

**VERSION CONSOLIDÉE DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES
MENANT AU PROJET DE PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE
EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX**

établie par le Bureau Permanent

* * *

**CONSOLIDATED VERSION OF PREPARATORY WORK
LEADING TO THE DRAFT HAGUE PRINCIPLES ON THE CHOICE OF LAW
IN INTERNATIONAL CONTRACTS**

drawn up by the Permanent Bureau

*Document préliminaire No 1 d'octobre 2012
à l'attention de la Commission spéciale de novembre 2012
sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux*

*Preliminary Document No 1 of October 2012
for the attention of the Special Commission of November 2012
on Choice of Law in International Contracts*

**VERSION CONSOLIDÉE DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES
MENANT AU PROJET DE PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE
EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX**

établie par le Bureau Permanent

* * *

**CONSOLIDATED VERSION OF PREPARATORY WORK
LEADING TO THE DRAFT HAGUE PRINCIPLES ON THE CHOICE OF LAW
IN INTERNATIONAL CONTRACTS**

drawn up by the Permanent Bureau

Introduction :

1. L'objet de cette note est de présenter de façon consolidée les travaux entrepris par le Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (le « Groupe de travail »), en particulier : le « projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux » (« le projet de Principes de La Haye »), les Rapports des trois réunions de travail et le Document sur les choix législatifs préparé par le Groupe de travail. Il est à espérer que la présentation article par article de l'historique du projet permettra aux Membres et aux Observateurs participant à la réunion de la Commission spéciale de novembre 2012 d'examiner les propositions du Groupe de travail et formuler des recommandations quant aux mesures futures à entreprendre, y compris la décision à prendre sur la forme de l'instrument non contraignant et le processus par lequel le Commentaire doit être finalisé.

2. Il convient de rappeler que le Groupe de travail a été établi suite à une décision prise par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (le « Conseil ») en 2009, par laquelle le Bureau Permanent a été 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 afin de faciliter l'élaboration d'un projet d'instrument non contraignant. 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. À l'occasion de ses réunions annuelles, le Conseil a pris connaissance des progrès accomplis par le Groupe de travail sur base des rapports établis par le Bureau Permanent¹ et s'est prononcé sur la suite des travaux. En avril 2012, le Conseil a aussi pris la décision d'organiser la présente réunion de la Commission spéciale.

3. Les origines de ce projet remontent à 2006, année au cours de laquelle la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye (organe ayant précédé le Conseil) a invité le Bureau Permanent à préparer une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux².

4. Deux études de droit comparé ont été diffusées : l'une décrivait et analysait les règles existantes généralement appliquées dans les procédures judiciaires³ et l'autre se concentrait sur la situation dans le contexte de l'arbitrage international⁴. En complément de ces analyses fondées principalement sur la doctrine, le Bureau Permanent a lancé en janvier 2007 une enquête au moyen d'un Questionnaire en trois parties. Les parties I et II du Questionnaire ont été respectivement adressées aux Membres de la Conférence et à la Chambre de Commerce Internationale, qui l'a diffusé auprès de ses membres. Tandis

¹ Sauf indication contraire, tous les documents mentionnés dans la présente note peuvent être consultés à la page « Contrats internationaux » du site Internet de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >. Voir « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument », note établie par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 7 de mars 2009, à l'intention du Conseil de mars / avril 2009 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, Doc. prélim. No 7 de 2009) ; « Choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et perspectives sur l'élaboration du futur instrument », note établie par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 6 de mars 2010, à l'intention du Conseil d'avril 2010 sur les affaires générales et la politique de la Conférence ; « Choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux – état d'élaboration du projet d'instrument », établi par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 6 de février 2011, à l'intention du Conseil d'avril 2011 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, Doc. prélim. No 6 de 2011) ; et « 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, Doc. prélim. No 4 de janvier 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, Doc. prélim. No 4 de 2012).

² « Conclusions de la Commission spéciale du 3 au 5 avril 2006 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », établies par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 11 de juin 2006 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, Recommandation et Conclusion No 2.

³ T. Kruger, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – aperçu et analyse des instruments existants », Doc. prélim. No 22 B de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

⁴ I. Radic, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – le contexte de l'arbitrage international », Doc. prélim. No 22 C de mars 2007, à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

que la partie III a été diffusée auprès de 115 centres et organismes d'arbitrage impliqués à l'échelle internationale. Le but principal de ce Questionnaire était d'explorer les pratiques en matière d'utilisation de clauses de choix de la loi applicable dans les contrats internationaux et comment celles-ci sont respectées. L'objectif visé consistait aussi à identifier les problèmes et lacunes éventuels et obtenir une première impression des parties aux litiges commerciaux devant les tribunaux étatiques et arbitraux, et de ceux qui tranchent ces litiges, s'ils estimaient qu'un nouvel effort législatif était justifié⁵.

5. Après analyse, il est apparu que la promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux, non seulement au niveau national et régional, mais aussi à l'échelle mondiale, correspondait à un besoin réel des acteurs du commerce international. Les consultations menées dans le cadre de l'exécution du mandat conféré par le Conseil d'avril 2008, ainsi que l'évolution du cadre législatif et jurisprudentiel en matière de contrats internationaux, ont confirmé l'importance de la reconnaissance croissante du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux.

6. Les travaux de ces dernières années ont par conséquent été dirigés ou orientés par une idée directrice : celle de promouvoir le principe de l'autonomie de la volonté dans un modèle universel de règles de conflit applicables au choix de la loi dans le cadre des contrats.

7. Quant à la méthodologie suivie pour l'élaboration de ce modèle, le Conseil a marqué sa préférence initiale pour un instrument de nature non contraignante en avril 2009⁶. Il s'est donc avéré que la méthode utilisée par UNIDROIT pour l'élaboration et la révision des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international est adéquate pour l'élaboration d'un instrument parallèle en matière de choix de la loi applicable aux contrats internationaux. Le futur instrument comprendra donc, outre le projet de Principes de La Haye qui est à ce stade présenté pour examen sous la forme d'un ensemble d'articles (*black-letter rules*), des commentaires et des illustrations qui faciliteront l'interprétation de chaque article (« le Commentaire »). Le Groupe de travail est en effet de l'avis que le projet de Principes de La Haye tirerait certainement profit d'un cadre explicatif, en plus d'offrir des exemples pratiques⁷. On notera que le présent document mentionne à plusieurs reprises que le Commentaire fournira davantage de détails. Cela sera le cas, sous réserve néanmoins de la décision du Conseil d'avril 2013 sur l'achèvement de l'instrument, fondée sur les recommandations de la présente réunion de la Commission spéciale.

⁵ Rappelons ici que l'idée est en effet née en 1980. Voir la Proposition du Gouvernement de la Tchécoslovaquie, cf. *Actes et documents de la Quatorzième session*, tome I, *Matières diverses*, édité par le Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 1982, p. I-158, No 18.). Cependant, après une étude de prospection réalisée en 1983, les Membres de la Conférence ont considéré que les chances de ratification d'un instrument contraignant (Convention) sur la matière seraient très minces.

⁶ Voir les « Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009) », notamment « Choix de la loi dans les contrats internationaux », p. 1, (ci-après C&R de 2009).

⁷ Rapport de la Première réunion du Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (21 – 22 janvier 2010) », p. 3, para. (D), (ci-après, Rapport de la Première réunion).

Préambule

1^{er} paragraphe

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.

Commentaires :

8. Dès les premières recherches effectuées sur le sujet, déjà lors de l'étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, est apparue la volonté de créer un modèle universel de règles de conflit applicables aux contrats commerciaux internationaux⁸.

9. Le Conseil a réitéré le besoin de renforcer l'autonomie de la volonté des parties dans le domaine des contrats internationaux, faisant de cet élément le moteur du projet⁹. En effet, si l'autonomie de la volonté des parties semble se consolider progressivement à l'échelle internationale, il s'agit tout de même d'un développement à géométrie variable, comportant d'importantes lacunes en droit comparé¹⁰. Les discussions, tenues au sein du Groupe de travail, ont confirmé que l'autonomie de la volonté n'était pas acceptée dans la même mesure d'un système juridique à l'autre.

10. 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 une partie ou l'ensemble de leur contrat – a ainsi 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 et d'un nombre restreint d'exceptions à ce principe, lorsque cela s'impose¹¹.

⁸ Voir Doc. pré. No 7 de 2009, *op. cit.* (note 1), para. 15 et 16.

⁹ Voir les références récurrentes à la promotion de l'autonomie de la volonté figurant dans les Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil, reprises dans le Doc. pré. No 1 de septembre 2011 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

¹⁰ Doc. pré. No 7 de 2009, *op. cit.* (note 1), para. 7.

¹¹ 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 « 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) », note établie par le Bureau Permanent, Doc. pré. 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, (ci-après, Doc. pré. No 5 de 2008).

Préambule

2^{ème} paragraphe

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

Commentaires :

11. Concernant l'utilisation du projet de Principes de La Haye comme modèle, plusieurs options ont été envisagées, et le choix du Groupe de travail s'est porté sur le développement d'un instrument non contraignant qui constituera, cumulativement :

- un modèle mondial de règles de conflit applicables au choix de la loi dans le cadre des contrats commerciaux internationaux,
- une source d'inspiration pour les législateurs et les opérateurs juridiques amenés à appliquer et interpréter les instruments applicables, et, si ainsi décidé par le Conseil,
- une base pour de futures négociations relatives à un instrument contraignant¹².

12. Dans le 2^{ème} paragraphe, l'accent est mis sur le potentiel du projet de Principes de La Haye comme modèle législatif : les législateurs responsables de la réforme de règles en matière de choix de la loi dans les contrats internationaux pourront être encouragés à utiliser le futur instrument comme source d'inspiration ou comme appui¹³.

13. En effet, les travaux du Groupe de travail se sont caractérisés par l'objectivité et la qualité scientifique des experts impliqués et des solutions retenues. Il est donc légitime de penser que l'instrument futur aura vocation à devenir une source d'inspiration constante pour le développement progressif de règles uniformes en matière de loi applicable aux contrats internationaux, en évitant tout risque de conflit de normes avec le faisceau d'instruments qui promulguent le principe de l'autonomie de la volonté au niveau régional. Par exemple, il n'y aura pas d'interférence directe avec le Règlement Rome I¹⁴ au sein de l'Union européenne. En revanche, il semble clair que les solutions reprises dans le futur instrument pourront influencer l'évaluation et une réforme éventuelle du Règlement Rome I¹⁵. De même, le futur instrument aura vocation à influencer l'état d'avancement de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, adoptée par l'Organisation des États Américains (OEA) au Mexique en 1994¹⁶.

¹² Brève présentation réalisée par M. Cohen (membre du Groupe de travail, en l'absence du Président du groupe, M. Girsberger) lors du Conseil (du 17 au 20 avril 2012). Voir « Rapport du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence du 17 au 20 avril 2012 », établi par le Bureau Permanent, Doc. pré. No 1 de juillet 2012 à l'attention du Conseil d'avril 2013 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 33.

¹³ Pour les choix législatifs sous-jacents aux Principes de La Haye, voir Doc. pré. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe III, para. 7.

¹⁴ Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après, « Règlement Rome I »), JOUE L 177/6, 4 juillet 2008.

¹⁵ Pour une analyse, voir la contribution de M. Pertegás, « Les travaux de la Conférence de La Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties », dans S. Corneloup et N. Joubert, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, actes du colloque organisé à l'Université de Bourgogne les 9 et 10 septembre 2010, Paris, 2011, p. 19.

¹⁶ 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. Fernández 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.

Préambule

3^{ème} paragraphe

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

4^{ème} paragraphe

Ils peuvent être appliqués par les tribunaux étatiques ou arbitraux.

Commentaires :

14. Dans ses 3^{ème} et 4^{ème} paragraphes, le Préambule rappelle l'intérêt potentiel du futur instrument pour tous les opérateurs juridiques menés à interpréter, compléter ou développer des règles de droit international privé en matière de contrats internationaux.

15. L'interprétation désigne l'opération consistant à déterminer le sens d'une règle de droit, d'un traité ou d'une déclaration¹⁷. En l'occurrence, le terme « interpréter » désigne l'opération exercée par les tribunaux étatiques ou arbitraux.

16. L'interprétation du projet de Principes de La Haye, par les juges ou arbitres, voire les législateurs nationaux, pourra aller dans le sens d'un complément d'un droit déjà existant. En effet, là où le droit national ou les instruments internationaux sont lacunaires, le projet de Principes de La Haye, représentant un outil relativement complet, pourront servir à combler les lacunes d'un droit contraignant, en évitant tout conflit de normes. En outre, le projet de Principes de La Haye pourra aider les tribunaux à élaborer des règles de droit international privé adaptées à l'évolution des pratiques qu'ils rencontrent.

17. Enfin, l'élaboration de nouvelles règles sur base du futur instrument pourrait s'avérer nécessaire si les dispositions applicables ne fournissent pas une réponse spécifique à la question juridique précise que les juges ou arbitres doivent résoudre. Prenons l'exemple d'un droit qui reconnaît le principe de l'autonomie de la volonté en termes généraux (par ex., « les droits et obligations d'un contrat sont déterminés selon la loi du pays où le contrat est exécuté, à moins que les parties n'en conviennent autrement »). Si les parties au contrat international choisissent les « coutumes internationales » pour régir leurs rapports contractuels, il serait souhaitable que le futur instrument, notamment en son article 2 et commentaire afférent, oriente le juge ou l'arbitre mené à décider du litige¹⁸. Un autre 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 les articles 3 et 41 de cette nouvelle Norme prévoient spécifiquement le choix de la loi par les parties. Sous l'angle du futur instrument de La Haye, on pourrait néanmoins se demander si l'article 11 du projet de Principes de La Haye pourrait influencer l'application de l'article 4 de la Norme chinoise. Cet article, qui impose l'application des lois de police chinoises à l'encontre du choix de la loi des parties, pourrait poser des difficultés interprétatives quant à la nature, la source et le contenu des règles de police visées¹⁹. Il serait donc éventuellement possible de tirer profit des discussions et des décisions prises au cours de l'élaboration de l'article 11 du projet de Principes de La Haye²⁰.

18. Le recours à un instrument *non contraignant* offre un cadre particulier pour la réalisation de ces objectifs multiples. Le Groupe de travail a donc veillé à élaborer un

¹⁷ *Dictionnaire de la terminologie du droit international, publié sous le patronage de l'Union académique internationale*, Sirey (Paris), 1960.

¹⁸ Cet exemple est inspiré de l'art. 769-1 du C. civ. vietnamien, qui a été porté à la connaissance du Bureau Permanent par M. T.P. Le, stagiaire au Bureau Permanent durant l'été 2011.

¹⁹ Voir Jieying Liang, « Statutory Restrictions on Party Autonomy in China's Private International Law of Contract: How Far Does the 2010 Codification Go? », *Journal of Private International Law*, vol. 8(1) (2012), p. 104.

²⁰ Voir art. 11 du projet de Principes de La Haye et les commentaires correspondants, *infra* para. 87 et s.

projet de 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 décision²¹. 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 de principes communs aux deux situations serait adopté. Lorsque cela s'avèrerait nécessaire, des références explicites seraient ajoutées quand des règles différentes s'appliquent selon le mécanisme de résolution des différends choisi²². Tel est par exemple le cas en matière de lois de police et d'ordre public.

19. D'autre part, le Groupe de travail a estimé que les juges pourraient être peu enclins à appliquer le projet de Principes de La Haye et ce, à cause de son caractère non contraignant²³. Néanmoins, le projet de Principes de La Haye peut gagner en envergure juridique et être utilisé dans le futur 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 ou des lois applicables aux contrats commerciaux internationaux.

²¹ Cela a été confirmé par les experts en matière d'arbitrage, voir « Rapport de la Deuxième réunion du groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (15 - 17 novembre 2010) », (ci-après, Rapport de la Deuxième réunion). Voir aussi Doc. prélim. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe III, para. 6.

²² Voir Rapport de la Première réunion, *op. cit.* (note 7).

²³ En janvier 2007, le Bureau Permanent a élaboré 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 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 Doc. prélim. No 5 de 2008, *op. cit.* (note 11).

**Article premier
Champ d'application des Principes**

1^{er} paragraphe

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.

Commentaires :

20. L'applicabilité du projet de Principes de La Haye repose sur deux critères : la nature commerciale du contrat (art. 1 (1)) et son caractère international (art. 1 (2)).

21. En ce qui concerne la nature commerciale du contrat, les travaux ont été guidés par le mandat établi par le Conseil. Il convient de noter qu'en 2008, le mandat faisait référence aux « contrats internationaux *entre professionnels* » avant d'adopter, en 2009, une référence aux « contrats *commerciaux* internationaux »²⁴, utilisant les mêmes termes que les Principes d'UNIDROIT. Dans cette optique, il a été proposé que le titre du futur instrument contienne une référence explicite à la nature commerciale du contrat.

22. Pour la formulation de l'article premier, le Groupe de travail, après avoir examiné plusieurs formulations alternatives, a proposé une rédaction qui met l'accent sur la conclusion du contrat par des personnes « agissant dans l'exercice de leur commerce ou de leur profession ». Par conséquent, les contrats de travail et de consommation en sont exclus²⁵. De plus, le Groupe de travail a précisé, dans le Rapport de la Troisième réunion, l'exclusion des conventions collectives²⁶.

23. L'exclusion de ces domaines s'explique principalement par le fait qu'ils sont de plus en plus soumis à des règles spéciales dans les différents systèmes juridiques. Ces règles sont pour la plupart impératives et visent principalement à la protection de la partie la plus faible. En effet, l'analyse des réponses au Questionnaire de janvier 2007 a permis de se rendre compte que, si les consommateurs et salariés peuvent souvent choisir une loi pour leurs contrats de travail et de consommation, la plupart des systèmes juridiques ayant répondu au Questionnaire prévoient une certaine protection de la partie la plus faible. Quoique loin d'être uniformes, de nombreux systèmes juridiques disposent que dans ces situations, le choix de la loi applicable ne peut pas priver la partie la plus faible de la protection dont elle bénéficierait en vertu de la loi qui aurait été applicable en l'absence du choix²⁷.

24. Par ailleurs, le projet de Principes de La Haye ne couvre que les contrats internationaux (pour une définition de ce terme, voir le para. qui suit), étant donné que la plupart du temps, les États adoptent une approche plus restrictive en matière d'autonomie de la volonté dans les litiges n'impliquant que des parties nationales, où il n'existe aucun élément international ni aucune contrepartie internationale. Lorsqu'un litige est considéré comme interne, les États, pour des raisons d'efficacité, d'équité ou autre, prévoient généralement que les parties ne sont pas libres de choisir la loi applicable dans tous les cas. Au contraire, dans les litiges internationaux, il peut être présumé que le système juridique interne sera moins impliqué, et les États peuvent être plus enclins à reconnaître la capacité des parties à choisir la loi applicable²⁸.

²⁴ « Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (1 – 3 avril 2008) », p. 1 ; et C&R de 2009, *op. cit.* (note 6), p. 2, disponibles sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Travaux en cours » puis « Affaires générales ».

²⁵ Voir Rapport de la Première réunion, *op. cit.* (note 7), p. 2, para (B) (ii).

²⁶ Rapport de la Troisième réunion du groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (28 – 30 juin 2011) », (ci-après, Rapport de la Troisième réunion), p. 2, Champ d'application.

²⁷ Doc. pré-l. No 5 de 2008, *op. cit.* (note 11).

²⁸ Pour les contrats internes, dans de nombreux États ayant deux ou plusieurs unités territoriales, les parties sont en revanche libres de choisir la loi de l'unité territoriale qui sera appliquée. Ainsi, on peut considérer que ces contrats sont traités dans ces États de façon similaire aux contrats internationaux.

Article premier
2^{ème} paragraphe

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.

Commentaires :

25. Concernant la notion de contrat international, le Groupe de travail a initialement exprimé son soutien à une définition négative de l'internationalité, de façon à exclure uniquement les situations où aucun élément international n'est impliqué²⁹.

26. Les discussions, tenues au sein du Groupe de travail, ont démontré que la formulation du « caractère international » a évolué. La *Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* indique simplement qu'elle n'est pas applicable si le seul aspect international du contrat réside dans une clause de la loi applicable, et n'impose pas davantage de critères au caractère international. La *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* précise que l'application de la Convention est subordonnée à l'existence de liens *objectifs* avec plusieurs États. En d'autres termes, l'élément international n'est établi que si les parties ont leur établissement dans des États différents ou bien si la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents États.

27. La *Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* considère qu'une opération commerciale est internationale (à des fins de détermination de la compétence) « sauf si les parties résident dans le même État contractant et si les relations entre les parties et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, sont liés uniquement à cet État » (art. 1 (2)).

28. La *Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire* adopte un sens plus large du caractère international, puisqu'elle définit celui-ci comme correspondant à « toutes les situations comportant un conflit entre les lois de différents États ». Le Groupe de travail a finalement décidé de ne pas suivre une interprétation aussi large, qui n'a d'intérêt que dans le but d'assurer que la sécurité et la prévisibilité juridique que cette Convention cherche à apporter ne sont pas tenues en échec par « des facteurs particuliers, préétablis et précisément délimités, ou au moyen d'une définition du caractère international »³⁰.

29. Se basant aussi sur des exemples extérieurs à la Conférence de La Haye, le Groupe de travail a noté que les Principes d'UNIDROIT³¹ n'exposent pas expressément de critères permettant de déterminer le caractère international d'un contrat. Dans le Commentaire au Préambule des Principes d'UNIDROIT, il est avancé qu'« il faut [...] donner au concept de contrats 'internationaux' l'interprétation la plus large possible, afin de n'exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n'existe aucun élément international ... »³².

²⁹ Rapport de la Première réunion, *op. cit.* (note 7), p. 2, para. (B) (i).

³⁰ R. Goode, H. Kanda et K. Kreuzer, avec la collaboration de C. Bernasconi, Rapport explicatif sur la Convention Titres de 2006, *Actes et documents de la Dix-neuvième session*, tome II, *Titres*, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 632, para. 3-3.

³¹ Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), 3^e éd. (2010) (ci-après, Principes d'UNIDROIT).

³² Voir les commentaires au Préambule des Principes d'UNIDROIT, *ibid.*, p. 2, para. 1.

30. Le Groupe de travail a donc opté pour une définition simplifiée du caractère international, à l'image de la définition posée dans la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for.

31. La clause (ii) du paragraphe 2, inspirée de l'article 10(a) de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (CVIM), dispose qu'aux fins de la détermination de l'État où se trouve l'établissement d'une partie, lorsque cette partie possède des établissements dans plus d'un État, il convient de prendre en considération l'établissement qui a « la relation la plus étroite » avec le contrat avant sa conclusion ou au moment de sa conclusion. Une formulation similaire à la disposition prévue à l'article 5(h) de la Convention Créances de 2001 de la CNUDCI, faisant du lieu où s'exerce l'administration centrale du cédant ou du cessionnaire le critère de détermination de l'établissement pertinent lorsque plusieurs existent, n'a délibérément pas été retenue³³.

³³ *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* (ci-après, la Convention Créances de 2001 de la CNUDCI), art. 5(h). On notera que « la relation la plus étroite avec le contrat initial » est retenue pour déterminer l'établissement pertinent du débiteur.

Article premier
3^{ème} paragraphe

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.**

Commentaires :

32. Le Groupe de travail a identifié une liste de questions qui, de son opinion, devraient être exclues du champ d'application de l'instrument. Les délibérations ont été entre autres inspirées par l'article 1(2), du Règlement Rome I³⁴ et l'article 5 de la Convention de Mexico de 1994³⁵.

33. Le Groupe de travail a également recommandé que le futur Commentaire traite de chacune des questions exclues, suite à leur examen lors de la réunion de la Commission spéciale³⁶.

³⁴ Voir Règlement Rome I, *supra* (note 14).

³⁵ *Convention interaméricaine du 17 mars 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux*, Cinquième conférence interaméricaine de droit international privé, Mexico (ci-après, Convention de Mexico de 1994).

³⁶ Voir Doc. pré-l. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe III, para. 12.

**Article 2
Liberté de choix**

1^{er} paragraphe

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.

Commentaires :

a) Le principe de l'autonomie de la volonté

34. 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 est 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 à une meilleure efficacité en réduisant les coûts juridiques engendrés par la résolution des différends³⁷. 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 internationaux³⁸.

35. 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 Haye³⁹, dans des instruments régionaux⁴⁰, et dans les codifications nationales⁴¹. 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 international⁴². Il reconnaît cependant que même si le principe de l'autonomie

³⁷ P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999, p. 2 et 3.

³⁸ 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.

³⁹ Art. 7 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (ci-après, *Convention Contrats de vente*) ; art. 5 de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation* (ci-après, *Convention Contrats d'intermédiaires*) ; 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*.

⁴⁰ Voir Règlement Rome I, *supra* (note 14), art. 3(1).

⁴¹ Par ex. art. 3 et 41, para. 1 de la Norme sur l'application de lois concernant les relations civiles liées à l'étranger ; 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 C. civ. de la Louisiane (1991) ; art. 434(1) du C. civ. de la Mongolie (1994) ; art. 3111(1) du C. civ. du Québec (1991) ; art. 1210(1) du C. civ. 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).

⁴² 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 C. proc. civ. français ; art. 1051 du C. proc. civ. 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 ; l'art. 21(1) du Règlement révisé CCI (en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2012) correspondant à l'art. 17(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI ; art. 15(1) de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage dans le cadre du traité OHADA.

de la volonté semble de plus en plus accepté, le défi se situe plutôt au niveau de la *consolidation du principe* sur le plan international⁴³. À la lumière de ceci, lorsque le projet de Principes de La Haye sera mis en œuvre, il répondra 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 est 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 est cependant de l'avis qu'une telle relation ne devrait pas être exigée.

36. 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. 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 Haye⁴⁴.

b) Choix de la loi et règles de droit

37. 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 », c'est-à-dire des règles qui n'émanent pas d'un État souverain.

38. Dans un rapport interne établi en juin 2010 par le sous-groupe de travail sur les règles non-étatiques⁴⁵, trois options concernant la désignation de règles de droit non-étatiques ont été présentées et analysées :

- 1) réserver la désignation de règles non-étatiques aux procédures arbitrales, en d'autres termes conserver le *statu quo* dans de nombreuses juridictions ;
- 2) autoriser la désignation de règles de droit non-étatiques, sans considération du mode de règlement du conflit ; ou
- 3) omettre de mentionner les règles de droit non-étatiques dans le projet de Principes de La Haye, afin de laisser la question ouverte à l'interprétation des juges et des arbitres (toutefois, cette dernière option présente l'inconvénient de créer une incertitude et laisser la charge de faire avancer « la loi » sur les parties impliquées dans le commerce international).

39. Lors de la Troisième réunion du Groupe de travail, les experts se sont accordés sur la formulation d'une clause ouverte (en suivant la seconde option présentée par le sous-groupe de travail). Le Groupe de travail est également de l'avis que le projet de Principes de La Haye ne doit 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 doit consister en un ensemble de règles. Le Groupe de travail recommande que ces questions

⁴³ 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*, vol. 6(1), 2010, p. 23 à 56.

⁴⁴ Voir art. 11 du projet de Principes de La Haye et les commentaires correspondants, *infra*, para. 45 et s. ; également dans le Doc. prélim. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe II, p. iii.

⁴⁵ Voir Rapport de la Troisième réunion, *op. cit.* (note 26), p. 3, Choix de règles non étatiques.

soient examinées plus en détail dans le Commentaire, sur la base de la littérature très fouillée et de la pratique en vigueur dans ce domaine⁴⁶.

40. Le Groupe de travail reconnaît qu'en matière d'arbitrage, la capacité des parties à choisir des règles de droit non étatiques 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.

41. Il ressort des discussions approfondies tenues au sein du Groupe de travail qu'il est important de permettre aux parties contractantes 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 spécifique⁴⁷ susceptibles de mieux répondre aux besoins commerciaux des parties, à condition que de telles règles soient disponibles. De plus, le choix de règles de droit peut fournir aux parties une relation contractuelle équilibrée, en offrant neutralité et transparence dans leurs opérations⁴⁸. Malgré le fait qu'un choix de règles de droit puisse dans certains cas s'avérer plus difficile à évaluer, permettre ce choix contribue à renforcer les attentes des parties découlant de leur contrat.

42. 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 international ou régional. En n'imposant aucun critère de distinction pour l'ensemble des règles de droit que peuvent choisir les parties, le projet de Principes de La Haye évite 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

43. 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 que la CVIM et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. Il a

⁴⁶ 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 C. proc. civ. (France) ; art. 1051 du C. proc. civ. 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 du choix des règles de droit en Amérique latine, J.A. Moreno Rodríguez et M.M. Albornoz, *op. cit.* (note 16), p. 15 à 40.

⁴⁷ Tel que par ex. une référence en ce qui concerne les contrats de transport maritime à ce que l'on appelle les « Règles de Rotterdam » (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.

⁴⁸ 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.

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.

44. 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 du projet de 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. Il est par conséquent envisagé que le Commentaire insiste, au moyen d'exemples, sur la différence entre les règles de droit et les usages commerciaux, en soulignant qu'en principe, les usages commerciaux peuvent 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 choisies par les parties⁴⁹.

⁴⁹ Toute référence aux usages commerciaux doit être distinguée des codes commerciaux expressément choisis par les parties comme règles de droit régissant le contrat.

Article 2

2^{ème} paragraphe

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.

Commentaires :

45. Le projet de Principes de La Haye admet le dépeçage, c'est-à-dire le fait de séparer les éléments qui composent la situation juridique pour les soumettre à l'application de plusieurs systèmes normatifs différents⁵⁰. Il a été décidé, lors de la Troisième réunion du Groupe de travail, que les limites au dépeçage ne devaient pas être formulées directement dans le corps des Principes, mais devaient être traitées dans le Commentaire⁵¹. En effet, partant du principe que le dépeçage constitue par nature l'une des formes d'accomplissement de l'autonomie de la volonté, il semble préférable que le projet de Principes de La Haye laisse aux parties la possibilité d'utiliser librement ce procédé.

46. Il sera toutefois demandé aux parties d'être cohérentes dans les solutions qu'elles adoptent, au regard des normes choisies et du contrat lui-même⁵². En effet, la question de savoir s'il existe une condition implicite relative à la séparabilité d'une partie du contrat est discutée sur le plan de la doctrine. Selon certains auteurs, il existe une limite au niveau des règles de conflit de loi, telle que la scission doit être en relation avec la partie séparable du contrat. D'autres soutiennent que lorsque les parties ont opéré un choix qui risque d'aboutir à un résultat contradictoire, le problème devrait probablement être résolu dans le cadre de la loi applicable, qui pourrait devoir être déterminée objectivement si le choix n'en fait pas clairement état. Dans tous les cas, même pour les plus libéraux, le choix des parties perd tout sens et devient nul lorsque celui-ci entraîne une contradiction évidente. Pour cette raison, le Groupe de travail a considéré que l'insertion d'une restriction ou d'une clarification dans le projet de Principes de La Haye n'était pas nécessaire.

47. Il existe deux manières de séparer le contrat. Il est possible que les parties choisissent deux ou plusieurs lois différentes pour gouverner leur contrat. Cette solution est expressément acceptée par certaines codifications nationales⁵³. Il est également possible d'opérer un choix partiel de la loi applicable, ce qui laisse le reste des obligations contractuelles à être déterminé objectivement⁵⁴. Le Règlement Rome I autorise expressément un tel choix partiel, en précisant que les parties peuvent choisir la loi applicable à seulement une partie du contrat⁵⁵.

48. Dans la pratique, de tels choix partiels concernent différents aspects du contrat qui sont gouvernés par la *lex contractus*. Des exemples de clauses qui résultent de la séparation du contrat sont des clauses qui concernent la monnaie du contrat, des clauses spéciales concernant les problèmes d'exécution et les clauses de responsabilité⁵⁶.

49. Le dépeçage ne doit pas être confondu avec un autre procédé ayant des conséquences sur la validité du contrat et des obligations : la modification de la loi applicable (voir ci-après, art. 2(3)).

⁵⁰ P. Lagarde, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, No 1, p. 649.

⁵¹ Rapport de la Troisième réunion, *op. cit.* (note 26), p. 6.

⁵² 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 ? », *Revue critique de droit international privé*, 99 (1), janvier-mars 2010, p. 83.

⁵³ Par ex. art. 3111(3) C. civ. du Québec (1991) ; art. 1210(4) C. civ. de la Fédération de Russie.

⁵⁴ P. Nygh, *op. cit.* (note 37), p. 128 et s.

⁵⁵ Voir Règlement Rome I, *supra* (note 14), art. 3(1) 3.

⁵⁶ Y. Nishitani, « Party Autonomy and Its Restrictions by Mandatory Rules in Japanese Private International Law », in : J. Basedow/H. Baum/Y. Nishitani (ed.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective* (Tübingen 2008) 77 (87) ; P. Nygh, *op. cit.* (note 37), p. 132.

Article 2

3^{ème} paragraphe

Le choix peut être modifié à n'importe quel moment à condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits préexistants des tiers.

Commentaires :

50. L'argument de l'autonomie de la volonté justifie la possibilité d'une modification du choix de la loi. Il est donc généralement accepté que les effets du changement de choix de la loi applicable sont régis par le principe de l'autonomie de la volonté⁵⁷.

51. Toutefois, l'article 2(3) rappelle que le changement de la loi applicable au contrat n'affecte pas uniquement les droits des parties, mais peut dans certains cas affecter des tiers. Il y a un large consensus sur le fait qu'un changement dans le choix de la loi ne peut intervenir que quand les droits des tiers au contrat ne sont pas affectés. Le Groupe de travail a considéré que cet aspect devrait être traité directement par les règles de conflits de loi, et ne devrait pas être laissé à la loi matérielle. Une clause similaire visant à la protection des droits des tiers au contrat est souvent expressément reprise dans les conventions internationales⁵⁸, les instruments régionaux⁵⁹, ainsi que dans les codifications nationales⁶⁰.

52. Le changement de la loi applicable au contrat peut également entraîner des conséquences sur la validité formelle du contrat. Étant donné qu'au moins un des points de connexion pour la validité formelle du contrat est déterminé par la loi applicable à la relation contractuelle, il doit être garanti que la validité formelle du contrat ne soit pas anéantie rétroactivement, ce qui est en effet expressément précisé par l'article 9(2) du projet de Principes de La Haye⁶¹.

⁵⁷ Lors des délibérations intervenues lors de la Troisième réunion, les experts ont indiqué que le Commentaire devra clarifier que les droits préexistants des tiers doivent être respectés s'ils sont liés au contrat, ainsi que fournir des illustrations et commentaires au sujet du fonctionnement du principe de l'autonomie des parties dans les relations incluant des tiers. Voir le Rapport de la Troisième réunion, *op. cit.* (note 26), p. 4.

⁵⁸ Voir Convention Contrats de vente, *supra* (note 39), art. 7(2) ; Convention de Mexico de 1994, *supra* (note 35), art. 8.

⁵⁹ Voir Règlement Rome I, *supra* (note 14), art. 3(2) 2^e phrase.

⁶⁰ Art. 9 Code de droit international privé du Japon (2006) ; art. 1210(3) C. civ. de la Fédération de Russie.

⁶¹ Voir art. 9, para. 2 du projet de Principes de La Haye et les commentaires correspondants, *infra*, para. 76 et s.

Article 2**4^{ème} paragraphe****Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur opération.****Commentaires :**

53. Dans le passé, l'existence d'un lien entre la loi choisie et les parties ou leur contrat était souvent exigée. La théorie de la localisation, qui consiste à exclure la loi choisie lorsqu'elle est extérieure aux lieux où se situent les éléments de la situation contractuelle, est encore appliquée dans certains systèmes juridiques. En vertu de cette théorie, la loi de l'État où la transaction a lieu devrait s'appliquer, dans la mesure où elle est plus susceptible d'être efficace, directement applicable et pertinente dans le cadre d'une transaction « locale ». Restreindre le choix peut aussi empêcher un choix orienté de la loi applicable, fondé par exemple sur la volonté d'un État de faire appliquer des clauses onéreuses que le système local ne permettrait pas⁶². Toutefois, l'abandon de la théorie de la localisation est soutenu par les plus récentes conventions et législations relatives à la loi applicable aux contrats⁶³. En accord avec cette attitude contemporaine, le projet de Principes de La Haye ne requiert pas une « relation substantielle » avec la loi choisie. La loi d'un État sans relation avec le contrat peut donc être choisie.

⁶² Bureau Permanent, *op. cit.* (note 52).

⁶³ P. Nygh, *op. cit.* (note 37), p. 58 à 60.

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.

Commentaires :

54. Lors des discussions tenues au sein du Groupe de travail, la question de l'acceptation du choix implicite de la loi applicable a été posée. Un expert a notamment indiqué que le choix implicite ne devrait être reconnu que dans le cas où les intentions des parties sont manifestement claires. En effet, un aperçu des instruments existants montre que le choix implicite du droit applicable est autorisé par les textes, mais qu'il est parfois envisagé de manière restrictive⁶⁴.

55. Cependant, il n'y a pas de consensus en droit international privé comparé sur les formes d'admissibilité du choix tacite et ce, même à l'intérieur des grandes familles de droit civil et de *common law*⁶⁵. Sur base d'une analyse comparée des différents standards, le Groupe de travail a proposé des principes porteurs de stabilité et de prédictibilité juridique, encourageant les parties à exprimer de manière explicite la loi à laquelle seront soumis leurs désaccords éventuels. Ainsi, a-t-il été décidé d'insérer les mots « effectué expressément ou apparaître clairement ». La majorité des experts a exprimé des inquiétudes quant au standard « d'intentions manifestement claires », qui pourrait apparaître comme trop élevé, notamment dans certains États qui demandent des standards de moindre prétention pour d'autres aspects substantiels du contrat.

56. Ainsi, 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 expresse⁶⁶.

57. Le Groupe de travail est en faveur d'un choix effectué de manière tacite, par référence au contenu du contrat et aux autres circonstances pertinentes ; un « test » qui devrait être illustré d'exemples dans le Commentaire.

58. 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 parvenir à la conclusion selon laquelle un choix de loi a été effectué de manière implicite en vertu du projet de Principes de La Haye. Cette décision repose sur le fait que la décision des parties consistant à choisir un tribunal étatique ou arbitral pour régler leurs différends ne signifie pas nécessairement que ces parties ont désigné la loi de l'État correspondant pour régir leur contrat.

⁶⁴ Bureau Permanent, *op. cit.* (note 52).

⁶⁵ Voir, en ce qui concerne les divergences sur le continent européen, N. Joubert, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du Règlement Rome I ? », dans S. Corneloup et N. Joubert, *op. cit.* (note 15), p. 234 et s.

⁶⁶ Voir Doc. pré-l. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe III, p. 7.

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.

Commentaires :

59. Dès l'entame des travaux, le Groupe de travail a considéré qu'un article réglant la question de la validité formelle du choix de la loi devait être inséré, particulièrement si le projet de Principes de La Haye prévoyait une possibilité de choix implicite de la loi.

60. La validité formelle signifie dans ce contexte que pour être valide et effective, une clause relative au choix de la loi applicable doit remplir des exigences formelles (telles que l'expression par écrit d'un tel choix). Le Groupe de travail a envisagé d'insérer dans le projet de Principes de La Haye une disposition relative au fond sur la validité formelle du choix de la loi au lieu d'inclure une règle de conflit (sur le modèle de la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*). Toutefois, la plupart des systèmes juridiques ne requièrent pas de formes particulières concernant le choix de la loi.

61. Dès le début des discussions, la préférence du Groupe de travail s'est tournée vers une formulation plutôt neutre. Les différentes formulations adoptées dans divers textes régionaux et internationaux ont été étudiées. Il en est ressorti qu'en pratique, peu d'exigences formelles sont appliquées, outre le fait d'exprimer clairement l'intention de choisir la loi, qui apparaît souvent dans les dispositions expresses du contrat. Ceci est lié à l'article 3 du projet de Principes de La Haye. Par exemple, l'article 3(1) du Règlement Rome I impose que « le choix [soit] *exprès ou résulte de façon certaine* des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause » (l'emphase a ici été ajoutée)⁶⁷.

62. Le Groupe de travail a également étudié les précédents au sein de la Conférence de La Haye, et notamment la *Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*. En son article 7, cette Convention spécifie que « l'accord des parties sur ce choix doit être *exprès ou résulter clairement* des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble » (l'emphase a ici été ajoutée).

63. En étudiant certains droits internes, le Groupe de travail a pu observer que, dans quelques cas, la loi utilisée pour déterminer ces exigences formelles est la *lex loci contractus*, ce qui signifie la loi de l'endroit où le contrat a été conclu⁶⁸. Le problème est

⁶⁷ Voir Règlement Rome I, *supra*, (note 14).

⁶⁸ Voir art. 13(1) du C. civ. de Cuba (1987) ; art. 3538 du C. civ. de la Louisiane (1991) ; art. 3109 du C. civ. du Québec (1991) ; art. 433(1) du C. civ. de la Mongolie (1994) ; art. 2094 du C. civ. du Pérou (1984) ; art. 29 du C. civ. du Qatar (2004) ; art. 1209 du C. civ. de la Fédération de Russie (2001) ; art. 14 du C. civ. du Rwanda (1989) ; art. 124 de la loi Fédérale Suisse sur le DIP (1989) ; art. 31 de la loi sur le DIP d'Ukraine (2005) ; art. 1181 du C. civ. de l'Uzbekistan (1997) ; art. 37 de la loi sur le DIP du Venezuela (1998) ; art. 834(1) du C. civ. du Vietnam (1996) ; art. 31 du C. civ. du Yémen (1992). Cf. para. 199(2) du *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. Pour les systèmes juridiques non codifiés, voir par ex. P. Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, 5^e éd, Sydney, Butterworths, 1991, p. 281 ; E. Sykes and M. Pryles, *Australian Private International Law*, 3^e éd, Sydney, Law Book Co, 1991, p. 615 ; M.J. Tilbury, G. Davis et B. Opeskin, *Conflict of Laws in Australia*, South Melbourne, Victoria, Australia ; New York : Oxford University Press, 2002, p. 777-778 ; J. Walker, *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 2, 6^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005, para. 31.4 ; J. Walker, *Halsbury's Laws of Canada: Conflict of Laws*, Butterworths & Company, Canada, 2006, p 516 ; G. Johnston, *The Conflict of Laws in Hong Kong, Hong Kong, Sweet & Maxwell Asia*, 2005, p. 199 ; P. Diwan et P. Diwan, *Private International Law : Indian and English*, 4^e éd., New Delhi, Deep and Deep publication, 1998, p. 524 et 525 ; R.H. Hickling et Wu Min Aun, *Conflict of Laws in Malaysia*, Kuala Lumpur ; Salem, N.H. : Butterworth, 1995, p. 172 et 173 ; C.F. Forsyth, *Private International Law : The Modern Roman-Dutch Law Including the Jurisdiction of the High Courts*, 5^e éd. 2012, p. 318 et 319 et Van Rooyen, *Die Kontrak in die Suid-Afrikaanse Internasionale Privaatreg*, Capetown-Wynberg-Johannesburg, Juta en Kie Beperk, 1972, p. 144 (note 3). Voir aussi P. Nygh, *op. cit.* (note 37), p. 91.

que la *lex loci contractus* est parfois difficile à déterminer, incertaine ou fortuite⁶⁹. Certains systèmes juridiques appliquent la loi du domicile, de la nationalité ou du siège social des parties⁷⁰.

64. La question de la validité formelle du choix de la loi a été étudiée plus en profondeur lors de la seconde réunion du Groupe de travail. Au cours de celle-ci, il a finalement été considéré qu'aucune obligation formelle quant au choix de la loi ne devrait être imposée, sauf si les parties en décident autrement.

⁶⁹ Voir par ex. L. Collins (éd.) « *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* », vol. 2 (2006) 1606 ; J.J. Fawcett, J.M. Carruthers and P. North (eds), *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law, 14th ed*, Oxford, 2008, p. 748.

⁷⁰ Par exemple, l'art. 14 du C. civ. du Rwanda (1989) mentionne la loi de la nationalité commune, alors que l'art. 29 du C. civ. du Qatar (2004) et l'art. 31 du C. civ. du Yémen (1992) utilisent tous deux la loi du domicile commun et de la nationalité commune des parties. L'art. 3538 du C. civ. de la Louisiane (1991) prévoit la loi du domicile commun ou de l'établissement des parties.

Article 5
Consentement

1^{er} paragraphe

La question du consentement des parties au choix de la loi est déterminée par la loi qui serait applicable si un tel consentement existait.

Commentaires :

65. 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 le consentement 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 approche⁷¹. 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) (voir ci-après). À cet égard, le Groupe de travail suit une règle en matière de choix de la loi applicable bien reconnue dans de nombreux instruments internationaux⁷².

66. 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.

67. De plus, lorsque l'on étudie cet article en parallèle avec le projet de règle sur l'autonomie du choix de la loi⁷³, il est clair que les questions relatives aux vices de 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 en fonction du consentement au contrat en général. Ainsi, en disposant que le « consentement » des parties quant au choix de la loi doit être établi (même s'il est allégué que ce consentement est vicié), l'article 5 offre un soutien solide au principe de l'autonomie de la volonté.

⁷¹ Voir art. 8 du projet de Principes de La Haye et les commentaires afférents, *infra*, para. 65 et s.

⁷² Pour des exemples, voir Convention Contrats de vente, *supra* (note 39), art. 10(3) (et le Rapport explicatif de A. von Mehren, aux para. 103 et s.) ; voir aussi art. 10 du Règlement Rome I, *supra* (note 14), et P. Nygh, *supra*, (note 36), p. 93 à 97.

⁷³ Voir art. 6 du projet de Principes de La Haye et les commentaires afférents, *infra*, para. 60 et s.

Article 5**2^{ème} paragraphe**

Néanmoins, pour établir qu'une partie n'a pas consenti au choix de la loi, celle-ci peut s'en remettre à 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.

Commentaires :

68. Aujourd'hui, le fait qu'il devrait y avoir une exception à l'application de la loi choisie de manière putative pour déterminer la validité du consentement des parties est largement acceptée. Cependant, une connexion spéciale avec une règle totalement distincte aboutissant à la loi de la partie silencieuse, semble aller trop loin. Par conséquent, l'application de l'exception prévue à l'article 5(2) 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.

**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.**

Commentaires :

69. Le Groupe de travail a reconnu le besoin d'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 contrat⁷⁴.

70. 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 parties⁷⁵, 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 Haye⁷⁶.

⁷⁴ 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).

⁷⁵ Cela étant sujet à l'exception du principe *in favorem validatis* en vertu de l'art. 9, para 1 du projet de Principes de La Haye, voir *infra*, p. 27.

⁷⁶ Respectivement à l'art. 4 et à l'art. 5 du projet de Principes de La Haye, voir *supra*, p. 20 et s.

**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.

Commentaires :

71. 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 conflit de lois 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 »⁷⁷. Toutefois, les parties peuvent en décider autrement.

72. 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.

73. 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.

⁷⁷ 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 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*, disponible sur le site Internet de la Conférence, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « Conventions ».

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 la déchéance ;**
- e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;**
- f) la charge de la preuve ; et**
- g) les obligations précontractuelles.**

Commentaires :

74. 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.

75. 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*⁷⁸, et d'instruments régionaux tels le Règlement (CE) sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)⁷⁹ comme source d'inspiration.

76. 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. Les discussions sur le sujet pendant la réunion de la Commission spéciale de novembre 2012 fourniront sans doute des éléments additionnels à traiter dans le Commentaire. Particulièrement, il faut noter que, lors de la détermination des questions énumérées 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.

⁷⁸ Voir art. 12 de la Convention.

⁷⁹ Voir Règlement Rome I, *supra* (note 14), art. 10.

Article 9
Validité formelle du contrat

1^{er} paragraphe

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.

Commentaires :

77. 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 de cet 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.

78. Lors de la formulation de ce régime libéral, le Groupe de travail a suivi le principe bien établi du *favor negotii*, lequel vise à éviter l'invalidité formelle dans la mesure du possible⁸⁰. 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 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. Cette règle permet donc aux tribunaux étatiques ou arbitraux de prendre en considération d'autres lois lorsque la forme du contrat n'est pas valable en vertu de la loi choisie. 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 principal⁸¹.

⁸⁰ À ce sujet, le Groupe de travail s'est inspiré de nombreux travaux internationaux, lesquels reconnaissent tous ce principe, dans une certaine mesure. Voir par ex., *Convention Contrats de vente, supra* (note 39), art. 11

⁸¹ Voir art. 9, para. 2, ci-après.

Article 9**2^{ème} paragraphe****Toute modification quant à la loi applicable ne porte pas atteinte à la validité formelle du contrat.****Commentaires :**

79. Il va de soi que les parties sont autorisées à modifier la loi applicable au contrat. Sur ce point, l'article 2, paragraphe 3 du projet de Principes de La Haye précise que « le choix peut être modifié à n'importe quel moment à condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits préexistants des tiers ». Comme évoqué en amont⁸², l'insertion d'un tel droit en faveur des parties apparaît logique au regard du but même du projet de Principes de La Haye, qui est le renforcement de l'autonomie de la volonté.

80. Toutefois, le Groupe de travail s'est accordé pour que tout changement en matière de choix de loi n'ait aucun effet préjudiciable sur la question de la validité formelle du contrat. Cette limitation est habituelle dans les conventions internationales⁸³ et les instruments régionaux⁸⁴ qui ont été examinés par le Groupe de travail. Il a été conclu qu'une disposition précisant cette limitation expressément, insérée dans le projet de Principes de La Haye, serait utile de sorte qu'un contrat valablement formé restera valide malgré le changement de la loi choisie par les parties.

⁸² Voir art. 2(3) du projet de Principes de La Haye et les commentaires afférents, *supra*, para. 43 et s.

⁸³ Voir Convention Contrats de vente, *supra* (note 39), art. 7(2) ; Convention de Mexico de 1994, *supra* (note 35), art. 8.

⁸⁴ Voir Règlement Rome I, *supra* (note 14), art. 3(2).

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.**

Commentaires :

81. Parmi les litiges contractuels « complexes » - découlant de deux ou plusieurs contrats connexes -, 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 international⁸⁵.

82. Le Groupe de travail reconnaît que les situations dans lesquelles une partie cède contractuellement un droit de créance (de nature monétaire ou en nature) n'impliquent pas directement la question du choix de la loi. Cependant, il considère 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 les possibles confusions quant à savoir quelle loi régit tel ou tel aspect de la relation entre le débiteur, le cédant et le cessionnaire, lorsque le contrat entre le cédant et le débiteur est régi par une autre loi que celle qui régit le contrat passé entre cédant et cessionnaire.

83. Le projet de Principes de La Haye fournit un ensemble de principes qui déterminent le rôle de la loi choisie dans les cas de cession de créance 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 régionaux⁸⁶, ainsi que les lois internes de différentes juridictions⁸⁷. 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.

84. Le Groupe de travail a également considéré d'autres situations où les droits des parties relèvent de deux contrats différents au moins entre deux personnes différentes telles que les cas de subrogation, de délégation, de compensation, etc. Cependant, le Groupe de travail a conclu qu'il serait préférable que ces questions soient abordées dans le Commentaire, où il pourrait être prêté suffisamment attention à leurs différentes

⁸⁵ Voir Rapport de la Troisième réunion, *op. cit.* (note 26), p. 4, *Cession de créance*. Les problèmes que peut poser le choix de la loi dans le cadre des cessions de créance ont été mis en avant. Notamment, le fait que dans le cas d'une cession de créance, le cessionnaire ne peut pas compter sur l'utilisation contre le débiteur de la loi choisie dans le contrat de cession, puisque le contrat le lie avec le cédant, mais pas avec le débiteur, et car le choix de la loi dans le contrat entre le débiteur et le cédant les lie entre eux mais n'implique pas le cessionnaire.

⁸⁶ Voir par ex., Règlement Rome I, *supra* (note 14) et art. 28 et 29 de la Convention Créances de 2001 de la CNUDCI

⁸⁷ Au Japon, art. 23 de la Loi sur les règles générales d'application des lois ; en Fédération de Russie, art. 1216 du C. civ. ; 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*.

nuances et à leur complexité propre. À cet égard, le Commentaire devrait également comporter un ensemble d'illustrations de cas dans lesquels la loi applicable aux droits des parties découle de deux contrats connexes ou plus⁸⁸.

⁸⁸ Doc. pré-l. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe III, p. 11.

Article 11
Lois de police et ordre public

1^{er} paragraphe

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.

Commentaires :

85. En général, l'article 11 vise à donner une réponse aux préoccupations soulevées par la possibilité d'un choix de la loi des parties dans le cadre d'un contrat commercial international ayant pour effet d'exclure les lois de police ou l'ordre public du for saisi. Il autorise l'application exceptionnelle des lois de police et du principe de l'ordre public, en abordant de façon conjointe dans ce présent article ces deux limites posées à l'autonomie de la volonté. Lors des discussions tenues par le Groupe de travail, il a été noté qu'en règle générale, l'ordre public et les lois de police sont deux éléments étant traités séparément. De plus, l'approche traditionnelle de la Conférence tend à la séparation de ces deux aspects. Toutefois, il a été indiqué par certains experts, qu'au regard de la particularité de l'instrument en développement, cela représentait peut-être l'occasion d'aborder la question sous un angle différent⁸⁹.

86. 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 et recommande que des explications plus détaillées sur le caractère d'exception au principe de l'autonomie de la volonté soient incorporées au Commentaire⁹⁰.

87. Le premier paragraphe de l'article 11 met l'accent sur la relation entre la loi choisie par les parties et les lois de police *du for saisi*. Il prend en compte les approches adoptées dans des instruments internationaux et régionaux, ainsi que les lois internes de différentes juridictions pour céder la place aux lois de police « locales ».

88. La question d'une éventuelle définition des lois de police a fait l'objet d'amples discussions pendant les réunions du Groupe de travail. 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 préexistants⁹¹. 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. Si la Commission spéciale le considère souhaitable, le Commentaire peut développer et illustrer la relation envisagée entre la loi choisie par les parties et les lois de police du for saisi.

⁸⁹ Selon le résumé établi par le Bureau Permanent de la séance du 16 novembre 2010. Voir aussi M. Pauknerová, « Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law » (2010) 11 *ERA Forum* 29, qui souligne que les lois de police et l'ordre public sont « étroitement liés », et, bien qu'intervenant à différentes étapes d'un différend, se fondent sur une même base doctrinale.

⁹⁰ Doc. pré-l. No 4 de 2012, *op. cit.* (note 1), annexe III, p. 12.

⁹¹ Le Groupe de travail a examiné, en particulier, l'art. 9(1) du Règlement Rome I, voir *supra* (note 14).

Article 11

2^{ème} paragraphe

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.

Commentaires :

89. Ce paragraphe traite d'un problème beaucoup plus controversé et complexe : l'application des lois de police « d'une autre loi », c'est-à-dire la loi d'un pays autre que celui du for saisi ou de la loi choisie par les parties.

90. Certains instruments internationaux, notamment la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation*, ou encore la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, contiennent des dispositions relativement larges qui permettent aux tribunaux de donner effet, de manière discrétionnaire, aux lois de police d'une autre loi. Le Groupe de travail s'est interrogé sur la valeur de ces précédents. Plusieurs raisons ont été évoquées pour rejeter cette approche notamment car :

- en utilisant le test du « lien étroit », elle envisage que les lois de police de plusieurs systèmes juridiques puissent prétendre à s'appliquer à des transactions transfrontières.
- une telle règle permet une large discrétion aux tribunaux quant au contenu de la loi applicable.
- elle implique une analyse complexe d'intérêts gouvernementaux, nécessitant que les juges et parties accomplissent un processus d'identification des intentions d'une législature étrangère, un processus qui ne fait qu'augmenter le degré d'incertitude.

91. Cependant, la question ne pouvait pas se résumer à cela. 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 tiers⁹². Ainsi, le Groupe de travail a adopté à l'unanimité une approche flexible et ouverte, 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 les 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.

⁹² Le Groupe de travail a manifesté peu d'enthousiasme 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, voir *supra* (note 14).

Article 11**3^{ème} paragraphe**

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.

Commentaires :

92. Si l'application de la loi choisie par les parties se heurte avec des notions fondamentales de l'ordre public du for saisi, la loi choisie *peut* être écartée. La formulation de cet alinéa et l'utilisation de la notion de « manifestement incompatible » a été dictée par le *leitmotiv* de ce projet législatif, c'est-à-dire, promouvoir au maximum l'autonomie de la volonté en évitant les interférences des États autant que possible⁹³.

93. La question d'une éventuelle délimitation des « notions fondamentales de l'ordre public » a fait l'objet d'amples discussions pendant les réunions du Groupe de travail. Le Groupe de travail est de l'avis qu'il est pratiquement impossible d'inclure des lignes directrices précises à ce sujet, exception faite du caractère restreint de l'exception à l'autonomie de la volonté que le recours à l'ordre public implique. Si la Commission spéciale le considère souhaitable, le Commentaire peut développer et illustrer la relation envisagée entre la loi choisie par les parties et l'ordre public du for saisi.

⁹³ Voir notamment l'art. 17 de la Convention Contrats d'intermédiaires, *supra* (note 39), l'art. 11(1) de la Convention de La Haye de 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire et l'art. 21 du Code belge de droit international privé (2004).

Article 11**4^{ème} paragraphe**

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

Commentaires :

94. 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.

Article 11

5^{ème} paragraphe

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.

Commentaires :

95. La question de l'application des règles d'ordre public et des lois de police dans le cadre des procédures d'arbitrage est apparue comme une des questions les plus délicates dans la formulation du présent article. Dans le but d'aborder ces problèmes, plusieurs consultations et délibérations se sont tenues entre les experts intéressés, pendant et en marge des trois réunions tenues à La Haye. Au cours de la troisième réunion du Groupe de travail, un accord a été trouvé sur l'adoption d'une position neutre selon laquelle les tribunaux arbitraux bénéficieraient d'une certaine discrétion pour déterminer quelles lois de police ou règles d'ordre public appliquer⁹⁴.

96. Ce paragraphe a été rédigé en vue de refléter la situation des tribunaux arbitraux, par opposition aux tribunaux nationaux. Les tribunaux arbitraux sont tenus de rendre une sentence exécutoire et peuvent à cette fin être amenés à tenir compte des lois des juridictions où l'exécution pourrait avoir lieu. Toutefois, comme indiqué, le projet de Principes de La Haye, par sa nature intrinsèque en tant qu'instrument non contraignant, n'attribue pas (et ne peut pas attribuer) à un tribunal arbitral une autorité dépassant le cadre de son mandat. Par conséquent, ce paragraphe ne confère pas davantage d'autorité aux tribunaux arbitraux ; en revanche, il a pour objectif de préciser que le projet de Principes de La Haye, notamment son article 11, n'empêche pas un tribunal arbitral de tenir compte de l'ordre public ou des lois de police d'un État, si cela est « requis ou permis par le tribunal arbitral ».

97. En outre, il a été décidé que des orientations seraient données dans le Commentaire. En particulier, le Commentaire sera rédigé de façon à :

- a. décrire, au moyen d'exemples et de commentaires, comment les tribunaux arbitraux peuvent régler les questions liées à l'ordre public et aux lois de police ;
- b. refléter et illustrer les différentes approches et méthodes pouvant être adoptées par les tribunaux arbitraux, dans divers contextes, s'agissant du rôle de l'ordre public et des lois de police⁹⁵.

98. Enfin, le Groupe de travail a noté que la nature non contraignante du projet de Principes de La Haye permet une plus grande flexibilité et une plus large ouverture des dispositions en matière de lois de police et d'ordre public, par rapport à une convention contraignante. Les futurs utilisateurs du projet de Principes de La Haye peuvent donc affiner ces dispositions d'une certaine façon, et le plus précisément possible, afin de renforcer encore le principe de l'autonomie de la volonté.

⁹⁴ Voir Rapport de la Troisième réunion, *op. cit.* (note 26). Procès-verbaux établis par le Bureau Permanent, Partie 7. *Role of public policy and mandatory rules (continuation)*, (p. 1).

⁹⁵ Voir par ex., l'art. 21(1) des Règlements d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012) ; l'art. 35 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010) et l'art. 32(2) du Règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (1998).