Hoon Park (Corée du Sud, en détachement au Bureau Permanent depuis septembre 2010). Nos remerciements vont également à madame Rosehana Amin, consultante à temps partiel (25 % ETP) pour son assistance sur ce Projet.

d'Instrument pour le début 2012, afin de pouvoir la soumettre au plus tard au Conseil d'avril 2012. Pour l'organisation des travaux au-delà de la troisième réunion du Groupe de travail fin juin 2011, il serait important que le Conseil se penche sur les choix déjà exprimés par le Groupe de travail à ce stade²⁰ et se prononce (i) sur les trois options examinées *supra* aux paragraphes 15-17, et (ii) sur l'opportunité de soumettre le projet d'Instrument à une Commission spéciale d'experts gouvernementaux. Lors de la réunion du Conseil en 2010, certaines délégations ont exprimé leur préférence pour la tenue d'une Commission spéciale sur l'examen du projet d'Instrument ou, tout au moins, pour une consultation préalable des experts des Membres avant l'éventuelle adoption de l'Instrument par le Conseil.²¹ Les orientations prises par le Conseil de 2011 sur ces deux questions influenceront sans doute la suite des travaux, ainsi que sa méthodologie et l'échéancier du Projet.

27. Dans l'intervalle, le Groupe de travail redoublera ses efforts pour revenir sur d'importantes questions encore pendantes, telles l'impact des règles de police ou de l'exception d'ordre public sur le choix de la loi, ou encore certaines questions relatives au champ d'application du projet d'Instrument. En vue de la prochaine réunion du Groupe de travail, la définition et l'analyse préliminaire des questions pendantes sont en cours. D'une part, les sous-groupes constitués à la suite de la première rencontre ont été invités à compléter les questions identifiées au cours des débats. D'autre part, des travaux supplémentaires sont menés sur la portée de l'instrument notamment quant aux accords d'élection de for et d'arbitrage, sur l'effet du projet d'Instrument sur les droits et obligations des tiers ainsi que sur la séparabilité (le caractère autonome) de la clause de choix de loi. De nouveaux sous-groupes de travail ont été constitués à cette fin, dont les travaux nourriront assurément les débats et analyses de la réunion de juin 2011.

IV. Conclusions

28. La promotion de l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux correspond à un besoin réel dans le domaine du commerce international. À cet égard, le Groupe de travail a pu avancer dans ses travaux de manière significative. L'élaboration du projet d'Instrument concernant le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux avance à bon rythme (voir notamment les propositions d'articles sur des questions importantes comme l'opportunité d'autoriser des parties à choisir un ensemble de règles non-étatiques ou l'admission d'un choix implicite de loi applicable). Il est à espérer que la troisième réunion du Groupe de travail consolidera les travaux de rédaction des dispositions proposées.

29. Compte tenu de ce qui précède, le Bureau Permanent suggère que le Conseil se prononce sur les questions énoncées ci-après :

- Le Conseil accueille favorablement le progrès réalisé par le Groupe de travail, notamment l'adoption d'ébauches d'articles pour le projet d'Instrument, et l'encouragement dans la poursuite de ses travaux.
- Le Conseil se prononce sur la méthodologie à suivre afin que le Groupe de travail complète [le projet d'Instrument / la rédaction des dispositions proposées dans le corps du projet d'Instrument].
- Le Conseil se prononce sur l'idée de convoquer une Commission spéciale d'experts gouvernementaux pour discuter [du projet d'Instrument / des dispositions proposées dans le corps du projet d'Instrument], et, le cas échéant, à quelle étape du Projet la Commission spéciale devrait se réunir.

²⁰ Lors de sa réunion de novembre 2010, dont le Rapport est reproduit en annexe IV, le Groupe de travail s'est provisoirement accordé sur des questions fondamentales telles que l'existence et la validité matérielle de l'accord sur le choix de la loi et le consentement des parties, le choix implicite de la loi, le changement du choix de la loi et le dépeçage, les conditions de forme ou encore l'étendue de la loi choisie (notamment le choix de règles non étatiques).

²¹ Voir Doc. pré-l. No 1 de septembre 2010, *supra* note No°1, 30 et s.

- Le Bureau Permanent est invité à rédiger un rapport sur l'état d'avancement des travaux à l'intention du Conseil de 2012.

A N N E X E S



Liste des membres et observateurs du Groupe de travail
(au premier février 2011)

MEMBRES

M. Neil B. COHEN, professeur de droit, Brooklyn Law School, Brooklyn, New York, États-Unis d'Amérique

M. Clyde CROFT, avocat et arbitre, Owen Dixon Chambers, Melbourne, Victoria, Australie

M. Sibidi Emmanuel DARANKOUM, professeur de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec, Canada

M. Andrew DICKINSON, professeur de droit, Sydney Law School (Australie); expert en droit international privé, British Institute of International & Comparative Law; avocat (*solicitor*), consultant chez Clifford Chance, Londres, Royaume-Uni

M. Ahmed Sadek EL KOSHERI, associé chez Kosheri, Rashed & Riad, consultants juridiques et avocats, Le Caire, Égypte

Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, professeur de droit Université Paris II Panthéon-Assas, Paris, France

M. Lauro GAMA E. SOUZA Jr., avocat spécialisé en droit international et arbitrage commercial, professeur adjoint, Université catholique pontificale de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brésil

M. Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, professeur de droit, Université du roi Juan Carlos, Madrid, Spain

M. Daniel GIRSBERGER, professeur, Université de Lucerne, Faculté de droit, Lucerne, Suisse

Mme Yujun GUO, professeur de droit, Université Wuhan, Institut de droit international, Wuhan, Chine.

Mme Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE, professeur de droit, Université de Leyde, avocate (contrat internationaux et contentieux) Houthoff Buruma, Amsterdam, Pays-Bas.

M. Dieter MARTINY, professeur de droit émérite, Université européenne Viadrina, Francfort, Oder, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Mittelweg, Hambourg, Allemagne

M. Campbell McLACHLAN, professeur de droit, Université Victoria de Wellington, Wellington, Nouvelle-Zélande

M. José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, professeur, CEDEP – Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción, Paraguay

ANNEXE I

ii

M. Jan L. NEELS, professeur de droit international privé, Faculté de droit, Université de Johannesburg, Afrique du Sud

Mme Yuko NISHITANI, professeur adjointe, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hambourg, Allemagne

M. Richard F. OPPONG, chargé de cours, Université Lancaster, Faculté de droit, Lancaster, Royaume-Uni

Mme Geneviève SAUMIER, professeur de droit, Université McGill, Faculté de droit, Montréal, Québec, Canada

M. Ivan ZYKIN, vice-président de la Cour d'arbitrage commercial international, Chambre du commerce et de l'industrie de la fédération de Russie, Moscou, Russie

OBSERVATEURS

M. Michael Joachim BONELL, président du Groupe de travail (III) chargé de la préparation des Principes relatifs aux contrats du commerce international, UNIDROIT, Rome, Italie

M. Fabio BORTOLOTTI, Président de la Commission sur le droit et les pratiques du commerce international de la CCI, Paris, France

M. Timothy LEMAY, collaborateur juridique principal, Chef de la section législative, secrétariat de la CNUDCI, Vienne, Autriche

Mme Francesca MAZZA, conseillère, secrétaire de la Commission de l'arbitrage international de la CCI; Cour internationale d'arbitrage, Paris, France

M. Klaus REICHERT, coprésident de l'IBA Litigation Committee, Association internationale du barreau, Londres, Royaume-Uni

M. Peter WERNER, Directeur des politiques, International Swaps and Derivatives Association (ISDA), Londres, Royaume-Uni

**LISTE DES DOCUMENTS PRÉPARATOIRES À L'ATTENTION DE LA
DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LE CHOIX DE LA LOI
APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX**

Andrew DICKINSON, « The Role of Public Policy and Mandatory Rules within the Proposed Hague Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts » (8 juillet 2010);

Lauro GAMA E. SOUZA, Emmanuel DARANKOUM, Geneviève SAUMIER, « Preliminary report of the sub-group on non-State law and choice of law in arbitration » (10 mai 2010);

Francisco GARCIMARTIN, « Scope of the instrument and Scope of the applicable law » (31 mai 2010);

Dieter MARTINY, « General Principle of Party Choice under the Proposed Hague Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts » (2 août 2010);

Dieter MARTINY, « Law applicable to Determine Consent under the Proposed Hague Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts » (2 août 2010);

Dieter MARTINY, « Severability and Change of Applicable Law under the Proposed Hague Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts » (2 août 2010);

Jan L. NEELS, « Preamble – First Draft » (mars 2010);

Jan L. NEELS, « Express and Tacit or Implied Choice of Law: Proposal for the Hague Principles on Choice of law in International Commercial Contracts » (29 septembre 2010);

Jan L. NEELS, « Formal Validity of Choice of Law – First Draft » (5 octobre 2010).

PROJET D'ORDRE DU JOUR

DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX

(Bureau Permanent, La Haye, du 15 au 17 novembre 2010)

Il est proposé que la réunion débute chaque jour à 9 h 30 et se termine à 18 h. Les pauses-déjeuner se tiendront de 13 h à 14 h 30.

Ce programme sera suivi avec une certaine souplesse et pourrait être modifié à la lumière de l'avancée des discussions.

Lundi 15 novembre 2010

9 h 30 – 10 h

Ouverture de la réunion

Observations préliminaires du Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé
Bref compte rendu sur l'avancement des travaux effectués depuis janvier 2010, par Marta Pertegás

10 h – 10 h 30

Présentation liminaire

Aperçu des documents préparatoires, brève présentation du projet d'ordre du jour et autres questions concernant l'organisation – Daniel Girsberger (président), Andrew Dickinson, Paco Garcimartín et Dieter Martiny (présidents des sous-groupes)

10 h 30 – 11 h

Aspects généraux concernant l'autonomie des parties : options et structures disponibles

- a) Présentation
 - Préambule
 - Formulation du principe d'autonomie des parties en général
 - Principes communs ou différents pour les tribunaux étatiques et arbitraux ?
 - Autres aspects généraux (*sauf* points précis inscrits à l'ordre du jour)
- b) Discussion

11 h -11 h 15

Pause-café

11 h 15 – 13 h

Aspects généraux concernant l'autonomie des parties (suite)

- b) Discussion (suite)

13 h – 14 h 30

Pause-déjeuner

14 h 30 – 16 h 15

Existence et validité matérielle de l'accord sur le choix de la loi et consentement des parties

- a) Présentation
 - Existence
 - Validité matérielle
- b) Discussion

ANNEXE III

ii

16 h 15– 16 h 30

Pause-thé

16 h 30 – 18 h

Choix implicite de la loi

- a) Présentation
- b) Discussion

19 h 30

Dîner offert par le Bureau Permanent au restaurant Soda Fine, Pieterstraat 10 (tél : 364 8686)

Mardi 16 novembre 2010

9 h 30 – 11 h

Changement du choix de la loi et dépeçage

- a) Présentation
- b) Discussion

11 h – 11 h 15

Pause-café

11 h 15 – 13 h 00

Conditions de forme

- a) Présentation
- b) Discussion

13 h – 14 h 30

Pause-déjeuner

14 h 30 – 16 h 15

L'étendue de la loi choisie (notamment règles non étatiques)

- a) Présentation
- b) Discussion

16 h 15 – 16 h 30

Pause-thé

16 h 30 – 18 h

Discussion préliminaire sur l'ordre public et les règles impératives

- a) Présentation
- b) Discussion

Mercredi 17 novembre 2010

9 h 30 – 11 h

Portée de la loi applicable

- a) Présentation
 - Questions spécifiques
 - Relations multilatérales
 - Modèles de rédaction
- b) Discussion

11 h – 11 h 15

Pause-café

ANNEXE III

iii

11 h 15 – 13 h

Champ d'application de l'instrument (suite de la première réunion)

- a) Présentation
 - Quels sont les autres contrats exclus ?
 - Délimitation du « contrat » ou des « questions contractuelles »
- b) Discussion

13 h – 14 h 30

Pause-déjeuner

14 h 30 – 16 h 15

Session d'approfondissement / de rattrapage

Plage horaire consacré aux sujets discutés au préalable devant être reconsidérés

16 h 15 – 16 h 30

Pause-thé

16 h 30 – 18 h

Conclusions et Recommandations de la Deuxième réunion du Groupe de travail

- a) Présentation du Rapport préliminaire de la Deuxième réunion du Groupe de travail et des étapes à venir du projet
- b) Discussion

**RAPPORT DE LA DEUXIÈME RÉUNION DU GROUPE DE TRAVAIL
SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX
(15 AU 17 NOVEMBRE 2010)**

La deuxième réunion du **groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux** (le groupe de travail), présidé par M. Daniel Girsberger, s'est tenue au Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) du 15 au 17 novembre 2010. Conformément au mandat qui leur a été donné par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence¹, les experts présents se sont entendus provisoirement sur le contenu de certaines dispositions du projet d'Instrument (le texte entre crochets doit être davantage analysé) :

ASPECTS GÉNÉRAUX CONCERNANT L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

Préambule

Le groupe de travail a proposé le texte qui suit :

Ces Principes établissent des règles [et des principes] concernant le choix de la loi [les accords de choix de loi] dans les contrats commerciaux internationaux.

[Ils reconnaissent que les parties à des contrats commerciaux internationaux sont les mieux placées pour déterminer les règles qui doivent régir leurs transactions. [Cette faculté s'accorde avec le principe général de liberté contractuelle, satisfait les attentes légitimes des parties et promeut [notamment] la sécurité juridique, réduisant par là les coûts associés à l'insécurité.]]

Ils affirment le principe de « l'autonomie de la volonté des parties », selon lequel les parties sont libres de choisir la loi régissant leur contrat.

[ALTERNATIVEMENT : Ils affirment l'importance fondamentale de l'autonomie de la volonté des parties, soit leur liberté de choisir la loi applicable à leur contrat sous réserve de certaines restrictions.]

Ils reconnaissent des exceptions restreintes au principe de l'autonomie de la volonté des parties.

Ils peuvent être utilisés comme modèle dans la rédaction d'instruments nationaux, régionaux, supranationaux ou internationaux.

Ils peuvent être appliqués par les tribunaux dans des litiges portant sur les contrats commerciaux internationaux et par les tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage commercial international.

Ils peuvent être utilisés dans le développement de règles et principes de droit international privé par les tribunaux étatiques ou arbitraux.

Ils peuvent être utilisés pour interpréter et compléter les règles et principes de droit international privé internes ou ceux des instruments régionaux, supranationaux et

¹ Lors de sa réunion annuelle de 2010, le Conseil a « accueilli favorablement la mise en place d'un Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Il exprime sa gratitude aux experts pour le progrès effectué et invite le Groupe de travail à poursuivre ses travaux concernant l'élaboration progressive d'un projet d'instrument de nature non contraignante. Le Bureau Permanent est invité à rédiger un rapport sur l'état d'avancement des travaux à l'intention du Conseil de 2011 », Rapport du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence du 7 au 9 avril 2010, Doc. pré-l. No 1 de septembre 2010 à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

internationaux.

Il est précisé que les dispositions susmentionnées sont intrinsèquement liées avec le texte principal du projet d'Instrument et qu'elles pourraient être revues à un stade ultérieur.

Formulation générale du principe de l'autonomie de la volonté des parties

Le groupe de travail a proposé le texte qui suit :

Le contrat est régi par la loi ou les règles de droit choisies par les parties.

Ce choix peut être fait à tout moment.

[Aucun lien n'est requis entre la loi désignée et les parties ou leur transaction. / Les parties peuvent choisir quelque loi que ce soit, qu'elle soit ou non liée avec elles ou leur transaction.]

EXISTENCE ET VALIDITÉ MATÉRIELLE DE L'ACCORD SUR LE CHOIX DE LA LOI ET CONSENTEMENT DES PARTIES

Le groupe de travail a proposé le texte qui suit :

L'existence et la validité matérielle du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par la loi qui s'appliquerait [selon les dispositions établies à l'article / au paragraphe XX²] si le choix de loi était valable.

Toutefois, pour établir qu'elle n'a pas consenti au choix de loi [au contrat lui-même ou à l'un de ses termes], une partie peut se référer à la loi de l'État dans lequel elle a sa [résidence habituelle / principal établissement] si, dans les circonstances, il n'est pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue au paragraphe précédent.

CHOIX EXPRÈS ET TACITE DE LA LOI

Le groupe de travail a proposé le texte qui suit :

Le choix ou la modification de ce choix doit être exprès ou doit apparaître de façon claire des dispositions du contrat ou des circonstances. La désignation par les parties d'un tribunal étatique ou arbitral dans un État donné comme compétent pour trancher leurs différends contractuels n'équivaut pas, en lui-même, au choix de la loi de cet État.

CHANGEMENT DU CHOIX DE LA LOI ET DÉPEÇAGE

Le groupe de travail a proposé le texte qui suit :

Les parties peuvent convenir, à tout moment, que le contrat sera, en totalité ou en partie, soumis à une loi autre que celle à laquelle il été soumis auparavant, que cette loi applicable préalable ait été ou non choisie par les parties.

² Voir la disposition sur le choix de loi exprès ou tacite.

ANNEXE IV

iii

Toutefois, ce changement n'affectera pas la validité formelle du contrat [et ne portera pas atteinte aux droits des tiers].

Par leur choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

CONDITIONS DE FORME

Le groupe de travail a proposé le texte qui suit :

Un accord de choix de loi [ou toute modification de celui-ci] n'est soumis à aucune condition de forme particulière, sauf accord contraire entre les parties.

L'ÉTENDUE DE LA LOI CHOISIE (NOTAMMENT RÈGLES NON ÉTATIQUES)

De l'avis de la majorité des membres du groupe de travail, le projet d'Instrument devrait permettre aux parties de désigner un droit non étatique dans le cadre de contrats commerciaux. Cette désignation serait efficace tant devant une instance étatique qu'arbitrale. Il n'a pas été décidé quelles restrictions, le cas échéant, devaient être posées quant à la nature ou au type de règles choisies par les parties. Au contraire, la majorité du groupe de travail a convenu de considérer les termes de l'article 28(1) de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, et des instruments subséquents y afférant, afin de bénéficier des développements et commentaires théoriques et pratiques des dernières décennies.

Le groupe de travail a également convenu de poursuivre l'analyse et les discussions sur l'identification de la loi applicable lorsque les règles choisies ne constituent pas une solution (comblement des lacunes).

DISCUSSION PRÉLIMINAIRE SUR L'ORDRE PUBLIC ET LES RÈGLES IMPÉRATIVES

Le groupe de travail est d'avis que les dispositions suivantes forment la base des discussions et analyses ultérieures :

[Une loi de police est une disposition impérative jugée cruciale par un État pour la sauvegarde de ses intérêts publics, telle que son organisation politique, sociale ou économique, et qui s'applique indépendamment de la loi choisie par les parties ou autrement applicable.]

Rien dans ces Principes ne pourrait restreindre l'application des lois de police de la loi du for³.

L'application d'une disposition d'une loi ou d'une règle de droit choisie par les parties ne peut être exclue que si, et dans la mesure où, cette application est manifestement incompatible avec les principes fondamentaux de l'ordre public [international] du for.

[Dans le cadre des procédures judiciaires, il incombe à la loi [désignée par le droit international privé] de l'État du for de décider quand ses tribunaux peuvent ou doivent appliquer ou prendre en compte les dispositions impératives d'une autre loi [avec laquelle [le contrat / la situation] a un lien étroit.]

Une disposition distincte concernant les lois de police en matière d'arbitrage doit être insérée.

³ Voir note 2 ci-dessus.

ANNEXE IV

iv

PORTÉE DE LA LOI APPLICABLE

Le groupe de travail est d'avis que les dispositions suivantes forment la base à des discussions et analyses ultérieures :

La loi choisie par les parties régit tous les aspects ou tous les différends issus du contrat entre les parties.

Il a été avancé qu'une liste non exhaustive de sujets devrait être développée dans le corps de texte du projet d'Instrument. La liste suivante a été proposée :

- (a) l'interprétation ;
- (b) les droits et obligations résultant du contrat ;
- (c) l'exécution et les conséquences de l'inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts dans la mesure où elle est régie par des règles de droit ;
- (d) les diverses manières d'éteindre les obligations, la prescription et les délais pour intenter une action ;
- (e) la validité et les conséquences de l'invalidité [ou de la nullité] du contrat ;
- (f) [la charge de la preuve] ;
- (g) [les obligations précontractuelles].

PORTÉE DE L'INSTRUMENT

Le groupe de travail examinera à un stade ultérieur si certaines questions telles les accords d'arbitrage / d'élection de for et la capacité ne doivent pas être exclues par le projet d'Instrument.

QUESTIONS EN COURS

Le groupe de travail est d'avis que des travaux supplémentaires devraient être menés sur :

1. l'effet du projet d'Instrument sur les droits et obligations des tiers ;
2. la cession, la subrogation et les notions connexes ;
3. la séparabilité / le caractère autonome de la clause de choix de loi.

En conséquence, il a été convenu que ces questions seront explorées par des sous-groupes et discutées lors de la troisième rencontre du groupe de travail.

Le groupe de travail a aussi convenu d'examiner si une éventuelle section reprenant la définition de certains termes (par ex. « État » et « résidence habituelle ») est nécessaire.

MÉTHODOLOGIE ET CALENDRIER

Le groupe de travail a réaffirmé que le projet d'Instrument devrait comprendre des commentaires et des illustrations.

Le Bureau Permanent, en consultation avec le Président et les Présidents des sous-groupes, devra définir les questions pendantes qui devront être analysées lors des discussions de la prochaine rencontre du groupe de travail.

Il a été suggéré que la troisième rencontre soit organisée à l'été 2011.

Le Bureau Permanent invite le groupe de travail à continuer à recourir au forum électronique de la HCCH afin de faciliter les discussions entre ses membres.