

**ÉTUDE DE FAISABILITÉ SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE  
EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX**

**RAPPORT SUR LES TRAVAUX EFFECTUÉS ET PLAN DE TRAVAIL SUGGÉRÉ POUR  
L'ÉLABORATION D'UN FUTUR INSTRUMENT**

*Note établie par le Bureau Permanent*

\* \* \*

**FEASIBILITY STUDY ON THE CHOICE OF LAW  
IN INTERNATIONAL CONTRACTS**

**REPORT ON WORK CARRIED OUT AND SUGGESTED WORK PROGRAMME FOR THE  
DEVELOPMENT OF A FUTURE INSTRUMENT**

*Note prepared by the Permanent Bureau*

*Document préliminaire No 7 de mars 2009 à l'intention  
du Conseil de mars / avril 2009 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

*Preliminary Document No 7 of March 2009 for the attention  
of the Council of March / April 2009 on General Affairs and Policy of the Conference*

**ÉTUDE DE FAISABILITÉ SUR LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE  
EN MATIÈRE DE CONTRATS INTERNATIONAUX**

**RAPPORT SUR LES TRAVAUX EFFECTUÉS ET PLAN DE TRAVAIL SUGGÉRÉ POUR  
L'ÉLABORATION D'UN FUTUR INSTRUMENT**

*Note établie par le Bureau Permanent*

\* \* \*

**FEASIBILITY STUDY ON THE CHOICE OF LAW  
IN INTERNATIONAL CONTRACTS**

**REPORT ON WORK CARRIED OUT AND SUGGESTED WORK PROGRAMME FOR THE  
DEVELOPMENT OF A FUTURE INSTRUMENT**

*Note prepared by the Permanent Bureau*

## TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction .....	3
II.	Développements récents en matière de loi applicable aux contrats internationaux .....	4
	A. Introduction .....	4
	B. Développements législatifs et jurisprudentiels .....	4
	C. Consultations récentes avec les milieux intéressés .....	5
III.	Plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument .....	6
	A. Objectifs .....	6
	B. Méthodologie .....	6
	<i>Forme du futur instrument</i> .....	6
	<i>Méthode de travail suggérée</i> .....	7
IV.	Esquisse d'un éventuel instrument futur .....	8
	A. Objet et forme de l'instrument .....	8
	B. Champ d'application de l'instrument .....	8
	C. Liberté de choix par les parties.....	9
	D. Règles à défaut de choix par les parties .....	10
	E. Autres.....	10
V.	Conclusions .....	11

## I. Introduction

1. L'adoption de la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for* par la Conférence de La Haye de droit international privé (« la Conférence de La Haye ») a marqué un jalon important dans les travaux en cours pour la promotion de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux à l'échelle internationale. Si la Convention mentionnée garantit aux parties la liberté de choisir une juridiction, elle n'aborde pas la question du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. C'est cette dimension de l'autonomie de la volonté qui est à l'étude par le Bureau Permanent depuis 2006.

2. En effet, le Bureau Permanent a entrepris en 2006 une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Deux études de droit comparé ont été préparées : l'une décrivait et analysait les règles existantes généralement appliquées dans les procédures judiciaires<sup>1</sup> et l'autre se concentrait sur la situation dans le contexte de l'arbitrage international<sup>2</sup>. En outre, un questionnaire a été envoyé aux Membres de l'organisation, à la Chambre de commerce internationale et à un grand nombre de centres et organismes impliqués dans l'arbitrage international (le « Questionnaire »). Ce Questionnaire avait pour objet l'exploration des pratiques actuelles quant à l'utilisation des clauses de choix de la loi applicable et la mesure dans laquelle ces clauses sont respectées ainsi que d'identifier les améliorations, les problèmes et lacunes éventuels des pratiques actuelles<sup>3</sup>. Les réponses au Questionnaire des trois groupes cibles ont été compilées et analysées dans la Note de suivi à l'intention du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye (ci-après « le Conseil d'avril 2008 ») en 2008<sup>4</sup>.

3. Lors de cette réunion du Conseil, le Bureau Permanent a été invité à approfondir l'étude du choix de la loi applicable aux contrats internationaux entre professionnels, en précisant que cette étude devrait se concentrer sur la promotion de l'autonomie des parties et sur la possibilité de rédiger un instrument non contraignant en la matière, en examinant la forme qu'il pourrait prendre, en coopération avec les organisations internationales concernées et les experts intéressés<sup>5</sup>.

4. Dans le cadre de l'exécution de ce mandat, le présent Document préliminaire sert un double objectif. D'une part, il présente un aperçu des développements survenus depuis le Conseil d'avril 2008 et, d'autre part, il propose un possible plan de travail pour l'élaboration d'un instrument non-contraignant sur la loi applicable aux contrats internationaux.

5. La structure de cette Note reprend ce double objectif. La Partie II complète les informations soumises à l'attention du Conseil d'avril 2008 avec une actualisation de la situation juridique à l'égard de la loi applicable aux contrats internationaux, ainsi qu'une description des consultations menées par le Bureau Permanent dans le courant de l'année. Ensuite, les Parties III et IV présentent l'analyse préliminaire du Bureau Permanent sur la méthode de travail recommandée pour l'élaboration d'un nouvel instrument, ainsi qu'une esquisse des principales questions à aborder pendant le processus d'élaboration.

---

<sup>1</sup> T. Kruger, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – Aperçu et analyse des instruments existants », Doc. pré. No 22 B de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye (< [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >), sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Affaires générales ».

<sup>2</sup> I. Radic, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – le contexte de l'arbitrage international » Doc. pré. No 22 C de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, *ibid.*

<sup>3</sup> « Questionnaire adressé aux États membres en vue d'examiner l'opportunité d'élaborer un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux » de janvier 2007, établi par le Bureau Permanent.

<sup>4</sup> « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et conclusions », Doc. pré. No 5 de février 2008 à l'intention du Conseil d'avril 2008 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye (< [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >), sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Affaires générales ».

<sup>5</sup> Conclusions et recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (1 – 3 avril 2008), *ibid.*

## II. Développements récents en matière de loi applicable aux contrats internationaux

### A. Introduction

6. En complément des travaux préparatoires menés depuis 2006<sup>6</sup>, le présent Document préliminaire se concentre sur les développements récents en droit comparé en matière d'autonomie de la volonté, ainsi que sur les consultations menées par le Bureau Permanent depuis avril 2008 afin d'évaluer le besoin d'un nouvel instrument non-contraignant.

### B. Développements législatifs et jurisprudentiels

7. Si l'autonomie de la volonté des parties semble se consolider progressivement à l'échelle internationale, il s'agit quand-même d'un développement à géométrie variable et avec d'importantes lacunes en droit comparé.

8. En juin 2008, la Communauté européenne a complété la « communautarisation » de la *Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. Le règlement No 593/2008 dit « Rome I »<sup>7</sup> a été adopté. Après son entrée en vigueur en décembre 2009, ce règlement remplacera la Convention de Rome dans les États membres de la Communauté européenne, sauf au Danemark. En termes généraux, le règlement Rome I consolide le principe de l'autonomie de la volonté et, à défaut de choix par les parties, énumère des règles plus spécifiques que celles contenues dans la Convention de Rome<sup>8</sup>. Il est évident que l'adoption du règlement Rome I par la Communauté européenne constitue un nouveau facteur important dans la réflexion sur l'utilité et, le cas échéant, la nature d'un instrument en matière de loi applicable aux contrats internationaux à l'échelle internationale.

9. Par ailleurs, les restrictions à l'autonomie de la volonté semblent persister, comme par exemple en Amérique latine. En effet, une superbe étude sur le droit des contrats internationaux réalisée en Amérique Latine, au Portugal et en Espagne confirme que l'autonomie de la volonté (la faculté de déterminer le droit applicable) présente des restrictions fondées sur la matière dans certains États membres latino-américains de la Conférence de La Haye<sup>9</sup>. La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994, qui instaure le principe de l'autonomie de la volonté, n'a été ratifiée jusqu'à présent que par le Mexique et le Venezuela<sup>10</sup>. Les restrictions à l'autonomie de la volonté persistent également dans d'autres régions du monde.

10. Les différences sur l'admissibilité de l'autonomie de la volonté constituent un défi pour la prévisibilité juridique des relations contractuelles à l'échelle mondiale. Malgré la croissance continue des relations commerciales intercontinentales, il n'existe aucun instrument universel général relatif à la loi applicable aux contrats, ce qui contraste avec

<sup>6</sup> Voir notamment les références aux notes 2, 3 et 4 de ce document.

<sup>7</sup> Règlement No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOUE L 177/6* du 4 juillet 2008.

<sup>8</sup> Pour une analyse détaillée, voir, parmi les très nombreuses publications récentes, R. Wagner, « *Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung)* », *IPRax* 2008, p. 377 et s.; B. Ubertazzi, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 207 ; P. Lagarde et A. Tenenbaum, « *De la convention de Rome au règlement Rome I* », *RCDIP* No 4, 2008, p. 727 et s ; F. Marrella, « *The new (Rome I) European Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: What has Changed?* », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 19, No 1, 2008, p. 87-107.

<sup>9</sup> C. Esplugues Mota, D. Hargain et G. Palao Moreno (dir.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, Edisofer-Editorial BdeF, 2008. À titre d'exemple, le chapitre sur le Brésil précise que l'autonomie de la volonté n'est pas encore une réalité législative au Brésil, si bien quelques décisions jurisprudentielles marquent la volonté de certaines autorités judiciaires en faveur du choix de la loi applicable aux contrats internationaux (p. 137-138). Voir le projet de loi du Brésil qui incorporerait, par la modification de l'actuelle Loi d'introduction au Code Civil brésilien de 1942, l'autonomie de la volonté en tant que critère de rattachement en matière contractuelle. Cf. projet de loi No 269, du 16 septembre 2004, *Dispõe sobre a aplicação das normas jurídicas*, à consulter sur le site Internet du Sénat brésilien: < <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/09/16092004/29717.pdf> > consulté le 16 mars 2009.

<sup>10</sup> *Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, conclue au Mexique le 17 mars 1994 par la Commission Interaméricaine de droit international privé (CIDIP-V) dans le cadre de l'Organisation des États Américains.

les instruments qui prolifèrent au niveau régional. La question est de savoir si, au-delà des règles régionales, la Conférence de La Haye est invitée à s'investir au profit du renforcement de l'autonomie de la volonté par le biais d'un instrument mondial qui réponde aux attentes des opérateurs du commerce international.

### **C. Consultations récentes avec les milieux intéressés**

11. En effet, le Bureau Permanent est à l'écoute des besoins réels des opérateurs du commerce international. Depuis avril 2008, le Bureau Permanent a intensifié le dialogue avec les milieux potentiellement intéressés par l'élaboration d'un instrument relatif à la loi applicable en matière de contrats internationaux.

12. De façon régulière, le Bureau Permanent a contacté les organisations internationales qui travaillent au profit d'une coordination internationale des règles applicables aux contrats internationaux.

13. Premièrement, le Bureau Permanent tient à remercier ses organisations « sœurs » – la CNUDCI et UNIDROIT – pour l'attention qu'elles ont consacrée aux multiples questions discutées tout au long de l'année. Le Bureau Permanent a bénéficié de l'expertise d'UNIDROIT et, en particulier, du Groupe de travail chargé de l'élaboration d'une troisième édition des Principes relatifs aux contrats du commerce international. Les méthodes de travail spécifiquement adaptées à l'élaboration d'un instrument non-contraignant, ainsi que les interactions entre un instrument contenant des règles matérielles et un instrument futur sur les règles de conflits applicables aux contrats internationaux ont été abordées. De même, le Bureau Permanent et la CNUDCI ont examiné les synergies entre le projet en cours de la CNUDCI sur la réforme de son Règlement d'arbitrage et un futur instrument de la Conférence de La Haye<sup>11</sup>. Il est souhaitable que le dialogue se maintienne pendant les prochaines étapes des deux projets.

14. Deuxièmement, le Bureau Permanent a consulté la Chambre de commerce internationale, l'*International Bar Association* et d'autres organisations impliquées dans le commerce international et la résolution de différends internationaux, afin de mieux déterminer quel instrument répondrait aux besoins pratiques des professionnels en matière de commerce international. Le Bureau Permanent est très reconnaissant d'avoir été invité à présenter son Projet à l'occasion de nombreux colloques et séminaires organisés dans ces enceintes et remercie vivement les organisateurs, les participants et les autres intervenants pour leurs commentaires. L'ambition du Bureau Permanent est en effet d'associer les cercles intéressés à l'élaboration d'un futur instrument en matière de contrats internationaux.

### **D. Conclusions préliminaires**

15. La promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux, non seulement au niveau national et régional, mais aussi à l'échelle mondiale, correspond à un besoin réel des acteurs du commerce international. Les consultations menées dans le cadre de l'exécution du mandat conféré par le Conseil d'avril 2008, ainsi que l'évolution du cadre législatif et jurisprudentiel en matière de contrats internationaux, confirment l'importance de la reconnaissance croissante du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux<sup>12</sup>.

16. À la lumière de ce constat, quel pourrait être l'apport d'un instrument à développer par la Conférence de La Haye ? Le Bureau Permanent considère que l'élaboration d'un modèle universel de règles de conflit applicables aux contrats serait en effet souhaitable et propose par suite quelques pistes de réflexion sur la forme et le contenu qu'un éventuel futur instrument de La Haye dans ce domaine pourrait revêtir, ainsi que la

---

<sup>11</sup> Pour un aperçu actuel de l'état des travaux, voir les documents récents du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) de la CNUDCI, disponibles sur < [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/2Arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/2Arbitration.html) > consulté le 16 mars 2009.

<sup>12</sup> Ceci découle tant des réponses au Questionnaire de janvier 2007 (Doc. pré-l. No 5 de février 2008, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux : rapport sur les travaux effectués et conclusions (note de suivi) », No 5, p. 4) que des consultations directes avec des praticiens du commerce international et des organisations internationales spécialisées dans ce domaine.

méthodologie suggérée pour son développement. Le Bureau Permanent espère que ces données seront utiles pour la discussion sur le programme de travail de la Conférence de La Haye pour les années à venir (ou sur le futur programme de travail), ainsi que pour les ressources consacrées aux différents projets en cours au Bureau Permanent<sup>13</sup>.

### III. Plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument

#### A. Objectifs

17. L'objectif principal d'un futur instrument serait d'établir un modèle universel de règles de conflit applicables aux contrats. À cette fin, les travaux de la Conférence seraient nécessairement dirigés ou orientés par une idée directrice : celle de promouvoir le principe de l'autonomie de la volonté. Le choix de la loi par les parties constituerait donc le *leitmotiv* du futur instrument.

18. En fait, ce thème tient à cœur à la Conférence depuis longtemps : l'idée est en effet née en 1980<sup>14</sup>. Cependant, après une étude de prospection réalisée en 1983<sup>15</sup>, les Membres de la Conférence ont considéré que les chances de ratification d'un instrument contraignant (Convention) sur la matière seraient très minces<sup>16</sup>. Aujourd'hui, la Conférence devrait être en mesure de donner une nouvelle impulsion à ce projet en se basant sur une nouvelle méthodologie.

#### B. Méthodologie

19. La méthodologie à suivre pour le futur développement de l'instrument envisagé est intrinsèquement liée à la forme que le futur instrument revêtirait. Ces deux questions sont donc abordées successivement ci-après.

##### *Forme du futur instrument*

20. Bien que traditionnellement la Conférence de La Haye ne dirige que des travaux qui mènent à des conventions ou à des protocoles, plusieurs considérations justifient un procédé alternatif pour l'élaboration d'un instrument en matière de contrats internationaux.

21. Rappelons d'emblée que l'unification internationale par le biais d'instruments moins contraignants qu'une convention internationale a été avalisée par les États membres de la Conférence de La Haye en 1980<sup>17</sup>.

22. Par ailleurs, l'idée d'élaborer un instrument non contraignant en vue d'unifier les normes relatives à la loi applicable aux contrats internationaux n'est en rien une idée neuve. En 1980, un Groupe de travail constitué par la Commission du droit et des pratiques commerciales de la Chambre de commerce internationale a présenté à ses Comités nationaux un projet de Directives en matière de loi applicable aux contrats internationaux. À cette occasion, cette Commission a considéré que les litiges entre parties à des relations commerciales internationales « donnent souvent lieu à des

<sup>13</sup> Voir, pour une vision générale, « Programme de travail du Bureau Permanent pour le prochain Exercice financier (premier juillet 2009 – 30 juin 2010) », Doc. pré. No 2 de février 2009 à l'intention du Conseil de mars / avril 2009 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, disponible sur le site Internet de la Conférence de La Haye (< www.hcch.net >), sous les rubriques « Travaux en cours », puis « Affaires générales ».

<sup>14</sup> Proposition du Gouvernement de la République tchèque, « Suggestions de certains gouvernements concernant les travaux futurs de la Conférence », Doc. pré. No 10 de janvier 1980, *Actes et documents de la Quatorzième session, tome I, Matières diverses* édité par le Bureau permanent de la Conférence, La Haye 1982, p. I-158, No 18.

<sup>15</sup> Voir H. van Loon, « Étude prospective sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Doc. pré. E, décembre 1983, *Actes et documents de la Quinzième session, tome I, Matières diverses*, éd. par le Bureau Permanent, La Haye 1986, No 36, p. 98.

<sup>16</sup> Procès-verbal No 2 de la Première commission, *Actes et documents de la Quinzième session, tome I, Matières diverses*, éd. par le Bureau permanent, La Haye 1986, p. 199-200.

<sup>17</sup> « Reconnaissant que l'utilisation de certaines méthodes d'unification moins contraignantes que la convention internationale est dans certains cas de nature à favoriser l'adoption plus facile et la diffusion plus large de solutions communes, admet que la Conférence, tout en conservant pour objectif principal l'élaboration de conventions internationales, puisse néanmoins utiliser d'autres procédés moins contraignants, tels que la recommandation ou la loi modèle, lorsque, à raison des circonstances, cela paraît particulièrement approprié », Acte final de la Quatorzième session (25 octobre 1980), *Actes et documents de la Quatorzième session, tome I, Matières diverses*, éd. par le Bureau permanent, La Haye 1982, p. I-63.

questions concernant la loi applicable aux contrats » et « qu'il convenait de recommander aux arbitres de prendre en considération les règles de conflit de lois [*envisagées*] dans les affaires où la question de la loi applicable aux contrats est soulevée »<sup>18</sup>. Bien que cette idée n'ait pas été poursuivie davantage à l'époque, et que son champ d'application était restreint à l'arbitrage, il semblerait opportun, trois décennies plus tard, de continuer le travail entrepris, tout en l'élargissant au contentieux judiciaire du commerce international.

23. En outre, les expériences positives d'autres organisations comme UNIDROIT ou la CNUDCI en matière de commerce international justifient l'adoption d'une telle voie. Il est incontestable que des Principes, Lois types ou Guides de bonnes pratiques développés par ces organisations internationales bénéficient d'une haute crédibilité et utilité pratique parmi les milieux intéressés. Forte de ce constat, la Conférence de La Haye semble appelée à mettre sa réputation et ses 115 ans d'expérience au profit de la consolidation des règles de conflit en matière contractuelle.

24. D'autres arguments militent encore pour le recours à un instrument non contraignant. Tout d'abord, il est à ce jour quasi-impossible d'obtenir un accord de volonté de la part des États sur la nécessité d'un instrument contraignant au niveau mondial. De nombreux États, déjà liés par un instrument régional, ne ressentent pas le besoin d'investir leurs efforts dans un projet d'ampleur internationale. Ils estiment aussi que certaines conventions spécifiques de droit matériel sont adéquates pour régler tous les problèmes. Il se pourrait, en revanche, que l'élaboration d'un instrument non contraignant constitue une étape préalable qui, dans un avenir plus lointain, puisse faciliter l'adoption d'une véritable convention internationale en la matière au sein de la Conférence de La Haye. Autrement dit, l'adoption d'un instrument non contraignant pourrait faire partie d'un processus visant à identifier les règles pour lesquelles une convention sur le choix de la loi applicable serait envisageable.

25. Deuxièmement, un instrument de ce type pourrait être élaboré dans un premier temps sans les contraintes et les compromis inhérents à la négociation des traités. L'instrument pourrait ainsi se développer progressivement en dehors du cadre conventionnel, grâce à l'objectivité et la qualité scientifique des experts impliqués et les solutions retenues. En outre, l'absence de force obligatoire du futur instrument éviterait tout risque de conflit de normes. Par exemple, il n'y aurait pas d'interférence directe avec la Convention de Rome<sup>19</sup> ou avec le Règlement Rome I au sein de la Communauté européenne, ou avec la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires à la représentation, celle sur la loi applicable aux contrats de vente internationale ou encore la Convention sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire<sup>20</sup>. En fait, l'instrument futur aurait principalement vocation à devenir une source d'inspiration constante pour le développement progressif de règles uniformes en matière de loi applicable aux contrats internationaux.

#### *Méthode de travail suggérée*

26. Si le Conseil confirme sa préférence pour un instrument de nature non contraignante, une méthode de travail *ad hoc* s'impose. Sur la base des expériences recueillies, il semblerait que la méthode utilisée au sein d'UNIDROIT pour l'élaboration et la révision des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international est adéquate pour l'élaboration d'un instrument parallèle en matière de loi applicable aux contrats internationaux.

<sup>18</sup> O. Lando, « *Conflict-of-Law Rules for Arbitrators* », *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, p. 157 (traduction du Bureau Permanent).

<sup>19</sup> Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991, JOCE No C 27 du 26 janvier 1998, p. 34.

<sup>20</sup> *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation* ; *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* et *Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*.

Voir aussi *infra* le para. 25 *in fine* en ce qui concerne l'articulation du nouveau instrument avec l'« acquis » de la Conférence de La Haye en matière contractuelle.



27. Plus spécifiquement, le Bureau Permanent suggère la création d'un groupe de travail qui inclurait divers experts dans le domaine, représentant les systèmes juridiques principaux à l'échelle internationale. Sous la direction du Bureau Permanent, le groupe de travail pourrait se réunir à plusieurs reprises, afin de débattre et de rédiger un texte qui contiendrait un ensemble cohérent de règles relatives au choix de la loi applicable aux contrats du commerce international. Une fois la phase de rédaction achevée, il serait opportun de consulter les Membres de la Conférence et ensuite de soumettre le texte au Conseil.

28. Il serait aussi concevable de convoquer une Commission spéciale pour permettre l'examen de l'instrument par une réunion d'experts désignés par les Membres de la Conférence de La Haye. Malgré la nature non contraignante du futur instrument, sa discussion lors d'une Commission spéciale se justifierait par un possible rôle de l'instrument adopté, en tant que modèle législatif pour les législateurs des pays où la réglementation relative à la loi applicable aux contrats internationaux est inexistante, fragmentaire ou tout simplement en attente de réforme.

#### **IV. Esquisse d'un éventuel instrument futur**

29. Selon la méthodologie proposée en amont, la progressive élaboration du futur instrument, ainsi que les discussions centrales sur sa forme et sa substance, devraient être principalement confiées au futur groupe de travail qui, avec l'assistance du Bureau Permanent, développerait le texte du futur instrument. De façon très préliminaire, le Bureau Permanent ne souhaite lancer ici que quelques pistes de réflexion sur les questions que l'élaboration du futur instrument devrait nécessairement aborder.

##### **A. Objet et forme de l'instrument**

30. Comme cela a déjà été évoqué, l'objet principal de l'instrument envisagé serait d'établir un modèle universel de règles de conflit applicables aux contrats. Ainsi, l'instrument constituerait une source d'inspiration pour les professionnels en matière de commerce international, qu'ils soient rédacteurs de contrats, avocats d'affaires, spécialistes du contentieux arbitral ou encore juristes d'entreprises. Les arbitres internationaux étant en outre particulièrement susceptibles d'assimiler un corps de principes non contraignants dans leur processus décisionnel, le défi immédiat de l'instrument envisagé serait de combler les attentes de ce collectif. En revanche, un instrument non contraignant ne s'appliquerait pas directement au sein des tribunaux étatiques puisqu'en tant que *soft law*, il ne ferait pas partie de l'ordre juridique du for. Le Bureau Permanent est en effet parfaitement conscient de cette limitation. Cependant, d'un point de vue stratégique, il pourrait être envisagé que l'instrument soit utilisé par la suite comme source d'inspiration de futurs instruments contraignants, tant au niveau national, régional qu'international.

31. Sur la base d'une étude comparative d'instruments de *soft law*, le Bureau Permanent considère que l'instrument devrait prendre la forme d'une compilation de règles formulées de façon similaire à des règles contraignantes (« *black letter rules* »), accompagnées de commentaires et d'illustrations qui contribuent à la compréhension de la règle.

32. Cette forme est d'ailleurs choisie, entre autres, par l'*American Law Institute* pour les *Restatements* ou pour sa compilation récente relative à la propriété intellectuelle (*Principles of the law, Intellectual property, principles governing Jurisdiction, Choice of law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008) ou par UNIDROIT (Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international)<sup>21</sup>.

##### **B. Champ d'application de l'instrument**

33. Comme il a été mentionné précédemment, le mandat octroyé consiste à examiner la question de la loi applicable aux contrats du commerce international. L'application du futur instrument serait donc subordonnée à l'existence de deux éléments :

<sup>21</sup> De même, un des ouvrages de référence en droit international privé, le *Dicey and Morris Conflict of Laws*, suit une structure similaire où la règle est énoncée et est suivie par des commentaires, des illustrations si nécessaire et des références jurisprudentielles en note de bas de page.

premièrement, le caractère international du contrat et deuxièmement, son caractère commercial.

34. Le contrat international est généralement défini comme un contrat qui possède des liens avec plusieurs systèmes juridiques. Cela peut provenir du fait que les parties contractantes ont leur résidence habituelle dans des États différents ou encore que le(s) lieu(x) d'exécution ne coïncide(nt) pas avec l'endroit où résident les parties contractantes, etc.

35. Il semblerait dès lors opportun que le futur instrument n'impose pas de critère spécifique pour définir le caractère international du contrat<sup>22</sup>. Au lieu de cela, l'interprétation la plus large serait recommandée, de manière à ce que ne soient exclus que les contrats pour lesquels tous les éléments de la situation contractuelle sont localisés dans un seul et même pays.

36. La restriction aux contrats commerciaux (ou conclus entre professionnels) n'est en aucun cas destinée à relayer la distinction traditionnelle opérée dans certains systèmes juridiques entre les transactions civiles et commerciales<sup>23</sup>.

37. Malgré un champ d'application matériel *a priori* large, il restera à examiner si certains contrats ne devraient pas être totalement exclus du futur instrument ou s'ils devraient faire l'objet de dispositions spécifiques dans ce futur instrument. Par exemple, il serait pertinent de soulever cette question pour les contrats de consommation et les contrats de travail, qui sont sujets à des règles spéciales, la plupart de nature impérative, destinées à protéger respectivement le consommateur et le salarié. Plus généralement, l'existence d'un pouvoir de négociation manifestement inégal entre les parties pourrait justifier l'exclusion ou la modulation de l'application du futur instrument<sup>24</sup>. On peut par exemple penser au cas de jeunes auteurs ou interprètes qui sont prêts à signer le premier contrat qui leur est proposé par une maison d'édition ou une maison de disques. Si cette exclusion du champ d'application devait être envisagée, il conviendrait alors d'interpréter restrictivement le concept de pouvoir inégal de négociation<sup>25</sup>.

38. De façon plus générale, il faudra déterminer si des solutions parallèles à celles des Conventions de la Conférence de La Haye en matière contractuelle prévalent ou, en revanche, s'il est envisageable que les futurs débats sur l'instrument puissent verser sur des aspects déjà examinés et tranchés dans le cadre de ces Conventions.

### C. Liberté de choix par les parties

39. Fidèle à l'objectif de la promotion de l'autonomie de la volonté, l'élaboration du nouvel instrument devrait être guidée par un renforcement du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux.

40. Une clause d'élection de la loi applicable au contrat sera sans doute possible, voire même encouragée par le futur instrument. Il faut à cet égard rappeler que l'élaboration

<sup>22</sup> Dans ce sens, voir la notion de « caractère international d'une situation » utilisée à l'art. 3 de la *Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*.

<sup>23</sup> Comp., à propos du critère de définition du droit commercial international, « il faut se garder ici de projeter sur le rapport international la définition de la 'commercialité' interne. Le champ de la 'commercialité' internationale est beaucoup plus large. Il inclut sans réserve des domaines d'activité qualifiés en droit interne de 'civils' », J. Béguin et M. Menjuçq (dir.), *Droit du commerce international*, Litec Paris 2005, No 4, p. 5.

<sup>24</sup> Pour une définition de la partie faible, voir, par exemple : « plutôt qu'un état permanent et invariable de l'un des contractants, valant quelle que soit la personnalité de son partenaire, la situation de faiblesse traduit une rupture de l'égalité entre les parties au contrat, une disparité de puissance des forces en présence au sein du rapport contractuel », F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 1995, No 2, p. 2 ; adde, P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, BDP tome 261, LGDJ Paris, p. 513.

<sup>25</sup> Comp., par exemple, avec les règles protectrices prévues par l'art. 315 des « *ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes* » pour les contrats-type en matière de cession ou licence de droits de la propriété intellectuelle.

de cet instrument répond à un besoin réel de renforcement de l'autonomie de la volonté à l'échelle internationale<sup>26</sup>.

41. Il faut toutefois reconnaître que si la liberté du choix de la loi applicable semble progressivement acquise dans les relations commerciales internationales, le grand défi sera d'identifier la portée et les possibles limites de cette liberté. À cet égard, des questions importantes devront toutefois être examinées lors de l'élaboration de l'instrument, telles que l'opportunité d'admettre la faculté pour les parties de choisir un ensemble de règles non étatiques, comme les principes d'UNIDROIT,<sup>27</sup> ou encore, l'admission du choix implicite de la loi applicable<sup>28</sup>. Pour trancher ces questions, le futur groupe de travail devra prendre en considération tant les règles appliquées par les tribunaux étatiques que les règles spécifiques à l'arbitrage international.

#### **D. Règles à défaut de choix par les parties**

42. Afin de couvrir les contrats qui ne contiendraient pas de choix de loi, le futur instrument devrait prévoir des règles qui seront subsidiaires par rapport au principe de l'autonomie de la volonté. Ces règles serviraient notamment de référence aux arbitres confrontés à une question de loi applicable lorsque les parties n'ont pas désigné de loi applicable<sup>29</sup>. Le Bureau Permanent est conscient de la difficulté de l'adoption de règles en l'absence d'un choix de loi applicable mais considère, en revanche, que la valeur ajoutée d'un instrument complet (qui vise tant les contrats avec que sans clause de loi applicable) mérite l'inclusion de règles subsidiaires dans le futur instrument.

43. Les questions à examiner seraient, le cas échéant, multiples. Par exemple, il faudrait, dans un premier temps, décider si un chapeau introductif pourrait être utile pour mentionner que la règle applicable à défaut de choix serait la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Dans un deuxième temps, l'opportunité d'un certain nombre de rattachements qui vaudrait pour chaque grand type de contrats commerciaux<sup>30</sup> serait à considérer. Finalement, il faudrait considérer la formulation de ces rattachements, ainsi que la possibilité d'une clause d'exception qui prévaudrait sur les rattachements spécifiques.

#### **E. Autres**

44. Il va de soi que l'instrument futur, afin d'être fructueux, devrait également fournir des points de repère relatifs aux questions résiduelles sur la loi applicable aux contrats, telles que l'exclusion du renvoi, l'inclusion de l'exception d'ordre public ou d'une règle spécifique sur les lois de police.

<sup>26</sup> Voir les Conclusions et Recommandations adoptées en 2008 par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence, précitées, note 5.

<sup>27</sup> Cette question est actuellement débattue au sein de la CNUDCI par le groupe de travail qui procède à la révision de son Règlement d'arbitrage (Projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Note du Secrétariat No A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (spécialement les commentaires relatifs à l'art. 33 du Règlement d'arbitrage), à consulter sur < www.uncitral.org >. Cette question a fait l'objet d'intenses débats lors de l'élaboration du Règlement Rome I. L'art. 3 de Rome I penche vers un refus d'une clause de loi applicable en faveur de règles non étatiques.

<sup>28</sup> Voir, par exemple, *American Law Institute, Restatement of the law, Second*, ALI publishers St. Paul 1971, vol. 1, § 187, selon lequel « Même lorsque le contrat ne fait référence à aucun pays, le juge peut toutefois, à partir des clauses, décider que les parties désiraient réellement voir s'appliquer la loi de tel État. Le fait, donc, que le contrat contienne des termes juridiques, ou fasse référence à des opinions juridiques, qui sont spécifiques à la loi locale d'un État, peut démontrer de façon persuasive que les parties désiraient que cette loi particulière s'applique. D'un autre côté, la règle posée par la présente Section ne s'applique pas s'il ne peut pas être établi que les parties ont choisi la loi applicable d'un État. Il est insuffisant de démontrer que les parties, si elles avaient envisagé cette question, auraient probablement désiré que la loi d'un certain État soit appliqué à leur cas » (traduction du Bureau Permanent). Pour une application récente au Texas, *Sonat Exploration Co. v. Cudd Pressure Control, Inc.*, 271 S.W.3d 228 Tex., 2008.

<sup>29</sup> Pour un aperçu des différentes méthodes utilisées en matière d'arbitrage, voir O. Lando, « *Conflict-of-Law Rules for Arbitrators* », précité, note 18, p. 164-169.

<sup>30</sup> Comp. avec les Sections 189 à 197 du *Restatement Second*, telles que décrites par S. Symeonides, in *American Private International Law*, précité, No 490, p. 226-227. La référence à une liste de contrats spéciaux est aussi utilisée dans la Communauté européenne, notamment à l'art. 4 du Règlement Rome I. Pour le contexte de l'adoption de cette disposition, voir R. Wagner, précité, note 28, p. 381 et s.

## V. Conclusions

45. L'utilité d'un instrument à l'échelle internationale relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux se profile à travers les travaux préparatoires et les consultations menées par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye depuis de nombreuses années. L'autonomie de la volonté dans les relations contractuelles internationales sortirait grandement renforcée de l'instauration d'un tel instrument.

46. Si, comme le Bureau Permanent l'espère, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence autorise la poursuite des travaux et se prononce sur le format spécifique de l'instrument ainsi que sur sa méthode d'élaboration, les futures réflexions au sein du groupe de travail pourraient débiter sur la base des quelques propositions contenues dans le présent Document quant à la forme et au contenu du futur instrument.

47. Compte tenu de ce qui précède, le Bureau Permanent suggère que le Conseil envisage d'adopter une Conclusion formulée comme suit :

- Le Conseil invite le Bureau Permanent à continuer les travaux sur la promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats du commerce international. En particulier, le Bureau Permanent est invité à 1) constituer un groupe de travail avec des experts en matière de droit international privé des affaires, droit commercial international et droit de l'arbitrage international et 2) à faciliter l'élaboration progressive d'un projet d'instrument non contraignant au sein de ce groupe de travail.
- Le Bureau Permanent est invité à faire un rapport sur l'état d'avancement des travaux au Conseil en 2010.