AFFAIRES GÉNÉRALES ET POLITIQUE
GENERAL AFFAIRS AND POLICY

Doc. prél. No 6
Prel. Doc. No 6

mars / March 2014

HccH
HAGUE CONFERENCE ON
PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONFÉRENCE DE LA HAYE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PROJET DE PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

***

THE DRAFT HAGUE PRINCIPLES ON CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Document préliminaire No 6 de mars 2014 à l'attention
du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Preliminary Document No 6 of March 2014 for the attention
of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference

Permanent Bureau | *Bureau Permanent*
6, Scheveningseweg 2517 KT The Hague | *La Haye* The Netherlands | *Pays-Bas*
telephone | *téléphone* +31 (70) 363 3303 fax | *télécopieur* +31 (70) 360 4867
e-mail | *courriel* secretariat@hcch.net website | *site web* http://www.hcch.net

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

***

THE DRAFT HAGUE PRINCIPLES ON CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

GROUPE DE TRAVAIL SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX

MEMBRES

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

L'Honorable juge Clyde CROFT, *Supreme Court of Victoria*, Melbourne, Australie

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

M. Andrew DICKINSON, *Fellow of St Catherine's College* et Professeur de droit à l'Université d'Oxford, Royaume-Uni

M. Ahmed Sadek EL KOSHERI, Associé chez *Kosheri, Rashed & Riad, Legal Consultants & Attorneys at Law*, Le Caire, Égypte

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

M. Lauro GAMA E. SOUZA Jr., Avocat spécialiste du droit international privé et de l'arbitrage commercial ; Professeur adjoint, *Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Brésil

M. Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Professeur de droit, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Espagne

M. Daniel GIRSBERGER, Professeur, *Universität Luzern*, Faculté de droit, Lucerne, Suisse

Mme Yujun GUO, Professeur de droit, Université de Wuhan, Institut de droit international, Wuhan, Chine

M. Thomas KADNER GRAZIANO, Professeur, Université de Genève, Faculté de droit, Genève, Suisse

Mme Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE, Professeur de droit, *Universiteit Leiden* ; Avocat (Contrats et contentieux internationaux), Houthoff Buruma, Amsterdam, Pays-Bas

M. Dieter MARTINY, Professeur de droit émérite, *Europa-Universität Viadrina*, Francfort-sur-l'Oder ; *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hambourg, Allemagne

M. Campbell McLACHLAN, Professeur de droit, *Victoria University of Wellington*, Wellington, Nouvelle-Zélande

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

M. Jan L. NEELS, Professeur de droit international privé, Faculté de droit, *University of Johannesburg*, Afrique du Sud

Mme Yuko NISHITANI, Professeur, *Kyushu University*, Faculté de droit, Fukuoka, Japon

M. Richard F. OPPONG, Faculté de droit, *Thompson Rivers University*, Kamloops, Colombie-Britannique, Canada

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

M. Symeon C. SYMEONIDES, Professeur de droit émérite (Dean and Alex L. Parks), *Willamette University College of Law*, Salem, États-Unis d'Amérique

M. Ivan ZYKIN, Premier vice-Président de la Cour d'arbitrage commerciale internationale, Chambre du commerce et de l'industrie de la Fédération de Russie, Moscou, Russie

OBSERVATEURS

M. Michael Joachim BONELL, Président du Groupe de travail chargé de l'élaboration des Principes d'UNIDROIT, Rome, Italie

M. Fabio BORTOLOTTI, Président de la Commission du droit et des pratiques du commerce, Chambre de commerce internationale (CCI), Paris, France

M. José Alejandro CARBALLO LEYDA, Conseil juridique, *Energy Charter*, Bruxelles, Belgique ; observateur de la *International Law Association* (ILA)

M. Simone CUOMO, Conseiller juridique senior, Conseil des barreaux européens, Bruxelles, Belgique (suppléant : **Mme Enrica SENINI**, *Studio Legale Senini*, observateur du Conseil des barreaux européens, Brescia, Italie)

M. Timothy LEMAY, Collaborateur juridique principal, Chef de la section législative, CNUDCI, Secrétariat, Vienne, Autriche (suppléants : **Mme Miriana BELHADJ**, Collaboratrice juridique, **M. Cyril EMERY**, Collaborateur juridique, CNUDCI, Vienne, Autriche)

Mme Francesca MAZZA, Conseil, ancien Secrétaire à la Commission d'arbitrage de la CCI, Cour internationale d'arbitrage, Paris, France, actuel Secrétaire général de l'Institut allemand d'arbitrage (DIS)

M. Klaus REICHERT, *Senior Counsel*, Barreau d'Irlande, observateur de l'*International Bar Association* (IBA), Londres, Royaume-Uni

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

Le présent Commentaire a été élaboré par le Groupe de travail, dont la composition figure ci-avant. Plusieurs membres du Groupe de travail ont eu la responsabilité principale des travaux de rédaction des commentaires relatifs à certains articles :

Introduction	Daniel Girsberger
Préambule	Jan Neels
Article 1	Francisco Garcimartín et Yuko Nishitani
Article 2	Lauro Gama et Geneviève Saumier
Article 3	Lauro Gama et Geneviève Saumier
Article 4	Dieter Martiny et Jan Neels
Article 5	Dieter Martiny et Jan Neels
Article 6	Thomas Kadner Graziano et Marielle Koppenol-Laforce
Article 7	Bénédicte Fauvarque-Cosson et Ivan Zykin
Article 8	Dieter Martiny et Yuko Nishitani
Article 9	Richard Frimpong Oppong et Francisco Garcimartín
Article 10	Neil Cohen et Daniel Girsberger
Article 11	Andrew Dickinson et Geneviève Saumier
Article 12	Francisco Garcimartín et Yuko Nishitani

Membres du Comité de rédaction

Un Comité de rédaction a été constitué en janvier 2014 pour finaliser le projet de Commentaire, avec l'assistance du Bureau Permanent. Sa composition est la suivante :

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

M. Daniel GIRSBERGER, Professeur, *Universität Luzern*, Faculté de droit, Lucerne, Suisse

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

M. Symeon C. SYMEONIDES, Professeur de droit émérite (Dean and Alex L. Parks), *Willamette University College of Law*, Salem, États-Unis d'Amérique

Introduction au projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux

I.1 Lorsque des parties concluent un contrat connecté à plus d'un État, il est systématiquement nécessaire de déterminer quel ensemble de règles juridiques gouverne leur transaction. Cette considération est bien évidemment importante pour le tribunal étatique ou arbitral chargé de résoudre un différend entre les parties, mais aussi pour les parties elles-mêmes, qui souhaitent connaître l'ensemble de règles applicables à leurs obligations lorsqu'elles planifient la transaction ou exécutent le contrat.

I.2 Déterminer la loi applicable à un contrat sans tenir compte de la volonté exprimée par les parties à ce contrat peut causer une insécurité indésirable liée aux différences entre solutions d'un État à l'autre. Pour cette raison notamment, la notion d'« autonomie de la volonté » a émergé puis s'est largement développée aux fins de la détermination de la loi applicable.

I.3 L'autonomie de la volonté, c'est-à-dire le pouvoir qu'ont les parties à un contrat de choisir la loi régissant ce contrat, favorise la sécurité et la prévisibilité dans le cadre de l'accord contractuel principal passé par les parties tout en reconnaissant que les parties au contrat peuvent être les mieux placées pour déterminer quel est l'ensemble de principes juridiques le plus adapté à leur transaction. De nombreux États sont parvenus à cette conclusion, en conséquence de quoi l'approche prédominante à l'heure actuelle consiste à donner effet à l'autonomie de la volonté. Toutefois, cette notion n'est pas encore appliquée universellement.

I.4 La Conférence de La Haye de droit international privé (la « **Conférence de La Haye** ») juge considérables les avantages de l'autonomie de la volonté, et encourage l'application de cette notion dans les États qui ne l'ont pas encore adoptée, ou qui l'ont considérablement restreinte, ainsi que le développement et le perfectionnement continus de cette notion là où elle est déjà acceptée.

I.5 Pour cette raison, la Conférence de La Haye a entériné les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (les « **Principes** »), qui peuvent être vus à la fois comme un exemple d'élaboration d'un régime de choix de la loi exhaustif visant à donner effet à l'autonomie de la volonté, et comme un guide des meilleures pratiques pour la mise en œuvre et l'amélioration d'un tel régime.

Accords sur le choix de la loi

I.6 Le choix de la loi par les parties doit être distingué des termes de l'accord contractuel principal conclu par les parties (le « **contrat principal** »). Ce contrat principal peut par exemple revêtir la forme d'un contrat de vente, de services ou de location. Les parties peuvent choisir la loi applicable dans le cadre de leur contrat principal ou en passant un accord séparé sur le choix de la loi (on parlera ici d'« **accord sur le choix de la loi** », indépendamment de l'option choisie).

I.7 Les accords sur le choix de la loi devraient également être distingués des « clauses (ou accords) de compétence » et des « clauses (ou accords) d'élection de for », qui désignent l'accord entre les parties en ce qui concerne le for (en général, un tribunal étatique) qui statuera sur leur différend. Il convient en outre de discerner les accords sur le choix de la loi des « clauses (ou accords) d'arbitrage », qui traduisent la volonté des parties de soumettre leur différend à un tribunal arbitral. Bien qu'en pratique, ces clauses ou accords (qu'on regroupera ici sous le terme « **accords de règlement des différends** ») soient souvent associés à des accords sur le choix de la loi, ils poursuivent des objectifs différents. Les Principes ne traitent que des accords sur le choix de la loi, et non des accords de règlement des différends.

Nature des Principes

I.8 Comme leur titre le laisse à penser, les Principes ne constituent pas un instrument formellement contraignant de type convention que les États sont obligés d'appliquer directement ou de transposer en droit interne dès signature. Il ne s'agit pas non plus d'une loi modèle que les États sont exhortés à promulguer. C'est au contraire un ensemble non contraignant de *principes*, que la Conférence de La Haye encourage chaque État à intégrer à son régime national de choix de la loi d'une façon adaptée aux circonstances qui lui sont propres. À cet égard, les Principes peuvent orienter la réforme du droit interne sur le choix de la loi et fonctionner en parallèle d'instruments existant en la matière (voir le Règlement Rome I et la Convention de Mexico, qui consacrent et appliquent tous deux la notion d'autonomie de la volonté).

I.9 De par leur nature non contraignante, les Principes se distinguent des autres instruments élaborés par la Conférence de La Haye. Si la Conférence de La Haye n'exclut pas la possibilité d'élaborer un instrument contraignant à l'avenir, elle a estimé qu'un ensemble de principes non contraignants à fonction consultative était plus approprié pour l'instant en vue de promouvoir l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté dans le cadre du choix de la loi en matière de contrats commerciaux internationaux et la mise en place de régimes juridiques bien pensés, appliquant ce principe de façon équilibrée et fonctionnelle. En influant sur les réformes législatives, les Principes devraient favoriser l'harmonisation continue du traitement de cette thématique par les États et pourraient faire naître des situations appelant un instrument contraignant.

I.10 Quoique la promulgation de principes non contraignants soit une nouveauté pour la Conférence de La Haye, ce type d'instruments est relativement commun. En effet, les Principes viennent s'ajouter aux instruments non contraignants d'autres organisations, de plus en plus nombreux, qui ont contribué à l'enrichissement et à l'harmonisation du droit, à l'instar des Principes d'UNIDROIT et des PEDC*,* qui ont influencé le développement du droit des contrats.

Objet et champ d'application des Principes

I.11 L'objectif fondamental des Principes est de renforcer l'autonomie de la volonté et de garantir que la loi choisie par les parties ait un champ d'application le plus large possible, sous réserve de limites clairement définies (préambule, para. 1).

I.12 Aux fins de l'application des Principes de La Haye, deux critères doivent être remplis. Premièrement, le contrat en question doit être « international ». Aux termes des Principes de La Haye, un contrat est « international » sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État (voir art. 1(2)). Deuxièmement, chaque partie au contrat doit agir dans l'exercice de son commerce ou de sa profession (voir art. 1(1)). Les Principes excluent expressément de leur champ d'application certaines catégories de contrats pour lesquelles le pouvoir de négociation de l'une des parties (consommateur ou employé) est supposé plus faible (voir art. 1(1)).

I.13 Si les Principes visent à promouvoir l'acceptation de l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi, ils prévoient aussi des limites à cette autonomie. Les limites les plus importantes à l'autonomie de la volonté, et donc à l'application de la loi choisie par les parties, sont celles qu'énonce l'article 11, qui aborde les limites découlant des lois de police et de l'ordre public et visant à garantir que dans certaines circonstances, le choix de la loi par les parties n'a pas pour effet d'exclure certaines règles et politiques fondamentales pour les États.

I.14 Les Principes ne prévoient de règles que pour les situations dans le cadre desquelles les parties ont passé un accord sur le choix de la loi (exprès ou tacite). Ils ne contiennent pas de règles permettant de déterminer la loi applicable à défaut de choix. Cette exclusion s'explique par deux facteurs. Tout d'abord, le but des Principes est

d'approfondir l'autonomie de la volonté, plutôt que de proposer un ensemble exhaustif de principes permettant de déterminer la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Ensuite, les règles qui déterminent la loi applicable à défaut de choix ne font pour l'heure pas l'objet d'un consensus. Toutefois, les limites au champ d'application des Principes ne sauraient empêcher la Conférence de La Haye d'élaborer, à un stade ultérieur, des règles servant à déterminer la loi applicable aux contrats à défaut d'accord sur le choix de la loi.

Contenu des Principes

I.15 Le préambule et les 12 articles qui composent l'instrument peuvent être vus comme un code international recensant les meilleures pratiques actuelles en ce qui concerne la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en matière de choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux et doté, lorsque c'est pertinent, de dispositions novatrices.

I.16 Certaines dispositions s'inscrivent dans le cadre d'une approche faisant l'objet d'un large consensus au niveau international, notamment celles qui portent sur la capacité fondamentale des parties à choisir la loi applicable (voir préambule, para. 1 et art. 2(1)) et sur les limites adéquates à l'application de la loi choisie par les parties (voir art. 11). Il est à espérer qu'un État optant pour un régime favorable à l'autonomie de la volonté adopte systématiquement des règles concordant avec ces dispositions.

I.17 D'autres dispositions reflètent le point de vue de la Conférence de La Haye s'agissant des meilleures pratiques et apportent des éclaircissements utiles aux États acceptant l'autonomie de la volonté : il s'agit entre autres des dispositions visant la capacité des parties à choisir différentes lois applicables à différentes parties de leur contrat (voir art. 2(2)), à opérer un choix tacite de la loi applicable (voir art. 4) et à modifier leur choix de la loi (voir art. 2(3)), ou encore de la disposition relative au fait qu'aucun lien entre la loi choisie et la transaction ou les parties n'est requis (voir art. 2(4)). Dans la droite ligne de nombreux régimes nationaux et instruments régionaux, l'article 7 prévoit de traiter séparément la validité d'un accord sur le choix de la loi et la validité du contrat principal, tandis que l'article 9 décrit le champ d'application de la loi applicable. D'autres dispositions relatives aux meilleures pratiques donnent des orientations sur les moyens de déterminer le champ d'application de la loi choisie dans le contexte de la relation triangulaire associée à une cession de créances (voir art. 10) et de gérer les situations dans lesquelles les parties ont des établissements dans plus d'un État (voir art. 12). Ces dispositions relatives aux meilleures pratiques donnent d'importants conseils aux États souhaitant adopter ou moderniser un régime favorable à l'autonomie de la volonté. Cependant, la Conférence de La Haye reconnaît qu'un État peut disposer d'un régime d'autonomie de la volonté fonctionnant très bien sans pour autant consacrer l'ensemble de ces meilleures pratiques.

I.18 Certaines dispositions des Principes recèlent des solutions innovantes. L'une de ces caractéristiques remarquables se trouve à l'article 3, qui permet aux parties de désigner non seulement la loi d'un État, mais aussi des « règles de droit » émanant de sources non étatiques et définies par certains paramètres. Historiquement, le choix de normes ou « règles de droit » était en général propre au contexte arbitral. Lorsqu'un différend est porté devant un tribunal étatique, les régimes de droit international privé exigent traditionnellement que l'accord sur le choix de la loi conclu par les parties désigne un système de droit étatique. Certains régimes permettent aux parties d'intégrer des « règles de droit » ou des usages du commerce en y faisant référence au sein du contrat. Permettre aux parties une incorporation par référence n'est toutefois pas la même chose que leur permettre de choisir des « règles de droit » en tant que loi applicable à leur contrat.

I.19 Les articles 5, 6 et 8 renferment d'autres dispositions avant-gardistes. L'article 5 prévoit une règle matérielle de droit international privé disposant que la validité d'un accord sur le choix de la loi n'est soumise à aucune condition formelle spécifique, à moins

que les parties en décident autrement. L'article 6 propose, entre autres, une solution au problème épineux du « désaccord sur les clauses types » ou, plus précisément, une issue lorsque les deux parties opèrent un choix de la loi par l'échange de contrats consistant en des « formulaires types ». L'article 8 exclut le renvoi mais, contrairement à nombre d'autres instruments, permet aux parties d'en disposer expressément autrement.

Utilisateurs potentiels des Principes

I.20 Parmi les utilisateurs potentiels des Principes, on distingue les législateurs, les tribunaux étatiques et arbitraux, ou encore les parties et leurs conseillers juridiques :

a. Pour les *législateurs (qu'il s'agisse d'organes législatifs ou judiciaires)*, les Principes sont un modèle pouvant servir à créer des règles sur le choix de la loi ou bien à compléter ou approfondir les règles existant en la matière (voir préambule, para. 2). La nature non contraignante des Principes permet aux législateurs de les mettre en œuvre en tout ou partie sur le plan national, régional, supranational ou international. Ces personnes conservent en outre la possibilité de prendre des décisions stratégiques lorsque les Principes s'en remettent à la loi du for (voir art. 3, 11(2), 11(4)).

b. Pour les *tribunaux étatiques et arbitraux*, les Principes donnent des orientations sur la façon d'aborder les questions relatives à la validité et aux effets d'un accord sur le choix de la loi, ainsi que sur la résolution des différends relatifs à un choix de la loi dans le cadre juridique prévalant (voir préambule, para. 3 et 4). Les Principes peuvent être particulièrement utiles pour appréhender des situations nouvelles.

c. Pour les *parties et leurs conseillers juridiques*, les Principes donnent des orientations sur la loi ou les « règles de droit » que les parties peuvent légitimement choisir et sur les facteurs et paramètres pertinents entrant en ligne de compte lors d'un choix de la loi, y compris certaines questions importantes associées à la validité et aux effets de ce choix, et à la rédaction d'un accord exécutoire sur le choix de la loi.

I.21 Les utilisateurs des Principes sont encouragés à en lire les articles conjointement avec le préambule et le Commentaire. Le Commentaire accompagne chaque article et sert d'outil d'explication et d'interprétation. Il comprend de nombreux exemples pratiques destinés à illustrer l'application des Principes. La structure et la longueur des commentaires et illustrations varient en fonction du degré de détail nécessaire à la compréhension de chaque article. Le Commentaire comprend également des références comparatives à d'autres instruments régionaux, supranationaux ou internationaux et à l'historique de la rédaction, lorsque ces références éclairent l'interprétation. Les utilisateurs peuvent aussi se reporter à la bibliographie et aux supports disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye.

x

PROJET DE PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

Préambule

1. Cet instrument énonce des principes généraux relatifs au choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Ils affirment le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions.

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

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

4. Ils peuvent être appliqués par des tribunaux étatiques ou arbitraux.

Article premier – Champ d'application des Principes

1. Ces Principes s'appliquent au choix de la loi applicable aux contrats internationaux lorsque chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Ils ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail.

2. Aux fins de ces Principes, un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État.

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

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

Article 2 – Liberté de choix

1. Un contrat est régi par la loi choisie par les parties.

2. Les parties peuvent choisir :

a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ;

b) différentes lois pour différentes parties du contrat.

3. Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Les choix ou modifications opérés après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle ni aux droits des tiers.

4. Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

Article 3 – Règles de droit

Aux termes de ces Principes, la loi choisie par les parties peut inclure des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement.

Article 4 - Choix exprès ou tacite

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

Article 5 – 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 disposent autrement.

Article 6 – Accord sur le choix de la loi et désaccord sur les clauses types

1. Sous réserve du paragraphe 2 :

a) le fait que les parties soient convenues ou non du choix de la loi est déterminé par la loi réputée faire l'objet d'un accord ;

b) si les parties ont eu recours à des clauses types désignant deux lois différentes, en vertu desquelles les mêmes clauses types prévalent, la loi désignée dans les clauses types qui prévalent s'applique ; si en vertu de ces lois différentes clauses types prévalent, ou si en vertu de l'une de ces lois ou des deux lois aucune ne prévaut, il n'y a pas de choix de la loi.

2. La loi de l'État du lieu d'établissement d'une partie détermine si cette partie a consenti ou non au choix de la loi si, dans ces circonstances, il ne serait pas raisonnable de se prononcer sur cette question selon la loi mentionnée dans le paragraphe 1.

Article 7 – Séparabilité

Le choix de la loi ne peut pas être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable.

Article 8 – Exclusion du renvoi

Le choix de la loi n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie par les parties sauf si les parties en disposent expressément autrement.

Article 9 – Champ d'application de la loi choisie

1. 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 les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;
e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;
f) la charge de la preuve et les présomptions légales ;
g) les obligations précontractuelles.

2. Le paragraphe 1 *e)* n'exclut pas l'application de toute autre loi applicable en faveur de la validité formelle du contrat.

Article 10 – Cession de créances

Dans le cas de la 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 créances 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 créances est opposable au débiteur ;
ii) les droits du cessionnaire envers le débiteur ;
iii) la question de savoir si le débiteur s'est acquitté de ses obligations.

Article 11 – Lois de police et ordre public

1. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal étatique d'appliquer les lois de police de la loi du for, quelle que soit par ailleurs la loi choisie par les parties.

2. La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi.

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

4. La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public d'un État dont la loi serait applicable en l'absence de choix de la loi.

5. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal arbitral d'appliquer ou de prendre en considération l'ordre public, ou d'appliquer ou de prendre en considération les lois de police d'une loi autre que celle choisie par les parties, si le tribunal arbitral doit ou peut le faire.

Article 12 – Établissement

Aux fins de ces Principes, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion.

PROJET DE COMMENTAIRE RELATIF AU PROJET DE PRINCIPES DE LA HAYE SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX

* * *

DRAFT COMMENTARY ON THE DRAFT HAGUE PRINCIPLES ON CHOICE OF LAW IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Préambule

<u>Paragraphe 1</u>
Cet instrument énonce des principes généraux relatifs au choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Ils affirment le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions.

<u>Paragraphe 2</u>
Ils peuvent être utilisés comme modèle pour des instruments nationaux, régionaux, supranationaux ou internationaux.

<u>Paragraphe 3</u>
Ils peuvent être utilisés pour interpréter, compléter et élaborer des règles de droit international privé.

<u>Paragraphe 4</u>
Ils peuvent être appliqués par des tribunaux étatiques ou arbitraux.

P.1. Le préambule présente la nature (préambule, para. 1), l'objet (préambule, para. 1) et les finalités visées (préambule, para. 2 à 4) des Principes en tant qu'instrument non contraignant.

Paragraphe premier du préambule

P.2. Les dispositions de l'instrument sont des « principes généraux », un terme reflétant leur caractère non contraignant. Les Principes portent sur l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le choix de la loi dans les contrats commerciaux internationaux, telle que décrite à l'article 1(1) et (2) ; ils ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail (voir art. 1(1)). Cet instrument peut être considéré comme un code des meilleures pratiques actuelles en ce qui concerne le choix de la loi dans les contrats commerciaux internationaux, telles que reconnues au niveau international, et contient également des dispositions novatrices, en tant que de besoin.

P.3. L'objectif des Principes est d'encourager la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté dans les États n'ayant pas encore adopté ce principe, ou l'ayant significativement restreint, ainsi que le développement et l'approfondissement de cette autonomie là où elle est déjà acceptée. L'autonomie de la volonté répond aux attentes légitimes des parties dans cet environnement et va ainsi dans le sens de la prévisibilité mais aussi de la sécurité juridique, notamment dans la mesure où la loi applicable à défaut de choix de la loi par les parties dépend du for qui tranchera le différend. L'autonomie de la volonté permet aux parties de choisir une loi neutre ou la loi qu'ils jugent la plus adaptée à leur contrat. Les Principes affirment par conséquent la liberté des parties à un contrat commercial international (voir art. 1(1) et (2)) de convenir de la loi qui lui sera applicable (voir art. 2 et 3). Ils prévoient néanmoins des exceptions limitées à l'autonomie de la volonté, à l'article 11 (Lois de police et ordre public).

Préambule, paragraphe 2

P.4. L'un des objectifs de l'instrument est l'acceptation de ses principes dans les instruments de droit international privé présents et futurs, censée produire un degré important d'harmonisation du droit sur les plans national, régional, supranational et international, ce qui donnera effet à l'autonomie de la volonté en ce qui concerne le choix de la loi dans les contrats commerciaux internationaux.

Préambule, paragraphe 3

P.5. Les Principes peuvent être utilisés par des tribunaux étatiques ou arbitraux (préambule, para. 4) pour interpréter, compléter et élaborer des règles de droit international privé. Ces règles peuvent exister à un échelon national (notamment central et provincial), régional, supranational ou international, que ce soit dans le cadre de conventions, de règlements, de lois ou de jurisprudence, par exemple. *Interpréter* désigne ici le processus qui consiste à expliquer, clarifier ou déduire le sens des règles de droit international privé existantes. *Compléter,* dans ce contexte, signifie préciser une règle de droit international existante qui ne prévoit pas suffisamment ou de façon adéquate un type de situation particulier. Bien que l'*élaboration* de règles de droit international privé puisse inclure leur interprétation constructive ou le fait de les compléter, la notion contenue dans ce paragraphe se réfère particulièrement à l'ajout, par des organes législatifs ou, dans certains systèmes, par des organes judiciaires, de nouvelles règles lorsqu'il n'en existait pas auparavant, ou à l'apport de modifications substantielles à des règles préexistantes. Bien entendu, les règles de droit international privé doivent être interprétées, complétées et élaborées dans le cadre fixé par le droit contraignant (par ex. la Convention de Vienne).

Préambule, paragraphe 4

P.6. Aussi bien les tribunaux étatiques que les tribunaux arbitraux sont invités à appliquer les Principes. Tous les articles ont été rédigés aux fins d'être utilisés par les tribunaux étatiques ou arbitraux et, à deux exceptions près, ces articles ne font pas la distinction entre les deux types de tribunaux (la dernière partie de l'article 3 (« à moins que la loi du for n'en dispose autrement ») s'applique exclusivement aux tribunaux étatiques, tandis que l'article 11 différencie tribunaux étatiques (voir art. 11(1) à (4)) et tribunaux arbitraux (voir art. 11(5)).

Article premier
Champ d'application des Principes

Paragraphe 1
Ces Principes s'appliquent au choix de la loi applicable aux contrats internationaux lorsque chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Ils ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail.

Paragraphe 2
Aux fins de ces Principes, un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État.

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

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

Introduction

1.1 L'objet de l'article premier est de déterminer le champ d'application des Principes. Ce champ d'application est défini par trois critères : les Principes s'appliquent aux accords sur le choix de la loi i) en matière contractuelle ii) lorsque le contrat revêt un caractère international (voir para. 1.13 à 1.21) et iii) commercial (voir para. 1.5 à 1.12).

1.2 L'article 1(1) délimite le champ d'application des Principes et décrit les catégories de contrats auxquelles ils s'appliquent. L'article 1(2), avec l'article 12, renferme une définition des contrats internationaux. L'article 1(3) contient une liste des questions ou matières exclues du champ d'application des Principes.

Article 1(1)

Justification

1.3 Les Principes s'appliquent aux accords sur le choix de la loi dans les contrats internationaux pour lesquels chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Une clarification explicite confirme que les Principes ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail.

1.4 Le champ d'application des Principes se limite aux contrats commerciaux, car l'autonomie de la volonté est largement acceptée dans le cadre de ces contrats. En 2008, « [le] Conseil [a invité] le Bureau Permanent à poursuivre l'étude de ce thème concernant les contrats internationaux entre professionnels, dans la perspective de promouvoir l'autonomie des parties » (Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (1 – 3 avril 2008), p. 1) et en 2009, « [le] Conseil [a invité] le Bureau Permanent à continuer les travaux sur la promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats commerciaux internationaux » (Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les

affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009), p. 2). La logique est d'établir et de renforcer l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux, mais uniquement si les deux parties agissent en leur qualité professionnelle, de sorte que les risques d'abus de l'autonomie de la volonté sont réduits.

Définition des contrats commerciaux

1.5 Le champ d'application des Principes se limite aux « contrats commerciaux », comme annoncé de façon explicite au préambule (para. 1) et dans le titre de l'instrument. Le terme « contrats commerciaux » est employé par d'autres instruments, notamment les Principes d'UNIDROIT. L'article 1(1) clarifie la signification du terme « contrats commerciaux » par une définition à la fois positive et négative qui i) décrit les catégories de contrats auxquelles les Principes s'appliquent et ii) exclut expressément les contrats de travail et de consommation.

1.6 Dans certains États, les contrats de consommation sont qualifiés de contrats commerciaux du fait que l'une des parties est un professionnel. Les Principes ne suivent pas cette approche : l'article 1(1) fait entrer dans le champ d'application des Principes les contrats où « *chaque partie* agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession ». Pour que les Principes soient applicables, les deux (ou toutes les) parties doivent agir dans le cadre de leur activité commerciale ou de leur profession respective. Cette définition est importante, car elle prévoit une notion autonome des contrats commerciaux aux fins des Principes. Elle ne reflète pas nécessairement la distinction traditionnellement opérée dans certains États entre transactions commerciales et civiles. La formulation ci-avant s'inspire du Règlement Rome I (art. 6(1)), aux termes duquel un consommateur est défini comme étant toute personne physique qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle. La définition énoncée à l'article 1(1) est le pendant inverse, dans la mesure où elle décrit positivement les contrats d'intermédiaires comme ceux où chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession.

1.7 Tel qu'employé à l'article 1(1) et dans le reste des Principes, le terme « partie » s'entend comme comprenant toute personne physique ou morale : par exemple, des travailleurs indépendants, des sociétés, des fondations, des partenariats, des entités non constituées en personne morale ou des entités publiques. Il n'est pas nécessaire que les parties aient une vaste expérience ou des compétences approfondies dans leur commerce ou leur profession particulière. En outre, l'emploi des termes « commerce ou profession » indique clairement que cette définition inclut les activités commerciales des commerçants, des fabricants ou des artisans (transactions commerciales) et les activités commerciales de professionnels tels que les avocats ou les architectes (services professionnels). Les contrats d'assurance et les contrats de transfert ou de licence de droits de propriété intellectuelle entre professionnels relèvent du champ d'application des Principes, de même que les contrats d'intermédiaires et de franchise.

1.8 Le fait qu'une partie « [agisse] dans l'exercice de son commerce ou de sa profession » dépend des circonstances du contrat et non du simple statut des parties. Par conséquent, une même personne peut agir en tant que commerçant ou professionnel dans le cadre de certaines transactions et en tant que consommateur en relation avec d'autres transactions.

> ***Illustration 1-1****. La partie A est un avocat en exercice. Lorsque la partie A passe un contrat de services juridiques avec la partie B, une entreprise, elle agit dans l'exercice de sa profession. En revanche, si la partie A conclut un contrat de location pour un appartement où passer des vacances, elle agit en dehors de l'exercice de sa profession.*

1.9 Si un contrat est commercial, les Principes s'appliquent quels que soient les moyens par lesquels il a été conclu. Ainsi, ils s'appliquent par exemple aux transactions commerciales électroniques ainsi qu'à tout type de contrat passé par des moyens

électroniques, du moment que les parties agissent dans l'exercice de leur commerce ou de leur profession.

Exclusion des contrats de consommation ou de travail

1.10 Les contrats non commerciaux sont exclus du champ d'application des Principes. En particulier, et afin d'éviter tout doute, l'article 1(1) exclut expressément les contrats de consommation et de travail. Cette exclusion comprend les contrats de travail individuels et les conventions collectives. Elle s'explique par le fait que le droit matériel de nombreux États soumette les contrats de consommation et de travail à des règles protectrices particulières, auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat. Ces règles visent à protéger la partie la plus faible –consommateur ou employé – d'un risque d'abus de la liberté contractuelle ; cette protection s'étend au droit international privé, où elle apparaît comme une exception ou une limite à l'autonomie de la volonté. Toutefois, l'exclusion des contrats de consommation et de travail prévue à l'article 1(1) n'a vocation qu'à illustrer le type de contrats non commerciaux auquel les Principes ne s'appliquent pas. D'autres contrats non commerciaux, tels qu'un contrat conclu entre deux consommateurs, sortent également du champ d'application des Principes.

1.11 Le fait que les Principes, tels qu'ils sont formulés, ne s'appliquent qu'aux contrats où chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession ne devrait pas conduire à la conclusion négative selon laquelle l'autonomie de la volonté n'est pas permise dans le cadre des contrats non commerciaux. Les Principes ne prévoient pas de règles de droit international privé pour ces contrats.

1.12 L'article 1(1) décrit les contrats auxquels les Principes s'appliquent en termes généraux, conformément à la nature de l'instrument, qui constitue un ensemble non contraignant de principes généraux. S'agissant en particulier des contrats de consommation, les Principes ne visent pas explicitement la qualification des contrats dits à double finalité, contrats dont les finalités prévues relèvent en partie et ne relèvent pas en partie du commerce ou de la profession d'une partie. De même, les Principes ne commentent pas l'angle sous lequel la finalité du contrat doit être appréciée : ils ne déterminent pas s'il est nécessaire que le professionnel ait conscience de la finalité du contrat (voir art.2 a) de la CVIM).

Article 1(2)

Caractère international

1.13 Pour entrer dans le champ d'application des Principes, le contrat doit revêtir un caractère « international ». Cette condition est cohérente avec l'approche traditionnelle selon laquelle le droit international privé ne s'applique qu'aux affaires internationales. La définition du caractère « international » varie considérablement selon les différents instruments nationaux et internationaux (voir para. 1.15).

1.14 Aux fins des Principes, la notion de contrat international est définie à l'article 1(2). En vertu de cette disposition, les seuls contrats exclus car considérés comme non internationaux sont ceux où « les parties ont leur établissement dans le même État et [où] la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État ». Cette définition négative exclut uniquement les situations purement nationales, afin de permettre l'interprétation la plus large possible du terme « international ». Cette disposition est principalement inspirée par la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for (art. 1(2)).

1.15 L'article 1(2) des Principes n'adopte pas une définition positive de l'internationalité du contrat, contrairement à plusieurs autres instruments (voir, par ex. art. 1 *a)* et *b)* de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente), ni ne suit une approche plus large qui englobe toutes les situations impliquant un « conflit de lois » ou un « choix entre les lois de différents États », où le choix de la loi par les parties peut à lui seul

constituer un élément pertinent (voir art. 3 de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres, par ex.).

Détermination du caractère international

1.16 La détermination du caractère international du contrat se fait en deux étapes.

1.17 Premièrement, l'article 1(2) se réfère aux établissements des parties comme élément pertinent. Lorsque les établissements des parties sont situés dans différents États, le contrat est international et les Principes s'appliquent. Ce test simple facilite la détermination de l'internationalité sans avoir à se référer à d'autres facteurs pertinents. Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion (voir art. 12).

> ***Illustration 1-2.*** *La partie A (dont l'établissement principal se trouve dans l'État X, mais dont l'établissement le plus étroitement lié au contrat au sens de l'article 12 se situe dans l'État Y) signe un contrat par l'intermédiaire de son établissement dans l'État Y avec la Partie B, dont l'établissement principal est aussi situé dans l'État X et qui agit par l'intermédiaire de son établissement principal dans l'État X. Dans la mesure où les parties ont agi par l'intermédiaire d'établissements situés dans différents États (l'État Y pour la partie A et l'État X pour la partie B), le contrat est international et sera par conséquent régi par les Principes.*

1.18 Deuxièmement, même si le premier critère ne s'applique pas, un contrat est toujours considéré comme international à moins que « tous les autres éléments pertinents » soient situés dans un même État. Ces éléments pertinents peuvent être, par exemple, le lieu de conclusion du contrat, le lieu d'exécution, la nationalité ou le lieu de constitution ou l'établissement d'une partie. Si une partie a plus d'un établissement impliqué dans la transaction, les établissements secondaires qui n'ont pas été pris en considération au cours de la première étape, conformément à l'article 12 (voir para. 1.17), peuvent encore entrer en ligne de compte.

1.19 La détermination du caractère international peut exiger une analyse minutieuse au cas par cas. Par exemple, la vente d'un terrain situé dans un État X entre des parties ayant leurs établissements dans un État Y remplit la condition d'internationalité du contrat, dans la mesure où le terrain est situé à l'étranger. Toutefois, ces mêmes considérations ne s'appliquent pas à la vente, dans un État X, de bien tangibles produits à l'étranger, dans un État Y (ou dans plusieurs États) car à tous les moments apparentés à la vente, l'ensemble des éléments pertinents se trouvent dans l'État X. De même, la tenue de négociations précontractuelles à l'étranger ou encore l'utilisation d'une langue en particulier dans le contrat ne suffisent pas, à elles seules, à satisfaire au critère de l'internationalité.

1.20 Le contrat est réputé international et relève du champ d'application des Principes à moins qu'aucun élément pertinent ne fonde le caractère international. Cette interprétation découle de la définition négative de l'internationalité visée à l'article 1(2).

Facteurs non pertinents

1.21 L'expression « quelle que soit la loi choisie » employée à l'article 1(2) signifie que le choix de la loi par les parties n'est pas un élément pertinent pour la détermination du caractère international. En d'autres termes, les parties ne peuvent établir l'internationalité du contrat uniquement en sélectionnant une loi étrangère, même si ce choix s'accompagne d'une élection de for ou du choix d'un tribunal arbitral étrangers, lorsque tous les éléments objectifs pertinents sont situés dans un seul État (voir art. 1 *b)* de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente). Cette définition de l'internationalité se distingue de celles de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres (art. 3) et du Règlement Rome I (art. 1(1)).

1.22 Les Principes ne portent pas sur les conflits de lois entre différentes unités territoriales d'un même État, par exemple en Australie, au Canada, en Espagne, aux États-Unis d'Amérique, au Nigéria ou au Royaume-Uni. Par conséquent, le fait que l'un des éléments pertinents soit situé dans une unité territoriale différente au sein d'un État ne constitue pas l'internationalité du contrat visée à l'article 1(2). Cependant, les Principes n'empêchent pas les législateurs ou autres utilisateurs d'étendre le champ d'application des Principes à des conflits de lois intra-étatiques.

Article 1(3)

1.23 Les Principes s'appliquent aux accords sur le choix de la loi en ce qui concerne les *contrats*. Reprenant la démarche suivie par d'autres instruments internationaux, les Principes ne donnent pas une définition du terme « contrat ». Toutefois, afin de faciliter l'application des Principes, l'article 1(3) exclut de leur champ d'application certaines matières ne faisant pas l'objet d'un large consensus eu égard a) à leur qualification contractuelle ou b) à la nécessité de les soumettre à l'autonomie de la volonté. La liste des exclusions comprend six points : i) la capacité des personnes physiques ; ii) les accords d'arbitrage et d'élection de for ; iii) les sociétés ou autres groupements et les trusts ; iv) les procédures d'insolvabilité ; v) les effets patrimoniaux des contrats ; vi) la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir. Cette liste est inspirée, entre autres, par la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente (art. 5), le Règlement Rome I (art. 1(2)) et la Convention de Mexico (art. 5).

1.24 L'article 1(3) est motivé par deux aspects : la nature juridique des questions énumérées et l'absence de consensus concernant leur qualification contractuelle ou la nécessité de les soumettre à l'autonomie de la volonté. Cependant, l'existence d'une liste d'exclusions ne devrait pas être interprétée comme une décision stratégique contre l'autonomie de la volonté en ce qui concerne les matières exclues. Les Principes sont neutres sur ce point et, partant, n'empêchent pas les législateurs ou autres utilisateurs d'étendre l'autonomie de la volonté à plusieurs ou à toutes les matières exclues.

1.25 *Premièrement*, les Principes ne traitent pas de la loi régissant *la capacité des personnes physiques.* Dans ce contexte, le terme « capacité » désigne la faculté des personnes physiques à agir et à conclure des contrats de façon indépendante. Cela n'inclut pas le pouvoir des intermédiaires ou des organes de représenter une personne ou une entité pour le compte de laquelle ils prétendent agir (voir art. 5 b) de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente). La capacité est une question qui peut être vue comme découlant de la validité du contrat, notamment l'accord concernant le choix de la loi lui-même. L'absence de capacité entraîne une restriction de l'autonomie de la volonté fondée sur la nécessité de protéger la personne en raison, par exemple, de son âge (un mineur) ou de son état mental. Dans certains États, la question de la capacité est considérée comme une question de statut non contractuelle. La détermination de la loi applicable à cette question est exclue du champ d'application des Principes. Cette exclusion signifie que les Principes ne déterminent ni la loi régissant la capacité des personnes physiques, ni les mécanismes judiciaires ou juridiques d'autorisation, ni les effets d'une absence de capacité quant à la validité de l'accord sur le choix de la loi (voir Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente, para. 39 et 40).

1.26 *Deuxièmement*, les Principes ne traitent pas de la loi régissant *les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for.* Cette exception se réfère principalement à la *validité matérielle* de tels accords, c'est-à-dire aux aspects contractuels des clauses relatives à la compétence, et inclut des questions telles que la fraude, l'erreur, le dol ou la contrainte (voir aussi Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for, para. 126). Dans certains États, ces questions sont considérées comme procédurales et sont par conséquent régies par la *lex fori* ou la *lex arbitri.* Dans d'autres États, ces questions relèvent du droit matériel et sont donc régies par la loi

applicable à l'accord d'arbitrage ou d'élection de for lui-même. Les Principes n'adoptent aucune de ces positions : l'article 1(3) *b)* exclut ces questions du champ d'application.

1.27 *Troisièmement,* les Principes ne portent pas sur la loi régissant *les sociétés ou autres groupements et trusts.* Le terme « groupement » est utilisé au sens large de façon à englober les entités constituées ou non en personne morale, telles que les partenariats ou les associations.

1.28 L'exclusion prévue à l'article 1(3) *c)* couvre la constitution et l'organisation de sociétés ou d'autres groupements et trusts. Les questions exclues sont, en règle générale, la constitution, l'obtention de la qualité de membre, la capacité, l'organisation interne, les processus décisionnels, la dissolution et la liquidation de sociétés ou d'autres groupements. La même exclusion s'applique aux questions concernant l'administration interne des trusts. Dans de nombreux États, ces questions sont soumises à des règles de droit international privé spécifiques, lesquelles désignent la loi des sociétés (en règle générale, la loi du lieu de constitution ou de l'administration centrale) ou la loi des autres groupements ou trusts.

1.29 L'exclusion prévue à l'article 1(3) *c)* se limite aux questions liées à l'organisation et à la gestion internes des sociétés ou d'autres groupements et trusts, et ne s'étend pas aux contrats que ces entités passent avec des tiers. Les Principes s'appliquent également aux contrats commerciaux passés entre des membres d'une société (pactes d'actionnaires).

1.30 *Quatrièmement,* les Principes ne traitent pas du droit régissant l'*insolvabilité*. Cette exclusion se réfère aux effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut avoir sur les contrats. Les procédures d'insolvabilité peuvent interférer avec les principes généraux du droit des contrats, par exemple en invalidant un contrat en application de règles de *claw back*, en suspendant un droit à la résiliation de la partie *in bonis* ou en donnant à l'administrateur en matière d'insolvabilité le pouvoir de refuser l'exécution d'un contrat en cours ou de le céder à un tiers. L'exclusion de l'insolvabilité énoncée à l'article 1(3) *d)* a trait à ces questions. En règle générale, les Principes ne déterminent pas la loi applicable à la question de savoir comment les contrats doivent être traités en cas d'insolvabilité, et ne traitent pas de la capacité de l'administrateur en matière d'insolvabilité à passer de nouveaux contrats pour le compte de la masse de l'insolvabilité. Le terme « insolvabilité » est ici employé au sens large, incluant notamment les procédures de redressement judiciaire, de restructuration, de réorganisation et de liquidation.

1.31 *Cinquièmement*, les Principes ne traitent pas de la loi régissant *les effets patrimoniaux des contrats.* Ils permettent aux parties de choisir la loi applicable à leurs obligations contractuelles, mais ils ne visent pas l'établissement et les effets des droits *in rem* nés du contrat. En d'autres termes, les Principes déterminent uniquement la loi régissant les droits et obligations mutuels des parties, et non la loi régissant les droits *in rem*. Par exemple, dans un contrat pour la vente d'un bien, meuble ou immeuble, tangible ou intangible, les Principes s'appliquent à l'obligation personnelle de délivrance qui incombe au vendeur et à l'obligation personnelle de paiement qui incombe à l'acheteur, mais pas aux questions telles que celle de savoir si le transfert confère effectivement et automatiquement des droits de propriété, ou celle de savoir si l'acheteur acquiert le statut de propriétaire sans se voir transférer les droits ou créances de tiers.

1.32 *Enfin*, les Principes ne traitent pas de la loi régissant la question de savoir *si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir*. Cette exclusion se réfère aux aspects *externes* de la relation d'intermédiaire, c'est-à-dire aux questions comme celle de savoir si la personne pour le compte de laquelle l'intermédiaire agit est engagée sur le fondement d'un pouvoir tacite ou manifeste ou de la négligence, ou si et dans quelle mesure le représenté peut ratifier *ex post* un acte *ultra vires* de l'intermédiaire (voir art. 11 de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires). Au contraire, les Principes s'appliquent aux aspects internes de la relation d'intermédiaire, c'est-à-dire la relation entre le représenté et l'intermédiaire, si elle remplit autrement les conditions d'un contrat commercial.

Article 2
Liberté de choix

Paragraphe 1
Un contrat est régi par la loi choisie par les parties.

Paragraphe 2
Les parties peuvent choisir :
a) **la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ;**
b) **différentes lois pour différentes parties du contrat.**

Paragraphe 3
Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Les choix ou modifications opérés après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle ni aux droits des tiers.

Paragraphe 4
Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

Introduction

2.1 L'article 2 établit la liberté des parties de choisir la loi régissant leur contrat. En outre, il dispose que ce choix peut s'appliquer à une seule partie du contrat, qu'il peut être exercé à tout moment et qu'aucun lien entre la loi choisie et les parties ou leur transaction n'est requis. Cet article devrait être lu conjointement avec l'article 3, lequel permet aux parties de désigner des « règles de droit » pour régir leur contrat.

2.2 Les Principes ne prévoient pas de mode de détermination de la loi applicable à un contrat commercial international à défaut de choix de la loi (exprès ou tacite) par les parties.

Justification

2.3 L'article 2 reflète l'objectif principal et fondamental des Principes, qui est de garantir et de délimiter l'autonomie de la volonté dans la désignation de la loi régissant les contrats commerciaux internationaux (définis à l'art. 1). Le fait qu'en vertu des Principes, la liberté des parties de choisir la loi ou des « règles de droit » régissant leur contrat ne dépende pas du mode de règlement des différends, qu'il soit judiciaire ou arbitral, est particulièrement important.

2.4 Les Principes reconnaissent que certaines restrictions à l'autonomie de la volonté sont nécessaires, même dans le domaine des contrats commerciaux internationaux. Par conséquent, l'effet du choix de la loi par les parties est expressément limité par les lois de police et l'ordre public, ainsi que le prévoit l'article 11. Le champ d'application de l'autonomie de la volonté en vertu des Principes est également défini par les articles 1(3) et 9.

Liberté de choix (art. 2(1))

2.5 L'article 2(1) dispose qu'« [un] contrat est régi par la loi choisie par les parties ». En vertu des Principes, les parties sont libres de choisir la loi de tout État (voir para. 1.22 pour des unités territoriales distinctes au sein d'un État). Les parties peuvent également désigner des « règles de droit », comme le prévoit l'article 3. Aucune autre limitation ou condition à la sélection de la loi choisie n'est imposée par l'article 2(1).

Illustration 2-1. *Un contrat de vente de matériel contient une disposition en vertu de laquelle la loi de l'État X, où le vendeur a son établissement principal, régit tous les aspects liés à la formation et à la validité du contrat, les obligations du vendeur et de l'acheteur, la rupture du contrat et les dommages et intérêts. Si un différend survient entre les parties, le tribunal étatique ou arbitral donnera effet au choix opéré par les parties et appliquera la loi de l'État X.*

Choix de la loi partiel ou multiple (art. 2(2))

2.6 Les Principes permettent un choix de la loi partiel ou multiple, c'est-à-dire soumettant des parties distinctes du contrat à différentes lois (pratique également connue sous le nom de dépeçage). Étant donné que le choix partiel ou multiple est par sa nature même une forme d'exercice de l'autonomie de la volonté, les Principes réservent aux parties la possibilité de recourir à ce procédé. Toutefois, le recours au dépeçage implique un risque de contradiction ou d'incohérence dans la détermination des droits et obligations des parties.

2.7 En vertu de l'article 2(2) *a)*, les parties peuvent choisir la loi applicable à une partie du contrat seulement. Lorsque les parties font un tel choix partiel de la loi, le reste du contrat est autrement régi par la loi applicable à défaut de choix. Comme indiqué ci-dessus au paragraphe 2.2, les Principes ne prévoient pas de règles pour identifier la loi applicable en l'absence de choix par les parties, de sorte qu'en cas de choix de la loi partiel, tel que prévu à l'article 2(2) *a)*, la loi applicable au reste du contrat devra être déterminée par un tribunal étatique ou arbitral en vertu des règles applicables à défaut de choix.

2.8 En vertu de l'article 2(2) *b)*, les parties peuvent également choisir la loi applicable à différentes parties de leur contrat, ce qui aura pour effet que le contrat sera régi par plus d'une loi choisie.

2.9 Dans la pratique, de tels choix partiels ou multiples peuvent concerner, par exemple, l'unité monétaire dans laquelle le contrat est libellé, des clauses particulières relatives à l'exécution de certaines obligations, telles que l'obtention d'autorisations délivrées par des organismes publics, et des clauses d'indemnisation et de responsabilité.

Illustration 2-2. *Dans un contrat pour la fourniture et l'installation d'une chaîne de production spéciale dans les États X, Y et Z, les parties ont choisi la loi de l'État W pour régir tous les aspects liés à la formation et à la validité du contrat. En pareille situation, les autres dispositions du contrat seront régies par la loi applicable à défaut de choix par les parties.*

Illustration 2-3. *Un vendeur et un acheteur ont conclu un accord d'achat d'actions s'agissant du contrôle de la société D (société cible). La partie C, un tiers, s'est porté garante des obligations de paiement de l'acheteur en vertu de l'accord. L'accord entre vendeur et acheteur dispose qu'aux fins de la détermination du prix, les états financiers de la société cible doivent se conformer à la loi de l'État X, qui est le lieu de l'établissement principal de la société cible. En outre, l'accord dispose que les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur sont régis par la loi de l'État Y et que le cautionnement donné par la partie C est régi par la loi de l'État Z, où se situe l'établissement de l'acheteur. Dans ce cas, il découle des choix opérés par les parties que les lois des États X, Y et Z régiront différents aspects de la relation contractuelle.*

Illustration 2-4. *Dans le cadre d'un contrat de vente international, les parties sont expressément convenues que tous les aspects du contrat sont régis par la loi de l'État X, à l'exception des conditions en vertu desquelles le vendeur doit obtenir des certificats d'inspection, qui seront soumises à la loi de plusieurs États de destination finale des biens. Dans ce cas, comme dans l'illustration précédente, il s'ensuit que le contrat sera régi par plus d'une loi.*

Calendrier et modification du choix de la loi (art. 2(3))

2.10 L'autonomie de la volonté comprend la liberté des parties d'opérer ou de modifier un choix de la loi à tout moment. Il est par conséquent généralement accepté que les conditions et les effets d'une modification du choix de la loi sont régis par l'autonomie de la volonté, sous réserve de certaines limites liées à la validité formelle du contrat et aux droits des tiers préexistants.

2.11 Les Principes disposent que la loi choisie par les parties régit la validité du contrat (voir art. 9(1) *e)*). Partant, toute modification contractuelle de la loi régissant le contrat après sa conclusion est susceptible d'affecter la validité formelle du contrat. Afin d'éviter l'invalidation rétroactive du contrat, l'article 2(3) précise que toute modification de la loi applicable qui résulte d'un choix ou d'une modification d'un choix effectué par les parties ne porte pas atteinte à un contrat qui était valide formellement en vertu de la loi qui s'appliquait antérieurement. La formulation de la règle énonce clairement qu'elle s'applique, que la loi régissant initialement le contrat ait été choisie ou non par les parties.

2.12 En outre, l'article 2(3) rappelle qu'une modification de la loi applicable au contrat affecte non seulement les droits des parties, mais pourrait aussi, dans certains cas, avoir une incidence sur les droits des tiers. Il existe un large consensus pour dire qu'une modification du choix de la loi ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers (voir art. 3(2) du Règlement Rome I). Étant donné l'importance que cette conséquence de l'autonomie de la volonté pourrait avoir, il convient de la traiter directement dans les Principes, sans compter sur une protection équivalente en vertu du droit matériel applicable. Par conséquent, lorsqu'il y a un changement de la loi applicable à cause d'un choix contractuel ou d'une modification d'un tel choix, tous les droits de tiers préexistants qui découlent du contrat doivent être préservés.

> ***Illustration 2-5.*** *La partie A et la partie B concluent un contrat et conviennent que ce contrat sera régi par la loi de l'État X. La partie C se porte garante des obligations de la partie A. Par la suite, les parties A et B modifient leur contrat de sorte que la loi le régissant soit désormais celle de l'État Y. La loi de l'État Y confère à la partie A une plus grande responsabilité envers la partie B que la loi de l'État X. La modification opérée par les parties A et B, bien qu'effective entre elles, ne peut porter atteinte aux droits et obligations de la partie C, qui continueront donc d'être régis par la loi de l'État X.*

2.13 Les Principes ne limitent pas le calendrier applicable au choix ou à la modification du choix de la loi par les parties. Comme indiqué dans l'introduction, ils ne cherchent pas de façon générale à régler ce qui est généralement considéré comme étant des questions procédurales devant les tribunaux étatiques ou arbitraux. De ce fait, si le choix ou la modification du choix de la loi intervient au cours d'une procédure de règlement d'un différend, l'effet du choix ou de la modification peut dépendre de la *lex fori* ou de la loi régissant la procédure arbitrale. De même, les Principes sont neutres en ce qui concerne la question de la preuve du droit étranger.

> ***Illustration 2-6.*** *Les parties A et B concluent un contrat disposant qu'il est régi par la loi de l'État X. Un différend survient et est porté devant les tribunaux de l'État Y. Au cours de la procédure, les deux parties formulent leurs arguments au regard du droit matériel des contrats de l'État Y. Si ces faits peuvent être la preuve d'une modification tacite du choix de la loi conformément à l'article 4, la qualification et l'effet d'une telle modification au cours de la procédure peuvent dépendre de la loi de l'État Y.*

Aucun lien requis (art. 2(4))

2.14 En vertu des Principes, l'autonomie de la volonté n'est pas limitée par l'exigence d'un lien, qu'il soit géographique ou autre, entre la loi choisie et le contrat ou les parties.

Par conséquent, les parties peuvent choisir la loi d'un État avec lequel elles ou leurs transactions n'ont aucun lien. Cette disposition va dans le sens de la délocalisation croissante des transactions commerciales. Les parties peuvent choisir une loi particulière parce qu'elle est neutre à l'égard des parties ou parce qu'elle est particulièrement bien conçue pour le type de transaction envisagé (par ex., la loi d'un État réputée pour le transport maritime ou les transactions bancaires internationales).

2.15 Dans la mesure où ils n'exigent aucun lien entre la loi choisie et les parties ou leur transaction, les Principes adoptent une approche plus large de l'autonomie de la volonté que certains États imposant l'existence d'un tel lien ou d'un autre fondement raisonnable pour le choix de la loi par les parties.

2.16 Cette question ne concerne pas les contrats régis par des « règles de droit », telles que définies à l'article 3, étant donné que ces « règles de droit » ne sont en général pas liées à un ordre juridique national.

Article 3
Règles de droit

Aux termes de ces Principes, la loi choisie par les parties peut inclure des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement.

Introduction

3.1 Les lois et règles d'arbitrage permettent généralement aux parties de choisir des « règles de droit » (voir art. 28(1) de la Loi type de la CNUDCI ; art. 21(1) du Règlement d'arbitrage de la CCI). Dans ces instruments, le terme « règles de droit » qualifie des règles n'émanant pas de sources étatiques. Les parties qui s'opposent devant des tribunaux étatiques n'ont généralement pas la possibilité d'opter pour des « règles de droit ». L'article 3 élargit le champ d'application de l'autonomie de la volonté prévu à l'article 2(1), en précisant que les parties peuvent désigner non seulement la loi d'un État, mais aussi des « règles de droit » pour régir leur contrat, quel que soit le mode de règlement des différends choisi.

3.2 L'article 3 énonce certains critères relatifs aux « règles de droit », visant à apporter une plus grande sécurité aux « règles de droit » que les parties peuvent choisir. Ces critères concernent les sources admissibles et les caractéristiques des « règles de droit » reconnues par l'article 3. En outre, l'article 3 reconnaît que l'État du for conserve la prérogative d'empêcher le choix de « règles de droit ».

3.3 Les critères énoncés à l'article 3 ont trait à la source et aux caractéristiques des « règles de droit ». Ils devraient aider les parties à identifier les « règles de droit » qu'elles peuvent choisir et permettre aux décideurs de déterminer les « règles de droit » applicables à un différend. Si ces critères sont étudiés indépendamment les uns des autres dans la suite du présent Commentaire, ils devraient être appréhendés les uns par rapport aux autres, sachant que l'article 3 n'admet que les « règles de droit » généralement acceptées comme un ensemble de règles neutre et équilibré.

Généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international

3.4 Ce critère signifie que les « règles de droit » choisies par les parties doivent faire l'objet d'une reconnaissance générale au-delà du niveau national. En d'autres termes, les « règles de droit » ne peuvent faire référence ni à un ensemble de règles contenues dans le contrat lui-même, ni aux clauses types et conditions d'une partie, ni à un ensemble de clauses spécifiques à un marché local.

3.5 Les conventions et traités internationaux peuvent être considérés comme une source généralement acceptée de « règles de droit » lorsque ces instruments s'appliquent uniquement du fait du choix de la loi par les parties. Par exemple, la CVIM peut être désignée par les parties en tant que « règles de droit » régissant leur contrat dans des situations dans lesquelles la CVIM ne s'appliquerait pas autrement conformément à ses propres dispositions (voir art. 1 de la CVIM). En d'autres termes, les parties peuvent désigner les règles matérielles de la CVIM en tant qu'ensemble de règles contractuelles indépendantes et non en tant que version nationalisée de la CVIM rattachée à la loi d'un État contractant à la CVIM. Après un tel choix, la CVIM s'appliquera en tant que « règles de droit », sans que soient prises en compte toutes les réserves formulées par un État qui pourraient autrement intervenir si la CVIM était appliquée en tant que traité ratifié ou partie d'une législation nationale. Certaines clauses types en ce qui concerne le choix de la loi proposent déjà une désignation de la CVIM en tant que « règles de droit » (voir, par ex., la clause type suggérée par le Centre d'arbitrage sino-européen (CEAC)).

3.6 D'autres « règles de droit » à même de satisfaire ce premier critère pourraient émaner d'instruments non contraignants formulés par des organismes internationaux établis, comme UNIDROIT, une organisation intergouvernementale rendant compte uniquement à ses États membres et dont les travaux reposent sur le principe du consensus. Les Principes d'UNIDROIT sont un exemple de « règles de droit » « généralement acceptées au niveau international ». En outre, les Principes d'UNIDROIT disposent expressément que les parties peuvent les désigner pour régir leur contrat et suggèrent des clauses relatives au choix de la loi à cet effet (voir la note de bas de page du préambule des Principes d'UNIDROIT et les Clauses types sur l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international).

3.7 En ce qui concerne les sources régionales et supranationales possibles, on pourrait citer comme exemple les PDEC, qui ont été élaborés par un groupe d'experts indépendants.

3.8 La nature dynamique et évolutive du droit commercial international suggère que les sources de « règles de droit » qui deviennent ou deviendront généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international sont susceptibles de croître en nombre. Les exemples donnés ci-avant ne sauraient donc couvrir toutes les possibilités.

Un ensemble de règles neutre et équilibré

3.9 L'article 3 dispose que les « règles de droit » doivent être généralement acceptées comme présentant trois caractéristiques : elles doivent former un *ensemble de règles*, être *neutres* et être *équilibrées*. Chacune de ces caractéristiques s'entend différemment.

3.10 Premièrement, les « règles de droit » doivent former un *ensemble de règles* ; il ne doit pas seulement s'agir de quelques dispositions. Si l'exhaustivité n'est pas requise, les « règles de droit » choisies doivent permettre la résolution de problèmes courants en matière de contrats dans le contexte international.

3.11 Le deuxième impératif est la *neutralité* de l'ensemble de règles. Cet impératif peut être respecté lorsque la source des « règles de droit » est généralement reconnue comme un ensemble neutre et impartial, c'est-à-dire représentatif de diverses perspectives économiques, politiques et juridiques.

3.12 Le troisième impératif – que les « règles de droit » soient généralement acceptées comme *équilibrées* – est justifié par : (i) l'hypothèse sous-tendant l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux, selon laquelle les parties ont un pouvoir de négociation relativement égal ; (ii) le fait que la présomption selon laquelle les lois étatiques sont équilibrées ne soit pas nécessairement transférable aux « règles de droit ». Cette condition devrait empêcher le choix de règles qui avantagent l'une des parties aux transactions dans un marché mondial ou régional particulier.

Usages du commerce

3.13 Les Principes ne disent rien de l'application des usages du commerce. L'effet de ces usages du commerce sur les droits et obligations des parties est par excellence déterminé soit en vertu de la loi choisie elle-même, soit par d'autres règles gouvernant le litige (voir art. 9 de la CVIM ; art. 1.9 des Principes d'UNIDROIT ; art. 28(4) de la Loi type de la CNUDCI ; art. 21(2) du Règlement d'arbitrage de la CCI).

À moins que la loi du for n'en dispose autrement

3.14 Comme indiqué au paragraphe 3.1, les lois et règles d'arbitrage permettent généralement le choix contractuel de « règles de droit ». Toutefois, les lois nationales ne permettent pas un tel choix dans le cadre des différends portés devant des tribunaux étatiques, une différence consacrée à l'article 3 des Principes, qui s'en remet à la loi du for lorsque celle-ci limite la liberté des parties à un choix de loi étatique.

Règles supplétives

3.15 Lorsque les parties ont désigné des « règles de droit » pour régir leurs contrats, certaines matières peuvent ne pas être couvertes par ces « règles de droit ». Par exemple, les dispositions des Principes d'UNIDROIT sur le pouvoir des intermédiaires ne traitent pas de la relation entre le principal et l'intermédiaire (voir, par ex., art. 2.2.1) ; de même, la CVIM indique expressément qu'elle ne régit pas la validité des contrats pour la vente de marchandises (voir art. 4 a) de la CVIM). Si ces instruments prévoient des règles supplétives (voir, par ex. art. 7(2) de la CVIM et art. 1.6 des Principes d'UNIDROIT), ce n'est pas le cas des Principes. Les parties désignant des « règles de droit » pour régir leur contrat devraient donc être conscientes de la nécessité potentielle d'un recours à des règles supplétives, qu'elles pourraient aborder dans leur choix de la loi. À cet égard, les illustrations qui suivent peuvent être utilisées comme point de référence.

> ***Illustration 3-1.*** *Un accord sur le choix de la loi est rédigé comme suit : « Ce contrat est régi par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), indépendamment des dispositions de toute législation nationale, à l'exception des dispositions de la loi de l'État X qui s'applique aux questions non régies par la CVIM. »*
>
> ***Illustration 3-2.*** *Un accord sur le choix de la loi est formulé comme suit : « Ce contrat est régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et, pour ce qui est des questions non traitées par ces principes, par la loi de l'État X. »*

Article 4
Choix exprès ou tacite

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

Introduction

4.1 L'article 4 définit les différentes façons dont un choix de la loi au sens de l'article 2(1) peut être effectué. En limitant le choix tacite de la loi aux situations où le choix apparaît clairement, l'article 4 favorise la prévisibilité du résultat, puisqu'il diminue les risques de différends portant sur l'existence d'un choix de la loi.

Choix de la loi de manière générale

4.2 L'article 4 dispose que les parties peuvent choisir expressément ou tacitement une loi pour régir leur contrat. Il va dans le sens de dispositions semblables dans d'autres instruments (voir art. 7 de la Convention de Mexico ; art. 3 du Règlement Rome I). Les parties peuvent en outre choisir des « règles de droit » expressément ou tacitement, comme le prévoit l'article 3.

Choix exprès de la loi

4.3 Les parties peuvent expressément choisir une loi pour régir leur contrat. Un accord exprès sur le choix de la loi peut être conclu avant, pendant ou après la conclusion du contrat principal (voir art. 2(3)). Le terme « contrat principal » fait référence au contrat pour lequel le choix de la loi est opéré. Les accords sur le choix de la loi font en général l'objet d'une clause expresse dans le contrat principal. L'utilisation de mots ou formules consacrées n'est pas nécessaire. Dire que le contrat est « régi par » ou « soumis à » une loi particulière répond aux exigences d'un choix exprès. Même si l'article 4 permet un choix tacite, il est recommandé aux parties d'identifier explicitement la loi régissant le contrat.

> ***Illustration 4-1.*** *Les parties A et B concluent un contrat. L'accord sur le choix de la loi est formulé comme suit : « Le présent contrat est régi par la loi de l'État X. » Cela suffit à fonder un choix de la loi par les parties. Par conséquent, conformément à l'article 2, la loi de l'État X régit le contrat.*
>
> ***Illustration 4-2.*** *Les parties A et B passent un contrat. L'accord sur le choix de la loi est formulé comme suit : « Le présent contrat est régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. » Les Principes d'UNIDROIT régissent par conséquent le contrat, à moins que la loi du for n'en dispose autrement, comme le prévoit l'article 3.*

4.4 Un choix exprès peut aussi être effectué par référence à un facteur externe, par exemple le lieu d'établissement de l'une des parties.

> ***Illustration 4-3.*** *Un vendeur et un acheteur concluent un contrat de vente. L'accord sur le choix de la loi est formulé comme suit : « Le présent contrat est régi par la loi de l'État où est situé l'établissement du vendeur. » Le vendeur a son établissement dans l'État X au moment de la conclusion du contrat. La loi de l'État X régit par conséquent le contrat.*

4.5 L'article 4 ne dispose pas qu'un accord sur le choix de la loi doit être effectué par écrit. Par conséquent, un choix de la loi exprès peut aussi être effectué verbalement (voir art. 5 et para 5.2).

Choix tacite de la loi

4.6 Un choix de la loi peut aussi être effectué tacitement. Pour répondre aux exigences de l'article 4, le choix doit être véritable, même s'il n'est pas indiqué expressément dans le contrat. Il doit y avoir une réelle intention, partagée par les deux parties, d'appliquer une loi particulière. Une intention présumée des parties ne suffit pas.

4.7 Un choix tacite de la loi doit ressortir clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Il faut prendre en compte à la fois les termes du contrat et les circonstances de l'espèce. Cependant, les dispositions du contrat ou les circonstances peuvent indiquer de façon certaine un choix tacite de la loi.

Choix tacite de la loi ressortant clairement des dispositions du contrat

4.8 Un choix de la loi est réputé ressortir clairement des dispositions du contrat uniquement lorsque ces dispositions permettent de déduire, avec un degré de certitude important, que les parties avaient l'intention de choisir une loi donnée. Il n'existe pas de liste précise de critères déterminant les circonstances dans lesquelles le degré de certitude des déductions est suffisamment important pour satisfaire à la norme selon laquelle le choix tacite doit « ressortir clairement » ; la détermination se fait alors au cas par cas.

4.9 Un exemple largement accepté de choix tacite ressortant clairement des dispositions du contrat découle de l'utilisation d'un formulaire type par les parties. Lorsque le contrat est établi dans un format type qui est généralement utilisé dans le contexte d'un système juridique particulier, cela peut indiquer que l'intention des parties était que le contrat soit régi par le droit correspondant, même s'il n'existe aucune indication expresse à cet effet.

> ***Illustration 4-4.*** *Les parties A et B passent un contrat d'assurance maritime sous la forme d'une police d'assurance maritime de la Lloyd. Étant donné que la forme du contrat se fonde sur le droit anglais, le recours à ce type de contrat peut indiquer que les parties ont l'intention de soumettre leur contrat au droit anglais.*

4.10 Il en est de même lorsque le contrat contient une terminologie caractéristique d'un système juridique particulier ou des références à des dispositions nationales, faisant ressortir clairement que les parties raisonnaient par rapport à une loi et avaient l'intention d'y soumettre leur contrat.

> ***Illustration 4-5.*** *Les parties A et B passent un contrat qui utilise des termes juridiques caractéristiques de la loi de l'État X. Cela peut indiquer que l'intention des parties est que leurs obligations soient déterminées en fonction de la loi de l'État X.*

Clause relative à l'élection de for et choix tacite de la loi

4.11 Il convient d'établir une distinction entre le choix de la loi applicable à un contrat et le choix d'un for pour le règlement des différends. Selon la deuxième phrase de l'article 4, un accord entre les parties pour attribuer à une juridiction la compétence de trancher des litiges découlant d'un contrat (accord d'élection de for) n'est pas équivalent en soi à un choix de la loi (voir art. 7(2) de la Convention de Mexico). Par exemple, les parties peuvent avoir désigné un for particulier pour sa neutralité ou son expérience. Le fait que le tribunal choisi, en vertu des règles de droit international privé applicables, puisse appliquer un droit étranger démontre également la distinction entre choix de la loi et élection de for. Un accord d'élection de for peut toutefois être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intention des parties était que le contrat soit régi par la loi de ce for.

Illustration 4-6. *Les parties A et B passent un contrat contenant un accord d'élection de for qui désigne les juridictions de l'État X. À défaut d'autres dispositions pertinentes dans le contrat ou de circonstances particulières étayant cette idée, cela ne suffira pas à indiquer un choix tacite de la loi de l'État X.*

Clause d'arbitrage et choix tacite de la loi

4.12 Bien qu'il existe d'importantes différences entre les clauses d'élection de for et les clauses d'arbitrage, l'article 4 adopte une règle générale uniforme quant à la question de savoir si le choix d'un for ou d'un tribunal arbitral entraîne nécessairement un choix de la loi. Un accord entre les parties pour attribuer la compétence à un tribunal arbitral particulier pour régler les différends découlant du contrat n'est pas la même chose qu'un choix de la loi. Selon la deuxième phrase de l'article 4, le choix d'un tel tribunal arbitral ne constitue pas, en soi, un indicateur suffisant du choix tacite de la loi par les parties. Les parties peuvent avoir choisi un tribunal donné en raison de sa neutralité ou de son expertise. Le tribunal peut aussi appliquer un droit étranger conformément aux règles de droit international privé applicables ou aux règles d'arbitrage choisies. Un accord d'arbitrage renvoyant les litiges à un siège clairement circonscrit peut toutefois être l'un des facteurs pour déterminer l'existence d'un choix tacite de la loi.

Illustration 4-7. *Les parties A et B passent un contrat par lequel elles conviennent que tout litige survenant dans le cadre du contrat ou en lien avec lui sera soumis exclusivement à un tribunal arbitral de l'État X, conformément aux règles de la Chambre de commerce ABC. En l'absence d'autres dispositions dans le contrat ou de circonstances particulières desquelles un choix de la loi découle clairement, ce sera insuffisant pour indiquer un choix tacite de la loi de l'État X.*

Circonstances indiquant un choix tacite de la loi

4.13 Les circonstances particulières de l'espèce peuvent indiquer l'intention des parties en ce qui concerne un choix de la loi. La conduite des parties et d'autres facteurs entourant la conclusion du contrat peuvent être particulièrement pertinents. Ce principe peut également s'appliquer dans le cadre de contrats connexes.

Illustration 4-8*. Lors de précédentes transactions, les parties A et B ont toujours effectué un choix exprès de la loi de l'État X pour régir leur contrat. Si les circonstances n'indiquent pas une volonté de rompre avec cette pratique dans le cadre du présent contrat, un tribunal étatique ou arbitral pourrait déduire de ces circonstances que les parties souhaitaient clairement que ce contrat soit régi par la loi de l'État X, même si aucun choix exprès dans ce sens n'apparaît dans le contrat en question.*

Niveau d'exigence des critères pour démontrer l'existence d'un choix tacite de la loi

4.14 Un choix tacite de la loi doit ressortir clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Cela signifie que le choix doit être évident du fait de l'existence d'indications solides en faveur d'un tel choix.

Illustration 4-9. *Les parties A et B concluent un contrat rédigé dans la langue d'un État donné. Le contrat n'emploie toutefois pas une terminologie juridique caractéristique du système juridique de cet État. En l'absence d'autres circonstances, l'emploi d'une langue particulière ne serait pas suffisant pour établir un choix tacite de la loi.*

4.15 Les Principes ne prennent pas position quant aux questions procédurales, en particulier pour ce qui est de l'obtention des preuves et du niveau et du mode de preuve (voir cependant art. 9(1) *f)* concernant la charge de la preuve).

Modification d'un choix de la loi

4.16 Une modification du choix de la loi doit être effectuée expressément ou ressortir clairement des dispositions du contrat ou des circonstances (choix tacite). Une modification a lieu lorsque les parties conviennent (expressément ou tacitement) de soumettre leur contrat à une loi autre que celle qui était auparavant applicable (voir art. 2(3)).

Absence de choix de la loi

4.17 Si les intentions des parties ne sont pas exprimées de façon explicite et ne découlent pas clairement des dispositions du contrat ou des circonstances particulières, il n'y a pas d'accord sur le choix de la loi. Dans ce cas, les Principes ne déterminent pas la loi régissant le contrat.

Article 5
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 disposent autrement.

Introduction

5.1 Le but de l'article 5 est de déterminer la validité formelle d'un choix de la loi. Il s'inscrit dans le cadre d'une approche visant à retenir l'intention des parties, sans la restreindre par des exigences formelles (voir préambule, para. 1).

Absence de prescriptions quant à la forme du choix de la loi

5.2 Un choix de la loi ne doit remplir aucune condition formelle ; par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il soit effectué par écrit, rédigé dans une langue en particulier ou attesté par des témoins. Il en va de même pour ce qui est de modifier un choix de la loi (voir art. 2(3)). L'article 5 s'applique à un choix tacite de la loi comme à un choix exprès de la loi (voir art. 4).

> ***Illustration 5-1.*** *Les parties A et B concluent un contrat et conviennent verbalement que la loi de l'État X régira le contrat. Le choix de la loi de l'État X est formellement valable.*
>
> ***Illustration 5-2.*** *Les parties A et B passent un contrat oral, sans convenir expressément de la loi applicable. Un choix tacite de la loi de l'État X ressort clairement des termes du contrat oral et / ou des circonstances environnantes. Le choix de la loi de l'État X est formellement valable.*
>
> ***Illustration 5-3.*** *La partie A (établie dans l'État W) et la partie B (établie dans l'État Y) passent un contrat et conviennent que ce contrat sera régi par la loi de l'État Y. Le contrat est rédigé dans la langue officielle de l'État Z et aucun témoin n'est présent lors de sa conclusion. Le choix de la loi de l'État Y est formellement valable.*

Règle matérielle de droit international privé

5.3 Contrairement aux autres dispositions des Principes, l'article 5 n'est pas une règle de conflit de lois (qui se réfère à un système juridique national), mais plutôt une règle matérielle de droit international privé. Cette règle est motivée par différents aspects. Tout d'abord, le principe de l'autonomie de la volonté indique qu'afin de faciliter le commerce international, un choix de la loi par les parties ne devrait être limité par aucune exigence formelle. Ensuite, la plupart des systèmes juridiques ne prescrivent aucune forme spécifique pour la majorité des contrats commerciaux internationaux, notamment les dispositions relatives au choix de la loi (voir aussi art. 11 de la CVIM, art. 1(2) (première phrase) des Principes d'UNIDROIT et art. 3.1.2 des Principes d'UNIDROIT). Enfin, de nombreux codes de droit international privé emploient d'autres facteurs de rattachement complets et axés sur les résultats en ce qui concerne la validité formelle d'un contrat (notamment les dispositions relatives au choix de la loi), l'approche sous-jacente étant de favoriser la validité des contrats (*favor negotii*) (voir, par ex., art. 13 de la Convention de Mexico ; art. 11(1) du Règlement Rome I).

5.4 Le fait que les Principes visent uniquement les contrats commerciaux (préambule, para. 1 ; art. 1(1)) évite qu'il soit nécessaire de soumettre le choix de la loi à des exigences formelles ou à d'autres restrictions similaires aux fins de la protection des parties présumées les plus faibles, telles que les consommateurs ou les employés.

Lien avec d'autres dispositions portant sur la validité formelle

5.5 L'article 5 concerne uniquement la validité formelle d'un choix de la loi. Le reste du contrat (contrat principal) doit remplir les conditions formelles d'au moins une des lois dont l'application est permise par la règle de droit international privé applicable (voir art. 9(2)). Par ailleurs, la loi choisie par les parties régit également la validité formelle (et matérielle) du contrat principal (voir art. 9(1) *e)*). Les exemples ci-après cherchent à illustrer la relation entre les articles 5, 9(1) *e)* et 9(2) et les règles contraignantes applicables de droit international privé relatives à la validité formelle d'un contrat.

> ***Illustration 5-4****. Les parties A et B concluent un contrat disposant qu'il est régi par la loi de l'État. Le contrat principal est formellement valable au regard de la loi de l'État X. Le contrat est formellement valable.*
>
> ***Illustration 5-5****. Les parties A et B passent un contrat. Un choix tacite de la loi de l'État X ressort clairement de plusieurs dispositions du contrat et / ou des circonstances. Le contrat principal est formellement valable au regard de la loi de l'État X. Le contrat est formellement valable.*
>
> ***Illustration 5-6****. Les parties A et B concluent un contrat contenant un choix de la loi de l'État X. Le contrat n'est pas formellement valable au regard de la loi de l'État X. Il sera néanmoins formellement valable s'il satisfait aux conditions en ce qui concerne la validité formelle dans l'une des autres lois dont l'application est permise par la règle de droit international privé applicable.*
>
> ***Illustration 5-7****. Les parties A et B passent un contrat disposant qu'il est régi par la loi de l'État X. Le contrat principal n'est pas formellement valable s'il ne remplit pas les conditions formelles des termes de la loi de l'État X et également s'il ne satisfait pas aux conditions en ce qui concerne la validité formelle dans l'une des autres lois dont l'application est permise par la règle de droit international privé applicable.*

5.6 Le principe énoncé à l'article 5 (pas de conditions formelles pour un choix de la loi) est cohérent avec l'article 7, lequel prévoit qu'un choix de la loi ne peut être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable.

5.7 L'article 2(3) prévoit qu'un choix de la loi, ou une modification de ce choix opérée après la conclusion du contrat, ne portent pas atteinte à sa validité formelle.

Sauf si les parties en disposent autrement

5.8 Si les parties conviennent (par exemple, dans une lettre d'intention ou une déclaration commune d'intention) qu'une clause relative au choix de la loi entre elles ne pourra exister que lorsque certaines formalités auront été accomplies, leur accord à cet égard doit être respecté. De même, si les parties conviennent qu'une clause relative au choix de la loi ne peut être modifiée, excepté lorsqu'un certain nombre de conditions formelles sont remplies (par ex., une clause de modification non verbale), cet accord doit être respecté (voir art. 2.1.13, 2.1.17 et 2.1.18 des Principes d'UNIDROIT).

Article 6
Accord sur le choix de la loi et désaccord sur les clauses types

<u>Paragraphe 1</u>
Sous réserve du paragraphe 2 :

a) **le fait que les parties soient convenues ou non du choix de la loi est déterminé par la loi réputée faire l'objet d'un accord ;**

b) **si les parties ont eu recours à des clauses types désignant deux lois différentes, en vertu desquelles les mêmes clauses types prévalent, la loi désignée dans les clauses types qui prévalent s'applique ; si en vertu de ces lois différentes clauses types prévalent, ou si en vertu de l'une de ces lois ou des deux lois aucune ne prévaut, il n'y a pas de choix de la loi.**

<u>Paragraphe 2</u>
La loi de l'État du lieu d'établissement d'une partie détermine si cette partie a consenti ou non au choix de la loi si, dans ces circonstances, il ne serait pas raisonnable de déterminer cette question selon la loi mentionnée dans le paragraphe 1.

Introduction

6.1 L'article 6(1) *a)* aborde la question de la loi déterminant si les parties sont convenues d'une loi applicable. Le paragraphe 1 opère une distinction entre deux situations : a) les parties ont eu recours à des « clauses types » désignant différentes lois applicables (voir art. 6(1) *b)*) ; b) autres cas (voir art. 6(1) *a)*). Le paragraphe 2 introduit une exception applicable en principe aux deux situations.

6.2 L'article 6(1) *a)* suit une règle de droit international privé bien établie dans les instruments régionaux, supranationaux et internationaux, comme dans le Règlement Rome I (art. 10(1)) et dans la Convention de Mexico (art. 12(1)).

6.3 L'article 6(1) *b)* énonce une nouvelle sous-règle mettant en œuvre la règle prévue par l'article 6(1) *a)* en identifiant la loi réputée faire l'objet d'un accord dans les situations où les parties ont eu recours à des clauses types désignant différentes lois applicables. Le nouvelle sous-règle favorise la sécurité juridique, particulièrement nécessaire, en apportant une solution claire à un problème récurrent que les organes législatifs ont laissé de côté et que organes judiciaires n'ont pas été en mesure de résoudre de façon cohérente et prévisible. Cette disposition vise à renforcer davantage l'autonomie de la volonté, tout en évitant en même temps des complexités inutiles.

6.4 L'article 6(2) contient une clause d'exception limitée semblable aux dispositions d'autres instruments régionaux, supranationaux ou internationaux, tels que le Règlement Rome I (art. 10(2)) et la Convention de Mexico (art. 12(2)).

Application de la loi réputée avoir fait l'objet d'un accord (art. 6(1) *a)*)

6.5 Dans la droite ligne d'autres instruments régionaux et internationaux, l'article 6(1) *a)* prévoit que la loi désignée par la clause relative au choix de la loi détermine si les parties se sont mises d'accord sur la loi applicable. Si cette loi confirme l'existence d'un accord sur le choix de la loi, alors elle s'applique au contrat principal, à moins que la partie adverse puisse démontrer une absence de consentement en faisant valoir l'exception limitée visée à l'article 6(2) (voir para. 6.28 et 6.29).

6.6 L'article 6 évite l'emploi de l'expression « existence et validité matérielle du choix de la loi », qu'on retrouve dans certains codes. Le sens de ces termes techniques peut varier d'un État à l'autre, ce qui peut favoriser des bases plus larges de contestation de la loi choisie et donc porter atteinte à la sécurité juridique, qui est l'un des objectifs des Principes. En lieu et place, l'article 6 utilise le terme « accord », dépourvu de technicité, afin de couvrir toutes les questions au sujet desquelles les parties ont effectivement choisi une loi applicable.

6.7 La contrainte, le dol, l'erreur et les autres vices de consentement font partie des motifs pouvant être invoqués par une partie pour démontrer l'absence d'« accord » s'ils concernent spécifiquement le consentement des parties quant au choix de la loi, lequel doit être considéré indépendamment du contrat principal (voir art. 7). L'existence et l'effet de ces vices doivent être déterminés en vertu de la loi réputée choisie ou, si l'exception prévue à l'article 6(2) est applicable, en vertu de la loi désignée dans ce paragraphe.

Choix de la loi selon des clauses types

6.8 Dans le cadre de négociations contractuelles internationales, les parties utilisent fréquemment des clauses types ou des conditions générales. Selon une définition largement acceptée figurant dans les PDEC (art. 2:209, para. 3), « [l]es conditions générales du contrat sont les clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle des parties ». Aux termes des Principes d'UNIDROIT (art. 2.1.19, para. 2), « [s]ont des clauses types les dispositions établies à l'avance par les parties pour un usage général et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie ».

6.9 Dans le cadre de contrats internationaux, les parties intègrent souvent des clauses de choix de la loi dans leurs clauses types. Les Principes n'imposent pas de format particulier pour l'accord des parties sur le choix de la loi applicable (voir art. 4 et 5). Le choix de la loi peut par conséquent très bien être effectué à l'aide de clauses types. Si les deux parties désignent la même loi dans leurs clauses types, ou si une partie uniquement utilise une clause relative au choix de la loi dans ses clauses types, l'article 6(1) *a)* s'applique et la loi désignée détermine s'il y a effectivement eu un « accord » quant à la loi applicable. Si, en vertu de cette loi, un accord au sujet de la loi applicable est établi (voir para. 6.5 à 6.7), la loi choisie régit alors le contrat principal comme la loi applicable.

Choix de la loi en cas de désaccord sur les clauses types

6.10 Bien souvent, les clauses types utilisées par des parties à des contrats internationaux contiennent des clauses contradictoires en matière de choix de la loi. On parle généralement de « désaccord sur les clauses types ». Du point de vue du droit national, il existe quatre moyens de résoudre les désaccords sur les clauses types : 1) la « règle du *first shot* », selon laquelle les clauses types utilisées en premier prévalent en principe ; 2) la « règle du *last shot* », selon laquelle les dernières clauses types utilisées prévalent ; 3) la « règle du *knock out* », selon laquelle les règles contradictoires ne sont pas prises en considération ; 4) des solutions hybrides combinant des éléments des solutions précitées. D'autres systèmes n'ont pas encore pris position concernant la question des désaccords sur les clauses types.

6.11 Les instruments régionaux, supranationaux ou internationaux existants et la plupart des législations nationales en matière de droit international privé n'ont pas encore abordé la question de la loi applicable en cas de clauses types contradictoires en matière de choix de la loi. Les commentateurs sont divisés s'agissant de déterminer quelle loi devrait s'appliquer, et différentes solutions, pour certaines très complexes, ont été suggérées. Les tribunaux étatiques évitent souvent la question, la contournent ou appliquent simplement la *lex fori*. En conséquence, les parties à des contrats internationaux ne sont pas en mesure de prédire de façon fiable quelle loi régira en définitive leur contrat.

6.12 Étant donné le degré élevé d'insécurité qui règne actuellement face aux scénarios de désaccord sur les clauses types, les Principes traitent cette question à l'article 6(1) *b)*. Ce paragraphe établit une règle nouvelle, apportant des solutions claires et prévisibles à ce problème complexe. Les scénarios suivants illustrent ces solutions dans diverses situations.

a) Situations présentant un faux désaccord : article 6(1) b), 1ère option

6.13 Le premier scénario engendre des situations dans lesquelles les deux lois désignées par les parties prévoient une règle du *last shot* pour résoudre le désaccord sur les clauses types :

> ***Scénario 1 :*** *La partie A fait une proposition et se réfère à ses clauses types, qui contiennent une clause désignant la loi de l'État X comme étant la loi applicable au contrat. La partie B accepte expressément la proposition et se réfère à ses propres clauses types, désignant la loi de l'État Y comme étant la loi applicable. En ce qui concerne les scénarios de désaccord sur les clauses types, les lois nationales de l'État X comme celles de l'État Y disposent que les dernières clauses types utilisées prévalent (« règle du* last shot *»).*

6.14 Le scénario 1 relève de l'article 6(1) *b)*, 1ère option, disposant que « si les parties ont eu recours à des clauses types désignant différentes lois, en vertu desquelles les mêmes clauses types prévalent, la loi désignée dans les clauses types qui prévalent s'applique ». Dans le scénario 1, les parties ont effectivement désigné deux lois différentes (les lois des États X et Y), mais toutes deux suivent la règle du *last shot*, selon laquelle ce sont les dernières clauses types utilisées qui prévalent, notamment la clause relative au choix de la loi. Étant donné que les deux lois désignées par les parties règlent le désaccord sur les clauses types en faveur des mêmes clauses types, le conflit apparent est en fait un faux désaccord. En vertu de l'article 6(1) *b)*, 1ère option, la clause relative au choix de la loi dans les dernières clauses types utilisées (choix de la loi de l'État Y) est réputée avoir fait l'objet d'un accord.

6.15 La même solution s'applique si les deux parties désignent dans leurs clauses types les lois d'États suivant la règle du *first shot.* Dans le scénario 1, cela signifie que la loi de l'État X serait réputée avoir fait l'objet d'un accord.

b) Situations présentant un réel désaccord : article 6(1) b), 2e et 3e options

6.16 Le deuxième scénario engendre des situations dans lesquelles les lois désignées par les parties prévoient différentes solutions au désaccord sur les clauses types :

> ***Scénario 2 :*** *La partie A, partie offrante, désigne dans ses clauses types la loi de l'État X, et la partie B, partie visée, désigne la loi de l'État Y. L'une des lois désignées suit la règle du* first shot*, l'autre la règle du* last shot*.*

6.17 Le scénario 2 présente un *réel désaccord* car les parties ont désigné différentes lois qui tranchent différemment le désaccord sur les clauses types. Ce scénario relève de l'article 6(1) *b)*, 2e option : « si les parties ont eu recours à des clauses types désignant différentes lois et […] si en vertu de ces lois différentes clauses types prévalent […] il n'y a pas de choix de la loi ». Cela signifie que dans le scénario 2, les clauses relatives au choix de la loi dans les deux clauses types ne sont pas prises en compte et que la loi applicable doit être trouvée par l'application des règles applicables en l'absence de choix contractuel. L'article 6(1) *b)*, 2e option, établit une règle du *knock out* au niveau du droit international privé**.**

6.18 Le troisième scénario engendre des situations dans lesquelles l'une au moins des deux lois désignées par les parties applique une règle de *knock out* au désaccord sur les clauses types :

Scénario 3 : *La partie A désigne dans ses clauses types la loi de l'État X, alors que la partie B désigne la loi de l'État Y. L'État X suit la règle du* knock out*, alors que l'État Y suit une autre règle, telle que la règle du* first shot *ou la règle du* last shot.

6.19 Ce cas de figure présente aussi un *réel désaccord*, qui relève de l'article 6(1) *b)*, 3e option : « les parties ont utilisé des clauses types désignant différentes lois et en vertu de l'une de ces lois ou en vertu de ces deux lois, aucune clause type ne prévaut ». Comme l'une au moins des lois désignées applique une règle du *knock out*, « aucune clause type ne prévaut » et par conséquent, les deux clauses types doivent être écartées. En conclusion, « il n'y a pas de choix de la loi ». Comme avec le scénario 2, la loi applicable doit être identifiée au moyen des règles qui s'appliquent à défaut de choix contractuel, des règles que les Principes ne contiennent pas.

Questions d'ordre général

6.20 Au niveau du droit matériel, certains systèmes appliquent une règle aux scénarios de désaccord sur les clauses types dans certaines circonstances, et une autre règle dans des circonstances différentes. Dans les affaires impliquant ces systèmes, la détermination des clauses types « qui prévalent » en vertu de l'article 6(1) *b)* doit se fonder sur les circonstances pertinentes, non pas en règle générale, mais *en l'espèce*.

6.21 Il peut parfois être difficile de déterminer avec exactitude la règle ou la position précise du droit étranger en matière de désaccord sur les clauses types, ce qui peut se révéler particulièrement problématique dans les systèmes où il incombe au tribunal et non aux parties de vérifier le contenu du droit étranger. Au moment d'adopter les Principes, les organes législatifs pourront donc envisager de soumettre les parties à l'obligation d'aider ou de coopérer avec le tribunal afin d'identifier la règle ou la position étrangère pertinente, si une telle obligation n'existe pas déjà en vertu de leur droit procédural. Dans un contexte arbitral, les parties ont l'obligation de coopérer dans le cadre de la résolution de leur différend, étant donné la nature contractuelle de l'accord arbitral. Elles peuvent être soumises à une obligation de coopérer supplémentaire lorsque les règles d'arbitrage applicables le prescrivent.

6.22 Certains systèmes n'ont pas encore pris position en ce qui concerne les clauses types contradictoires. Dans une affaire impliquant l'un au moins de ces systèmes, il sera impossible d'établir que si « en vertu [des lois désignées] » soit a) « les mêmes clauses types prévalent », soit b) « différentes clauses types prévalent » (voir art. 6(1) *b)*). Dans cette affaire, il devrait être estimé qu'« aucune clause type ne prévaut » et qu'en conséquence, « il n'y a pas de choix de la loi » (voir art. 6(1) *b) in fine*).

Les Principes et la CVIM

6.23 Les contrats de vente de marchandises sont une catégorie de contrat impliquant l'échange de clauses types qu'il est particulièrement fréquent de rencontrer. À cet égard, la CVIM peut entrer en ligne de compte. Elle est en vigueur dans près de 80 États à travers le monde. Vu l'importance pratique de la CVIM, il semble adapté de commenter la relation entre Principes et CVIM.

6.24 Bien souvent, une partie à une vente internationale de marchandises désigne dans ses clauses types la loi d'un État contractant à la CVIM comme loi applicable, sans apporter davantage de précisions à ce sujet. Selon la pratique judiciaire et l'opinion doctrinale les plus répandues, le choix de la loi d'un État contractant à la CVIM inclut le choix de la CVIM. Il arrive aussi fréquemment qu'une partie désigne la loi d'un État contractant à la CVIM dans ses clauses types, mais exclue expressément la CVIM ; l'article 6 de la CVIM le permet. Le scénario 4 combine ces deux pratiques couramment observées chez les parties à des contrats de vente internationaux :

***Scénario 4* :** *La partie A à un contrat de vente transnational désigne dans ses clauses types la loi de l'État X, contractant à la CVIM, comme étant la loi applicable au contrat. La partie B désigne dans ses clauses types la loi de l'État Y, contractant à la CVIM, mais exclut expressément la CVIM. Le droit général des contrats de l'État Y suit une règle du* knock out*. L'affaire est portée devant un tribunal étatique dans un État contractant à la CVIM.*

6.25 Si les conditions d'application de la CVIM visées à son article premier sont remplies, le tribunal d'un État contractant à la CVIM aura alors l'obligation conventionnelle d'appliquer la CVIM. Or, aux termes de l'article 6 de la CVIM, les parties peuvent exclure son application. Si les parties passent un accord sur le choix de la loi excluant la CVIM, la CVIM ne s'appliquera pas.

6.26 L'article 7 des Principes adopte le principe de la séparabilité, en vertu duquel l'accord sur le choix de la loi est un contrat séparé, indépendant du contrat principal (par ex., le contrat de vente). Cela signifie que dans le scénario 4, les Principes régissent l'accord sur le choix de la loi, alors que la CVIM régit le contrat de vente (contrat principal).

6.27 En vertu des Principes, le désaccord sur les clauses types concernant l'accord sur le choix de la loi dans le scénario 4 peut relever de l'article 6(1) *b)*, 3^{e} option : en effet, a) les clauses types de la partie A ont désigné la loi de l'État X, incluant la CVIM, or l'article 19 de la CVIM (tel qu'interprété dans la pratique judiciaire et l'opinion doctrinale) prévoit soit la règle du *last shot* soit la règle du *knock out*) ; b) les clauses types de la partie B ont exclu la CVIM et désigné la loi de l'État Y, lequel prévoit, dans son droit général des contrats, une règle du *knock out*. Dans cette situation, en vertu de l'une des lois désignées (ou, selon l'interprétation de la CVIM, des deux), c'est la règle du *knock out* qui s'applique, et « aucune clause type ne prévaut », en conséquence de quoi « il n'y a pas de choix de la loi ». De ce fait, en vertu des Principes, les clauses relatives au choix de la loi dans les clauses types de la partie A et de la partie B, ainsi que l'exclusion de la CVIM dans les clauses types de la partie B, pourraient être écartées. Les clauses relatives au choix de la loi contenues dans les clauses types des parties ne s'appliqueraient alors pas, et le contrat de vente du scénario 4 serait régi par la CVIM.

Clause d'exception limitée (art. 6(2))

6.28 Il est largement accepté que, dans certaines circonstances, il ne convient pas de s'appuyer sur la loi réputée faire l'objet d'un accord pour déterminer si une partie a effectivement consenti à un choix de la loi, comme le prévoit l'article 6(1) (voir art. 10(2) du Règlement Rome I). À cette fin, l'article 6(2) introduit une clause d'exception, qui s'applique sous deux conditions concomitantes. Premièrement, « dans ces circonstances, il ne serait pas raisonnable de déterminer cette question selon la loi mentionnée au paragraphe 1 ». Deuxièmement, aucun accord valable sur le choix de la loi ne peut être établi en vertu de la loi de l'État dans lequel une partie qui invoque cette disposition a son établissement (par ex., pour des raisons de contrainte ou de fraude ou des suites du silence dans le processus de formation du contrat).

Illustration 6-1. *La partie A, établie dans l'État X, transmet une proposition à la partie B, siégeant dans l'État Y. La proposition contient une clause relative au choix de la loi désignant la loi de l'État X. En vertu de la loi de l'État X, le silence de la partie visée vaut acceptation. En vertu de la loi de l'État Y, le silence ne vaut pas acceptation. La partie B peut invoquer la loi de l'État Y afin d'établir qu'elle n'a pas consenti au choix de la loi. Le tribunal étatique ou arbitral appliquera la loi de l'État Y s'il conclut que, « dans les circonstances », il ne serait pas « raisonnable » de juger du consentement de B à l'accord sur le choix de la loi au regard de la loi de l'État X.*

Illustration 6-2. *La partie A, établie dans l'État X, transmet à la partie B, siégeant dans l'État Y, une proposition en vue de la conclusion d'un contrat ; le contrat proposé désigne la loi de l'État X comme loi applicable. La partie B accepte la proposition dans des circonstances indiquant une contrainte économique. Cette*

contrainte n'entache pas le consentement de vice en vertu de la loi de l'État X. En vertu de la loi de l'État Y, toutefois, une telle contrainte annulerait le consentement de la partie B au choix de la loi. La partie B peut invoquer la loi de l'État Y pour fonder le défaut de consentement. Le tribunal étatique ou arbitral appliquera la loi de l'État Y s'il conclut que dans les circonstances, il ne serait pas « raisonnable » de juger du consentement de la partie B à l'accord sur le choix de la loi au regard de la loi de l'État X.

6.29 L'article 6(2) est une exception à l'article 6(1) *a)*, qui ne devrait s'appliquer que très rarement, pour les cas relevant du champ d'application de l'article 6(1) *b)*, 1ère option. L'article 6(2) n'est pas applicable aux situations relevant de l'article 6(1) *b)*, 2e et 3e options, car dans ces situations, les Principes appliquent une règle du *knock out* et par conséquent, « il n'y a pas de choix de la loi ».

Article 7
Séparabilité

Le choix de la loi ne peut pas être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable.

Introduction

7.1 L'article 7 consacre le principe de la séparabilité. Cette séparabilité signifie que l'accord sur le choix de la loi est autonome et indépendant du contrat qui le contient ou auquel il s'applique. De ce fait, la nullité du contrat n'entraîne pas nécessairement la nullité du choix de la loi. Au contraire, la loi choisie par les parties s'applique aux questions à trancher une fois la nullité du contrat principal constatée, à moins que l'accord sur le choix de la loi, apprécié indépendamment, ne soit lui aussi nul. Lorsque le choix de la loi applicable par les parties n'est pas affecté, la demande de déclaration de nullité, d'inexistence ou d'ineffectivité du contrat est appréciée conformément à la loi applicable choisie par les parties.

Choix de la loi par les parties traité séparément du contrat auquel il s'applique

7.2 Le choix de la loi se fonde sur l'accord entre les parties. Un tel accord porte sur une question distincte et possède un caractère autonome par rapport au contrat auquel il s'applique. Cela va dans le sens de la démarche suivie dans les instruments européens et internationaux, lesquels disposent que le choix de la loi par les parties devrait faire l'objet d'une appréciation indépendante qui n'est pas liée automatiquement à la validité du contrat principal ; c'est le cas de l'article 10 du Règlement Rome I.

> ***Illustration 7-1.*** *Un contrat est jugé non valable car entaché d'erreur au regard de la loi de l'État X. La validité d'un accord sur le choix de la loi n'en est pas affectée, à moins que la même erreur n'entache l'accord sur le choix de la loi.*
>
> ***Illustration 7-2.*** *Les parties A et B passent un contrat contenant un choix de la loi de l'État X. La partie A exige l'exécution du contrat. La partie B estime que le contrat devrait être considéré comme une transaction majeure et aurait donc dû être approuvé par les actionnaires au cours d'une assemblée générale des actionnaires, qui n'a pas eu lieu. La partie B affirme par conséquent que le contrat n'est pas valable en vertu du droit des sociétés de l'État X. Si le contrat est jugé non valable, cela n'invalide pas automatiquement l'accord sur le choix de la loi effectué par les parties. La validité de l'accord sur le choix de la loi devrait être soulevée et examinée de façon distincte.*

Portée de la règle

7.3 L'accord sur le choix de la loi est en général contenu dans le contrat principal, mais parfois ce choix peut être déduit des circonstances environnantes, ou peut figurer dans un document à part exécuté préalablement, simultanément ou ultérieurement au contrat auquel il s'applique (art. 4). En substance, l'article 7 signifie que même si l'accord fait partie du contrat, cet accord doit être jugé indépendamment du contrat principal, ce qui signifie que l'accord sur le choix de la loi n'est pas affecté lorsqu'il est demandé de déclarer que le contrat est nul, non existant ou dépourvu d'effets. Toutefois, lorsqu'il est présumé que les parties n'ont pas conclu de contrat, la doctrine de la séparabilité ne peut s'appliquer que s'il est démontré qu'un accord valable sur le choix de la loi existe. Son existence et sa validité sont appréciées en fonction des dispositions des Principes, notamment les articles 4, 5, 6 et 9.

7.4 Les Principes ne portent pas sur la loi régissant certaines questions énumérées à l'article 1(3). Certaines de ces questions (en particulier celles traitées à l'art. 1(3) *a)*,

concernant la capacité des personnes physiques et à l'art 1(3) *c)*, concernant les sociétés ou autres groupements et les trusts) peuvent également concerner la détermination de la validité d'un accord sur le choix de la loi.

La séparabilité (*severability*), une règle largement reconnue

7.5 Le terme anglais « *severability* » a un sens très clair dans la littérature, où il est employé pour décrire la « survie » de la clause relative au choix de la loi s'il est estimé que le contrat sous-jacent n'est pas valable. C'est un terme technique consacré, raison pour laquelle il a été choisi. Dans d'autres langues, ce terme n'a pas d'équivalent spécifique ; il est alors traduit par « séparabilité ». Les mots « séparable », « indépendant » ou « autonome » sont employés dans la littérature relative aux clauses d''arbitrage et d'élection de for.

7.6 La séparabilité de l'accord d'élection de for est la règle adoptée par la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for, à l'article 3 *d)*. La règle de la séparabilité énoncée à l'article 7 des Principes va également dans le sens des solutions adoptées par de nombreux États ainsi que par des instruments régionaux et internationaux.

7.7 En arbitrage, c'est sur le principe de « séparabilité », d'« indépendance » ou d'« autonomie » que se fondent les tribunaux pour rejeter les exceptions d'incompétence du tribunal arbitral invoquant la nullité du contrat. Ce principe est largement accepté dans les États parties à la Convention de New York. Il est aussi expressément adopté par la Loi type de la CNUDCI (art. 16(1)) ainsi que par de nombreux règlements d'arbitrage internationaux ou institutionnels.

Le choix de la loi applicable effectué par les parties ne peut pas être « contesté *au seul motif* que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable »

7.8 L'adjectif « seul » signifie que la nullité formelle ou matérielle du contrat principal n'implique pas automatiquement que l'accord sur le choix de la loi n'est pas valable. L'accord sur le choix de la loi ne peut être déclaré nul qu'en fonction d'aspects qui lui sont propres.

7.9 La question de savoir si le choix de la loi applicable opéré par les parties est affecté par la nullité du contrat principal dépend des circonstances de l'espèce. Par exemple, les arguments qui tendent à remettre en cause le consentement des parties au contrat principal ne portent pas nécessairement atteinte à leur consentement à l'accord sur le choix de la loi, à moins que les circonstances ne démontrent l'absence de consentement *à la fois* au contrat principal et à l'accord sur le choix de la loi.

> ***Illustration 7-3.*** *Les parties A et B passent un contrat qui contient un accord précisant que le contrat est régi par la loi de l'État X. La partie A a exécuté le contrat. En vertu de la loi de l'État X, le contrat n'est pas valable en raison d'un défaut de consentement. En l'espèce, il ne peut être estimé que le défaut de consentement s'étend au choix de la loi de l'État X, qui s'applique donc pour déterminer les conséquences de la nullité, notamment le droit à restitution lorsque le contrat a été exécuté, en totalité ou en partie.*

Vice affectant à la fois le choix de la loi effectué par les parties et le contrat principal

7.10 Dans certaines situations, l'accord sur le choix de la loi entre les parties est affecté par un vice qui s'applique à la fois à l'accord et au contrat auquel cet accord s'applique. C'est notamment le cas lorsque le contrat et l'accord sur le choix de la loi, bien que séparés, sont entachés d'une même fraude ou en cas de défaut de capacité de contracter de l'une des parties (un mineur, qui ne peut passer un contrat, n'est pas non plus habilité à passer un accord sur le choix de la loi). Il convient cependant de rappeler que les

Principes ne portent pas sur la loi régissant la capacité des personnes physiques (voir art. 1(3)).

> ***Illustration 7-4.*** *Un contrat est jugé non valable car la partie A a corrompu la partie B, ou du fait d'un défaut de capacité de la partie A. L'accord sur le choix de la loi contenu dans le contrat ou entaché du même vice lors de sa conclusion est également réputé non valable.*

7.11 La clause relative au choix de la loi est affectée lorsque le vice entraînant la nullité du contrat principal s'étend nécessairement, par sa nature même, à cette clause. Dans une telle situation, la nullité aura également des conséquences sur les autres clauses, telles qu'un accord d'élection de for ou un accord d'arbitrage du même contrat.

Article 8
Exclusion du renvoi

Le choix de la loi n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie par les parties sauf si les parties en disposent expressément autrement.

Introduction

8.1 Les Principes prescrivent l'autonomie de la volonté et laissent aux parties le choix de la loi qui régira leur contrat. L'article 8 aborde la question de savoir si le choix de la loi d'un État tel qu'opéré par les parties comprend les règles de droit international privé de cet État. Dans certains cas, l'application de règles de droit international privé d'un autre État (dans ce cas, l'État choisi) peut renvoyer à la loi de l'État du for ou à celle d'un État tiers. C'est ce qu'on appelle le « renvoi ».

8.2 L'article 8 commence par disposer qu'un choix de la loi par les parties doit être interprété comme excluant l'application des règles de droit international privé de la loi choisie. La règle générale de l'article 8 écarte la possibilité d'un renvoi non intentionnel et coïncide donc, en règle générale, avec les intentions supposées des parties.

8.3 Toutefois, dans la droite ligne de la notion d'autonomie de la volonté, l'article 8 autorise les parties à inclure dans leur choix de la loi, à titre exceptionnel, les règles de droit international privé de la loi choisie, à condition de le faire *expressément*.

8.4 L'expression « règles de droit international privé » telle qu'énoncée à l'article 8 se limite aux règles déterminant la loi applicable. Elle n'englobe pas les règles de compétence internationale, de procédure ou de reconnaissance des jugements étrangers.

Exclusion du renvoi

8.5 L'article 8 prévoit qu'en général, le choix de la loi n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie, sauf si les parties en disposent expressément autrement. Ce principe est conforme aux Conventions de La Haye qui excluent la possibilité d'un renvoi avec cette formule : « le terme "loi" signifie la loi en vigueur dans un État autre que celui de ses règles relatives au choix de la loi » (voir par ex., art. 12 du Protocole de La Haye de 2007). De même, d'autres instruments régionaux et internationaux excluent généralement la possibilité de recourir au renvoi (voir art. 17 de la Convention de Mexico ; art. 20 du Règlement Rome I). Il existe une exception mineure en faveur du renvoi, uniquement lorsque l'instrument étend son champ d'application à des États non contractants (voir art. 4 et 17 de la Convention de La Haye de 1989 sur les successions ; art. 4(2) *b)* de la Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux).

> ***Illustration 8-1.*** *La partie A et la partie B concluant un contrat rédigé en ces termes : « les parties conviennent que la loi de l'État X régira leur contrat ». Cette disposition est interprétée comme se référant uniquement au droit matériel de l'État X à l'exclusion de ses règles de droit international privé.*

8.6 Ayant vocation à servir de modèle et à favoriser l'uniformisation internationale du droit international privé, les Principes excluent également la possibilité d'un renvoi, sauf lorsque les parties en disposent expressément autrement. Cette exclusion fait la part belle à l'intention présumée des parties, en empêchant l'application d'une loi distincte de leurs attentes, et évite insécurité et imprévisibilité. L'une des raisons pour lesquelles des parties concluent un accord sur le choix de la loi est d'éviter l'insécurité liée au fait de devoir déterminer le droit matériel applicable au moyen des règles de droit international privé. Cette insécurité ne serait pas évitée si une clause de choix de la loi standard devait être interprétée comme comprenant le droit international privé de l'État choisi. L'idée

sous-tendant la règle prévue à l'article 8 concorde avec les Conventions de La Haye qui accordent une autonomie (limitée) de la volonté (voir art. 7, 8 et 12 du Protocole de La Haye de 2007 ; art. 5, 6 et 17 de la Convention de La Haye de 1989 sur les successions ; art. 7 et 15 de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente ; art. 3 à 5 de la Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux).

8.7 La règle énoncée à l'article 8 n'empêche pas les parties de choisir un instrument de droit uniforme régional, supranational ou international, tel que la CVIM, pour régir un contrat sortant du champ d'application territorial ou matériel de l'instrument (art. 1(1) *a)* et *b)*, 2 et 3 de la CVIM) (voir le commentaire concernant l'art. 3). Le champ d'application territorial ou matériel de ces instruments est à distinguer des règles de droit international privé de la loi choisie aux termes des dispositions contenues à l'article 8.

8.8 Par ailleurs, si les parties ont désigné un instrument ou une loi non étatique (voir art. 3) contenant une référence à la loi d'un lieu déterminé ou à la *lex fori,* cette référence devrait être suivie.

> ***Illustration 8-2.*** *La partie A et la partie B concluent un contrat, qui contient la clause indiquée ci-après : « Ce contrat est régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce ». Conformément aux Principes d'UNIDROIT, le taux d'intérêt en cas de non-paiement est dans certaines circonstances le taux applicable fixé par la loi de l'État de la monnaie de paiement (art. 7.4.9(2) des Principes d'UNIDROIT). En vertu de cette référence, la loi de l'État de la monnaie de paiement est celle qui s'applique.*

Inclusion expresse de règles de droit international privé

8.9 Nonobstant la règle générale d'interprétation décrite ci-avant, l'article 8 dispose que les parties peuvent expressément choisir une loi en incluant ses règles de droit international privé. Cette disposition est cohérente avec l'autonomie de la volonté puisqu'elle honore l'accord exprès des parties en vue de choisir indirectement le droit matériel applicable au moyen de règles de droit international privé. Ce principe, établi en matière d'arbitrage (voir art. 28(1) de la Loi type de la CNUDCI), a également été étendu aux procédures judiciaires. Il s'écarte des Conventions de La Haye et d'autres instruments existants qui permettent une autonomie (limitée) de la volonté sans donner la possibilité d'inclure les règles de droit international privé (voir para. 8.5 et 8.6).

> ***Illustration 8-3.*** *Un contrat prévoit qu'il est « régi par la loi de l'État X, y compris ses règles de droit international privé ». En pareille situation, le droit matériel applicable sera déterminé en vertu des règles de droit international privé de l'État X.*

Article 9
Champ d'application de la loi choisie

Paragraphe 1
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 les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;**
e) **la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;**
f) **la charge de la preuve et les présomptions légales ;**
g) **les obligations précontractuelles.**

Paragraphe 2
Le paragraphe 1 *e)* n'exclut pas l'application de toute autre loi applicable en faveur de la validité formelle du contrat.

Introduction

9.1 L'objectif de l'article 9 est de décrire le champ d'application de la loi choisie par les parties. Sa structure est la suivante. Premièrement, il énonce la règle générale selon laquelle la loi choisie par les parties régit *tous les aspects* de leur relation contractuelle. Deuxièmement, il inclut une *liste non exhaustive* de questions régies par ladite loi. Et, troisièmement, il précise que les États peuvent ajouter d'autres facteurs de rattachement en faveur de la *validité formelle* du contrat.

9.2 L'article 9 se fonde sur le principe selon lequel la loi choisie régira *tous les aspects du contrat*, sauf si les parties en décident autrement. Le contrat devrait être régi par la loi choisie par les parties de sa formation jusqu'à sa fin. Une telle approche assure la sécurité juridique et l'uniformité des résultats et, ce faisant, décourage la recherche du tribunal le plus avantageux : la loi applicable à tout aspect de la relation contractuelle sera la loi choisie par les parties, quel que soit le tribunal étatique ou arbitral statuant sur le différend.

9.3 Naturellement, la référence à « tous les aspects » n'empêche pas les parties de choisir des lois différentes pour différentes parties du contrat, conformément à l'article 2(2) b), voire de choisir une loi uniquement pour un ou plusieurs des aspects énumérés à l'article 9(1), par exemple, l'interprétation du contrat.

9.4 L'article 9(1) comprend une liste de sept questions régies par la loi choisie par les parties. Le terme « notamment » indique que la liste est illustrative plutôt qu'exhaustive. La raison pour laquelle ces sept points particuliers sont mentionnés est double. Cette liste comprend d'une part la majorité des aspects les plus importants de tout contrat. C'est le cas, par exemple, des points *a)* et *b)* : l'interprétation et les droits et obligations découlant du contrat. D'autre part, elle précise qu'aux fins de l'application des Principes, certaines questions doivent être considérées comme contractuelles et seront donc régies par la loi choisie plutôt que par une autre loi, comme la *lex fori* ou la *lex loci damni*. C'est le cas, par exemple, des prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai (voir art. 9(1) *d)*), de la charge de la preuve et des présomptions légales (voir art. 9(1) *f)*) ou de la responsabilité précontractuelle (voir art. 9(1) *g)*). Cela garantit un traitement uniforme de ces questions et favorise par conséquent l'uniformité des résultats.

Domaines particuliers

9.5 Les questions mentionnées à l'article 9(1) *a)*, *interprétation*, et 9(1) *b)*, *droits et obligations découlant du contrat*, sont probablement les plus pertinentes dans la pratique et constituent le cœur des questions régies par la loi choisie par les parties. La loi choisie détermine quel sens doit être attribué aux mots et termes utilisés dans le contrat. Lorsque le sens d'un mot dans un contrat est ambigu, il doit être vérifié à l'aide des canons d'interprétation prévus par la loi choisie par les parties. Cette loi détermine également les droits et obligations des parties, en particulier lorsque ces droits et obligations ne sont pas explicitement définis par le contrat. Étant donné que les Principes ne s'appliquent qu'aux contrats, la notion de *droits* et d'*obligations* devrait être comprise comme se référant à des *droits et obligations contractuels*, et non à des questions non contractuelles susceptibles de survenir entre les parties contractantes (voir toutefois le para. 9.12).

9.6 L'article 9(1) *c)* se réfère à l'*exécution* et aux *conséquences de l'inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts.* La loi choisie par les parties régit les conditions du respect des obligations découlant de cette loi ou du contrat, par exemple, le critère de diligence, le lieu et la date d'exécution ou la mesure dans laquelle une personne autre que la partie responsable peut s'acquitter de l'obligation (voir M. Giuliano et P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles » [1980] JO C282, p. 32 (« Rapport Giuliano-Lagarde »)). La loi choisie régit également les conséquences d'une inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris les excuses invoquées pour l'inexécution, et l'évaluation des dommages et intérêts.

9.7 La référence aux *conséquences de l'inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts* est une référence à des règles matérielles, ce qui signifie que ces aspects sont inclus dans la mesure où ils sont régis par des règles du droit matériel et relèvent des pouvoirs conférés à la juridiction par la *lex fori* ou la *lex arbitri* (voir Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente, p. 42 et 43 ; Rapport Giuliano-Lagarde, p. 32). Par conséquent, des questions telles que les compensations en cas d'inexécution – par exemple, l'indemnisation et la détermination de son montant, l'exécution spécifique, la restitution, la réduction pour défaut de minimisation des pertes ou la validité de clauses de pénalité – sont soumises à la loi choisie par les parties.

9.8 L'article 9(1) *d)* concerne les *différents modes d'extinction des obligations*, et les *prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai.* La loi choisie par les parties régit tous les modes d'extinction des obligations, notamment la prescription ou la limitation des actions par le passage du temps. Par conséquent, la loi choisie détermine le commencement, le calcul, la prolongation de la prescription et de la limitation, et leurs effets, c'est-à-dire la question de savoir si c'est un moyen de défense du débiteur ou si cela éteint les droits et actions du créancier. La loi choisie par les parties régit ces questions, quelle que soit leur qualification juridique en vertu de la *lex fori*, ce qui assure l'harmonie des résultats et la sécurité juridique (voir art. 12 *g)* de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente, et art. 12(1) *d)* du Règlement Rome I).

9.9 L'article 9(1) *e)* se réfère à la *validité* et aux *conséquences de la nullité du contrat*, que ce contrat soit qualifié en des termes tels que « nul (*ex nunc* ou *ex tunc*) » ou « non valable ». La loi choisie par les parties détermine la formation du contrat, les conditions de sa validité et les motifs d'annulation. Si selon cette loi, le contrat est nul ou non valable, les circonstances qui en découlent, par exemple l'obligation de restitution ou de versement de dommages et intérêts, sont aussi régies par la loi. Voir aussi le paragraphe 5.5.

9.10 L'article 9(1) *e)* est étroitement relié à l'article 7 (séparabilité de la clause relative au choix de la loi). Selon l'article 7, il se peut que le choix de la loi soit valable, alors que le contrat principal auquel il s'applique n'est pas valable. L'article 9(1) *e)* explique clairement qu'en pareil cas, les conséquences de la nullité du contrat sont toujours régies par la loi choisie par les parties.

9.11 L'article 9(1) *f)* se réfère à la *charge de la preuve* et aux *présomptions légales*. Les Principes ne s'appliquent pas aux questions de preuve et de procédure. La loi choisie par les parties s'applique toutefois aux présomptions légales et à la charge de la preuve. Comme d'autres instruments internationaux, les Principes suivent une qualification matérielle, et non procédurale, de ces questions (voir art. 12 *g)* de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente et art. 18(1) du Règlement Rome I). Les présomptions légales et les règles déterminant la charge de la preuve contribuent à clarifier les obligations des parties et sont par conséquent inextricablement liées à la loi régissant le contrat. En outre, une qualification uniforme de ces questions permet de garantir l'harmonie des résultats et la sécurité juridique. À l'inverse, les présomptions procédurales, c'est-à-dire celles fondées sur des éléments de procédure tels que l'effet d'un défaut de comparution ou la non-production de certains documents en la possession de l'une des parties, sont exclues du champ d'application de la loi choisie. Le niveau et le mode de preuve sont également exclus.

9.12 Enfin, l'article 9(1) *g)* se réfère aux *obligations précontractuelles*. Selon les Principes, la loi choisie par les parties régit les droits et obligations des parties au cours de la période de formation du contrat et la responsabilité qui peut en découler, par exemple, en ce qui concerne les informations ou les engagements donnés par les parties au cours de cette période. Par conséquent, dès lors qu'un contrat est conclu entre les parties, les obligations découlant des transactions préalables à sa conclusion sont aussi soumises à la loi applicable au contrat. Mais avant même la conclusion du contrat, les parties peuvent choisir la loi applicable aux négociations contractuelles et, partant, à la responsabilité précontractuelle sur la base, par exemple, d'une rupture imprévue de ces négociations.

Validité formelle

9.13 L'article 9(2) dispose que l'article 9(1) *e)*, en vertu duquel la loi choisie régit la validité formelle du contrat, n'empêche pas l'application de toute « autre loi applicable » en faveur de la validité formelle du contrat. L'« autre loi applicable » est déterminée en vertu des règles de droit international privé suivies dans l'État du for ou appliquées par un tribunal arbitral. En conséquence, l'article 9(2) est motivé par la politique du *favor negotii*, qu'il cherche à promouvoir. Omniprésente dans la plupart des codes et conventions de droit international privé, cette politique est reflétée dans les règles en matière de choix de la loi, conçues pour favoriser la validité formelle des contrats en autorisant l'application de celle des lois énumérées qui sous-tendra le contrat eu égard à sa forme (facteurs de rattachement alternatifs). Les lois énumérées comprennent généralement les lois de l'État où le contrat a été établi, celles de l'État où les parties étaient domiciliées ou celles de l'État dans lequel les parties ou leurs intermédiaires respectifs se trouvaient au moment de la conclusion du contrat. L'article 9(2) permet aux tribunaux étatiques ou arbitraux de tirer parti de ces règles lorsque la forme du contrat n'est pas reconnue par la loi choisie. Cependant, dès l'instant où la loi applicable au contrat est déterminée, tout changement du choix de la loi est sans préjudice de la validité formelle du contrat (voir art. 2(3). Voir aussi le para. 5.5).

Article 10
Cession de créances

Dans le cas de la 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 créances 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 créances est opposable au débiteur ;**
ii) **les droits du cessionnaire envers le débiteur ;**
iii) **la question de savoir si le débiteur s'est acquitté de ses obligations.**

Introduction

10.1 L'article 10 détermine la loi applicable à des questions importantes dans le cadre des cessions de créance, lorsque les droits et devoirs des parties sont définis par deux contrats (ou plus) conclus par diverses combinaisons de parties et que ces contrats comprennent différents accords sur le choix de la loi.

10.2 Même lorsque l'autonomie de la volonté est pleinement acquise de par les Principes, des questions complexes se posent quant à la détermination de la loi applicable à des aspects spécifiques dans le cadre de transactions telles que des cessions de créance, pour lesquelles les droits et devoirs des parties sont déterminés par deux contrats liés ou plus passés par diverses combinaisons de parties, et lorsque ces contrats renferment différents accords sur le choix de la loi. Outre les cessions de créance (lorsque le contrat créant l'obligation cédée est régi par la loi d'un État alors que le contrat de cession est régi par la loi d'un autre État), ces circonstances se retrouvent dans d'autres contextes, tels que la subrogation ou la délégation. Face à des situations aussi complexes, les Principes mettent l'accent sur la cession, les cessions étant des transactions récurrentes et importantes dans la pratique commerciale internationale.

10.3 Si les créances et transactions complexes similaires dont les contrats se chevauchent ne présentent pas de problèmes particuliers en ce qui concerne la détermination de la loi régissant chacun des contrats considérés séparément, des questions complexes se posent dès lors qu'il s'agit de déterminer la loi régissant des questions relatives à des dispositions au croisement de ces contrats, particulièrement lorsqu'ils sont régis par des lois différentes. Après tout, le droit opposable par un cessionnaire envers le débiteur du compte du contrat cédé est créé par une combinaison du contrat cédé et du contrat de cession, et les parties à ces deux contrats peuvent avoir choisi des lois différentes pour régir ces contrats.

> ***Scénario.*** *En vertu d'un contrat passé entre un débiteur et un créancier (contrat 1), le créancier réclame au débiteur une somme d'argent. Le contrat 1 indique qu'il est régi par la loi de l'État X et, en vertu des Principes, cette désignation de la loi applicable est valable. En vertu d'un contrat passé entre le créancier et un cessionnaire (contrat 2), le créancier a cédé au cessionnaire ses droits envers le débiteur en vertu du contrat 1. Le contrat 2 indique qu'il est régi par la loi de l'État Y et, en vertu des Principes, cette désignation de la loi régissant le contrat est valable. Le résultat de ces deux contrats, pris ensemble, peut être de créer un droit du cessionnaire à l'égard du débiteur.*

10.4 Dans le scénario, le cessionnaire n'était pas partie au contrat 1, et n'a pas participé au choix de la loi relatif à ce contrat. De même, le débiteur n'était pas partie au contrat 2, et n'a pas participé au choix de la loi relatif à ce contrat. Il ne suffit donc pas de donner effet au choix de la loi par les parties pour déterminer la loi applicable à la relation entre les parties née de l'interaction de ces deux contrats. Par conséquent, il est utile d'examiner comment le choix de la loi opère dans le cadre de cessions de créances à la lumière du potentiel de confusion en ce qui concerne la question de savoir quelle loi régit les différents aspects de la relation entre le débiteur, le cédant et le cessionnaire lorsque le contrat qui lie le débiteur et le créancier / cédant est régi par une loi différente de celle applicable au contrat entre le créancier / cédant et le cessionnaire.

10.5 Même si les Principes garantissent l'autonomie de la volonté en permettant aux parties de choisir la loi régissant un contrat, de sorte que le contrat 1 dans le scénario ci-avant est régi par la loi de l'État X (conformément au choix des parties au contrat) et que le contrat 2 est de la même façon régi par la loi de l'État Y, le respect des Principes pour l'autonomie de la volonté ne nous dit pas grand-chose au sujet de la loi régissant les questions qui concernent la relation entre les parties n'ayant pas passé de contrat les unes avec les autres (telles que le débiteur et le cessionnaire) et n'ayant, partant, pas exercé leur autonomie pour choisir la loi régissant ces questions. Si le créancier et le cessionnaire ont décidé que leur contrat serait régi par la loi de l'État Y, le débiteur n'a pas consenti à l'application de la loi de l'État Y. De même, si le débiteur et le créancier ont décidé que leur contrat serait régi par la loi de l'État X, le cessionnaire n'a pas consenti à l'application de la loi de l'État X. Par conséquent, on ne peut pas dire qu'appliquer soit la loi de l'État X soit la loi de l'État Y aux relations entre le débiteur et le cessionnaire nées de l'interaction des deux contrats constitue une simple application de l'autonomie de la volonté.

10.6 De ce fait, si les Principes respectent généralement l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi régissant la relation entre des parties qui ont passé un contrat les unes avec les autres, des règles sont nécessaires pour déterminer quelle loi s'applique lorsque le respect du choix conjoint des parties n'a pas vraiment de sens, parce que les parties n'ont pas passé de contrat les unes avec les autres. L'article 10 prévoit ces règles.

Identification et application des Principes pour régler les questions découlant de cessions de créances

10.7 L'article 10 se fonde sur deux principes : i) les droits et obligations entre deux parties, créés par un contrat entre elles, doivent être régis par la loi régissant ce contrat ; et ii) une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui l'a créée, même après que le créancier cède ses droits en vertu de l'obligation à un tiers. L'application de ces deux Principes à la relation née de la cession de créances mène aux règles énoncées aux articles 10 *a)* et *b)*.

10.8 Premièrement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10 *a)*, la loi choisie par le cédant et le cessionnaire dans le contrat de cession de créances régit leurs droits et obligations mutuels découlant du contrat. Ce constat résulte de l'application du principe selon lequel les droits et obligations entre deux parties, nés d'un contrat passé entre elles, devraient être régis par la loi gouvernant ce même contrat.

> ***Illustration 10-1.*** *Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant (voir para. 10.4), les obligations contractuelles créées entre le créancier et le cessionnaire en vertu du contrat 2, et la question de savoir si, entre le créancier et le cessionnaire, le contrat 2 cède effectivement les droits du créancier découlant du contrat 1 au cessionnaire, sont régies par la loi de l'État Y.*

10.9 Deuxièmement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10 *b) i)*, la loi choisie par le débiteur et le créancier dans leur contrat instaurant la créance détermine si la cession est opposable au débiteur. Ce constat résulte de l'application du principe selon lequel une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui

l'a créée, même après que le créancier cède ses droits en vertu de l'obligation à un tiers (voir art. 2).

> ***Illustration 10-2.*** *Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant (voir para. 10.4), la question de savoir si la cession des droits du créancier envers le cessionnaire en vertu du contrat 1 peut être opposée au débiteur par le cessionnaire (notamment la détermination de l'effet de toute clause d'incessibilité dans le contrat 1) est régie par la loi de l'État X.*

10.10 Troisièmement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10(b)(ii), la loi choisie par le débiteur et le créancier dans le contrat instaurant la créance régit les droits du cessionnaire contre le débiteur découlant de la cession. Ce constat résulte également de l'application du principe selon lequel une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui l'a créée, même après que le créancier cède ses droits en vertu de l'obligation à un tiers.

> ***Illustration 10-3.*** *Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant (voir para. 10.4), et partant du principe que le cessionnaire peut opposer la cession au débiteur, la nature et la portée de l'obligation du débiteur envers le cessionnaire (notamment la détermination de l'effet de toute doctrine juridique en vertu de laquelle un débiteur ne peut opposer au cessionnaire certaines exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier) sont régies par la loi de l'État X.*

10.11 Quatrièmement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10(b)(ii), la loi choisie par le débiteur et le créancier dans le contrat instaurant la créance régit la question de savoir si le débiteur s'est acquitté de ses obligations. Ce constat résulte aussi de l'application du principe selon lequel une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui l'a créée, même après que le créancier cède ses droits en vertu de l'obligation à un tiers.

> ***Illustration 10-4.*** *Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant (voir para. 10.4), et partant du principe que le cessionnaire peut opposer la cession au débiteur, la question de savoir si le débiteur s'est acquitté de ses obligations envers le cessionnaire découlant de la cession (exécution par le débiteur ou autre) est régie par la loi de l'État X.*

Précédents internationaux

10.12 La question de la loi régissant des obligations cédées est traitée dans la Convention Créances des Nations Unies. Elle est également abordée dans le Règlement Rome I et dans le Guide Opérations garanties de la CNUDCI. L'article 10 est en accord avec ces précédents. La Convention Créances des Nations Unies (art. 28(1)) (recommandation 216 du Guide Opérations garanties de la CNUDCI) renvoie les questions entre le cédant et le cessionnaire à la loi régissant la cession, et s'en remet à l'autonomie de la volonté pour le choix de cette loi : « Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie ». La Convention Créances des Nations Unies (art. 29) (recommandation 217 du Guide Opérations garanties de la CNUDCI) traite de la loi applicable à la relation entre le débiteur du compte du contrat cédé et le cessionnaire : « La loi régissant le contrat initial [le contrat cédé] détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et détermine également si le débiteur s'est déchargé de ses obligations ».

Questions connexes

10.13 D'autres contextes dans lesquels les droits sont déterminés par référence à deux contrats ou plus entre différents ensembles de parties comprennent la subrogation et la délégation. Si l'article 10 ne prévoit pas de règles pour déterminer quelle loi régit les diverses questions pouvant être soulevées dans ces contextes, les règles de l'article 10 peuvent s'appliquer à ces situations par analogie.

Article 11
Lois de police et ordre public

Paragraphe 1
Ces Principes n'empêchent pas un tribunal étatique d'appliquer les lois de police de la loi du for, quelle que soit par ailleurs la loi choisie par les parties.

Paragraphe 2
La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi.

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

Paragraphe 4
La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public d'un État dont la loi serait applicable en l'absence de choix de la loi.

Paragraphe 5
Ces Principes n'empêchent pas un tribunal arbitral d'appliquer ou de prendre en considération l'ordre public, ou d'appliquer ou de prendre en considération les lois de police d'une loi autre que celle choisie par les parties, si le tribunal arbitral doit ou peut le faire.

Introduction

11.1 L'article 11 reconnaît deux catégories de limites à l'application du principe de l'autonomie de la volonté énoncé à l'article 2. Il s'agit des seules limites à l'application de la loi choisie par les parties dans le cadre des Principes. Nonobstant la loi choisie par les parties, un tribunal peut : a) appliquer ou prendre en considération les « lois de police » de la loi du for (voir art. 11(1)) ou d'une autre loi (voir art. 11(2)) et b) refuser d'appliquer une disposition de la loi choisie par les parties si l'application de cette disposition est manifestement incompatible avec des notions fondamentales de l'ordre public du for (voir art. 11(3)) ou d'un État dont la loi s'appliquerait au contrat en l'absence de choix de la loi par les parties (voir art. 11(4)).

11.2 Par conséquent, une juridiction nationale peut appliquer les lois de police de la loi du for (voir para. 11.14 à 11.17) ou d'un État tiers (voir para. 11.18 à 11.21), même si les parties n'ont pas choisi les lois de ces États pour régir leur contrat. Une juridiction peut également refuser d'appliquer une disposition de la loi choisie par les parties si l'application de cette disposition est manifestement incompatible avec des notions fondamentales de l'ordre public de la loi du for (voir para. 11.22 à 11.26) ou de l'État tiers identifié, en d'autres termes celui dont la loi serait applicable si les parties n'avaient pas exercé leur liberté de choisir la loi applicable (voir para. 11.27 à 11.28).

11.3 Ces catégories de limites ne s'appliquent qu'aux règles et politiques d'une importance fondamentale dans les systèmes juridiques dont elles émanent (voir para. 11.15 et 11.23). En effet, ne pas circonscrire ces limites de la sorte affaiblirait le principe de l'autonomie de la volonté.

11.4 La loi du for est au cœur de l'article 11. C'est par référence à cette loi qu'un tribunal va déterminer si une disposition ou une politique de cette loi présente les caractéristiques suffisantes pour constituer une « loi de police » ou si l'ordre public est d'une nature suffisamment fondamentale pour l'emporter sur la loi choisie par les parties (voir

art. 11(1) et (3) ; voir para. 11.1 et 11.22) en vertu des Principes. C'est également le droit international privé du for qui détermine si, et dans quelle mesure, un tribunal appliquera ou prendra en considération les lois de police ou l'ordre public d'un État tiers (voir art. 11(2) et (4) ; voir para. 11.20 et 11.28). D'autre part, la qualification de « loi de police » oui d'« ordre public » d'une autre loi est déterminé en fonction de cette loi et non de la loi du for.

11.5 Les catégories de limites reconnues par l'article 11 encadrent la loi applicable dans une certaine mesure, mais n'invalident pas le choix effectué par les parties. Dans le cas des lois de police, l'applicabilité de la loi choisie est complétée ou supplantée par l'application de la loi de police d'une autre loi. Dans le cas de l'ordre public, l'applicabilité de la loi choisie n'est limitée que dans la mesure où l'application de cette loi est manifestement incompatible avec des notions fondamentales de l'ordre public. En conséquence, la loi choisie sera appliquée comme le prévoient par ailleurs les Principes, à moins que son inapplication soit indispensable pour donner effet aux lois de police ou à l'ordre public.

11.6 L'article 11(5) est distinct du reste de l'article. Comme l'explique clairement le commentaire relatif à cette disposition (para. 11.29 à 11.31), ce paragraphe reconnaît que les tribunaux étatiques et arbitraux fonctionnent dans des contextes distincts concernant le traitement des lois de police et de l'ordre public. L'article 11(5) prévoit donc qu'un tribunal arbitral prenne en compte l'ordre public ou les lois de police d'une loi autre que celle que les parties ont choisie, s'il peut ou doit le faire. Cette possibilité constitue donc un important dispositif de contrôle permettant de protéger l'intégrité de l'arbitrage en tant que mécanisme de résolution des différends.

Lien entre l'article 11 et le principe de l'autonomie de la volonté

11.7 Les règles prévoyant l'application, par un tribunal étatique ou arbitral, de lois de police ou de l'ordre public (de la loi du for ou d'une autre loi) afin de caractériser la loi qui serait autrement applicable dans un cas particulier sont d'une importance fondamentale en droit international privé. Ces règles fournissent une « soupape de sécurité » essentielle, sans laquelle les législateurs sur le plan national pourraient hésiter à permettre l'application de la loi choisie ou de « règles de droit » (*Guardianship of Infants (Pays-Bas c. Suède)* (1958) 25 *ILR* 254).

11.8 Dans le contexte actuel, bien qu'elles restreignent l'application de la loi choisie par les parties, les dispositions énoncées à l'article 11 visent à renforcer le principe de l'autonomie de la volonté. En reconnaissant et en définissant les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un tribunal étatique ou arbitral peut légitimement déroger au choix effectué par les parties dans l'exercice du pouvoir que leur confère l'article 2(1), les dispositions décrites dans les paragraphes suivants sont d'importants mécanismes de contrôle, qui devraient servir à renforcer la conviction qu'un système juridique repose sur les parties en leur permettant ce choix. Sans dispositions de ce type, qui protègent l'intégrité d'un système juridique et la société qu'il représente, la liberté des parties de choisir la loi applicable à un contrat pourrait ne pas être acceptée du tout, et si elle était reconnue, risquerait d'être compromise ou niée par l'invocation de motifs insignifiants ou fallacieux.

Lien entre lois de police et ordre public

11.9 L'article 11 permet l'application, à titre exceptionnel, de deux catégories de restrictions à l'application de la loi choisie par les parties : les lois de police et l'ordre public. Ces deux catégories sont généralement abordées dans des dispositions séparées dans les instruments nationaux et internationaux, notamment toutes les Conventions adoptées par la Conférence de La Haye au cours des 50 dernières années et traitant des questions du choix de la loi (voir art. 16 et 17 de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires ; art. 17 et 18 de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente et art. 11 de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres).

11.10 Il ne fait aucun doute que les lois de police et l'ordre public sont « étroitement liés » ; on peut estimer qu'ils partagent le même fondement doctrinal et sont les deux faces d'une même pièce. Leur traitement séparé dans les Principes présente toutefois l'avantage, en particulier, non seulement d'assurer une cohérence avec la majorité des instruments internationaux existants, mais aussi de permettre d'établir une distinction claire entre a) des situations dans lesquelles l'application de la loi choisie est remplacée, parce qu'une règle positive spécifique de la *lex fori* ou d'un autre système juridique l'emporte et s'applique à sa place (application d'une loi de police) et b) des situations dans lesquelles l'application de la loi choisie est bloquée parce que l'application de cette loi dans une situation particulière est contraire aux règles fondamentales du for ou d'un autre système juridique dont la loi s'appliquerait au contrat en l'absence de choix par les parties (application de l'ordre public).

11.11 Afin de donner suffisamment de poids au principe de l'autonomie de la volonté, toute restriction à l'application de la loi choisie par les parties doit être justifiable, clairement définie et ne doit pas être plus étendue que nécessaire pour servir l'objectif poursuivi. Conformément à cette approche restrictive, les Principes soulignent le caractère exceptionnel des règles d'ordre public et lois de police.

11.12 L'article 11 établit une distinction entre le rôle des lois de police et des règles d'ordre public dans le cadre de procédures judiciaires (voir art. 11(1) à (4)) et leur rôle dans des procédures arbitrales (voir art. 11(5)). S'agissant des procédures judiciaires, l'article 11 établit également une distinction entre l'effet restrictif des règles et politiques du for (voir art. 11(1) et (3)) et celui des règles et politiques de systèmes juridiques autres que celui du for ou que celui choisi par les parties (voir art. 11(2) et (4)).

11.13 L'article 11 ne traite pas de l'application des lois de police et de l'ordre public de la loi choisie par les parties. Cela tient au fait qu'un choix de la loi au sens de l'article 2 entraîne (sous réserve uniquement des limites définies dans le présent article) l'application de l'*intégralité* du droit matériel choisi, qu'il relève ou non de l'une ou l'autre de ces deux catégories. L'article 2 permet aux parties de choisir la loi applicable à une partie seulement d'un contrat (à certaines dispositions, mais pas à d'autres) et de choisir différentes lois pour régir différentes parties du contrat (voir para. 2.9). Toutefois, il ne permet pas aux parties de choisir « ce qui les intéresse » dans le droit matériel applicable de façon à exclure l'application de certaines règles et à en appliquer d'autres. Par exemple, les Principes ne permettraient pas aux parties de choisir l'ensemble du droit de l'État X, à l'exception d'une loi (impérative) particulière régissant les clauses abusives des contrats. Pour l'essentiel, par conséquent, ce sera à la loi choisie de déterminer si les parties sont libres de s'écarter d'une disposition juridique particulière dans la sphère d'application des Principes aux termes de leur contrat ou si cette disposition a un effet impératif.

Lois de police de la loi du for (art. 11 (1))

11.14 L'article 11(1) prévoit que la loi choisie par les parties peut être encadrée par les lois de police du for. Ces lois de police continuent de produire leurs effets nonobstant le choix d'une loi différente par les parties, et prévaudront si elles sont incompatibles avec des dispositions de la loi choisie.

11.15 Les Principes ne définissent pas le terme « lois de police » (en comparaison de l'art. 9 (1) du Règlement Rome I). Ce terme, qui figure dans plusieurs instruments nationaux et régionaux, est généralement compris comme se référant aux dispositions de la loi (dans l'art. 11(1), la loi du for) qui doit, selon leur propre interprétation, être appliquée à la détermination d'un litige entre des parties contractantes, quelle que soit la loi choisie pour régir le contrat. Il s'agit de dispositions *impératives* en ce sens que les parties n'ont pas la possibilité d'y déroger par les termes de leur contrat ou autrement. Il s'agit de dispositions qui *prévalent* en ce sens qu'un tribunal doit les appliquer, même si les parties ont choisi une loi autre que celle du for pour régir leur relation contractuelle.

La présence de ces deux caractéristiques sert à souligner l'importance de cette disposition au sein du système juridique pertinent, et à restreindre la catégorie des dispositions auxquelles les Principes s'appliqueront. Les lois de police sont susceptibles d'être limitées à celles qui sont considérées comme importantes pour la sauvegarde des intérêts publics du for (voir art. 9(1) du Règlement Rome I).

11.16 Il n'est pas nécessaire qu'une loi de police revête une forme particulière (ce ne doit pas nécessairement être une disposition d'un instrument ou d'une loi constitutionnels), ou que son caractère impératif et prévalant soit expressément indiqué. Il convient d'appliquer dans chaque cas la loi du for pour déterminer a) si une disposition particulière est capable d'avoir les effets décrits et b) si, s'agissant de ses termes (notamment son application territoriale) et de toute circonstance environnante pertinente, elle produit effectivement ces effets en l'espèce. Toutefois, la nature exceptionnelle des restrictions à l'autonomie de la volonté visées à l'article 11 devrait empêcher de conclure systématiquement qu'une disposition particulière est une loi de police à défaut de termes ou d'autres indications à cet effet.

> ***Illustration 11-1.*** *Une disposition statutaire de l'État Z telle que celle indiquée ci-après (art. 1) ferait entrer la disposition matérielle à laquelle elle se réfère (art. 2) dans le champ d'application de l'article 11(1) des Principes :*
>
> *Article 1*
> *1) L'article 2 s'applique nonobstant tout consentement ou toute renonciation contraire.*
>
> *2) Si la loi applicable à un contrat est, sauf disposition expresse contraire incluse dans le contrat, celle de l'État Z, alors, nonobstant cette disposition, l'article 2 s'applique au contrat.*
>
> ***Illustration 11-2.*** *Les parties A et B concluent un contrat en vertu duquel la partie A est désignée comme étant l'agent commercial de la partie B dans l'État X. Le contrat dispose qu'il est régi par la loi de l'État Y. À la résiliation du contrat, la partie A poursuit la partie B dans l'État X, et demande une indemnisation en vertu de la loi de l'État X. Une loi de l'État X régissant les contrats d'agence commerciale prévoit une indemnité à la résiliation d'un tel contrat et comprend également une disposition aux fins que « les parties ne puissent pas déroger aux dispositions relatives à l'indemnité au détriment de l'agent commercial avant l'expiration du contrat d'agence ». Le tribunal de l'État X peut (ou non) interpréter ces termes comme justifiant la conclusion selon laquelle les dispositions relatives à l'indemnité prévues par la loi sont des lois de police, qui remplacent les règles qui seraient autrement pertinentes de la loi choisie de l'État Y en ce qui concerne le régime d'indemnité. Afin de parvenir à cette conclusion, les juges doivent être convaincus non seulement du fait que la disposition, si elle s'applique, est une disposition à laquelle les parties ne sont pas libres de déroger, mais aussi que cette disposition doit être appliquée, même si les parties ont choisi la loi de l'État Y pour régir leur relation.*

11.17 L'impact de l'article 11(1) est également limité de la manière indiquée ci-après : il contrôle l'application de la loi choisie *uniquement dans la mesure où* une telle application est incompatible avec l'application simultanée de la loi de police pertinente à la relation entre les parties et de la loi choisie. Point important à noter, le fait de conclure que la loi choisie est, à un ou plusieurs titres, incompatible avec une disposition d'une loi de police de la loi du for n'invalide pas le choix des parties ni ne nie, sauf en cas d'incompatibilité, les conséquences de ce choix en vertu des articles 2 et suivants. La loi choisie doit s'appliquer dans toute la mesure du possible en accord avec la disposition de la loi de police.

Lois de police d'une autre loi (art. 11(2))

11.18 Alors que l'article 11(1) aborde l'application de lois de police de la loi du for, l'article 11(2) traite de l'application possible des lois de police « d'une autre loi », c'est-à-dire la loi d'un État autre que celle du for ou celle choisie par les parties. Au contraire de l'article 11(4) (voir para. 11.28), qui se réfère uniquement à la loi applicable à un contrat à défaut de choix, l'article 11(2) ne limite pas les interactions qui peuvent être établies en vue d'identifier l'État dont les lois de police seront ou pourront être appliquées. En conséquence, l'État en question peut être celui dont la loi aurait été applicable en l'absence d'accord sur le choix de la loi ; il peut aussi s'agir d'un État autrement lié au contrat. La définition de la catégorie des lois de police, et la relation entre ces dispositions et les dispositions de la loi choisie, doivent être comprises de la même manière que pour l'article 11(1) (voir para. 11.14 à 11.17).

> ***Illustration 11-3****. Les parties A et B concluent un contrat pour la location par la partie B d'un véhicule utilitaire, sachant qu'il sera utilisé pour passer en contrebande des objets historiques de l'État Y à l'État X. Le contrat indique qu'il est régi par la loi de l'État Z. Aux termes de la loi de l'État Y sur les objets culturels, l'exportation d'objets historiques sans licence est une infraction pénale et tous les contrats ayant pour objet de faciliter la contrebande sont illégaux et inexécutables. La partie A ne fournit pas le véhicule et la partie B poursuit la partie A en justice dans l'État X. En supposant que le contrat est valide et peut être exécuté en application de la loi choisie par les parties (c.-à-d. la loi de l'État Z), le droit international privé de l'État X déterminera si les lois de police de l'État Y doivent être appliquées ou prises en compte, et si oui, dans quelle mesure elles doivent l'être. Si, en vertu de la loi de l'État Y, les lois de police de la loi de l'État Y doivent être appliquées ou prises en compte, la loi de l'État Y doit ensuite être examinée pour déterminer si les dispositions de la loi sur les objets culturels ont le statut de lois de police à cet effet.*

11.19 Certains instruments internationaux, tels que la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires, et la Convention de Rome, contiennent des dispositions permettant aux tribunaux de donner effet, à titre discrétionnaire et sous réserve de certaines conditions, à des lois de police d'une autre loi. D'autres instruments, comme le Règlement Rome I, à son article 9(3), renferment des principes plus étroitement définis. Les pratiques actuelles et opinions des États quant à l'utilité de telles dispositions varient toutefois considérablement. L'article 11(2) vise à refléter cette diversité au sein des Principes en laissant au droit international privé du for le soin de déterminer si, et dans quelles circonstances, les lois de police d'une autre loi peuvent ou doivent s'appliquer ou être prises en considération. Une solution semblable figure à l'article 11(2) de la Convention de Mexico.

11.20 Vu la place centrale qu'occupe la loi du for dans les articles 11(1) et 11(2) (voir para. 11.4), cette loi doit être appliquée pour résoudre tout conflit manifeste entre une loi de police de la loi du for et une loi de police applicable d'un autre État.

11.21 L'article 11(2) n'exclut pas l'application de dispositions de la loi choisie qui permettent ou imposent à un tribunal de prendre en compte la loi d'un État tiers en tant que circonstance pertinente à leur application aux faits d'une affaire particulière (par ex., une règle du droit des contrats suspendant ou résiliant l'exécution devenue illégale en vertu de la loi du lieu d'exécution choisi).

Ordre public du for (art. 11 3))

11.22 En vertu de l'article 11(3), l'application d'une disposition de la loi choisie peut être exclue uniquement si le résultat d'une telle application est manifestement incompatible avec des notions fondamentales des règles d'ordre public du for. Trois conditions doivent être remplies afin que l'article 11(3) s'applique : tout d'abord, il doit exister, dans l'État du for, une politique suffisamment importante pour justifier son application à l'affaire en

question (« notions fondamentales de l'ordre public » ou « ordre public ») ; ensuite, la loi choisie doit être clairement incohérente avec cette politique (« manifestement incompatible ») ; enfin, l'incompatibilité manifeste doit survenir dans le cadre de l'application de la loi choisie au différend porté devant le tribunal . Ces conditions reflètent le *leitmotiv* des Principes, à savoir de faciliter autant que possible l'autonomie de la volonté, et servent à contrôler le recours à des arguments relatifs à l'ordre public pour rejeter l'efficacité de la loi choisie.

11.23 S'agissant de la première condition, l'utilisation des termes « notions fondamentales de l'ordre public » et de l'expression « ordre public », acceptée internationalement, insiste sur le fait que l'article 11(3) concerne des règles du système juridique du for (quelle que soit sa forme) qui sont si importantes qu'elles couvrent les contrats de caractère international, même si les parties peuvent choisir une autre loi pour régir ces contrats (ce qu'elles ont en l'occurrence fait). En conséquence, cette catégorie est beaucoup plus étroite que la notion d'« ordre public » telle qu'elle peut être appliquée à des contrats nationaux. Il ne suffit bien entendu pas que la loi choisie adopte une approche différente de celle de la loi du for. Il est nécessaire que l'application de la loi choisie viole une règle fondamentale du for comme indiqué.

11.24 Quant à la deuxième condition, les mots « manifestement incompatible » (utilisés, par ex., à l'art. 17 de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires et à l'art. 21 du Règlement Rome I) servent à souligner que tout doute quant à l'application de la loi choisie qui serait incompatible avec les notions fondamentales de l'ordre public du for doit être tranché en faveur de l'application de la loi choisie.

11.25 L'article 11(3) souligne la troisième condition, à savoir, que c'est le résultat de *l'application* de la loi choisie dans un cas particulier, et non de la loi choisie dans l'absolu, qui doit être évalué au regard de sa conformité avec l'ordre public. Cela n'exclut toutefois pas la possibilité, pour un tribunal, de prendre en considération l'issue du différend entre les parties, même si ce tribunal peut, s'il le souhaite, envisager plus largement l'intérêt public. Par exemple, un tribunal peut, en se fondant sur l'ordre public, refuser d'exécuter un contrat valide en vertu de la loi choisie par les parties, au motif que le choix visait à contourner les sanctions imposées par une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, alors même que l'inexécution procurerait un profit à une personne visée par ces sanctions et que l'autre partie n'était pas impliquée dans ce contournement.

> ***Illustration 11-4.*** *La partie A, joueur professionnel dans l'État X, se rend dans le casino de la partie B dans l'État Y. Au cours de cette visite, les parties concluent un contrat de jeu, régi par la loi de l'État Y. La partie A ne paie pas la partie B et cette dernière poursuit la partie A en justice dans l'État X. Les contrats de jeu sont considérés comme contraires à l'ordre public dans l'État X, mais sont prévus par la loi, contraignants et exécutoires en vertu de la loi de l'État Y. La question de savoir si la juridiction de l'État X refusera d'appliquer les règles confirmant le caractère exécutoire du contrat en application de la loi choisie par les parties dépendra de la question de savoir si (i) l'ordre public de l'État X est compris comme une politique fondamentale de cet État proscrivant tous les contrats de jeu, même ceux qui ont été conclus en dehors de l'État avec une partie non résidente (partie B) et disposent qu'ils sont soumis à une loi n'interdisant pas de tels contrats, et (ii) l'exécution du contrat à la faveur de la partie B serait manifestement incompatible avec cette politique.*

11.26 La loi choisie par les parties ne peut être exclue que « dans la mesure » où son application serait incompatible avec l'ordre public du for. Par conséquent, comme dans le cas des dispositions des lois de police, l'existence d'une incompatibilité de ce genre ne prive pas de tout effet le choix de la loi effectué par les parties. Au lieu de cela, la loi choisie doit être appliquée autant que possible de façon compatible avec l'ordre public du for. Une telle application peut produire un résultat qui est cohérent et compatible avec l'ordre public du for. Toutefois, si la non-application d'une disposition de la loi choisie produit un résultat incomplet ou incohérent, la loi du for devrait normalement s'appliquer

afin d'identifier toute règle supplétive. Il se peut aussi que les parties aient elles-mêmes prévu les conséquences d'un conflit avec l'ordre public du for; si c'est ce qu'elles ont fait et si leur choix peut prendre effet de façon cohérente avec l'ordre public, cette expression de leur autonomie devrait prévaloir.

> ***Illustration 11-5.*** *La partie A poursuit la partie B devant les juridictions de l'État X pour rupture du contrat. La partie A réclame des dommages et intérêts compensatoires et punitifs conformément aux dispositions de la loi de l'État Y choisie par les parties pour régir le contrat et tout litige auquel il pourrait donner lieu. En vertu de la loi de l'État X, un principe fondamental du droit veut que les dommages et intérêts punitifs ne soient pas possibles pour ce qui est des demandes contractuelles. En vertu de l'article 11(3), la juridiction de l'État X pourrait exclure l'application de la loi de l'État Y pour ce qui est de la demande de dommages intérêts punitifs, mais cette loi devrait tout de même être appliquée pour l'évaluation de la demande de dommages et intérêts compensatoires formée par la partie A.*

Ordre public d'un État dont la loi serait applicable en l'absence d'un choix de la loi (art. 11(4))

11.27 L'article 11(4) reconnaît que, dans certains systèmes juridiques, l'État dont l'ordre public sert de limite à la loi choisie n'est pas, ou pas uniquement, l'État du for, mais aussi l'État dont la loi aurait été applicable à défaut de choix.

11.28 L'article 11(4), de même que l'article 11(2), renvoie à la loi du for, notamment ses règles de droit international privé, pour déterminer le rôle (le cas échéant) devant être joué par l'ordre public d'un État autre que celui du for ou que celui dont la loi a été choisie par les parties. Contrairement à l'article 11(2), cependant, l'article 11(4) permet de se référer uniquement à l'État dont la loi serait applicable au contrat à défaut d'un choix de la loi par les parties, en vertu des propres règles de droit international privé du for. Sous réserve d'autres restrictions imposées par la loi du for, la catégorie d'ordre public à laquelle il est possible de se référer et les limites de son application doivent être comprises comme étant soumises aux mêmes conditions et restrictions que le principe d'exclusion visé à l'article 11(3) (voir para. 11.26).

> ***Illustration 11-6.*** *Une banque, immatriculée dans l'État Y mais agissant par l'intermédiaire d'une succursale de l'État X, et un emprunteur (propriétaire d'une petite entreprise), résident de l'État X, concluent un prêt commercial, indiquant expressément être régi par la loi de l'État Z. Alors que la banque refuse d'avancer des fonds à l'emprunteur, celui-ci la poursuit devant les tribunaux de l'État Y. En vertu du droit des contrats de l'État Y et de l'État Z, la banque est habilitée à se fonder sur une condition de l'accord pour refuser d'avancer des fonds à un emprunteur, lorsqu'elle estime qu'il rencontre des difficultés financières. Toutefois, en vertu de l'ordre public de l'État X, considéré par ses tribunaux comme applicable à l'ensemble des contrats significativement liés à cet État, cette condition ne serait pas retenue au motif qu'elle constitue un abus de position dominante, la banque étant économiquement avantagée par rapport à l'emprunteur. La loi de l'État Y, y compris ses règles de droit international privé, déterminera : 1) si l'ordre public de l'État dont la loi aurait régi le contrat sans un choix des parties peut ou doit être appliqué et, le cas échéant, dans quelles circonstances ; 2) le cas échéant, si, dans l'hypothèse où la loi de l'État Z n'aurait pas été choisie, le contrat entre les parties aurait été régi par la loi de l'État X. Sous réserve de cet aspect, la loi de l'État Z (telle que choisie par les parties) s'appliquera au contrat.*

Tribunaux arbitraux et ordre public et lois de police (art. 11(5))

11.29 L'article 11(5) tient compte des différentes situations auxquelles les tribunaux arbitraux doivent faire face, contrairement aux tribunaux étatiques, en lien avec les lois de police et l'ordre public. Contrairement aux tribunaux étatiques, les tribunaux arbitraux

n'opèrent pas en tant qu'infrastructure judiciaire d'un seul système juridique, et sont soumis à diverses influences juridiques. En outre, les Principes, de par leur nature même en tant qu'instrument non contraignant, ne confèrent (et ne peuvent conférer) à un tribunal arbitral aucun pouvoir au-delà de celui qui lui est conféré par son mandat et ne peuvent prédire les circonstances exactes dans lesquelles un tribunal arbitral sera constitué et appelé à statuer.

11.30 En conséquence, l'article 11(5) ne confère pas de pouvoirs supplémentaires aux tribunaux arbitraux et ne prétend pas donner à ces tribunaux un pouvoir discrétionnaire illimité et absolu leur permettant de s'écarter de la loi choisie par les parties. Optant pour une approche plutôt opposée, les Principes reconnaissent qu'un tribunal arbitral peut être contraint de prendre en compte l'ordre public ou les lois de police d'une autre loi, ou bien doit s'assurer qu'il « peut le faire ». La formulation de l'article exige du tribunal qu'il examine le cadre juridique dans le contexte duquel ses sentences sont rendues, compte tenu, en particulier, de l'accord des parties, du siège de l'arbitrage désigné ou réputé l'être, des règles institutionnelles applicables à l'arbitrage et de l'influence potentiellement déterminante des tribunaux étatiques appliquant la législation locale en matière d'arbitrage.

11.31 Par exemple, les tribunaux arbitraux peuvent être soumis à une obligation expresse de faire tous les efforts (raisonnables) pour rendre une « sentence exécutoire » (voir par ex., art. 41 du Règlement d'arbitrage de la CCI et art. 32.2 du Règlement de la *LCIA* de 1998 ; voir aussi art. 34(2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposant que les sentences doivent « [être] définitives et [s'imposer] aux parties »). La question de savoir si une obligation de cette nature exige que le tribunal tienne compte des lois de police du siège, qu'elles aient été identifiées ou non, ou des lieux où l'exécution d'une sentence devrait avoir lieu est une question controversée. L'article 11(5) ne dit rien au sujet de cette controverse. Il insiste toutefois sur le fait que (au moins en première instance) c'est au tribunal de se forger une opinion quant à l'existence et à la portée des obligations qui lui incombent (et des pouvoirs qui lui sont conférés), et d'appliquer ou de prendre en compte les dispositions et règles d'une loi autre que celle choisie par les parties pour régir leur contrat, uniquement s'il estime qu'il en a l'obligation légale ou qu'il est autrement habilité à le faire.

Article 12
Établissement

Aux fins de ces Principes, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion.

Introduction

12.1 L'article 12 détermine quel est l'établissement pertinent d'une partie aux fins de la détermination du caractère international du contrat tel que prévu par l'article 1(2), lorsqu'une partie a plus d'un établissement. Il désigne l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion.

Justification

12.2 Lorsqu'il détermine l'établissement pertinent en cas de lieux d'activités multiples, l'article 12 suit essentiellement le modèle de la CVIM (art. 10(a)). Aux fins des Principes, l'établissement principal ou la succursale autre que l'administration centrale de la partie est considéré comme suffisamment utile pour déterminer le caractère international du contrat en vertu de l'article 1(2) ou la loi régissant le consentement au choix de la loi en vertu de l'article 6(2).

La notion d'établissement

12.3 Aux fins de la sécurité juridique, l'article 12 emploie « *establishment* » et non « *place of business* ». Le terme « établissement » n'est pas défini dans les Principes, mais en termes généraux, un établissement désigne le lieu d'activités où la présence de la partie est plus que momentanée. Il englobe un centre d'administration ou de gestion, un siège, un établissement principal et secondaire, une succursale et tout autre lieu d'activité constant et continu. La présence physique de la partie, avec un degré minimal d'organisation économique et de permanence dans le temps, est nécessaire pour constituer un établissement. Par conséquent, le seul siège statutaire d'une société ne relève pas de la notion d'établissement. De même, une partie dont l'établissement principal se trouve dans l'État X, et qui gère ses activités commerciales vers l'État Y uniquement par internet, n'est pas réputée avoir un établissement dans l'État Y.

12.4 Étant donné que les Principes s'appliquent uniquement aux contrats internationaux dans le cadre desquels chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession (voir art. 1(1)), l'article 12 n'utilise pas l'expression « résidence habituelle » de façon à inclure les personnes physiques agissant dans le cadre de leur sphère privée, notamment les consommateurs et les employés. Par conséquent, si une personne physique se lance dans le commerce ou en affaires, l'établissement pertinent sera déterminé de la même façon que pour une entreprise.

Moment auquel l'« établissement » d'une société doit être déterminé

12.5 En vertu de l'article 12, le lieu de l'établissement d'une société est déterminé au moment de la conclusion du contrat (voir art. 19(3) du Règlement Rome I). Par conséquent, dans la plupart des cas, l'établissement pertinent sera déterminé en examinant le centre d'activités par lequel le contrat a été négocié et conclu. Cela respecte les attentes légitimes des parties et garantit la sécurité juridique.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ABRÉVIATION	NOM DE L'INSTRUMENT
Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires	Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation
Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux	Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux
Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente	Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises
Convention de La Haye de 1989 sur les successions	Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort
Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for	Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for
Convention de La Haye de 2006 sur les titres	Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire
Protocole de La Haye de 2007	Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
Règlement d'arbitrage de la CCI	Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012)
Règlement de la LCIA	Règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (1998)
Convention de Mexico	Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexique, 1994)
Convention de New York	Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères
PDEC	Principes du droit européen des contrats (2002)
Convention de Rome	Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
Règlement Rome I	Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010)
Loi type de la CNUDCI	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006

ABRÉVIATION	**NOM DE L'INSTRUMENT**
Guide Opérations garanties de la CNUDCI	Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)
Principes d'UNIDROIT	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010)
Convention Créances des Nations Unies	Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)