

Conseil sur les affaires générales et la politique – mars 2020

Document	Document préliminaire <input checked="" type="checkbox"/> Document d'information <input type="checkbox"/>	Doc. pré. 16 de janvier 2020
Titre	Élaboration du Guide juridique portant sur les instruments juridiques uniformes dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes)	
Auteur	Bureau Permanent	
Point de l'ordre du jour	Point IV-5	
Mandat	C&R No 23 du CAGP de 2016 C&R No 17 du CAGP de 2017 C&R No 8 du CAGP de 2018 C&R No 20 du CAGP de 2019	
Objectif	Rendre compte de l'avancement du projet Inviter le CAGP à examiner les parties du projet de Guide juridique relatives au droit international privé et aux instruments de la HCCH	
Mesure(s) à prendre	Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input type="checkbox"/> Pour information <input checked="" type="checkbox"/>	
Annexes	Projet consolidé du Guide juridique portant sur les instruments juridiques uniformes dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes)	
Document(s) connexe(s)	« Proposition conjointe sur la coopération dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes) », Doc. pré. No 6 de février 2016 à l'attention du CAGP de 2016 « Élaboration d'un Guide relatif aux instruments juridiques uniformes dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes) » Doc. pré. No 6 de décembre 2017 à l'attention du CAGP de 2018	

I. Introduction*

1. Lors de sa réunion de mars 2019, le Conseil sur les affaires générales et la politique (ci-après, le « CAGP ») a chargé le Bureau Permanent (ci-après, le « BP ») de la Conférence de La Haye de droit international privé (ci-après, la « HCCH ») de soumettre au CAGP un projet consolidé de Guide relatif aux instruments juridiques uniformes dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (ci-après, le « Guide »), qui est un projet conjoint de la CNUDCI, d'UNIDROIT et de la HCCH (ci-après, le « Projet »), pour examen lors de sa réunion de 2020, ayant pris en compte les complexités inhérentes à la nature des processus d'approbation multipartite des projets conjoints.

2. Conformément au mandat confié par le CAGP, le BP a travaillé conjointement avec les Secrétariats de la CNUDCI et d'UNIDROIT ainsi qu'avec les experts désignés afin de faire avancer le projet. Le présent document vise à informer le CAGP des progrès réalisés jusqu'à présent et de l'inviter à examiner les parties du projet de Guide relatives au droit international privé et aux instruments de la HCCH (c.-à-d., les trois premiers chapitres). Le Guide sera ensuite examiné par UNIDROIT et la CNUDCI.

II. Contexte du projet et avancées réalisées

3. En 2015, le Secrétariat de la CNUDCI a évoqué avec les Secrétariats d'UNIDROIT et de la HCCH la possibilité d'une coopération aux fins de la préparation d'un guide dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes), en vue de promouvoir l'adoption, l'application et l'interprétation uniforme des instruments de ces trois Organisations dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux. Le Guide vise à présenter les instruments élaborés par chaque organisation, fournir une meilleure compréhension comparative de la portée et des thèmes de base de chaque instrument, et préciser la relation entre ces instruments. En tant que tel, le Guide serait utile aux diverses parties prenantes engagées dans des opérations commerciales internationales. Le projet s'inscrit dans la continuité de la coopération de longue date entre les trois Secrétariats dans des domaines d'intérêt commun.

4. Le Guide aura trait à la fois aux instruments de droit matériel sur les ventes aux instruments de droit international privé. À cet égard, les *Principes de la HCCH de 2015 sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux* sont abordés. Le droit matériel sur les ventes comprend la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Vienne, 1980) (CVIM), la *Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises* (New York, 1974, modifiée en 1980) et les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*. Le Guide renvoie à des textes uniformes élaborés par d'autres organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales ayant une portée mondiale ou dès lors qu'ils contribuent à préciser le fonctionnement des instruments de la HCCH, d'UNIDROIT et de la CNUDCI. Conçu comme un document évolutif, il sera régulièrement examiné par les trois Secrétariats aux fins de sa révision.

5. Le Guide a été élaboré par les trois Secrétariats, avec le concours d'un groupe de cinq experts, représentant différentes traditions juridiques – le Professeur Neil Cohen (États-Unis d'Amérique), le Professeur Lauro da Gama e Souza Jr (Brésil), le Professeur Hiroo Sono (Japon), le Professeur Pilar Perales Viscasillas (Espagne) et le Professeur Stefan Vogenauer (Allemagne). Les Secrétariats ont également collaboré avec d'autres organisations internationales spécialisées dans les opérations commerciales internationales. Par exemple, le projet a été présenté lors de la Conférence annuelle de

* La version française du Guide juridique relatif aux instruments juridiques uniformes dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes) (Guide) figurant en annexe au présent document a été préparée par le service de traduction de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et révisée par le Bureau Permanent. Seuls les trois premiers chapitres du Guide sont actuellement disponibles en français ; les autres chapitres seront disponibles en temps utile.

l'International Bar Association (IBA) en octobre 2018 pour recueillir les points de vue et les commentaires des membres de l'IBA.

6. Conformément au mandat du CAGP d'allouer des ressources restreintes au projet¹, le projet a été réalisé à distance. L'Institut Max Planck d'histoire européenne du droit, dirigé par le Professeur Stefan Vogenauer, a généreusement offert de tenir deux réunions *in situ*, en octobre 2017 et en septembre 2019, qui ont permis aux experts et aux représentants des trois Secrétariats de lancer, et de faire avancer, le projet.

7. Tel que mandaté par le CAGP lors de sa réunion de 2019, le BP a transmis le Guide aux Membres le 22 octobre 2019 en les invitant à transmettre des commentaires sur les sections relatives au droit international privé. Les commentaires reçus sont disponibles sur le Portail sécurisé de la HCCH, et ont été traités et intégrés dans un nouveau Guide révisé (voir annexe).

III. Prochaines étapes

8. Conformément au mandat de 2019 du CAGP et en vue de rationaliser le processus d'approbation, le BP invite le CAGP à examiner le Guide, en particulier les trois premiers chapitres. À la suite de cet examen, le Guide sera examiné plus avant par UNIDROIT et la CNUDCI conformément à leurs procédures respectives de consultation et d'approbation.

9. **Dans le cadre du processus d'approbation tripartite, le Guide sera examiné par le Conseil de Direction d'UNIDROIT en mai 2020** et lors de la 53^e session de la CNUDCI en juillet 2020, au cours desquelles réunions les experts externes, les parties prenantes et les membres respectifs auront la possibilité de faire des commentaires supplémentaires sur le Guide jusqu'à sa finalisation.

¹ Voir « Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique (du 14 au 16 mars 2017) », C&R No 17, et « Conclusions et Recommandations du Conseil sur les affaires générales et la politique (du 15 au 17 mars 2016) C&R No 23, disponibles sur le site web de la HCCH, à l'adresse < www.hcch.net >, sous les rubriques « Gouvernance » puis « Conseil sur les affaires générales et la politique ».

ANNEXE

**Guide juridique portant sur les instruments juridiques uniformes dans le
domaine du droit des contrats commerciaux internationaux
(principalement sur les ventes)
Projet de texte consolidé**

Table des matières

1.	Introduction	4
a.	Origine et objet du Guide	4
b.	Portée et approche	6
2.	Pourquoi lire ce Guide ?	7
3.	Détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux	11
a.	Par application directe d'une convention portant loi uniforme	11
	Comment les conventions portant loi uniforme visées par le présent Guide s'appliquent-elles à un contrat international ?	11
b.	Par application des règles du droit international privé	12
i.	<i>Application des règles de droit international privé lorsque les parties ont effectué un choix</i>	13
	Interaction entre le choix de la loi applicable et la méthode de règlement des différends (y compris l'élection de for)	17
	Clauses types pour l'utilisation des Principes d'UNIDROIT	18
ii.	<i>Application des règles de droit international en l'absence de choix des parties</i>	20
c.	Règles impératives et ordre public	22
	Y a-t-il des limites à l'application de la loi choisie par les parties ?	22

1. Introduction

a. Origine et objet du Guide

1. Depuis plusieurs décennies, la Conférence de La Haye de droit international privé (« HCCH »), l'Institut international pour l'unification du droit privé (« UNIDROIT ») et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI») élaborent des textes de droit uniforme qui favorisent l'harmonisation et la modernisation progressives du droit des contrats commerciaux. D'autres organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales ont aussi largement contribué à cette tâche aux niveaux mondial et régional.

2. Au fil des ans, la HCCH, UNIDROIT et la CNUDCI ont rédigé une série de textes complémentaires, à savoir la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (« CVIM »)¹, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (« Principes d'UNIDROIT »)² et les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (« Principes de La Haye »)³. En outre, la CNUDCI a établi des traités étroitement liés à la CVIM et qui en complètent les dispositions régissant certaines questions spécifiques, comme la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005) (« Convention sur les communications électroniques »)⁴ et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (1974), modifiée en 1980 (« Convention sur la prescription »)⁵. De même, la HCCH a, par le passé, adopté un certain nombre de traités portant sur les règles relatives au choix de la loi applicable dans les ventes internationales : la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention de La Haye de 1955)⁶, la 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 »)⁷ et la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (« Convention de La Haye de 1986 »)⁸. En ce qui concerne les ventes, UNIDROIT a également adopté la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (« Convention de Genève de 1983 sur la représentation ») qui régit les aspects matériels de la représentation⁹.

¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3.

² Dans leur version la plus récente : Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2016, disponibles à l'adresse <https://www.unidroit.org/fr/instruments/contrats-du-commerce/principes-d-unidroit-2016>.

³ La Convention peut être consultée à l'adresse www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=135.

⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2898, n° 50525, p. 3.

⁵ Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119, p. 3 ; telle que modifiée par le Protocole du 11 avril 1980 (Vienne), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26121, p. 99.

⁶ La Convention peut être consultée à l'adresse www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31.

⁷ La Convention peut être consultée à l'adresse <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=89>.

⁸ La Convention peut être consultée à l'adresse <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=61> (pas encore en vigueur).

⁹ La Convention peut être consultée à l'adresse <https://www.unidroit.org/fr/instruments/representation>. Elle compte cinq États parties, mais elle n'est pas en vigueur. Les Principes d'UNIDROIT contiennent désormais une section détaillée sur la représentation au chapitre 2 : section 2 « Formation du contrat et pouvoir de représentation », sur laquelle voir *infra*, par. 368 et chapitre 5.d.

3. La rédaction de ces textes s'est souvent faite en coordination avec les autres organisations, ce qu'illustre bien l'historique législatif de la CVIM, dont l'élaboration par la CNUDCI s'est appuyée sur des textes uniformes précédemment établis par UNIDROIT¹⁰. En retour, la CVIM a influencé l'élaboration ultérieure de textes uniformes tels que les Principes d'UNIDROIT. En outre, des textes comme les Principes de La Haye s'inspirent de la CVIM et des Principes d'UNIDROIT, dont ils facilitent l'application.
4. Pour que les textes uniformes atteignent l'objectif recherché, ils doivent s'accompagner de l'appui nécessaire à leur application. Dans cette optique, les trois organisations ont mis au point une palette d'outils, tels que le système d'information connu sous l'acronyme CLOUT (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI), la base de données UNILEX, qui rassemble, entre autres, la jurisprudence internationale relative aux Principes d'UNIDROIT (www.unilex.info), et les Clauses types pour l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international¹¹.
5. Le droit commercial international uniforme vise à mettre en place un ensemble harmonisé et global de règles internationales tant dans son origine et sa formulation que dans son cadre d'application et d'interprétation ; par conséquent, le droit uniforme réduit les obstacles juridiques aux flux du commerce international, unifie les règles du jeu entre acheteurs et vendeurs, renforce les relations commerciales entre États et crée des opportunités d'investissement. Compte tenu des multiples avantages du droit uniforme dans ce domaine, les textes uniformes susmentionnés ont été élaborés afin d'instaurer des règles équilibrées adaptées aux opérations internationales et d'aider les parties dans la rédaction de leurs contrats, ainsi que les juges et les arbitres dans le règlement des litiges. Chacun d'eux offre aux parties une certaine autonomie leur permettant de décider, par convention, dans quelle mesure il régira leur opération. Toutefois, il n'est pas toujours aisé d'obtenir des informations sur la manière dont ces textes sont liés les uns aux autres. En conséquence, les parties commerciales, les avocats, les juges, les arbitres, les universitaires et les législateurs souhaitant adopter, appliquer ou interpréter ce vaste corpus juridique peuvent éprouver des difficultés à trouver les textes pertinents et à les situer dans leur contexte.
6. Le présent Guide juridique sur les contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes) (le « Guide ») vise à préciser la relation entre ces textes en vue de promouvoir leur adoption, leur utilisation, leur interprétation uniforme et, à terme, la création d'un environnement juridique applicable aux opérations commerciales internationales qui soit souple et prévisible et repose sur le principe de la liberté contractuelle.
7. Dans cette perspective, le présent Guide fournit au lecteur des orientations sur un certain nombre de questions juridiques relatives au droit des contrats commerciaux

¹⁰ Voir, entre autres, les instruments d'UNIDROIT : Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1964), disponible à l'adresse www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-luvl-1964-fr ; Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1964), disponible à l'adresse www.unidroit.org/fr/instruments/la-vente-internationale/international-sales-lufc-1964-fr ; ou la Convention de La Haye de 1955.

¹¹ <https://www.unidroit.org/french/principles/modelclauses2013/clausestypes2013.pdf>. La version anglaise est consultable à l'adresse <https://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf> et la version espagnole à l'adresse <https://www.unidroit.org/other-languages-e/spanish>.

internationaux qui vont du choix de la loi applicable à une présentation de textes juridiques, contractuels et directifs susceptibles de faciliter une opération commerciale. Il n'entend pas privilégier une quelconque interprétation des textes uniformes ni en proposer une nouvelle.

8. Le présent Guide a été établi sur la base d'une proposition conjointe¹² découlant d'une série d'événements organisés par le Secrétariat de la CNUDCI à l'occasion du trente-cinquième anniversaire de la CVIM¹³, approuvée par les organes directeurs de la HCCH, d'UNIDROIT et de la CNUDCI¹⁴. Il a été élaboré par les secrétariats de ces trois organisations, avec le concours d'un groupe de cinq experts qui représentaient différentes origines géographiques et traditions juridiques : Neil Cohen (États-Unis d'Amérique), Lauro da Gama e Souza Jr. (Brésil), Hiroo Sono (Japon), Pilar Perales Viscasillas (Espagne) et Stefan Vogenauer (Allemagne). Conçu comme un document évolutif, il sera régulièrement examiné par les trois secrétariats aux fins de sa révision périodique.

b. Portée et approche

9. Le Guide porte sur les contrats commerciaux internationaux, principalement sur les ventes. Il ne traite pas des contrats de consommation. Il fournit également des orientations sur la manière dont s'articulent les contrats de vente et certaines opérations connexes, telles que le troc, la représentation et la distribution, et sur des questions transversales comme l'utilisation des communications électroniques.
10. Le Guide traite spécifiquement des textes uniformes élaborés par la HCCH, UNIDROIT et la CNUDCI. Il renvoie à divers textes législatifs tels que des traités et des lois types, ainsi qu'à des principes et des clauses types destinés à être appliqués par les parties dans le cadre de leurs arrangements contractuels.
11. Le Guide est donc un document qui vise à préciser la relation entre ces textes juridiques internationaux uniformes que les trois secrétariats ont établi conjointement afin de promouvoir l'uniformité, la sécurité juridique et la clarté dans ce domaine du droit.
12. Le Guide se réfère à des textes uniformes de portée mondiale ou régionale élaborés par d'autres organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales dès lors qu'ils contribuent à préciser le fonctionnement des textes de la HCCH, d'UNIDROIT et de la CNUDCI. Il renvoie également à des documents d'orientation susceptibles d'apporter d'autres informations utiles au lecteur, sans dresser toutefois la liste complète des textes internationaux et régionaux relatifs aux contrats commerciaux internationaux. Plus particulièrement, le Guide ne couvre pas les instruments internationaux qui, bien que ne traitant pas principalement des contrats de vente internationale, font référence à la CVIM et aux Principes d'UNIDROIT en tant qu'expression de principes généraux et de

¹² A/CN.9/892 – *Proposition conjointe sur la coopération dans le domaine du droit des contrats commerciaux internationaux (principalement sur les ventes)*.

¹³ A/CN.9/849 – *Note du Secrétariat. Tendances actuelles du droit de la vente internationale de marchandises*, par. 46 et 47.

¹⁴ Voir A/71/17 – *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-neuvième session*, par. 281 ; Conclusions et recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de mars 2016, par. 23, disponibles à l'adresse www.hcch.net/fr/governance/council-on-general-affairs/ ; Conseil de direction d'UNIDROIT, Conclusions sommaires, quatre-vingt-quinzième session, Rome, 18-20 mai 2016, C.D. (95) Misc. 2, par. 18, disponibles à l'adresse www.unidroit.org/french/governments/councildocuments/2016session/cd-95-misc02-f.pdf.

dispositions adaptées au droit moderne des contrats¹⁵.

13. Le Guide commence par examiner des questions de droit international privé¹⁶, en mettant l'accent sur les Principes de La Haye et sur leurs liens avec la CVIM et les Principes d'UNIDROIT, afin d'expliquer dans quelle mesure les parties contractuelles peuvent choisir la loi applicable et d'indiquer les conséquences de l'absence de choix. Il donne ensuite un aperçu du contenu de la CVIM et de la Convention sur la prescription, avant d'aborder la nature, le recours et la teneur des Principes d'UNIDROIT, dont il souligne les similitudes et les différences entre la CVIM et d'autres textes uniformes avec lesquels ils peuvent interagir. Enfin, il évoque un certain nombre de questions juridiques récurrentes en matière de contrats de vente.

2. Pourquoi lire ce Guide ?

14. Le fait que différents systèmes juridiques, politiques et économiques coexistent dans le monde entraîne une fragmentation juridique qui fait obstacle aux échanges commerciaux. Le droit uniforme permet de disposer de règles cohérentes et homogènes à l'échelle mondiale. Il instaure notamment un régime juridique uniforme en matière de contrats internationaux¹⁷ de vente de marchandises. Ce faisant, il favorise le développement du commerce international.
15. Les parties qui concluent des contrats internationaux (notamment portant sur la vente de marchandises) ont affaire à une multitude d'instruments de droit uniforme, qui sont très utiles à double titre : ils favorisent l'uniformité ou l'harmonisation des lois de différents États et permettent de simplifier, de clarifier et de moderniser le droit régissant cet aspect important du commerce.
16. Toutefois, la façon dont ces instruments de droit uniforme interagissent et se complètent n'apparaît pas toujours clairement. Le présent Guide a pour objet de présenter, en récapitulant brièvement le contenu, plusieurs instruments juridiques importants élaborés par la HCCH, UNIDROIT et la CNUDCI en ce qui concerne ces contrats. Il met l'accent sur le caractère complémentaire de ces instruments lorsque plusieurs d'entre eux sont applicables à une opération.
17. Le présent Guide peut aider les parties et leurs avocats ainsi que les médiateurs, les arbitres et les juges à s'orienter dans le corpus d'instruments uniformes susceptibles de

¹⁵ Un exemple récent est le Guide juridique UNIDROIT / FAO / FIDA sur l'agriculture contractuelle, un instrument d'orientation sur la production agricole sous contrat adopté en 2015. Le texte du Guide juridique peut être consultée à l'adresse <https://www.unidroit.org/french/guides/2015contractfarming/cf-guide-2015-f.pdf>.

¹⁶ Il est généralement admis que le droit international privé recouvre trois éléments : la compétence, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Dans le présent Guide, l'expression « droit international privé » est surtout utilisée en ce qui concerne des questions de loi applicable ou de conflits de loi, comme elle est employée dans certains instruments uniformes (par exemple, art. 7-2 de la CVIM). L'expression « choix de la loi applicable » sera également employée lorsqu'elle sera nécessaire pour correspondre à la terminologie de l'instrument pertinent.

¹⁷ La notion d'« internationalité », qui est plus ou moins spécifique en fonction de l'instrument, sera expliquée dans la section correspondant à chaque instrument ci-après.

s'appliquer. L'objectif est de permettre aux parties de structurer efficacement leurs opérations commerciales, eu égard aux avantages présentés par ces instruments.

18. Compte tenu de son objet et de sa nature, le Guide n'a pas vocation à traiter de manière exhaustive le contenu de chaque instrument ou l'interprétation qu'en font les juges, les arbitres et les universitaires. Il est plutôt conçu comme une présentation qui permettra de s'orienter à travers ces textes de façon à comprendre leur portée, leurs dispositions fondamentales et leurs interactions. Il existe, parfois en libre accès en ligne, plusieurs sources utiles de jurisprudence, de bibliographies et d'informations diverses relatives à ces instruments. Une liste des sources disponibles d'informations complémentaires figure à l'annexe X du présent Guide.
19. Le présent Guide s'intéresse avant tout aux instruments suivants :
 - La **CVIM** : comme son nom l'indique, la CVIM fournit un ensemble de règles relatives à la formation de contrats ainsi qu'aux droits et aux obligations des parties en ce qui concerne la vente internationale de marchandises. Le cas échéant, elle énonce des règles juridiques neutres qui régissent ces contrats, ce qui évite généralement d'avoir à déterminer quelle législation nationale est applicable aux questions clés. Elle peut donc sensiblement concourir à instaurer la sécurité juridique dans les échanges commerciaux et à réduire les coûts de transaction.
 - Les **Principes d'UNIDROIT** : les Principes d'UNIDROIT sont une codification non impérative des règles et principes du droit des contrats destinée à s'appliquer aux contrats commerciaux à l'échelle mondiale. Ils visent à mettre à la disposition des parties, des juges et des arbitres, ainsi que des autres utilisateurs, un ensemble de règles équilibrées particulièrement adaptées aux opérations internationales. Non contraignants, ils offrent aux parties et aux personnes chargées de trancher les litiges une grande diversité de possibilités quant à leur utilisation, ainsi que beaucoup de souplesse.
 - Les **Principes de La Haye** : les Principes de La Haye constituent un ensemble de principes non contraignants similaires fournissant des orientations dans l'élaboration et le perfectionnement de règles juridiques régissant la portée et l'application du principe selon lequel les parties à un contrat commercial peuvent choisir, de façon autonome et par convention, la loi applicable à leur contrat. Ils reconnaissent et promeuvent le principe de l'« autonomie de la volonté » (également désigné en tant que principe d'« autonomie des parties », selon lequel les parties sont probablement les mieux placées pour déterminer quel ensemble de normes juridiques est le plus adapté à leur transaction), tout en lui fixant des limites raisonnables. Ils peuvent dès lors assurer l'encadrement de ce concept dans les États où il est déjà reconnu.
20. Deux autres instruments découlant des travaux de la CNUDCI sont également examinés :
 - La **Convention sur la prescription** : la Convention sur la prescription énonce des règles uniformes qui régissent le délai dans lequel une partie à un contrat de vente internationale de marchandises doit engager une procédure juridique pour faire valoir des droits découlant de ce contrat. Ce faisant, elle apporte clarté et prévisibilité sur un aspect de grande importance lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la demande.
 - La **Convention sur les communications électroniques** : la Convention sur les communications électroniques vise à permettre, sur le plan juridique, l'utilisation de communications électroniques dans le commerce international en garantissant que

les documents échangés par voie électronique, contrats compris, ont la même validité et la même force exécutoire que leurs équivalents papier traditionnels.

21. En outre, il est fait référence à d'autres instruments émanant d'organismes internationaux, supranationaux ou régionaux :
- La **Convention de La Haye de 1955** : la Convention régit les questions relatives au choix de la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.
 - La **Convention de La Haye de 1978** : la Convention énonce des règles de conflit de lois relatives aux rapports de représentation.
 - La **Convention de La Haye de 1986** : la Convention définit des règles de conflit de lois relatives aux contrats de vente internationale de marchandises. Elle n'est pas encore en vigueur.
 - Le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (le **Règlement Rome I**)¹⁸ : le Règlement fixe des règles à l'échelle de l'Union européenne pour déterminer quelle loi nationale devrait s'appliquer aux obligations contractuelles en matière civile et commerciale impliquant plusieurs pays.
 - La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (la **Convention de Mexico**)¹⁹ : la Convention énonce des règles permettant de déterminer la loi applicable aux contrats internationaux dans ses États parties.
22. Comme il est indiqué plus haut, les instruments examinés dans le présent Guide ne s'excluent pas mutuellement. De fait, plusieurs instruments peuvent s'appliquer à la même opération, ce qu'illustre de façon simple le tableau ci-après, qui indique (par le symbole ✓ dans les cases correspondantes) les instruments internationaux pouvant s'appliquer à quatre opérations typiques :

	CVIM	Principes d'UNIDROIT	Principes de La Haye	Convention sur la prescription	Convention sur les communications électroniques
Vente internationale de marchandises (non conclue au moyen de communications électroniques)	✓	✓	✓	✓	
Vente internationale de marchandises (conclue au	✓	✓	✓	✓	✓

¹⁸ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO L 177 du 4 juillet 2008, p. 6 à 16.

¹⁹ Au moment où le présent Guide est rédigé, cinq pays ont signé la Convention de Mexico (Bolivie, Brésil, Mexique, Uruguay et Venezuela) et deux l'ont ratifiée (Mexique et Venezuela). Voir *infra*, par. 57 et 58.

moyen de communications électroniques)					
Autres contrats commerciaux (non conclus au moyen de communications électroniques)		✓	✓		
Autres contrats commerciaux (conclus au moyen de communications électroniques)		✓	✓	✓	✓

23. Le Guide explique la différence entre les situations dans lesquelles les Conventions et les règlements, en tant qu'instruments contraignants, sont applicables et ont force de loi, et les situations dans lesquelles des instruments non contraignants tels que les Principes d'UNIDROIT et les Principes de La Haye peuvent avoir lieu de s'appliquer. En outre, dans la mesure où l'applicabilité d'instruments contraignants tels que la CVIM peut dépendre de la détermination de la législation nationale applicable, le Guide fournit des informations sur la nature et les sources des règles qui régissent cette détermination.
24. En raison du rôle crucial que joue la détermination de la loi applicable, le Guide examine non seulement les règles de conflit de lois établies par les Principes de La Haye mais aussi d'autres règles de droit international privé qui peuvent être applicables dans un tribunal. Par conséquent, il analyse les règles de conflit de lois prévues par le Règlement Rome I, la Convention de Mexico et les quelques instruments de la HCCH mentionnés au paragraphe 21, *supra*, et rend brièvement compte des règles de droit international privé appliquées dans différents États. Une partie importante de cette analyse a trait à « l'autonomie des parties » – la capacité qu'ont les parties, dans la plupart des régimes de conflit de lois, de choisir la loi qui s'applique à leur contrat – et à ses limites.
25. Le Guide examine par ailleurs un deuxième aspect de ce que recouvre habituellement la notion d'autonomie des parties : la « liberté contractuelle » qu'ont celles-ci de choisir les droits et les responsabilités qu'elles ont l'une vis-à-vis de l'autre, sous réserve de la loi applicable. Il évoque également les termes que les parties peuvent incorporer dans leur contrats de vente sous la forme d'abréviations dont la teneur et l'interprétation sont fixées par un organisme international. C'est par exemple le cas des INCOTERMS® de la CCI, abréviations recueillies et établies par la Chambre de commerce internationale (CCI) qui correspondent à la pratique internationale. En outre, le Guide met en évidence le rôle que jouent les pratiques commerciales établies entre les parties et les usages lorsque le contrat de vente est régi par un instrument international.

3. Détermination de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux

a. Par application directe d'une convention portant loi uniforme

Comment les conventions portant loi uniforme visées par le présent Guide s'appliquent-elles à un contrat international ?

26. Les conventions modernes portant loi uniforme s'appliquent aux contrats internationaux lorsque les conditions de leur application territoriale et matérielle sont réunies. La CVIM, la Convention sur la prescription et la Convention sur les communications électroniques définissent chacune leur champ d'application, c'est-à-dire les communications et les contrats internationaux auxquels leurs dispositions s'appliquent, en énonçant les exigences devant être satisfaites. Lorsque celles-ci le sont, les Conventions s'appliquent sans qu'il soit nécessaire de recourir aux règles de droit international privé.

CVIM

27. S'agissant de son champ d'application territorial, l'article 1-1 de la CVIM prévoit que celle-ci s'applique directement aux contrats de vente internationale dans deux cas, à savoir : a) lorsque les parties ont leurs établissements respectifs²⁰, déterminés conformément aux dispositions de la CVIM, dans des États contractants différents (voir *infra*, par. 106 à 109) ; ou b) lorsqu'une règle de droit international privé mène à l'application de la loi d'un État contractant. Le second cas de figure englobe les situations où la loi d'un État contractant s'applique parce que les parties l'ont choisie dans le contrat.
28. Les contrats de vente internationale peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de la CVIM s'il s'agit d'un type de contrats de vente exclu par la Convention (art. 2) ou de « contrats mixtes » dans lesquels la fourniture de main-d'œuvre ou de services occupe une place prépondérante (art. 3). La nature précise des limites à l'applicabilité de la CVIM évoquées ici et ailleurs a été traitée dans un certain nombre de décisions de justice, de sentences arbitrales et de sources de doctrine²¹. La loi applicable aux contrats de vente ne relevant pas du champ d'application de la CVIM est déterminée par l'application des règles du droit international privé²².
29. L'article 6 de la CVIM permet aux parties d'exclure l'application de la Convention, de déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou d'en modifier les effets (à l'exception de l'art. 12), donnant ainsi corps aux principes d'autonomie évoqués aux paragraphes 24 et 25 ci-dessus. La jurisprudence et la doctrine s'accordent de manière quasi unanime pour considérer qu'une disposition contractuelle désignant l'État dont la loi régit le contrat ne constitue pas une telle exclusion. Au contraire, si le choix se porte sur la loi d'un État contractant et que les règles du droit international privé lui donnent effet, il s'ensuit que la CVIM s'applique.

²⁰ Pour la détermination de l'« établissement » concerné conformément à la CVIM, voir *infra*, par. 147 à 149.

²¹ Par exemple, pour le traitement des contrats de distribution, voir *infra*, chap. 5.b, et pour le traitement du troc, voir *infra*, chap. 5.e.

²² Pour les règles de conflit de lois (y compris le choix des Principes d'UNIDROIT en tant que loi non étatique), voir *infra*, chap. 3.b.

30. Les déclarations déposées par les États peuvent aussi avoir un effet sur l'applicabilité de la CVIM à un contrat (voir *infra*, chap. 4.a)²³.

Convention sur la prescription

31. S'agissant de son champ d'application territorial, l'article 3 de la Convention sur la prescription prévoit que celle-ci s'applique directement aux contrats de vente internationale dans deux cas, à savoir : a) lorsque les parties ont leurs établissements respectifs dans des États contractants différents ; ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant. En outre, les parties peuvent convenir contractuellement d'appliquer la Convention, y compris en choisissant la loi d'un État contractant, lorsque les règles du droit international privé le permettent (voir *infra*, chap. 3.b). L'article 3-2 autorise les parties à convenir d'exclure l'application de la Convention (« exclusion expresse »)²⁴.
32. Les déclarations déposées par les États peuvent aussi avoir un effet sur l'applicabilité de la Convention sur la prescription à un contrat²⁵.

Convention sur les communications électroniques

33. La Convention sur les communications électroniques, qui définit son champ d'application territorial et matériel dans ses articles 1 et 2, s'applique à une plus grande diversité de contrats commerciaux internationaux que la CVIM. Son article 1-1 prévoit qu'elle s'applique directement lorsqu'une règle du droit international privé mène à l'application de la loi d'un État contractant. En vertu de l'article 19, l'État contractant peut déposer une déclaration exigeant que la Convention s'applique lorsque les parties ont leurs établissements respectifs dans des États contractants différents. La Convention s'applique également si les parties au contrat ont valablement décidé que ses dispositions constitueraient la loi applicable audit contrat. Cependant, l'article 3 autorise les parties à exclure l'application de la Convention, à déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou à en modifier les effets.

b. Par application des règles du droit international privé

34. Comme indiqué ci-dessus, les transactions internationales peuvent être régies par des instruments de droit uniforme, qui s'appliquent directement au contrat ou en vertu des règles de droit international privé.
35. La plupart des pays, sinon tous, ont des règles de droit international privé auxquelles les tribunaux peuvent se référer pour déterminer quelle loi est applicable à une relation juridique donnée. S'agissant des ventes et des opérations internationales, il existe deux façons principales de déterminer la loi applicable : 1) lorsque les parties ont choisi la loi

²³ Pour l'état et le texte des déclarations formulées par les États contractants à la CVIM, voir : https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status.

²⁴ Le présent paragraphe expose le champ d'application de la Convention sur la prescription, modifiée par le Protocole de 1980 modifiant la Convention de 1974 sur la prescription. Pour de plus amples informations, y compris sur le champ d'application du texte d'origine de la Convention de 1974, voir *infra*, chap. 4.b).

²⁵ Pour l'état et le texte des déclarations formulées par les États contractants à la Convention sur la prescription, voir : https://uncitral.un.org/fr/texts/salegoods/conventions/limitation_period_international_sale_of_goods/status.

applicable à leur contrat, les règles de droit international privé détermineront s'il convient de valider ce choix et de lui donner effet ou 2) lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat ou bien lorsque leur choix est invalide ou sans effet, les règles de droit international privé détermineront quelle loi s'applique à la transaction.

36. Dans ce contexte, autrement que par application directe, un instrument de droit uniforme peut devenir applicable à une transaction internationale, y compris aux contrats de vente, en vertu des règles de droit international privé.
37. Il existe trois façons en droit international privé par lesquelles un instrument de droit uniforme peut s'appliquer à une transaction internationale : a) lorsque les parties ont choisi la loi d'un État ayant adopté un instrument de droit uniforme qui s'applique à cette transaction comme loi applicable à leur transaction ; b) lorsque les parties ont choisi un instrument de droit uniforme comme « règles de droit » afin de régir leur transaction ; et c) lorsque, en l'absence de choix de loi par les parties, les règles pertinentes de droit international privé conduisent à l'application d'un traité de droit uniforme.
38. Chacune de ces façons dépend des règles applicables de droit international privé. Dans certains cas, il s'agit des règles internes de droit international privé d'un État du for, alors que dans d'autres, les règles de droit international privé sont celles qui figurent dans un traité auquel l'État du for est partie. Les règles internes de droit international privé peuvent être influencées par des principes de droit non contraignant tels que les Principes de la HCCH.
39. Le présent Guide examine ci-dessous les règles de droit international privé qui figurent dans les traités, ce qui sera utile pour déterminer la ou les lois applicables à une transaction internationale. Lors de l'examen de ces règles, deux aspects seront étudiés : lorsque les parties ont fait un choix et en l'absence de choix des parties. Le présent Guide fournira également un bref résumé des règles de droit international privé non conventionnelles (non contraignantes), en particulier les Principes de la HCCH.

i. Application des règles de droit international privé lorsque les parties ont effectué un choix

40. L'autonomie des parties quant au choix de la loi applicable aux contrats internationaux est d'usage dans la plupart des pays du monde. Il s'agit de la liberté qu'ont les parties de choisir, par convention, la ou les lois – ou le ou les systèmes juridiques – qui régiront leurs relations contractuelles. Il importe toutefois de noter que cette autonomie n'est pas sans limites et que sa portée varie d'un pays à l'autre.
41. Les différences en question portent sur divers aspects du choix exercé par les parties, tels que les éléments du contrat qui peuvent être régis par la loi choisie, les exigences de forme à respecter dans la formulation de ce choix, les limites imposées par l'ordre public, etc. L'un des aspects qui fait l'objet du Guide – la question de savoir si et dans quelle mesure les parties peuvent choisir la loi d'un État ou une loi non étatique pour régir leur contrat – sera examiné dans les sections ci-après.
42. Plusieurs instruments internationaux – dont certains sont plus régulièrement mis en œuvre que d'autres – abordent la question du choix de la loi applicable aux contrats internationaux et de son application par les tribunaux étatiques : la Convention de La Haye de 1955, la Convention de La Haye de 1978, le Règlement Rome I et les Principes de

La Haye. Les deux Conventions de La Haye et le Règlement Rome I (qui est un instrument supranational d'application obligatoire dans les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark) sont des instruments contraignants. Les Principes de La Haye sont un instrument non contraignant de portée universelle.

43. Il convient de noter que la Convention de Mexico pourrait éventuellement s'appliquer. Adopté en 2019 par l'Organisation des États américains (OEA), le guide sur le droit applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques (guide de l'OEA)²⁶ contient notamment des orientations concernant à la fois la Convention de Mexico et les Principes de La Haye.

1. Choix de la loi d'un État ou d'une loi transnationale (non étatique)

Contexte arbitral

44. Dans l'arbitrage, les parties jouissent d'une grande liberté pour choisir les « règles de droit » non étatiques applicables au fond du litige qui les oppose. Cette liberté était déjà reconnue à l'article 28-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, instrument qui, à l'instar du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, a été pris comme modèle par de nombreux pays²⁷. À l'heure actuelle, en vertu de la plupart des lois et règlements en matière d'arbitrage, les arbitres sont tenus de respecter le choix des parties concernant les « règles de droit » applicables à leur différend.

« Règles de droit » / loi non étatique

45. Les Principes de La Haye indiquent que la notion de « règles de droit » recouvre les règles qui ne proviennent pas de sources étatiques mais sont « généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré » (art. 3 des Principes de La Haye). Les « règles de droit » peuvent donc désigner des règles juridiques, comme les Principes d'UNIDROIT, définies par des organes non législatifs. Le critère voulant que les règles soient « généralement acceptées ... comme un ensemble de règles neutre et équilibré » amène à conclure que les codes de commerce et instruments analogues n'ayant pas atteint le degré de crédibilité qui leur permettrait d'être considérés comme neutres et équilibrés ne correspondraient pas à la définition des « règles de droit » aux fins des Principes de La Haye. Comme il est expliqué ci-après (voir *infra*, par. 71), les Principes de La Haye donnent effet au choix des « règles de droit » non seulement dans le contexte arbitral mais aussi dans le contexte judiciaire, sous réserve qu'un tel choix soit autorisé conformément à la loi applicable par ailleurs.
46. Dans le cadre de l'arbitrage, il est possible de choisir la CVIM comme loi applicable même lorsque les parties n'ont pas leur établissement dans des États contractants ou que les règles du droit international privé ne mènent pas à son application. Elle s'applique alors en tant que loi transnationale (non étatique).

²⁶ Le guide est disponible (en anglais) à l'adresse http://www.oas.org/en/sla/iaic/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf.

²⁷ Pour l'état actuel de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985), avec les amendements adoptés en 2006, et de plus amples informations sur cet instrument, voir le site Web de la CNUDCI à l'adresse https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

Contexte judiciaire

47. Dans le contexte judiciaire, les parties sont généralement libres de choisir la loi étatique qui s'applique à leurs contrats. En revanche, la plupart des législations nationales ne leur permettent pas de désigner des règles de droit non étatiques (au moment où le présent Guide est rédigé, la législation du Paraguay²⁸ permet expressément aux parties de choisir une loi non étatique pour régir leurs contrats). Néanmoins, même dans les États qui ne donnent pas effet au choix par les parties d'une loi non étatique, il demeure possible d'appliquer de telles lois non étatiques de manière indirecte, en les incorporant par référence, c'est-à-dire en tant que clauses du contrat même²⁹.

Convention de La Haye de 1955

48. Cette Convention constitue l'une des premières étapes sur la voie de l'unification du droit international de la vente. Elle régit les questions relatives au choix de la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Elle autorise les parties à choisir librement la loi applicable (art. 2). D'une manière générale, la Convention (à l'exception de l'article 4) ne permet de désigner qu'une seule loi comme loi applicable. Le choix de la loi peut faire l'objet d'une clause expresse, ou « résulter indubitablement des dispositions du contrat » (art. 2-2). Dans la Convention, la loi applicable n'est présentée que comme étant la loi d'un État, les lois non étatiques n'étant pas envisagées.
49. La Convention est actuellement en vigueur dans cinq États membres de l'Union européenne (Danemark, Finlande, France, Italie et Suède), au Niger, en Norvège et en Suisse³⁰. Ainsi, pour les contrats relevant de son champ d'application, la Convention prime sur la Convention de Rome et sur le Règlement Rome I (voir art. 21 et art. 25-1, respectivement).

Convention de La Haye de 1986

50. Cette Convention vise à unifier les règles de conflit de lois relatives aux contrats de vente internationale de marchandises. Elle détermine la loi applicable aux contrats de vente de marchandises lorsque les parties ont leur établissement dans des États différents et dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents États. Elle pose pour principe fondamental que les ventes internationales sont régies par la loi choisie par les parties au contrat (art. 7-1). Ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble, et peut porter sur la totalité du contrat ou sur une partie seulement (art. 7-2).

²⁸ Inspirée des Principes de La Haye, cette règle a été instituée lorsque le Paraguay a promulgué la loi n° 5393 relative à la loi applicable aux contrats internationaux, le 15 janvier 2015.

²⁹ Voir aussi *infra*, particulièrement le paragraphe 56 pour ce qui concerne l'incorporation en tant que clause contractuelle conformément au Règlement Rome I ; et le paragraphe 337 pour l'incorporation en tant que clauses contractuelles des Principes d'UNIDROIT.

³⁰ Pour des exemples de son application, voir M. Sumampouw (éd.), *Les Nouvelles Conventions de La Haye*, Tome III (Martinus Nijhoff, 1984), p. 15 à 20 (rendant compte de décisions de la Finlande, des Pays-Bas et de la Belgique) ; voir également <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=34&cid=31>.

51. La Convention a été conçue pour remplacer la Convention de La Haye de 1955. Tout comme la Convention précédente, dans cette Convention, la loi applicable n'est présentée que comme étant la loi d'un État, les lois non étatiques n'étant pas envisagées.

Convention de La Haye de 1978

52. Cette convention vise à établir des dispositions communes concernant la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Elle s'applique à la représentation aussi bien commerciale que non commerciale, régulière comme occasionnelle. Elle énonce des règles de conflit de lois concernant, d'une part, la relation interne entre le représenté et l'intermédiaire et, d'autre part, les relations externes entre le représenté et les tiers ainsi qu'entre l'intermédiaire et les tiers.
53. La loi choisie par les parties est la règle qui prime s'agissant de la relation interne entre le représenté et l'intermédiaire (art. 5). Le choix de cette loi interne peut être exprès ou implicite³¹. L'expression « loi interne » indique qu'il ne serait fait référence qu'au droit matériel de l'État applicable.
54. La Convention est en vigueur dans trois États membres de l'Union européenne (France, Pays-Bas et Portugal) et en Argentine. Ainsi, pour les contrats relevant de son champ d'application, la Convention prime sur le Règlement Rome I (voir art. 21 et art. 25-1, respectivement).

Règlement Rome I

55. L'article 3 du Règlement Rome I permet aux parties de choisir la loi d'un État pour régir leur contrat. Ce choix peut être exprès ou tacite, et porter sur la totalité ou sur une partie seulement du contrat.
56. Bien que le Règlement Rome I ne permette pas aux tribunaux étatiques de reconnaître le choix d'un droit non étatique, tel que les Principes d'UNIDROIT, comme loi applicable, il n'interdit pas aux parties d'en intégrer les règles dans leurs contrats, sous réserve des restrictions générales à la liberté contractuelle prévues dans le droit des contrats applicable. Cela vaut également pour le choix d'une convention internationale, comme la CVIM. Il se peut toutefois que cette dernière soit applicable conformément à ses propres termes et qu'elle ait donc primauté sur le Règlement.

Convention de Mexico

57. La Convention de Mexico reconnaît elle aussi la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat international. La loi choisie peut l'être pour la totalité du contrat ou pour une partie seulement. Ce choix peut être exprès ou découler du comportement des parties et de l'ensemble des clauses contractuelles.
58. La Convention est plus souple en ce qui concerne l'application de lois non étatiques. Lorsqu'il applique la loi nationale qui régit le contrat, le tribunal doit, conformément à l'article 10, prendre en compte certaines catégories de lois non étatiques, y compris les normes, coutumes et principes du droit commercial international, ainsi que les coutumes

³¹ La loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi régit les deux types de relations externes (art. 11 et 15).

et pratiques commerciales généralement reconnues³².

Principes de La Haye

59. Conformément au principe aujourd'hui généralement admis de l'autonomie de la volonté, les Principes de La Haye donnent effet au choix par les parties de la loi régissant leur contrat international (art. 2-1) non seulement lorsqu'il se porte sur la loi d'un État, mais aussi (sous certaines conditions, comme on l'évoquera ci-après, voir *infra*, par. 71) lorsqu'il s'arrête sur une loi non étatique (art. 3). La loi choisie peut l'être pour la totalité ou pour une partie du contrat et différentes lois peuvent être choisies pour régir différentes parties du contrat (art. 2-2). Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou la transaction (art. 2-4). Ce choix peut être exprès ou résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances (art. 4).
60. Les « règles de droit » (c'est-à-dire la loi non étatique) choisies par les parties doivent remplir certains critères, ce qui est censé apporter une plus grande sécurité juridique (pour plus de précisions, voir *infra*, par. 71).
61. Étant donné que les Principes de La Haye peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux, tout État peut les adopter comme ensemble de règles de conflit de lois. La conséquence de cette adoption serait que, pour les affaires portées devant les tribunaux des États concernés, ces juridictions donneraient effet au choix d'une loi non étatique de portée transnationale.

Interaction entre le choix de la loi applicable et la méthode de règlement des différends (y compris l'élection de for)

62. Les règles du droit international privé déterminent les règles juridiques qui régissent les droits et les obligations des parties. Ces règles pouvant différer d'un État à l'autre, il est essentiel de désigner la loi applicable en cas de différend car l'application de la loi d'un État plutôt que d'un autre peut parfois modifier l'issue d'un litige. Cependant, il importe tout autant que les parties évaluent l'efficacité de leur choix de loi avant même de conclure le contrat. Cela leur permettra de connaître les droits et les obligations que ce contrat qu'elles envisagent leur conférerait, réduisant ainsi la probabilité qu'un différend ne survienne ultérieurement. Évaluer l'efficacité du choix de la loi applicable avant de conclure le contrat permet aussi d'éviter plus tard des surprises dans le cas où les parties auraient des interprétations différentes quant à la loi qui s'appliquerait. L'efficacité d'un choix de loi est étroitement liée à la méthode de règlement des différends choisie par les parties.
63. Dans l'arbitrage, les tribunaux arbitraux du monde entier respectent en règle générale le choix des parties, qui peut être celui d'une loi étatique de portée transnationale. En revanche, lorsque les parties décident de soumettre leurs litiges futurs à des tribunaux étatiques, elles devraient choisir un for qui donne pleinement effet à leur accord sur le choix de la loi applicable.

³² Voir aussi le guide de l'OEA, notamment par. 194.

64. Il convient de noter qu'un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal³³ étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas en soi équivalent à un choix tacite de la loi applicable (voir, par exemple, l'article 4 des Principes de La Haye et l'article 7 de la Convention de Mexico). Néanmoins, lorsque le choix de la loi applicable n'est pas exprès ni n'apparaît clairement, un accord d'élection de for peut être un facteur à prendre en compte pour déterminer si les circonstances mènent à conclure que les parties ont tacitement choisi la loi devant s'appliquer à leur contrat (voir, par exemple, le considérant 12 du Règlement Rome I et le commentaire accompagnant l'article 4 des Principes de La Haye).

Clauses types pour l'utilisation des Principes d'UNIDROIT

65. Adoptée en 2013, les *Clauses types pour l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*³⁴ fournissent des orientations sur la manière dont les parties à un contrat peuvent se référer aux Principes d'UNIDROIT. À la différence des instruments contraignants, qui sont applicables chaque fois que le contrat concerné relève de leur champ d'application et que les parties n'ont pas exclu leur application, les Principes d'UNIDROIT, en tant qu'instrument de droit souple, offrent aux parties un éventail bien plus étendu de possibilités, dont elles ne sont pas toujours informées. C'est de ce constat qu'est née l'idée d'élaborer des clauses types que les parties pourraient souhaiter adopter afin d'indiquer plus précisément de quelle façon elles souhaiteraient que les Principes d'UNIDROIT soient utilisés, que ce soit durant l'exécution du contrat ou lorsqu'un différend survient.
66. Les *Clauses types* reflètent les différentes façons dont les Principes d'UNIDROIT sont utilisés par les parties ou appliqués par les juges et les arbitres. Elles se divisent en quatre catégories selon que leur objectif est : a) de choisir les Principes d'UNIDROIT comme règles de droit régissant le contrat (*Clauses types n° 1*) ; b) d'incorporer les Principes d'UNIDROIT comme clauses du contrat (*Clauses types n° 2*) ; c) de se référer aux Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter la CVIM lorsque celle-ci est choisie par les parties (*Clauses types n° 3*) ; ou d) de se référer aux Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit interne applicable (*Clauses types n° 4*). Les commentaires accompagnant chaque clause type passent en revue leurs avantages et leurs inconvénients et indiquent d'éventuelles modifications que les parties pourraient souhaiter apporter selon l'objectif qu'elles veulent atteindre. Le cas échéant, deux versions sont proposées pour chaque clause type, une destinée à être incorporée dans le contrat (« utilisation précontentieuse ») et une destinée à être utilisée après qu'un différend a surgi (« utilisation postcontentieuse »)³⁵.

³³ À cet égard, voir la Convention HCCH du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for qui vise à assurer l'efficacité des accords d'élection de for entre les parties à des transactions commerciales internationales. Pour plus d'informations sur cette Convention, voir <https://www.hcch.net/fr/instruments/specialised-sections/choice-of-court/>.

³⁴ <https://www.unidroit.org/french/principles/modelclauses2013/clausestypes2013.pdf>. La version anglaise est consultable à l'adresse <https://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf> et la version espagnole à l'adresse <https://www.unidroit.org/other-languages-e/spanish>.

³⁵ Il est important de noter que le but des *Clauses types* est simplement de permettre aux parties d'indiquer plus précisément la façon dont elles souhaitent que les Principes d'UNIDROIT soient utilisés. Par conséquent, même si les parties décident de ne pas utiliser ces *Clauses types*, les juges et les arbitres peuvent en tout état de cause appliquer les Principes d'UNIDROIT selon les circonstances de l'espèce, conformément au préambule de ces derniers. Pour de plus amples informations sur les Principes d'UNIDROIT et les utilisations auxquelles ils sont destinés, voir *infra*, chap. 4.c.

2. Principes de La Haye

67. Les Principes de La Haye sont un instrument de droit souple, à caractère non contraignant, qui énonce des règles et principes généraux relatifs au choix de la loi applicable aux contrats internationaux. Ils reconnaissent que donner effet à l'autonomie de la volonté à l'échelle mondiale est essentiel pour promouvoir les opérations commerciales internationales, car cela favorise la sécurité et la prévisibilité juridiques dans le cadre des engagements contractuels conclus entre les parties.
68. L'objectif premier des Principes de La Haye est de renforcer la liberté qu'ont les parties de choisir la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux et d'assurer le champ d'application le plus large possible à la loi choisie, sous réserve de quelques exceptions bien définies (préambule, par. 1).
69. Les Principes de La Haye ne prévoient de règles que dans les cas où les parties se sont mises d'accord sur le choix (exprès ou tacite) de la loi applicable. Contrairement au Règlement Rome I et à la Convention de Mexico, qui comportent des dispositions relatives à la loi applicable en l'absence de choix, les Principes de La Haye ne contiennent pas d'ensemble complet de règles permettant de déterminer la loi applicable à des contrats commerciaux internationaux.
70. Les Principes de La Haye se composent d'un préambule et de 12 articles. Certaines de leurs dispositions reflètent une approche faisant l'objet d'un large consensus au niveau international (par exemple, art. 2-1 et 11), tandis que d'autres correspondent à l'opinion de la Conférence de La Haye quant à la meilleure pratique et apportent des éclaircissements utiles pour les systèmes juridiques qui acceptent le principe de l'autonomie de la volonté (par exemple, art. 2-2, 2-3, 2-4, 4, 7 et 9). Les Principes contiennent aussi des dispositions novatrices (par exemple, art. 3, 5, 6 et 8).
71. L'originalité des Principes vient en grande partie de la disposition, à l'article 3, qui permet expressément aux parties de choisir des « règles de droit » (c'est-à-dire des lois transnationales ou non étatiques) pour régir leur contrat. Toutefois, il doit pouvoir être dit de ces règles de droit qu'elles sont généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré. Il peut s'agir de conventions et de traités internationaux ou d'instruments non contraignants élaborés par des organismes internationaux reconnus. Des instruments tels que les Principes d'UNIDROIT et la CVIM (lorsqu'elle est appliquée en tant que loi désignée par les parties et non en tant que traité) remplissent les conditions énoncées à l'article 3. Les Principes de La Haye sont toutefois silencieux sur l'application des usages du commerce.
72. L'autonomie de la volonté, telle que reconnue par les Principes de La Haye, n'est pas absolue. De même que tous les États qui la reconnaissent, les Principes imposent aussi des limites à son exercice. En vertu de l'article 11, un tribunal étatique ou arbitral peut refuser de donner effet à la loi choisie par les parties dans les circonstances exceptionnelles où celle-ci contreviendrait aux lois de police ou à l'ordre public du for ou d'un État tiers (pour plus de précisions, voir *infra*, par. 100).
73. Les Principes de La Haye peuvent être utiles à des fins d'harmonisation, car ils peuvent être adoptés comme modèle législatif dans les pays désireux de moderniser leurs règles

de droit international privé en matière de contrats. Le Paraguay, qui a déjà adopté une loi inspirée desdits principes, en est un exemple³⁶.

74. Les Principes de La Haye peuvent aussi donner des lignes directrices aux tribunaux étatiques et arbitraux sur la façon d'aborder les questions relatives au choix de la loi applicable aux contrats internationaux. Enfin, ils peuvent aider les parties et leurs conseillers juridiques à déterminer quelle loi ou quelles règles de droit peuvent effectivement être choisies.
75. Ainsi, en tant qu'instrument non contraignant, les Principes de La Haye peuvent être utilisés i) dans le contexte de l'arbitrage, ii) lorsqu'ils compléteront les règles de droit international privé d'un État donné, ou iii) lorsqu'un État les aura adoptés en tant que règles de droit international privé régissant les contrats internationaux.

ii. Application des règles de droit international en l'absence de choix des parties

76. Même si la plupart des contrats internationaux stipulent le choix par les parties de la loi applicable à leur contrat, il se peut que dans certains cas, ce choix n'ait pas été fait³⁷ ou ne soit pas applicable. Le juge doit alors déterminer quelle loi s'applique au contrat, en s'appuyant sur les règles du droit international privé.
77. En l'absence de choix par les parties, les règles régissant la détermination de la loi applicable peuvent varier selon la méthode de règlement des différends retenue par les parties.

Contexte arbitral

78. En l'absence d'accord sur le choix de la loi applicable, ou si l'accord est nul, les arbitres jouissent d'une grande latitude dans la détermination de la loi applicable au fond du litige et peuvent désigner aussi bien la loi d'un État que des « règles de droit » non étatiques.
79. Un certain nombre de règlements et de lois en matière d'arbitrage permettent au tribunal arbitral de déterminer directement la loi applicable au fond de l'affaire, sans recourir aux règles du droit international privé (par exemple, art. 21 du Règlement de la Chambre de commerce internationale et art. 1511 du Livre IV (L'arbitrage) du Code de procédure civile français). C'est ce qu'on appelle la voie directe.
80. À l'inverse, des règles telles que l'article 28-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 et l'article 46-3 de la loi anglaise sur l'arbitrage (*Arbitration Act*) disposent que le tribunal doit appliquer la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.
81. Dans la pratique, comme les arbitres doivent motiver leurs décisions, ils ont souvent recours aux règles du droit international privé pour désigner la loi applicable en l'absence de choix.

³⁶ Voir note de bas de page 28.

³⁷ Il est à noter que ce choix peut être exprès ou tacite. L'établissement de ce choix est fonction de la loi applicable (voir, par exemple, art. 4 des Principes de La Haye).

Contexte judiciaire

82. Lorsqu'ils déterminent la loi applicable en l'absence de choix des parties, les tribunaux étatiques appliquent les règles de droit international privé du for : soit les règles internes, soit celles adoptées au niveau international ou supranational. Il convient de noter que la majorité des systèmes nationaux de droit international privé interdisent au juge d'appliquer une loi non étatique de portée transnationale pour régir le contrat en l'absence de choix. Cependant, cela n'a pas empêché des tribunaux étatiques de se référer à des lois non étatiques à d'autres fins, par exemple pour interpréter la loi nationale applicable ou pour en combler les lacunes³⁸.

1. Instruments de droit international privé uniforme

83. En l'absence de choix des parties, la Convention de La Haye de 1955 prévoit comme règle principale que la loi du pays où le vendeur a son établissement ou sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande de l'acheteur régit le contrat de vente (art. 3). Si le vendeur a plusieurs établissements dans différents pays, c'est l'établissement qui reçoit la commande qu'il faut prendre en compte. Une approche similaire a été adoptée dans la Convention de La Haye de 1986, dont l'article 8 prévoit des facteurs de rattachement supplémentaires. La Convention de La Haye de 1978 prévoit quant à elle que trois principaux facteurs de rattachement peuvent légitimement s'appliquer au rapport de représentation entre le représenté et l'intermédiaire dans les cas où chaque partie a son propre établissement : la loi de l'État où l'intermédiaire exerce son activité, la loi de l'État où le représenté a son établissement et la loi de l'État où l'intermédiaire a son établissement (art. 6).

84. La Convention de Mexico énonce un critère général que doit suivre le juge lors de la détermination de la loi applicable. En vertu de l'article 9, le contrat est régi par la loi de l'État avec lequel il présente les liens les plus étroits. Pour déterminer la loi applicable conformément à cette disposition, le tribunal doit tenir compte non seulement des facteurs objectifs et subjectifs identifiés dans le contrat, mais également des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales, tels que les Principes d'UNIDROIT.

85. Le Règlement Rome I prévoit un régime complexe pour déterminer la loi applicable en l'absence de choix. Dans un objectif de sécurité juridique, il énonce aux articles 4 à 8 diverses règles relatives à des contrats spécifiques, tels que les contrats de vente de biens, de prestation de services, de franchise et de distribution, les contrats de transport, les contrats de consommation et d'assurance et les contrats individuels de travail. Son article 4-1 a) dispose par exemple que la vente de biens est régie par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle³⁹. S'agissant de ce type de contrats, l'article 1-1 b) de la CVIM prévoit que celle-ci s'applique lorsque le vendeur a sa résidence habituelle dans un État partie à la CVIM, à moins que cet État n'ait déclaré que ledit article ne s'appliquerait pas.

86. Les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 4 du Règlement Rome I définissent des règles générales qui fondent la détermination de la loi applicable en l'absence de choix sur la prestation caractéristique du contrat ou sur les liens les plus étroits.

³⁸ Voir *infra*, chap. 4.c.ii.3 ; pour la jurisprudence, voir UNILEX.

³⁹ La résidence habituelle est définie à l'article 19 du Règlement Rome I.

87. Les Principes de La Haye ne visent pas les situations dans lesquelles les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat. Compte tenu de la diversité des règles portant sur cette question, il n'existe pas actuellement de consensus international (à l'exception de la Convention de La Haye de 1955) en ce qui concerne les règles qui déterminent la loi applicable en l'absence de choix.

ii) Lois nationales

88. La détermination de la loi applicable en l'absence de choix peut aboutir à des solutions différentes selon les règles de conflit de lois appliquées par le juge. À cet égard, il y aura plus ou moins de souplesse selon les pays.

89. Par exemple, dans certains pays, la loi applicable est celle du lieu d'exécution (*lex loci executionis*), alors que dans d'autres, c'est la loi du pays dans lequel le contrat a été conclu (*lex loci celebrationis*). Dans d'autres encore, lorsque ces facteurs ne peuvent pas être établis, on se réfère à des facteurs de rattachement subsidiaires.

90. La plupart des systèmes juridiques modernes ont une règle plus souple selon laquelle le contrat devrait être régi par la loi du pays avec lequel il a le « lien le plus étroit ». Toutefois, leur définition du « lien le plus étroit » diffère. Certaines législations nationales prévoient un certain nombre de facteurs à prendre en compte, tandis que d'autres considèrent que c'est avec la loi de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique que le « lien le plus étroit » existe. Dans d'autres systèmes juridiques, le contrat est réputé présenter le « lien le plus étroit » avec le lieu de sa conclusion ou de son exécution.

c. Règles impératives et ordre public

Y a-t-il des limites à l'application de la loi choisie par les parties ?

91. Comme indiqué plus haut, les parties à un contrat de vente sont généralement libres de convenir des termes de celui-ci et de choisir la loi qui le régira. Toutefois, l'application de la loi choisie par les parties peut être restreinte par les lois de police et d'ordre public.

92. Les lois de police sont des dispositions juridiques impératives adoptées par un État, figurant dans un traité international ou provenant d'un organe supranational (par exemple, art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), et sont applicables quelle que soit la loi applicable au contrat. Elles varient d'un système à l'autre, dans la mesure où elles ont trait à des questions sensibles qui méritent de faire l'objet d'une réglementation ou d'une protection spéciale (par exemple, la protection des consommateurs, le droit de la concurrence, la monnaie, la corruption). Par conséquent, elles créent d'importantes restrictions au principe de l'autonomie des parties et peuvent empêcher le *forum shopping* dans des domaines sensibles. Toutefois, elles sont rarement identifiées comme telles. Souvent, c'est la jurisprudence qui définit quelles règles sont impératives. Dans certains pays, la notion de règles impératives est inconnue ou n'est pas utilisée, mais les juges parviennent au même résultat en s'appuyant sur le principe qui permet aux tribunaux de refuser d'appliquer des lois portant atteinte à l'ordre public. Dans la pratique, ces limites peuvent nuire à la prévisibilité juridique lorsqu'une disposition juridique n'est interprétée par aucune jurisprudence ou que cette jurisprudence n'est pas facilement consultable.

93. En droit international privé, il convient de distinguer les lois de police impératives des dispositions impératives du droit des contrats (c'est-à-dire les règles auxquelles il est impossible de déroger par convention) en ce qu'elles représentent des règles fondamentales du système juridique dont elles font partie. Alors que les simples dispositions impératives ne s'appliquent que dans la mesure où elles figurent dans la législation applicable, les lois de police s'appliquent quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat.
94. La notion d'ordre public exprime un mécanisme protégeant les valeurs fondamentales du système juridique du for contre l'application d'une loi étrangère. En empêchant l'application d'une loi étrangère (choisie par les parties ou déterminée conformément aux règles de droit international privé), l'exception d'ordre public produit des effets similaires à ceux des lois de police. En vertu de l'exception d'ordre public, l'application d'une loi étrangère est empêchée par le juge au motif que son application en l'espèce serait incompatible ou contraire aux politiques fondamentales du for ou d'un autre système juridique dont la loi s'appliquerait au contrat en l'absence de choix des parties. Il s'agit d'un dispositif exceptionnel mais nécessaire pour éviter une issue qui pourrait heurter les concepts fondamentaux de justice sociale, économique ou politique d'un pays.
95. De nombreux instruments internationaux ou régionaux de droit international privé portent à la fois sur les lois de police et sur l'ordre public.
96. L'article 11 de la Convention de Mexico énonce une règle générale selon laquelle les dispositions de la loi du for s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif. Il permet également au juge de décider à son gré d'appliquer ou non les dispositions impératives de la loi d'un autre État avec lequel le contrat présente des liens étroits.
97. L'article 18 de la Convention de Mexico permet d'exclure l'application de la loi désignée par la Convention « lorsqu'elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. »
98. L'article 9-1 du Règlement Rome I apporte des précisions sur la notion de règles impératives, et plus exactement sur les « lois de police ». Les pays jugent crucial le respect de ces dispositions afin de sauvegarder leurs intérêts publics, tels que leur organisation politique, sociale ou économique. Ces dispositions sont applicables à toute situation entrant dans leur champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat. L'article 9-3 permet d'appliquer à titre exceptionnel les lois de police d'un pays tiers, sous réserve que les obligations découlant du contrat soient ou aient été exécutées dans ce pays et que lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale.
99. L'article 21 du Règlement Rome I dispose que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».
100. L'article 11 des Principes de La Haye définit les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le choix par les parties de la loi applicable peut être limité. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 11 traitent des lois de police, le paragraphe 1 disposant que le tribunal étatique est libre d'appliquer celles du for et le paragraphe 2 énonçant les circonstances dans lesquelles il peut appliquer celles d'un autre État. Les paragraphes 3 et 4 visent les

principes fondamentaux de l'ordre public, le paragraphe 3 permettant au tribunal étatique d'écarter l'application de la loi choisie si elle est contraire à ceux du for et le paragraphe 4 définissant les circonstances dans lesquelles il peut prendre en considération ceux d'un autre État. Enfin, le paragraphe 5 porte sur l'application des lois de police et d'ordre public par les tribunaux arbitraux.

101. Des règles similaires peuvent être observées dans d'autres instruments de la HCCH relatifs au choix de la loi applicable : l'article 6 de la Convention de 1955, les articles 16 et 17 de la Convention de 1978 et les articles 17 et 18 de la Convention de 1986.
102. L'article 1.4 des Principes d'UNIDROIT énonce une règle générale concernant la primauté des règles impératives sur lesdits principes, à savoir que ces derniers ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé (voir *infra*, par. 340).
103. L'article 1-5 des Principes d'UNIDROIT emploie également l'expression « règles impératives », mais dans un sens différent, à savoir pour désigner certaines de leurs dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger et qu'elles ne peuvent pas exclure (voir *infra*, par. 388). Il est vrai qu'étant donné le caractère non contraignant des Principes, le non-respect des dispositions impératives peut ne pas avoir de conséquences. On considère toutefois que ces dispositions apportent des orientations importantes aux parties contractantes et aux personnes qui tranchent les litiges, surtout lorsque les Principes sont choisis comme loi applicable.

Quelques règles impératives provenant des Principes d'UNIDROIT	Article 1.7 (bonne foi) Article 3.1.4 (dispositions générales sur la validité) Article 5.1.7 2) (fixation du prix) Article 7.4.13 2) (indemnité établie au contrat) Article 10.3 2) (délais de prescription)
Règle impérative de la CVIM	Article 12 ⁴⁰ Article 28

104. L'article 9 de la Convention sur les communications électroniques établit des normes minimales à satisfaire pour assurer l'équivalence fonctionnelle entre les communications électroniques et les conditions de forme que peut imposer la loi applicable. Ces conditions de forme peuvent être considérées comme impératives dans certains pays.
105. Le principe de l'autonomie des parties consacré à l'article 3 de la Convention sur les communications électroniques ne donne pas à celles-ci le droit d'écarter les exigences légales concernant la forme ou l'authentification des contrats et des opérations. L'article 9 de la Convention ne devrait donc pas être interprété comme autorisant les parties à aller jusqu'à relâcher les exigences légales concernant la signature au profit de méthodes d'authentification moins fiables que la signature électronique.

⁴⁰ Voir *infra*, chap. 4.a.