

- **Principes  
sur le choix  
de la loi  
applicable  
aux contrats  
commerciaux  
internationaux**

- **Principes  
sur le choix  
de la loi  
applicable  
aux contrats  
commerciaux  
internationaux**

Publié par

**La Conférence de La Haye de droit international privé**

**Bureau Permanent**

Churchillplein, 6b

2517 JW La Haye

Pays-Bas



+31 70 363 3303



+31 70 360 4867

secretariat@hcch.net

www.hcch.net

© Conférence de La Haye de droit international privé 2015

Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de conserver dans une base de données ou de transmettre sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, y compris par la photocopie ou l'enregistrement, un passage quelconque de la présente publication, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du détenteur du droit d'auteur.

ISBN 978-94-90265-29-8

Imprimé à La Haye, Pays-Bas



## Table des matières

---

<i>Avant-propos</i>		7
<i>Élaboration des Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux</i>		9
<i>Liste des experts participants</i>		13
<i>Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux</i>		17
<b>Préambule</b>		17
<b>Article premier</b>	<b>Champ d'application des Principes</b>	17
<b>Article 2</b>	<b>Liberté de choix</b>	18
<b>Article 3</b>	<b>Règles de droit</b>	18
<b>Article 4</b>	<b>Choix exprès ou tacite</b>	18
<b>Article 5</b>	<b>Validité formelle du choix de la loi applicable</b>	18
<b>Article 6</b>	<b>Accord sur le choix de la loi applicable et conflit de conditions générales (<i>battle of forms</i>)</b>	18
<b>Article 7</b>	<b>Séparabilité</b>	19
<b>Article 8</b>	<b>Exclusion du renvoi</b>	19
<b>Article 9</b>	<b>Champ d'application de la loi choisie</b>	19
<b>Article 10</b>	<b>Cession de créances</b>	20
<b>Article 11</b>	<b>Lois de police et ordre public</b>	20
<b>Article 12</b>	<b>Établissement</b>	20
<i>Commentaire relatif aux Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux</i>		21
<b>Liste des abréviations</b>		21
<b>Introduction</b>		23
Accords sur le choix de la loi applicable		23
Nature des Principes		24
Objet et champ d'application des Principes		25
Contenu des Principes		25
Utilisateurs potentiels des Principes		27
<b>Préambule</b>		28
<b>Article premier</b>	<b>Champ d'application des Principes</b>	29
Introduction		29
Justification		29

Limitation des Principes aux contrats commerciaux	30
Exclusion des contrats de consommation ou de travail	31
Caractère international	32
Détermination du caractère international	33
Facteurs non pertinents	34
<b>Article 2</b> <b>Liberté de choix</b>	37
Introduction	37
Justification	37
Liberté de choix	37
Choix de loi partiel ou multiple	38
Moment et modification du choix de la loi applicable	39
Aucun lien requis	41
<b>Article 3</b> <b>Règles de droit</b>	41
Introduction	41
Généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international	42
Un ensemble de règles neutre et équilibré	43
Usages du commerce	44
À moins que la loi du for n'en dispose autrement	44
Comblement des lacunes	44
<b>Article 4</b> <b>Choix exprès ou tacite</b>	45
Introduction	45
Choix de la loi applicable en général	45
Choix exprès de la loi applicable	45
Choix tacite de la loi applicable	46
Choix tacite résultant clairement des dispositions du contrat	47
Clause d'élection de for et choix tacite de la loi applicable	48
Clause d'arbitrage et choix tacite	48
Circonstances indiquant un choix tacite	49
Niveau d'exigence du critère déterminant l'existence d'un choix tacite de la loi	49
Modification d'un choix de la loi applicable	50
Absence de choix de la loi applicable	50
<b>Article 5</b> <b>Validité formelle du choix de la loi applicable</b>	50
Introduction	50
Absence de conditions de forme	51
Règle matérielle de droit international privé	51
Lien avec d'autres dispositions portant sur la validité formelle	52
Convention contraire des parties	53
<b>Article 6</b> <b>Accord sur le choix de la loi applicable et conflit de conditions générales (<i>battle of forms</i>)</b>	53
Introduction	53
Application de la loi réputée faire l'objet de l'accord	54
Choix de la loi applicable dans les conditions générales	54

Choix de la loi applicable en cas de conflit de conditions générales ( <i>battle of forms</i> )	55
a) <i>Situations présentant un faux conflit : article 6(1)(b), 1<sup>ère</sup> partie</i>	56
b) <i>Situations présentant un vrai conflit : article 6(1)(b), 2<sup>e</sup> partie</i>	57
Questions d'ordre général	58
Les Principes et la CVIM	58
Clause d'exception limitée	60
<b>Article 7</b> <b>Séparabilité</b>	61
Introduction	61
Choix de la loi applicable traité séparément du contrat auquel il s'applique	61
Portée de la règle	62
La séparabilité ( <i>severability</i> ), une règle largement reconnue	63
Impossibilité de contester le choix de la loi applicable effectué par les parties « <i>au seul motif</i> que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable »	63
Vice affectant à la fois le choix de loi effectué par les parties et le contrat principal	64
<b>Article 8</b> <b>Exclusion du renvoi</b>	64
Introduction	64
Exclusion du renvoi	65
Inclusion expresse de règles de droit international privé	66
<b>Article 9</b> <b>Champ d'application de la loi choisie</b>	67
Introduction	67
Domaines particuliers	67
Validité formelle	69
<b>Article 10</b> <b>Cession de créances</b>	70
Introduction	70
Identification et application des Principes pour résoudre les questions soulevées par les cessions de créances	71
Précédents internationaux	73
Questions connexes	73
<b>Article 11</b> <b>Lois de police et ordre public</b>	74
Introduction	74
Lien entre l'article 11 et le principe de l'autonomie de la volonté	75
Lien entre lois de police et ordre public	76
Lois de police du for	77
Lois de police d'une autre loi	79
Ordre public du for	80
Ordre public d'un État dont la loi serait applicable à défaut de choix	82
Ordre public et lois de police devant les tribunaux arbitraux	83
<b>Article 12</b> <b>Établissement</b>	84
Introduction	84
Justification	84
La notion d'établissement	84
Moment auquel est déterminé l'« établissement » d'une société	85





## Avant-propos

---

Je suis ravi de présenter la publication des *Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux* (les « Principes de La Haye »). Il s'agit en effet du premier instrument normatif non-contraignant élaboré et approuvé par la Conférence de La Haye de droit international privé.

Outre les 12 articles des Principes de La Haye et leur préambule, la présente publication comprend une introduction qui décrit le cadre général, la nature, l'objectif, la structure et le champ d'application des Principes de La Haye, ainsi qu'un commentaire article par article qui représente un outil d'interprétation et d'explication en vue d'une meilleure compréhension des Principes.

Les Principes de La Haye visent essentiellement à promouvoir l'autonomie de la volonté dans les transactions commerciales internationales. Fondée sur le postulat selon lequel les parties à un contrat sont susceptibles d'être les mieux placées pour déterminer quel ensemble de normes juridiques est le plus adéquat dans le cadre de leur transaction, l'autonomie de la volonté renforce la prévisibilité et la sécurité juridiques, qui représentent les conditions essentielles visant à assurer l'effectivité des transactions commerciales transfrontières. Dans le même temps, les Principes de La Haye établissent également des limites raisonnables à l'autonomie de la volonté et peuvent dès lors assurer l'encadrement du concept dans les États dans lesquels il est déjà reconnu. En substance, les Principes peuvent être considérés comme un code des meilleures pratiques actuellement reconnues au niveau international en matière d'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux.

Le travail relatif aux Principes de La Haye a débuté en 2006 lorsque le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence a invité le Bureau Permanent à préparer une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux (une brève synthèse résumant l'évolution des Principes de La Haye est présentée ci-dessous, p. 9). En 2009, le Conseil a confié au Bureau Permanent le soin d'établir un Groupe de travail composé d'experts dans les domaines du droit international privé, du droit commercial international et du droit de l'arbitrage international en vue de la rédaction d'un instrument non contraignant sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Entre 2010 et 2012, ce Groupe de travail s'est réuni à intervalles réguliers sous la présidence très appréciée de M. Daniel Girsberger (Suisse) et a élaboré les 12 articles composant cet instrument. Une réunion de Commission spéciale s'est tenue en novembre 2012 afin d'examiner le projet. Lors de cette réunion, le projet a été approuvé et le Groupe de travail a été chargé de rédiger un commentaire des articles. Grâce aux efforts de plusieurs experts qui ont entrepris la rédaction d'un premier jet dudit commentaire et à la poursuite des débats au sein du Groupe de travail, le travail relatif à l'ensemble de l'instrument (introduction, préambule, articles et commentaire) s'est achevé en 2014. Le 19 mars 2015, les Membres de la Conférence de La Haye ont officiellement approuvé les Principes de La Haye.

Les Principes de La Haye ne sont pas d'une nature contraignante ; ils établissent une esquisse complète pouvant servir de guide dans la création, la réforme ou l'interprétation des régimes de choix de la loi aux niveaux national, régional et international. À cet égard, l'utilité des Principes a déjà été démontrée lorsqu'au début de l'année 2015, ils ont servi de modèle au législateur du Paraguay qui a promulgué une loi concernant la loi applicable aux contrats internationaux.

Le Bureau Permanent espère que d'autres États suivront cet exemple avant-gardiste, réaffirmant ainsi l'utilité des Principes de La Haye en tant que standards internationaux par excellence ; autre signe encourageant de leur approbation au sein de la communauté juridique internationale des affaires, ils ont reçu, en juillet 2015, l'aval de la CNUDCI.

L'élaboration des Principes de La Haye constitue un véritable effort collectif. L'engagement extraordinaire, la persévérance et le travail acharné de chacun des membres du Groupe de travail ainsi que des experts qui ont participé à la Commission spéciale de 2012 se sont révélés indispensables pour la concrétisation de ce projet. La participation d'un groupe d'observateurs *ad hoc* a permis d'enrichir le processus de rédaction d'année en année et de le replacer dans son contexte (une liste des experts participants est disponible ci-dessous, p. 13). M. Daniel Girsberger a joué un rôle clé en sa qualité de président du Groupe de travail et de la Commission spéciale de 2012. Ses conseils avisés au fil des ans, avec l'aide de Mme Marta Pertegás, juriste responsable du projet au sein du Bureau Permanent, se sont révélés essentiels à la réalisation de cet important instrument de La Haye.

Je souhaite, au nom du Bureau Permanent ainsi qu'en mon nom, exprimer mes sincères remerciements à tous les membres du Groupe de travail et autres experts impliqués dans le processus de rédaction des Principes. Des remerciements doivent également être adressés à de nombreux collègues et stagiaires du Bureau Permanent pour leurs importantes contributions au projet. Bien qu'ils soient bien trop nombreux pour être mentionnés un à un, ils se reconnaîtront comme appartenant à la communauté fleurissante des « ambassadeurs des Principes de La Haye » du monde entier.

Je ne doute pas que cette publication aidera à promouvoir, à diffuser et à appliquer les Principes de La Haye dans le monde entier.

Christophe Bernasconi | *Secrétaire Général*

Conférence de La Haye de droit international privé



## Élaboration des Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux

---

### juin 2006

La Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence a invité le Bureau Permanent à préparer une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Cette étude devait en particulier se concentrer sur l'éventuel besoin d'élaborer un tel instrument<sup>1</sup>.

### janvier 2007

Le Bureau Permanent a adressé des questionnaires aux États membres et aux parties prenantes dans le domaine de l'arbitrage commercial international en vue de l'examen du besoin d'élaborer un instrument eu égard au choix de la loi en matière de contrats internationaux<sup>2</sup>.

### mars 2007

Sur la base des réponses émanant des différents groupes visés, le Bureau Permanent a mené à bien une série d'études de faisabilité. Elles ne cherchent pas uniquement à présenter un aperçu et une analyse des instruments existants<sup>3</sup>, en se concentrant sur l'arbitrage international<sup>4</sup>, mais également à mettre en lumière tout problème ou toute lacune éventuel d'un futur instrument relatif au choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Conclusions adoptées par la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence (3 au 5 avril 2006), Doc. prélim. No 11 de juin 2006, paragraphe 2.

<sup>2</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, établi par le Bureau Permanent, janvier 2007 ; Questionnaire adressé aux parties prenantes dans le domaine de l'arbitrage commercial en vue d'examiner l'opportunité d'élaborer un instrument relatif au choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, établi par le Bureau Permanent, janvier 2007.

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

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

<sup>5</sup> *Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – rapport sur les travaux effectués et conclusions préliminaires*, Note établie par le Bureau Permanent, Doc. prélim. No 22 A de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

### *avril 2008*

Le Conseil a invité le Bureau Permanent à poursuivre l'étude de ce thème concernant les contrats internationaux entre professionnels, dans la perspective de promouvoir l'autonomie des parties. Il est demandé au Bureau Permanent, en coopération avec les organisations internationales pertinentes et les experts intéressés, d'étudier la possibilité de rédiger un instrument non contraignant en la matière et d'examiner la forme qu'il pourrait prendre<sup>6</sup>.

### *mars 2009*

Le Bureau Permanent a établi un Rapport sur les travaux effectués et un plan de travail suggéré pour l'élaboration du futur instrument qui propose un possible programme de travail pour l'élaboration d'un instrument non contraignant sur la loi applicable aux contrats internationaux<sup>7</sup>.

### *mars – avril 2009*

Le Conseil a invité le Bureau Permanent à continuer les travaux sur la promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats commerciaux internationaux. Le Bureau Permanent est en particulier invité à constituer un Groupe de travail composé d'experts en matière de droit international privé, de droit commercial international et de droit de l'arbitrage international, et à faciliter l'élaboration d'un projet d'instrument non contraignant au sein de ce Groupe de travail<sup>8</sup>.

### *janvier 2010*

Le Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (ci-après, le « Groupe de travail ») s'est réuni pour la première fois à La Haye et a esquissé le champ d'application du futur instrument<sup>9</sup>.

### *avril 2010*

Le Conseil a invité le Groupe de travail à poursuivre ses travaux concernant l'élaboration progressive d'un projet d'instrument de nature non contraignante<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (1 au 3 avril 2008)*, notamment sous le point consacré au Choix de la loi dans les contrats internationaux.

<sup>7</sup> *Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux - Rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument*, Note établie par le Bureau Permanent, Doc. pré-l. No 7 de mars 2009 à l'intention du Conseil de mars / avril 2009 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

<sup>8</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009)*, notamment sous le point consacré au Choix de la loi dans les contrats internationaux.

<sup>9</sup> *Rapport de la première réunion du Groupe de travail sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux (21 et 22 janvier 2010)*.

<sup>10</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (7 au 9 avril 2010)*, notamment sous le point consacré au Choix de la loi dans les contrats internationaux.

### *novembre 2010*

Le Groupe de travail s'est réuni une seconde fois à La Haye, les experts présents se sont entendus sur le contenu provisoire de certaines dispositions du projet d'instrument<sup>11</sup>.

### *avril 2011*

Le Conseil a décidé qu'une Commission spéciale examinera le projet d'articles et les observations préparés par le Groupe de travail à un stade ultérieur<sup>12</sup>.

### *juin 2011*

Le Groupe de travail s'est réuni une troisième fois à La Haye, les experts présents ont finalisé le texte du projet d'articles des futurs Principes et ont identifié les questions pertinentes, lesquelles feront l'objet d'un document distinct, comme demandé par le Conseil, qui expliquera les choix législatifs et / ou feront l'objet d'une élaboration plus détaillée dans le Commentaire<sup>13</sup>.

### *avril 2012*

Le Conseil a décidé d'établir une Commission spéciale pour examiner les propositions du Groupe de travail et formuler des recommandations quant aux mesures futures à entreprendre, y compris la décision à prendre sur la forme de l'instrument non contraignant et le processus par lequel le Commentaire doit être finalisé<sup>14</sup>.

### *novembre 2012*

Une réunion de Commission spéciale a été convoquée à La Haye en vue d'examiner les travaux menés par le Groupe de travail. La Commission spéciale est chargée d'examiner en profondeur le projet de Principes. La Commission spéciale a approuvé à l'unanimité une version révisée des Principes et présente plusieurs recommandations au Conseil quant à la finalisation de l'instrument<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> *Rapport de la deuxième réunion du Groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (15 au 17 novembre 2010).*

<sup>12</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (5 au 7 avril 2011), notamment sous le point consacré au Choix de la loi dans les contrats internationaux.*

<sup>13</sup> *Rapport de la troisième réunion du Groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (28 au 30 juin 2011).*

<sup>14</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (17 au 20 avril 2012), notamment sous le point consacré au Choix de la loi dans les contrats internationaux.*

<sup>15</sup> *Projet de Principes de La Haye tel qu'approuvé par la réunion de la Commission spéciale de novembre 2012 sur les contrats internationaux et recommandations relatives au Commentaire.*

### *avril 2013*

Le Conseil a approuvé à titre préliminaire le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Il a invité le Groupe de travail à élaborer un projet de Commentaire. Le Conseil sera alors invité à donner son approbation finale pour l'ensemble formé par les Principes et le Commentaire ou à soumettre cet ensemble à la Commission spéciale, si nécessaire<sup>16</sup>.

### *juin 2013*

Le Groupe de travail s'est réuni une quatrième fois à La Haye. Au cours de cette réunion les experts se sont concentré sur la formulation du Commentaire<sup>17</sup>.

### *janvier 2014*

Le Groupe de travail s'est réuni une cinquième fois à La Haye. Les experts présents ont poursuivi et conclu leurs discussions autour de la formulation du Commentaire accompagnant le projet de Principes de La Haye. Un Comité de rédaction a été constitué au sein du Groupe de travail. Il est chargé de finaliser le texte du projet de Commentaire, avec l'assistance du Bureau Permanent<sup>18</sup>.

### *avril 2014*

Suite à la réunion du Conseil de 2014, une procédure de consultation écrite sur le projet d'instrument est organisée, les Membres sont invités à soumettre leurs commentaires. Sans objection dans les 60 jours, l'instrument sera approuvé<sup>19</sup>.

### *mars 2015*

À la suite de cette procédure écrite sans qu'aucune objection n'ait été soulevée, les Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ont officiellement été approuvés le 19 mars 2015.

---

<sup>16</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (9 au 11 avril 2013).*

<sup>17</sup> *Rapport de la quatrième réunion du Groupe de travail (24 au 26 juin 2013).*

<sup>18</sup> *Rapport de la cinquième réunion du Groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (27 et 28 janvier 2014) ; Projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, Doc. pré-l. No 6 de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.*

<sup>19</sup> *Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique (8 au 10 avril 2014), notamment sous le point consacré au Choix de la loi dans les contrats internationaux.*



## Liste des experts participants

---

**Membres du Groupe de travail** (plusieurs experts ont eu la responsabilité principale des travaux de rédaction des commentaires relatifs à certains articles, qui sont indiqués ci-dessous par un \*)

**M. Neil B. COHEN**, Professeur de droit, *Brooklyn Law School*, Brooklyn, New York, États-Unis d'Amérique (membre du Comité de rédaction, \*article 10)

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

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

**M. Andrew DICKINSON**, *Fellow of St Catherine's College* et Professeur de droit à l'Université d'Oxford, Oxford, Royaume-Uni (\*article 11)

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

**Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON**, Professeur de droit, Université Panthéon-Assas Paris II, Paris, France (membre du Comité de rédaction, \*article 7)

**M. Lauro GAMA E. SOUZA Jr.**, Avocat spécialiste du droit international privé et de l'arbitrage commercial ; Professeur adjoint, *Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro*, Brésil (\*articles 2 & 3)

**M. Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ**, Professeur de droit, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Espagne (\*articles 1, 9 & 12)

**M. Daniel GIRSBERGER**, Professeur, *Universität Luzern*, Faculté de droit, Lucerne, Suisse (Président du Groupe de travail, membre du Comité de rédaction, \*introduction & article 10)

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

**M. Thomas KADNER GRAZIANO**, Professeur, Université de Genève, Faculté de droit, Genève, Suisse (membre du Comité de rédaction, \*article 6)

**Mme Marielle E. KOPPENOL-LAFORCE**, Professeur de droit, *Universiteit Leiden* ; Avocat (Contrats, arbitrage et contentieux internationaux), Houthoff Buruma, Rotterdam, Pays-Bas (\*article 6)

**M. Dieter MARTINY**, Professeur de droit émérite, *Europa-Universität Viadrina*, Francfort-sur-l'Oder ; Chercheur invité au *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hambourg, Allemagne (\*articles 4, 5 & 8)

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

**M. José Antonio MORENO RODRÍGUEZ**, Professeur, *CEDEP – Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política*, Asunción, Paraguay ; membre de la Cour internationale d'arbitrage, Chambre de commerce internationale (CCI)

**M. Jan L. NEELS**, Professeur de droit international privé, Faculté de droit, *University of Johannesburg*, Afrique du Sud (\*préambule, articles 4 & 5)

**Mme Yuko NISHITANI**, Professeur, *Kyushu University*, Faculté de droit, Fukuoka, Japon (\*articles 1, 8 & 12)

**M. Richard F. OPPONG**, Professeur de droit adjoint, Faculté de droit, *Thompson Rivers University*, Kamloops, Colombie-Britannique, Canada (\*article 9)

**Mme Geneviève SAUMIER**, Professeur de droit, Université McGill, Faculté de droit, Montréal, Québec, Canada (Présidente du Comité de rédaction de la Commission spéciale, membre du Comité de rédaction, \*articles 2, 3 & 11)

**M. Symeon C. SYMEONIDES**, Professeur de droit émérite Alex L. Parks et doyen émérite, *Willamette University College of Law*, Salem, États-Unis d'Amérique (membre du Comité de rédaction)

**M. Ivan ZYKIN**, Professeur de droit, Premier vice-Président de la Cour d'arbitrage commerciale internationale, Chambre du commerce et de l'industrie de la Fédération de Russie, Moscou, Fédération de Russie (\*article 7)

## Observateurs

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

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

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

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

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

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

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

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





# *Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*

*(approuvés le 19 mars 2015)*

---

## **Préambule**

1. Cet instrument énonce des principes généraux relatifs au choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Ils affirment le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions.
2. Ils peuvent servir de modèle pour des instruments nationaux, régionaux, supranationaux ou internationaux.
3. Ils peuvent être utilisés pour interpréter, compléter et élaborer des règles de droit international privé.
4. Ils peuvent être appliqués par des tribunaux étatiques ou arbitraux.

## **Article premier**

### **Champ d'application des Principes**

1. Ces Principes s'appliquent au choix de la loi applicable aux contrats internationaux lorsque chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Ils ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail.
2. Aux fins de ces Principes, un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État.
3. Ces Principes ne s'appliquent pas à la loi qui régit :
  - (a) la capacité des personnes physiques ;
  - (b) les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for ;
  - (c) les sociétés ou autres groupements et les trusts ;
  - (d) l'insolvabilité ;
  - (e) les effets des contrats sur la propriété ;
  - (f) la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir.

## **Article 2 Liberté de choix**

1. Un contrat est régi par la loi choisie par les parties.
2. Les parties peuvent choisir :
  - (a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ;
  - (b) différentes lois pour différentes parties du contrat.
3. Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Les choix ou modifications opérés après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle ni aux droits des tiers.
4. Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

## **Article 3 Règles de droit**

Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement.

## **Article 4 Choix exprès ou tacite**

Le choix de la loi applicable, ou toute modification du choix de la loi applicable, doit être exprès ou résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas en soi équivalent à un choix de la loi applicable.

## **Article 5 Validité formelle du choix de la loi applicable**

Le choix de la loi applicable n'est soumis à aucune condition de forme, sauf convention contraire des parties.

## **Article 6 Accord sur le choix de la loi applicable et conflit de conditions générales (*battle of forms*)**

1. Sous réserve du paragraphe 2 :
  - (a) la loi réputée faire l'objet de l'accord détermine s'il y a un accord des parties sur le choix de la loi applicable ;

- (b) si les parties ont eu recours à des conditions générales qui désignent deux lois différentes mais qu'en vertu de ces lois les mêmes conditions générales prévalent, la loi désignée par les conditions générales qui prévalent s'applique ; si en vertu de ces lois, des conditions générales différentes prévalent, ou si en vertu de l'une de ces lois, ou de ces deux lois, il n'y a pas de conditions générales qui prévalent, alors il n'y a pas de choix de la loi applicable.
2. La loi de l'État dans lequel est situé l'établissement d'une partie détermine si cette partie a consenti au choix de la loi applicable lorsqu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'apprécier ce consentement selon la loi prévue au paragraphe 1.

### **Article 7** **Séparabilité**

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

### **Article 8** **Exclusion du renvoi**

Le choix de la loi applicable n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie par les parties, sauf si les parties conviennent expressément du contraire.

### **Article 9** **Champ d'application de la loi choisie**

1. La loi choisie par les parties régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment :
- (a) son interprétation ;
  - (b) les droits et obligations découlant du contrat ;
  - (c) l'exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts ;
  - (d) les divers modes d'extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;
  - (e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;
  - (f) la charge de la preuve et les présomptions ;
  - (g) les obligations précontractuelles.
2. Le paragraphe 1(e) n'exclut pas l'application de toute autre loi applicable établissant la validité formelle du contrat.

## **Article 10** **Cession de créances**

Dans le cas de la cession contractuelle d'une créance détenue par un créancier envers un débiteur en vertu du contrat qui les lie :

- (a) si les parties au contrat de cession de créance ont choisi la loi régissant leur contrat, cette loi régit les droits et obligations mutuels du créancier et du cessionnaire découlant de leur contrat ;
- (b) si les parties au contrat entre le débiteur et le créancier ont choisi la loi régissant leur contrat, cette loi régit :
  - (i) l'opposabilité de la cession de créance au débiteur ;
  - (ii) les droits du cessionnaire envers le débiteur ;
  - (iii) le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

## **Article 11** **Lois de police et ordre public**

1. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal étatique d'appliquer les lois de police du for, quelle que soit par ailleurs la loi choisie par les parties.
2. La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi.
3. Un tribunal étatique ne peut écarter l'application d'une disposition de la loi choisie par les parties que si et dans la mesure où elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec des principes fondamentaux de l'ordre public du for.
4. La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public d'un État dont la loi serait applicable à défaut de choix.
5. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal arbitral d'appliquer ou de prendre en considération l'ordre public, ou d'appliquer ou de prendre en considération les lois de police d'une loi autre que celle choisie par les parties, si le tribunal arbitral a le devoir ou le pouvoir de le faire.

## **Article 12** **Établissement**

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



# Commentaire relatif aux Principes sur le choix de loi applicable aux contrats commerciaux internationaux

---

## Liste des abréviations

### ABRÉVIATION

### NOM DE L'INSTRUMENT

Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires

Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation

Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux

Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente

Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises

Convention de La Haye de 1989 sur les successions

Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort

Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for

Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for

Convention de La Haye de 2006 sur les titres

Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire

Protocole de La Haye de 2007

Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires

CVIM

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

Règlement d'arbitrage de la CCI

Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012)

Règlement de la LCIA

Règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* (2014)

Convention de Mexico	Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexique, 1994)
Convention de New York	Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères
PDEC	Principes du droit européen des contrats (2002)
Convention de Rome	Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
Règlement Rome I	Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010)
Loi type de la CNUDCI	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, avec les amendements tels qu'adoptés en 2006
Guide Opérations garanties de la CNUDCI	Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (2007)
Principes d'UNIDROIT	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2010)
Convention Créances des Nations Unies	Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)

## Introduction

- I.1 Lorsque des parties concluent un contrat qui a des liens avec plus d'un État, la question de l'ensemble de règles de droit applicable à leur transaction se pose nécessairement. La réponse à cette question est bien évidemment importante pour le tribunal étatique ou arbitral qui doit résoudre un différend entre les parties. Elle l'est aussi pour les parties elles-mêmes, qui doivent connaître l'ensemble de règles de droit régissant leurs obligations, que ce soit dans la perspective de leur transaction ou dans l'exécution du contrat.
- I.2 Déterminer la loi applicable à un contrat sans tenir compte de la volonté exprimée par les parties au contrat peut conduire à une imprévisibilité préjudiciable, ceci en raison des différentes solutions qui existent d'un État à l'autre. C'est notamment pour cette raison que le principe de l'« autonomie de la volonté », utilisé à des fins de détermination de la loi applicable, s'est développé et a prospéré.
- I.3 L'autonomie de la volonté, qui s'entend de la faculté des parties à un contrat de choisir la loi qui régit ce contrat, favorise la sécurité et la prévisibilité juridiques dans le cadre de l'engagement contractuel principal conclu entre les parties et rend compte du fait que les parties sont probablement les mieux placées pour déterminer l'ensemble de principes juridiques le plus adapté à leur transaction. De nombreux États sont parvenus à cette conclusion, de sorte que l'approche dominante consiste aujourd'hui à donner effet à l'autonomie de la volonté. Cependant, la loi d'autonomie n'est pas encore appliquée universellement.
- I.4 La Conférence de La Haye de droit international privé (la « **Conférence de La Haye** ») estime que l'autonomie de la volonté présente des avantages considérables. Elle encourage l'application de ce principe dans les États qui ne l'ont pas encore adopté, ou qui l'ont adopté de façon trop restrictive. La Conférence de La Haye encourage aussi le développement et l'approfondissement de ce principe là où il est déjà admis.
- I.5 Pour cette raison, la Conférence de La Haye a élaboré les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (les « **Principes** »). Ces Principes sont à la fois une illustration de la façon dont un régime complet de choix de la loi applicable visant à donner effet à l'autonomie de la volonté peut être conçu, et un guide des « meilleures pratiques » pour l'établissement et l'approfondissement d'un tel régime.

### Accords sur le choix de la loi applicable

- I.6 Le choix de la loi applicable par les parties doit être distingué des autres clauses contractuelles qui forment l'engagement contractuel principal conclu par les parties (le « **contrat principal** »). Le contrat principal pourrait être, par exemple, un contrat de vente, de services ou de prêt. Les parties peuvent soit choisir la loi applicable dans le contrat principal, soit conclure un accord distinct sur le choix de la loi applicable (dans un cas comme dans l'autre, cet accord sera dénommé « **accord sur le choix de la loi applicable** »).

- I.7 Les accords sur le choix de la loi applicable doivent être distingués des clauses ou accords « de juridiction » ou « d'élection de for », expressions qui désignent l'accord des parties quant au for compétent (généralement un tribunal étatique) pour trancher le différend. Les accords sur le choix de la loi applicable doivent également être distingués des « clauses (ou accords) d'arbitrage », qui marquent la volonté des parties de soumettre leur différend à un tribunal arbitral. Même si, en pratique, ces clauses ou accords (qu'on regroupera ici sous le terme « **accords de règlement des différends** ») sont souvent associés à des accords sur le choix de la loi applicable, ils poursuivent des objectifs différents. Les Principes ne traitent que des accords sur le choix de la loi applicable, et non des accords de règlement des différends ou d'autres questions communément considérées comme procédurales.

### Nature des Principes

- I.8 Comme l'indique leur titre même, les Principes ne constituent pas un instrument formellement contraignant, du type d'une convention que les États seraient obligés d'appliquer directement ou de transposer en droit interne. Il ne s'agit pas non plus d'une loi modèle que les États seraient encouragés à promulguer. Il s'agit plutôt d'un ensemble non contraignant de *principes* que la Conférence de La Haye encourage chaque État à intégrer à son régime interne de règles de conflit de lois d'une manière adaptée à ses particularités nationales. De cette façon, les Principes peuvent orienter la réforme des règles de conflit de lois internes, dans le respect des instruments juridiques existants en la matière (tels le Règlement Rome I et la Convention de Mexico, qui consacrent et appliquent tous deux le principe de l'autonomie de la volonté).
- I.9 De par leur nature non contraignante, les Principes se distinguent des autres instruments élaborés par la Conférence de La Haye. Si elle n'exclut pas la possibilité de se doter à l'avenir d'un instrument contraignant, la Conférence de La Haye estime qu'un ensemble de principes non contraignants à vocation consultative est pour le moment plus apte à promouvoir tant l'acceptation du principe de l'autonomie de la volonté pour le choix de la loi applicable aux contrats internationaux que le développement d'ensembles juridiques cohérents qui appliquent ce principe de façon équilibrée et efficace. Par leur influence sur les réformes législatives, les Principes devraient favoriser l'harmonisation progressive des solutions entre les États et pourraient ouvrir la voie à un instrument contraignant.
- I.10 Si l'élaboration de principes non contraignants est une nouveauté pour la Conférence de La Haye, ces instruments sont désormais relativement communs. De fait, les Principes viennent s'ajouter à un nombre croissant d'instruments non contraignants qui ont été élaborés par d'autres organisations et qui ont contribué, avec succès, au développement et à l'harmonisation du droit ; voir à cet égard l'influence des Principes d'UNIDROIT et des PDEC sur le développement du droit des contrats.

## Objet et champ d'application des Principes

- I.II L'objectif fondamental des Principes est de renforcer l'autonomie de la volonté et d'assurer le champ d'application le plus large possible à la loi choisie par les parties, sous réserve de limites clairement définies (préambule, para. 1).
- I.I2 Aux fins de l'application des Principes de La Haye, deux critères doivent être remplis. Premièrement, le contrat en question doit être « international ». Aux termes des Principes de La Haye, un contrat est « international » sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État (voir art. 1(2)). Deuxièmement, chaque partie au contrat doit agir dans l'exercice de son commerce ou de sa profession (voir art. 1(1)). Les Principes excluent expressément de leur champ d'application certaines catégories de contrats pour lesquelles le pouvoir de négociation de l'une des parties (consommateur ou employé) est réputé plus faible (voir art. 1(1)).
- I.I3 Si les Principes visent à promouvoir l'autonomie de la volonté en matière de choix de loi, ils posent aussi des limites à cette autonomie. Les limites les plus importantes à l'autonomie de la volonté, et donc à l'application de la loi choisie par les parties, sont celles qu'énonce l'article 11. L'article 11 traite des limites qui résultent des lois de police et de l'ordre public. L'objectif de ces limites est de garantir que, dans certaines circonstances, le choix de la loi applicable par les parties n'ait pas pour effet d'exclure certaines règles et politiques d'une importance fondamentale pour les États.
- I.I4 Les Principes 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. Ils ne contiennent pas de règles permettant de déterminer la loi applicable à défaut de choix, ceci pour deux raisons. Tout d'abord, le but des Principes est de faire avancer l'autonomie de la volonté, non de proposer un ensemble exhaustif de principes pour déterminer la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Ensuite, il n'y a pas, pour l'heure, de consensus sur les règles qui déterminent la loi applicable à défaut de choix. Toutefois, cette restriction du champ d'application des Principes n'empêchera pas la Conférence de La Haye d'élaborer ultérieurement des règles applicables en l'absence d'accord des parties sur le choix de loi.

## Contenu des Principes

- I.I5 Le préambule et les 12 articles de l'instrument peuvent être considérés comme un code des meilleures pratiques actuellement reconnues au niveau international en matière de choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, doté de certaines solutions innovatrices.

- I.16 Certaines dispositions reflètent une approche faisant l'objet d'un large consensus au niveau international. Il s'agit, notamment, de celles sur la liberté fondamentale des parties de choisir la loi applicable (voir préambule, para. 1 et art. 2(1)) et sur les limites appropriées à l'application de la loi choisie par les parties (voir art. 11). Il est permis d'espérer que lorsqu'un État se dotera d'un régime qui promeut l'autonomie de la volonté, il adoptera nécessairement des règles compatibles avec ces dispositions.
- I.17 D'autres dispositions reflètent l'opinion de la Conférence de La Haye quant à la meilleure pratique et apportent des éclaircissements utiles aux États qui acceptent le principe de l'autonomie de la volonté. Il s'agit entre autres des dispositions visant la faculté offerte aux parties de choisir différentes lois applicables à différentes parties de leur contrat (voir art. 2(2)), d'opérer un choix tacite de la loi applicable (voir art. 4) et de modifier leur choix de loi (voir art. 2(3)), ou encore de la disposition relative à l'absence d'exigence d'un lien entre la loi choisie et la transaction ou les parties (voir art. 2(4)). De plus, dans le prolongement de nombreux régimes nationaux et instruments régionaux, l'article 7 prévoit de traiter séparément la validité d'un accord sur le choix de la loi applicable et la validité du contrat principal, tandis que l'article 9 décrit le champ d'application de la loi choisie. D'autres dispositions relatives aux meilleures pratiques donnent des orientations sur les moyens de déterminer le champ d'application de la loi choisie dans le contexte de la relation triangulaire associée à une cession de créances (voir art. 10) et de gérer les situations dans lesquelles les parties ont des établissements dans plus d'un État (voir art. 12). Ces dispositions relatives aux meilleures pratiques constituent des recommandations importantes à destination des États qui souhaitent adopter ou moderniser un régime juridique reposant sur l'autonomie de la volonté. La Conférence de La Haye reconnaît cependant qu'un État peut disposer d'un régime d'autonomie de la volonté qui fonctionne bien sans pour autant consacrer l'ensemble de ces meilleures pratiques.
- I.18 Certains textes des Principes apportent des solutions nouvelles. L'une de ces innovations, particulièrement digne d'attention, se trouve à l'article 3, qui permet aux parties de choisir non seulement la loi d'un État, mais aussi, sous certaines conditions, des « règles de droit » émanant de sources non étatiques. À l'origine, le choix de ces normes ou « règles de droit » n'était envisagé que dans le contexte de l'arbitrage. Lorsqu'un tribunal étatique est saisi, les règles de droit international privé exigent traditionnellement que l'accord sur le choix de la loi applicable conclu par les parties désigne un ordre juridique étatique. Certains régimes ont néanmoins permis aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat les « règles de droit » ou les usages du commerce. Permettre aux parties une telle intégration par référence n'est toutefois pas la même chose que leur permettre de choisir des « règles de droit » comme loi applicable au contrat.
- I.19 Les articles 5, 6 et 8 contiennent d'autres dispositions novatrices. L'article 5 pose la règle matérielle de droit international privé selon laquelle la validité d'un accord sur le choix de la loi applicable n'est soumise à aucune condition de forme spécifique, sauf convention contraire des parties. L'article 6 propose, entre autres, une solution au problème épineux du « conflit de conditions générales » (*battle of forms*),

c'est-à-dire à la situation dans laquelle les deux parties opèrent un choix de la loi applicable par l'échange de conditions générales. L'article 8 exclut le jeu du renvoi mais, contrairement à de nombreux autres instruments, il permet aux parties de convenir expressément du contraire.

## Utilisateurs potentiels des Principes

**I.20** Les utilisateurs potentiels des Principes incluent les législateurs, les tribunaux étatiques et arbitraux, les parties et leurs conseillers juridiques :

- a. Pour les *législateurs (qu'il s'agisse des organes législatifs ou des juges)*, les Principes constituent un modèle, qu'ils peuvent utiliser pour élaborer de nouvelles règles sur le choix de la loi applicable ou bien compléter ou approfondir les règles existantes (voir préambule, para. 2 et 3). La nature non contraignante des Principes permet aux législateurs de les introduire en tout ou partie, que ce soit sur le plan national, régional, supranational ou international. Les législateurs conservent en outre la possibilité de prendre des décisions de politique législative lorsque les Principes s'en remettent à la loi du for (voir art. 3, 11(2), 11(4)).
- b. Pour les *tribunaux étatiques et arbitraux*, les Principes donnent des lignes directrices sur la façon d'aborder les questions relatives à la validité et aux effets d'un accord sur le choix de la loi applicable, ainsi que sur la résolution des différends relatifs à un choix de la loi applicable dans le cadre juridique pertinent (voir préambule, para. 3 et 4). Les Principes peuvent être particulièrement utiles pour appréhender des situations nouvelles.
- c. Pour les *parties et leurs conseillers juridiques*, les Principes donnent des lignes directrices sur la loi ou les « règles de droit » que les parties peuvent légitimement choisir et sur les paramètres et considérations pertinents pour opérer un choix de la loi applicable, y compris certaines questions importantes associées à la validité et aux effets de ce choix, ainsi qu'à la rédaction d'un accord sur le choix de la loi applicable susceptible d'exécution.

**I.21** Les utilisateurs des Principes sont invités à en lire les articles à la lumière du Préambule et du Commentaire. Le Commentaire qui suit chaque article sert d'outil explicatif et interprétatif. Il comprend de nombreux exemples pratiques afin d'illustrer l'application des Principes. La structure et la longueur des commentaires et illustrations varient en fonction du degré de détail nécessaire à la compréhension de chaque article. Le Commentaire comprend également des références comparatives à d'autres instruments régionaux, supranationaux ou internationaux et aux travaux préparatoires, lorsque ces références éclairent l'interprétation. Les utilisateurs peuvent aussi consulter la bibliographie et les supports disponibles sur le site web de la Conférence de La Haye.

## Préambule

- P.1 Le préambule présente la nature (préambule, para. 1), l'objet (préambule, para. 1) et les finalités (préambule, para. 2 à 4) des Principes en tant qu'instrument non contraignant.
- P.2 Les dispositions de l'instrument sont désignées par l'expression « principes généraux », qui reflète leur caractère non contraignant. Les Principes portent sur l'autonomie de la volonté en matière de choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, la notion de « contrats commerciaux internationaux » étant précisée à l'article 1(1) et (2). Ils ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail (voir art. 1(1)). Cet instrument peut être considéré comme un code des meilleures pratiques actuelles en matière de choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, avec, lorsque cela est approprié, des solutions innovatrices.
- P.3 L'un des objectifs de ces Principes est d'encourager l'autonomie de la volonté dans les États qui n'ont pas encore adopté ce principe ou l'ont adopté de façon trop restrictive et, là où il est déjà reconnu, d'en assurer le développement et l'approfondissement. L'autonomie de la volonté répond aux attentes légitimes des opérateurs du commerce international. Elle favorise la prévisibilité et la sécurité juridiques pour les parties. En particulier, la sécurité juridique est renforcée dans la mesure où, à défaut de choix, la loi applicable dépend de la règle de conflit du juge saisi. L'autonomie de la volonté permet aux parties de choisir une loi neutre ou la loi qu'elles jugent la plus adaptée à leur contrat. Les Principes affirment par conséquent la liberté des parties à un contrat commercial international (voir art. 1(1) et (2)) de choisir la loi qui lui sera applicable (voir art. 2 et 3). Ils prévoient néanmoins à l'article 11 des exceptions limitées à l'autonomie de la volonté (lois de police et ordre public).
- P.4 L'un des objectifs de l'instrument est l'adoption de ses principes par les instruments de droit international privé présents et futurs, en vue de produire un degré substantiel d'harmonisation du droit aux niveaux national, régional, supranational et international, par l'effet de l'autonomie de la volonté en matière de contrats commerciaux internationaux.
- P.5 Les Principes peuvent être utilisés par des tribunaux étatiques ou arbitraux (préambule, para. 4) pour interpréter, compléter et élaborer des règles de droit international privé. Ces règles peuvent exister au niveau national (y compris les différentes unités territoriales), régional, supranational ou international, et peuvent par exemple se trouver dans des conventions, des règlements, des lois ou dans la jurisprudence. *Interpréter* désigne ici le processus qui consiste à expliquer, clarifier ou déduire le sens des règles de droit international privé existantes. *Compléter*, dans ce contexte, désigne l'approfondissement d'une règle existante de droit international privé qui appréhende de façon insuffisante ou inappropriée un certain type de

situations. *Élaborer* des règles de droit international privé peut inclure le fait de les interpréter de façon constructive ou de les compléter, et, dans le contexte de ce paragraphe, le terme se réfère à l'introduction, par les organes législatifs ou, dans certains systèmes juridiques, par le juge, de nouvelles règles lorsqu'il n'en existait pas, ou à l'apport de changements substantiels aux règles existantes. Bien entendu, les règles de droit international privé doivent être interprétées, complétées et élaborées dans les limites fixées par le droit en vigueur (par ex. la Convention de Vienne).

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

## Article premier      Champ d'application des Principes

### Introduction

- 1.1 L'objet de l'article premier est de déterminer le champ d'application des Principes. Ce champ d'application est défini par trois critères : les Principes s'appliquent aux accords sur le choix de la loi applicable i) en matière contractuelle, ii) lorsque le contrat est international (voir para. 1.13 à 1.21) iii) et qu'il est commercial (voir para. 1.5 à 1.12).
- 1.2 L'article 1(1) délimite le champ d'application des Principes et définit les catégories de contrats auxquelles ils s'appliquent. L'article 1(2), lu ensemble avec l'article 12, renferme une définition des contrats internationaux. L'article 1(3) contient une liste des matières exclues du champ d'application des Principes.

### Justification

- 1.3 Les Principes s'appliquent aux accords sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux pour lesquels chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Une disposition expresse confirme que les Principes ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail.
- 1.4 Le champ d'application des Principes se limite aux contrats commerciaux, domaine où l'autonomie de la volonté est largement acceptée. En 2008, « le Conseil [a invité] le Bureau Permanent à poursuivre l'étude de ce thème concernant les contrats internationaux entre professionnels, dans la perspective de promouvoir l'autonomie des parties » (Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les

affaires générales et la politique de la Conférence (1 – 3 avril 2008), p. 1) et en 2009, « le Conseil [a invité] le Bureau Permanent à continuer les travaux sur la promotion de l'autonomie de la volonté en matière de contrats commerciaux internationaux » (Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence (31 mars – 2 avril 2009), p. 2). L'objectif est d'établir et de renforcer l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux, mais uniquement si les deux parties agissent en leur qualité professionnelle, de sorte que les risques d'abus de l'autonomie de la volonté sont limités.

## Limitation des Principes aux contrats commerciaux

- 1.5 Comme indiqué en préambule (para. 1), les Principes ne traitent que des « contrats commerciaux », un terme employé par d'autres instruments, notamment les Principes d'UNIDROIT. L'article 1(1) délimite plus précisément cet aspect du champ d'application des Principes i) en décrivant les types de contrats auxquels les Principes s'appliquent et ii) en excluant expressément les contrats de consommation et de travail.
- 1.6 Toutefois, contrairement au préambule, l'article 1 ne mentionne pas ce terme et n'en donne donc pas une définition formelle. Au lieu de cela, l'article 1(1) fait entrer dans le champ d'application des Principes les contrats pour lesquels « *chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession* ». Pour que les Principes soient applicables, les deux (ou toutes les) parties doivent agir dans le cadre de leur activité commerciale ou professionnelle respective. Cette formulation s'inspire du Règlement Rome I (art. 6(1)), aux termes duquel un consommateur est défini comme étant toute personne physique qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle. L'article 1(1) est le pendant inverse, dans la mesure où il décrit positivement les contrats commerciaux comme étant ceux conclus par des parties qui agissent toutes dans l'exercice de leur commerce ou de leur profession. Cette disposition est importante, car elle prévoit une notion autonome permettant de déterminer dans quelles circonstances les Principes s'appliquent et évite d'employer le terme « contrats commerciaux », qui peut revêtir différentes connotations selon les États. Par exemple, la formulation retenue ne reflète pas nécessairement la distinction traditionnellement opérée dans certains États entre transactions commerciales et civiles, pas plus qu'elle ne suit la pratique ayant cours dans d'autres États et consistant à considérer les contrats entre professionnels et consommateurs comme des contrats « commerciaux ».
- 1.7 Tel qu'employé à l'article 1(1) et tout au long des Principes, le terme « partie » comprend toute personne physique ou morale : par exemple, des travailleurs indépendants, des sociétés, des fondations, des entités non constituées en personne morale ou des entités publiques. Il n'est pas nécessaire que les parties aient acquis une vaste expérience ou des compétences approfondies dans leur commerce ou leur profession. En outre, l'emploi des termes « commerce ou profession » indique clairement que cette définition inclut les activités commerciales des commerçants, des fabricants ou des artisans (transactions commerciales) et les activités

commerciales de professionnels tels que les avocats ou les architectes (services professionnels). Les contrats d'assurance et les contrats de cession ou de licence de droits de propriété intellectuelle entre professionnels relèvent du champ d'application des Principes, de même que les contrats d'intermédiaires et de franchise.

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

#### *Illustration 1-1*

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

- 1.9 Si un contrat relève du champ d'application de l'article 1, les Principes s'appliquent indépendamment des moyens par lesquels il a été conclu. Ainsi, ils s'appliquent par exemple aux transactions commerciales électroniques ainsi qu'à tout type de contrat conclu par des moyens électroniques, du moment que les parties agissent dans l'exercice de leur commerce ou de leur profession.

### Exclusion des contrats de consommation ou de travail

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

- 1.11** Le fait que les Principes, tels qu'ils sont formulés, ne s'appliquent qu'aux contrats conclus par des parties qui agissent toutes dans l'exercice de leur commerce ou de leur profession ne devrait pas conduire à en déduire que l'autonomie de la volonté ne joue pas lorsque les contrats ne sont pas commerciaux. Les Principes ne prévoient simplement pas de règles de droit international privé pour ces contrats.
- 1.12** L'article 1(1) décrit les contrats auxquels les Principes s'appliquent en termes généraux, conformément à la nature de l'instrument, qui constitue un ensemble de principes généraux non contraignants. S'agissant en particulier des contrats de consommation, les Principes ne visent pas expressément la qualification des contrats dits « à double finalité » (« *dual-purpose contracts* »), dont les finalités relèvent pour une part de l'exercice de l'activité commerciale ou professionnelle d'une partie mais y sont étrangères pour une autre part. Les Principes ne précisent pas non plus l'angle sous lequel la finalité du contrat doit être appréciée. Ils ne déterminent donc pas s'il est nécessaire que le professionnel ait conscience de la finalité du contrat (voir art. 2 a) de la CVIM).

### Caractère international

- 1.13** Pour relever du champ d'application des Principes, le contrat doit revêtir un caractère « international ». Cette condition est cohérente avec l'approche traditionnelle selon laquelle le droit international privé ne s'applique qu'aux situations internationales. La définition de l'« internationalité » varie considérablement selon les instruments nationaux et internationaux (voir para. 1.15).
- 1.14** Aux fins des Principes, la notion de contrat international est définie à l'article 1(2). En vertu de cette disposition, les seuls contrats exclus car considérés comme dépourvus de tout élément d'extranéité sont ceux pour lesquels « les parties ont leur établissement dans le même État et [...] la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État ». Cette définition négative exclut uniquement les situations purement internes, afin de permettre l'acception la plus large possible du terme « international ». Cette disposition est principalement inspirée par la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for (art. 1(2)).
- 1.15** L'article 1(2) des Principes n'adopte pas une définition positive de l'internationalité du contrat, contrairement à plusieurs autres instruments (voir, par ex. art. 1 (a) et (b) de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente). Il ne suit pas non plus une approche large qui engloberait toutes les situations comportant un « conflit de lois » ou un « conflit entre les lois de différents États », et en vertu de laquelle le choix de la loi par les parties pourrait constituer à lui seul un élément pertinent (voir art. 3 de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres, par ex.).

## Détermination du caractère international

- 1.16 La détermination du caractère international du contrat se fait en deux étapes.
- 1.17 Premièrement, l'article 1(2) se réfère aux établissements des parties comme à un élément d'extranéité pertinent. Lorsque les établissements des parties sont situés dans différents États, le contrat est international et les Principes s'appliquent. Ce test simple permet d'identifier l'internationalité du contrat sans qu'il soit nécessaire de se référer à d'autres facteurs. Si une partie possède plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion (voir art. 12).

### *Illustration 1-2*

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

- 1.18 Deuxièmement, même si le premier critère ne s'applique pas, un contrat est toujours considéré comme international à moins que « tous les autres éléments pertinents » soient localisés dans le même État. Ces éléments pertinents peuvent être, par exemple, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, la nationalité ou le lieu d'incorporation ou d'établissement d'une partie. Si une partie a plus d'un établissement impliqué dans la transaction, les établissements secondaires qui n'ont pas été retenus au cours de la première étape du raisonnement, menée conformément à l'article 12 (voir para. 1.17), peuvent ici encore être pris en considération.
- 1.19 L'identification du caractère international peut exiger une analyse attentive, faite au cas par cas. Par exemple, la vente d'un terrain situé dans un État X entre des parties ayant leur établissement dans un État Y remplit la condition d'internationalité du contrat, dans la mesure où le terrain est situé à l'étranger. Toutefois, ces mêmes considérations ne s'appliquent pas à la vente, dans un État X, de biens tangibles produits à l'étranger, dans un État Y (ou dans plusieurs États), dans la mesure où, à chaque étape de la vente, l'ensemble des éléments pertinents sont situés dans l'État X. De même, le fait que des négociations précontractuelles se soient déroulées à l'étranger ou encore qu'une langue en particulier ait été utilisée dans le contrat ne suffit pas, à lui seul, à satisfaire à l'exigence d'internationalité.

- I.20 Sous réserve des cas où aucun élément pertinent ne permet d'établir l'internationalité, le contrat est réputé international et relève du champ d'application des Principes. Cette interprétation résulte de la définition négative de l'internationalité de l'article 1(2).

### Facteurs non pertinents

- I.21 L'expression « quelle que soit la loi choisie » employée à l'article 1(2) signifie que le choix de loi des parties n'est pas un élément pertinent pour établir l'internationalité. En d'autres termes, lorsque tous les éléments objectifs pertinents sont situés dans un seul État, les parties ne peuvent établir l'internationalité du contrat uniquement par le choix d'une loi étrangère, même si ce choix s'accompagne d'une clause d'élection de for en faveur d'un juge étranger ou d'une clause compromissoire (voir art. 1(b) de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente). Cette définition de l'internationalité se distingue de celles de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres (art. 3) et du Règlement Rome I (art. 1(1)).
- I.22 Les Principes ne portent pas sur les conflits de lois entre différentes unités territoriales d'un même État, par exemple en Australie, au Canada, en Espagne, aux États-Unis d'Amérique, au Nigéria ou au Royaume-Uni. Par conséquent, le fait que l'un des éléments pertinents soit situé dans une unité territoriale différente au sein d'un État ne fonde pas l'internationalité du contrat visée à l'article 1(2). Cependant, les Principes n'empêchent pas les législateurs ou autres utilisateurs d'étendre le champ d'application des Principes à des conflits de lois internes.
- I.23 Les Principes s'appliquent aux accords sur le choix de la loi applicable aux *contrats*. Reprenant la démarche suivie par d'autres instruments internationaux, ils ne définissent pas le terme « contrat ». Toutefois, afin de faciliter l'application des Principes, l'article 1(3) exclut de leur champ d'application certaines matières dont les aspects suivants ne font pas l'objet d'un large consensus : a) leur qualification contractuelle ou b) la nécessité de les soumettre à l'autonomie de la volonté. La liste des exclusions comprend six points : i) la capacité des personnes physiques ; ii) les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for ; iii) les sociétés ou autres groupements et les trusts ; iv) l'insolvabilité ; v) les effets des contrats sur la propriété ; vi) la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir. Cette liste est inspirée, entre autres, de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente (art. 5), du Règlement Rome I (art. 1(2)) et de la Convention de Mexico (art. 5).
- I.24 L'article 1(3) se justifie doublement eu égard à la nature juridique des questions énumérées et à l'absence de consensus concernant tant leur qualification contractuelle que la possibilité de les soumettre à l'autonomie de la volonté. Cependant, l'existence d'une liste d'exclusions ne devrait pas être interprétée comme un choix de politique législative contre l'autonomie de la volonté en ce qui concerne les matières exclues. Les Principes sont neutres sur ce point et, partant, n'empêchent pas les législateurs ou autres utilisateurs d'étendre l'autonomie de la volonté à plusieurs voire à l'ensemble des questions exclues.

- 1.25 *Premièrement*, les Principes ne traitent pas de la loi applicable à la *capacité des personnes physiques*. Dans ce contexte, la capacité désigne l'aptitude des personnes physiques à acquérir et exercer des droits et à conclure des contrats de façon indépendante. Cela n'inclut pas le pouvoir des intermédiaires ou des organes de représenter une personne ou une entité pour le compte de laquelle ils prétendent agir (voir art. 5(b) de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente). La question de la capacité peut se poser de manière incidente à la validité du contrat, et notamment à l'accord sur le choix de la loi applicable lui-même. Le défaut de capacité entraîne une limitation de l'autonomie de la volonté fondée sur la nécessité de protéger la personne en raison, par exemple, de son âge (un mineur) ou de son état mental. Dans certains États, la capacité fait partie du statut personnel et n'entre donc pas dans la catégorie contractuelle. La désignation de la loi applicable à cette question est exclue du champ d'application des Principes. Cette exclusion signifie que les Principes ne déterminent ni la loi applicable à la capacité des personnes physiques, ni les régimes et mécanismes de protection légaux ou judiciaires, ni les effets d'un défaut de capacité sur la validité de l'accord sur le choix de loi (voir Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente, para. 39 et 40).
- 1.26 *Deuxièmement*, les Principes ne traitent pas de la loi régissant les *accords d'arbitrage et les accords d'élection de for*. L'exception vise principalement la *validité matérielle* de ces accords, c'est-à-dire les aspects contractuels de ces clauses de juridiction, et inclut des questions telles que la fraude, l'erreur, le dol ou la contrainte (voir aussi Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for, para. 126). Dans certains États, ces questions sont qualifiées de procédurales et sont par conséquent régies par la *lex fori* ou la *lex arbitri*. Dans d'autres États, ces questions relèvent du fond du droit et sont donc régies par la loi applicable à l'accord d'arbitrage ou d'élection de for lui-même. Les Principes n'adoptent aucune de ces positions. Simplement, l'article 1(3)(b) exclut ces questions du champ d'application.
- 1.27 *Troisièmement*, les Principes ne portent pas sur la loi régissant les *sociétés ou autres groupements et trusts*. Le terme « groupement » est utilisé au sens large de façon à englober les entités constituées ou non en personnes morales, telles que les sociétés de partenariat ou les associations.
- 1.28 L'exclusion prévue à l'article 1(3)(c) couvre la constitution et l'organisation de sociétés ou d'autres groupements et trusts. Les questions exclues sont, en général, la constitution du groupement, l'obtention de la qualité d'associé, la capacité et les pouvoirs, l'organisation interne, le processus décisionnel, la dissolution et la liquidation des sociétés ou autres groupements. La même exclusion s'applique aux questions concernant l'administration interne des trusts. Dans de nombreux États, ces questions sont soumises à des règles de droit international privé spécifiques, lesquelles désignent la loi des sociétés (en règle générale, la loi du lieu d'incorporation ou de l'administration centrale) ou la loi des autres groupements ou trusts.

- 1.29 L'exclusion prévue à l'article 1(3)(c) se limite aux questions liées à l'organisation et au fonctionnement internes des sociétés ou d'autres groupements et trusts, et ne s'étend pas aux contrats que ces entités passent avec des tiers. Les Principes s'appliquent également aux contrats commerciaux passés entre des associés (pactes d'actionnaires).
- 1.30 *Quatrièmement*, les Principes ne traitent pas du droit applicable à l'*insolvabilité*. Cette exclusion se réfère aux effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut avoir sur les contrats. Les procédures d'insolvabilité peuvent affecter les principes généraux du droit des contrats, par exemple en invalidant un contrat en application de règles particulières sur la nullité des contrats ou la résiliation des contrats en cours, par la suspension ou l'arrêt des poursuites individuelles ou en donnant à l'administrateur le pouvoir de refuser l'exécution d'un contrat en cours ou de le céder à un tiers. L'exclusion de l'insolvabilité énoncée à l'article 1(3)(d) couvre ces questions. En règle générale, les Principes ne déterminent pas la loi applicable à la question de savoir comment les contrats sont affectés en cas d'insolvabilité. Ils ne traitent pas non plus de la possibilité pour l'administrateur judiciaire de conclure de nouveaux contrats pour le compte de la masse de l'insolvabilité. Le terme « insolvabilité » est ici employé au sens large, incluant notamment les procédures de liquidation, de réorganisation, de restructuration et de redressement.
- 1.31 *Cinquièmement*, les Principes ne traitent pas de la loi régissant *les effets des contrats sur la propriété*. Ils permettent aux parties de choisir la loi applicable à leurs obligations contractuelles, mais ils ne visent pas la constitution et les effets des droits *in rem* nés du contrat. En d'autres termes, les Principes déterminent uniquement la loi qui régit les droits et obligations mutuels des parties, et non celle qui régit les droits réels. Par exemple, dans un contrat de vente d'un bien, meuble ou immeuble, tangible ou intangible, les Principes s'appliquent à l'obligation personnelle de délivrance du vendeur et à l'obligation personnelle de paiement de l'acheteur, mais pas aux questions telles que celle de savoir si le contrat opère de plein droit le transfert de propriété, ou bien si l'acheteur acquiert le droit de propriété purgé des droits ou actions de tiers.
- 1.32 Enfin, les Principes ne traitent pas de la loi applicable à la question de savoir *si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir*. Cette exclusion concerne la relation externe du contrat d'intermédiaire, c'est-à-dire des questions comme celle de savoir si le représenté est engagé sur le fondement d'un pouvoir tacite ou apparent ou sur le fondement de la négligence, ou si et dans quelle mesure le représenté peut ratifier *a posteriori* un acte *fait* en dépassement de ses pouvoirs par l'intermédiaire (voir art. 11 de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires). Inversement, les Principes s'appliquent à la relation interne du contrat d'intermédiaire, c'est-à-dire à la relation entre le représenté et l'intermédiaire, si elle remplit par ailleurs les conditions d'un contrat commercial.

## Article 2 Liberté de choix

### Introduction

- 2.1 L'article 2 consacre la liberté des parties de choisir la loi régissant leur contrat. En outre, il dispose que ce choix peut s'appliquer à une partie seulement du contrat, qu'il peut être exercé à tout moment et qu'aucun lien entre la loi choisie et les parties ou leur transaction n'est requis. Cet article devrait être lu ensemble avec l'article 3, lequel permet aux parties de désigner des « règles de droit » pour régir leur contrat.
- 2.2 Les Principes ne prévoient pas de mode de détermination de la loi applicable à un contrat commercial international à défaut de choix (exprès ou tacite) de la loi applicable par les parties.

### Justification

- 2.3 L'article 2 reflète l'objectif principal et fondamental des Principes, qui est de garantir et de délimiter l'autonomie de la volonté dans la désignation de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (définis à l'art. 1). Il est important de souligner qu'en vertu des Principes, la liberté des parties de choisir la loi ou les « règles de droit » applicables à leur contrat ne dépend pas du mode de règlement des différends, qu'il soit judiciaire ou arbitral.
- 2.4 Les Principes reconnaissent que certaines restrictions à l'autonomie de la volonté sont nécessaires, même dans le domaine des contrats commerciaux internationaux. Ainsi, l'effet du choix de loi des parties est expressément limité par les lois de police et l'ordre public, ainsi que le prévoit l'article 11. La portée de l'autonomie de la volonté en vertu des Principes est en outre précisée par les articles 1(3) et 9.

### Liberté de choix

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

### *Illustration 2-1*

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

## Choix de loi partiel ou multiple

- 2.6 Les Principes permettent un choix de loi partiel ou multiple, c'est-à-dire soumettant des parties distinctes du contrat à différentes lois (pratique également connue sous le nom de dépeçage). Étant donné que le choix partiel ou multiple est par sa nature même une des formes d'exercice de l'autonomie de la volonté, les Principes permettent aux parties de recourir à ce procédé. Toutefois, le recours au dépeçage implique un risque de contradiction ou d'incohérence dans la détermination des droits et obligations des parties.
- 2.7 En vertu de l'article 2(2)(a), les parties peuvent choisir la loi applicable à une partie du contrat seulement. Lorsque les parties font un tel choix partiel de la loi applicable, les autres éléments du contrat sont régis par la loi applicable à défaut de choix. Comme indiqué ci-dessus au paragraphe 2.2, les Principes ne prévoient pas de règles pour déterminer la loi applicable à défaut de choix par les parties, de sorte qu'en cas de choix de loi partiel, tel que prévu à l'article 2(2)(a), la loi applicable au reste du contrat devra être déterminée par le tribunal étatique ou arbitral en vertu des règles applicables à défaut de choix.
- 2.8 En vertu de l'article 2(2)(b), les parties peuvent également choisir la loi applicable à différentes parties de leur contrat. Dans ce cas, le contrat sera régi par plus d'une loi choisie.
- 2.9 Dans la pratique, de tels choix partiels ou multiples peuvent concerner, par exemple, l'unité monétaire dans laquelle le contrat est libellé, des clauses particulières relatives à l'exécution de certaines obligations, telles que l'obtention d'autorisations délivrées par des organismes publics, et des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

### Illustration 2-2

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

### Illustration 2-3

Un vendeur et un acheteur ont conclu un accord d'achat d'actions visant le contrôle de la société D (société cible). La partie C, un tiers, s'est portée garante des obligations de paiement de l'acheteur en vertu de l'accord. L'accord entre vendeur et acheteur prévoit qu'aux fins de la détermination du prix, les états financiers de la société cible doivent se conformer à la loi de l'État X, qui est le lieu de l'établissement principal de la société cible. En outre, l'accord prévoit que les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur sont régis par la loi de l'État Y et que la garantie personnelle donnée par la partie C est régie par la loi de l'État Z, où se situe l'établissement de l'acheteur. Dans ce cas, les choix opérés par les parties ont pour conséquence que les lois des États X, Y et Z régiront différents éléments de la relation contractuelle.

### Illustration 2-4

Dans le cadre d'un contrat de vente international, les parties sont expressément convenues que tous les aspects du contrat sont régis par la loi de l'État X, sauf lorsque le vendeur doit obtenir des certificats d'inspection. Les conditions de cette obtention relèvent de la loi de plusieurs États de destination définitive des marchandises. Dans ce cas, comme dans l'illustration précédente, le contrat sera régi par plus d'une loi.

## Moment et modification du choix de la loi applicable

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

- 2.11 Les Principes disposent que la loi choisie par les parties régit la validité du contrat (voir art. 9(1)(e)). Partant, toute modification contractuelle de la loi régissant le contrat après sa conclusion serait susceptible d'affecter la validité formelle de ce contrat. Afin d'éviter l'annulation rétroactive du contrat, l'article 2(3) précise que toute modification de la loi applicable, qu'elle résulte d'un choix ou d'une modification du choix effectué par les parties, ne porte pas atteinte à un contrat qui était valable quant à la forme en vertu de la loi qui s'appliquait antérieurement. La formulation de la règle énonce clairement qu'elle s'applique, que la loi régissant initialement le contrat ait été choisie ou non par les parties.
- 2.12 En outre, l'article 2(3) rappelle qu'une modification de la loi applicable au contrat affecte non seulement les droits des parties, mais pourrait aussi, dans certains cas, avoir une incidence sur les droits des tiers. Il existe un large consensus pour dire qu'une modification du choix de loi ne doit pas porter atteinte aux droits des tiers (voir art. 3(2) du Règlement Rome I). Étant donné l'importance des conséquences potentielles de l'exercice de l'autonomie de la volonté sur les droits des tiers, il est nécessaire de traiter directement cette question dans les Principes, plutôt que de présupposer que le droit matériel applicable accorde une protection équivalente. Par conséquent, lorsque la loi applicable est modifiée en raison d'un choix contractuel ou d'une modification d'un tel choix, tous les droits préexistants dont bénéficient des tiers au titre du contrat doivent être préservés.

#### *Illustration 2-5*

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

- 2.13 Les Principes n'imposent pas de délai aux parties pour effectuer ou modifier un choix de loi. Comme indiqué dans l'introduction, les Principes ne cherchent pas de façon générale à régler les questions communément considérées comme procédurales devant les tribunaux étatiques ou arbitraux. De ce fait, si le choix ou la modification du choix de la loi applicable intervient en cours d'instance, l'effet de ce choix ou de cette modification peut dépendre de la *lex fori* ou des règles régissant la procédure arbitrale. De même, les Principes ne se prononcent pas sur la question de la preuve du droit étranger.

### *Illustration 2-6*

Les parties A et B concluent un contrat disposant qu'il est régi par la loi de l'État X. Un différend survient et est porté devant les tribunaux de l'État Y. Au cours de la procédure, les deux parties formulent leurs arguments au regard du droit matériel des contrats de l'État Y. Bien que ces comportements puissent signaler une modification tacite du choix de loi conformément à l'article 4, la qualification et l'effet d'une telle modification en cours d'instance peuvent dépendre de la loi de l'État Y.

## Aucun lien requis

- 2.14 L'autonomie de la volonté consacrée par les Principes n'est pas limitée par l'exigence d'un lien, géographique ou autre, entre la loi choisie et le contrat ou les parties. Par conséquent, les parties peuvent choisir la loi d'un État avec lequel elles ou leur transaction n'ont aucun lien. Cette disposition va dans le sens de la délocalisation croissante des transactions commerciales. Les parties peuvent choisir une loi particulière parce qu'elle est neutre à l'égard des parties ou parce qu'elle est particulièrement adaptée au type de transaction envisagé (par ex., une loi étatique renommée pour le transport maritime ou les transactions bancaires internationales).
- 2.15 Dans la mesure où ils n'exigent aucun lien entre la loi choisie et les parties ou leur transaction, les Principes adoptent une approche plus ouverte de l'autonomie de la volonté que certains États qui requièrent l'existence d'un tel lien ou d'un autre fondement raisonnable pour le choix de loi des parties.
- 2.16 Cette question ne concerne pas les contrats régis par des « règles de droit », telles que définies à l'article 3, puisque ces « règles de droit » ne sont généralement liées à aucun ordre juridique national.

## Article 3 Règles de droit

### Introduction

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

- 3.2 L'article 3 énonce certains critères relatifs aux « règles de droit » afin d'accroître la sécurité juridique en ce qui concerne les « règles de droit » que les parties peuvent choisir. Ces critères portent sur les sources admissibles et les caractéristiques des « règles de droit » reconnues par l'article 3. En outre, l'article 3 reconnaît que l'État du for conserve la prérogative de ne pas admettre le choix de « règles de droit ».
- 3.3 Les critères énoncés à l'article 3 ont trait à la source et aux caractéristiques des « règles de droit ». Ils devraient aider les parties à identifier les « règles de droit » qu'elles peuvent choisir et permettre aux décideurs de déterminer les « règles de droit » applicables à un différend. Ces critères sont étudiés séparément dans les paragraphes qui suivent mais il importe de les appréhender les uns par rapport aux autres, sachant que l'article 3 n'admet que les « règles de droit » qui sont généralement acceptées comme un ensemble de règles neutre et équilibré.

### **Généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international**

- 3.4 Ce critère signifie que les « règles de droit » choisies par les parties doivent faire l'objet d'une reconnaissance générale au-delà du niveau national. En d'autres termes, les « règles de droit » ne peuvent faire référence ni à un ensemble de règles contenu dans le contrat lui-même, ni aux conditions générales d'une partie, ni à un ensemble de clauses spécifiques à un secteur d'activité local.
- 3.5 Les conventions et traités internationaux peuvent être considérés comme une source généralement acceptée de « règles de droit » lorsque ces instruments s'appliquent uniquement du fait du choix de loi des parties. Par exemple, la CVIM peut être désignée par les parties en tant que « règles de droit » applicables à leur contrat dès lors que la CVIM ne s'appliquerait pas suivant ses propres dispositions (voir art. 1 de la CVIM). En d'autres termes, les parties peuvent désigner les règles matérielles de la CVIM en tant qu'ensemble de règles contractuelles indépendantes et non en tant que version « nationalisée » de la CVIM, mise en œuvre par la loi d'un État contractant à la CVIM. Après un tel choix, la CVIM s'appliquera en tant que « règles de droit », sans tenir compte des déclarations ou réserves formulées par un État, lesquelles devraient être prises en considération si la CVIM était appliquée en tant que traité ratifié ou partie d'une législation nationale. Certaines clauses types relatives au choix de la loi applicable proposent déjà une désignation de la CVIM en tant que « règles de droit » (voir, par ex., la clause type suggérée par le Centre d'arbitrage sino-européen (CEAC)).
- 3.6 D'autres « règles de droit » à même de satisfaire à ce premier critère pourraient émaner d'instruments non contraignants formulés par des organismes internationaux établis, comme UNIDROIT, une organisation intergouvernementale rendant compte uniquement à ses États membres et dont les travaux reposent sur le principe du consensus. Les Principes d'UNIDROIT sont un exemple de « règles de

droit » qui sont « généralement acceptées au niveau international ». En outre, les Principes d'UNIDROIT disposent expressément que les parties peuvent les désigner pour régir leur contrat et suggèrent des clauses relatives au choix de loi à cet effet (voir la note de bas de page du préambule des Principes d'UNIDROIT et les Clauses types sur l'utilisation des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international).

- 3.7 En ce qui concerne les sources régionales et supranationales possibles, on pourrait citer comme exemple les PDEC, élaborés par un groupe d'experts indépendants.
- 3.8 La nature dynamique et évolutive du droit commercial international suggère que les sources de « règles de droit » qui deviennent ou deviendront généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international sont susceptibles de croître. Les exemples donnés ci-avant ne devraient donc pas être considérés comme exhaustifs.

### Un ensemble de règles neutre et équilibré

- 3.9 L'article 3 dispose que les « règles de droit » doivent être généralement acceptées comme satisfaisant à trois critères : elles doivent former un *ensemble de règles*, qui doit être *neutre* et être *équilibré*. Chacune de ces caractéristiques a une signification propre.
- 3.10 Premièrement, les « règles de droit » doivent constituer un *ensemble de règles* ; il ne doit pas seulement s'agir de quelques dispositions. Si l'exhaustivité n'est pas requise, les « règles de droit » choisies doivent permettre la résolution de problèmes courants rencontrés en matière contractuelle dans le contexte international.
- 3.11 Le deuxième impératif est la *neutralité* de l'ensemble de règles. Cet impératif peut être respecté lorsque la source des « règles de droit » est généralement reconnue comme un organe neutre et impartial, c'est-à-dire représentatif de divers points de vue économiques, politiques et juridiques.
- 3.12 Le troisième impératif – que l'ensemble de « règles de droit » soit généralement accepté comme *équilibré* – est justifié par : (i) l'hypothèse sous-tendant l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux, selon laquelle les parties ont un pouvoir de négociation relativement égal et (ii) le fait que la présomption selon laquelle les lois étatiques sont équilibrées n'est pas nécessairement transposable aux « règles de droit ». Cette troisième condition devrait exclure le choix d'un ensemble de règles avantageant l'une des parties aux transactions dans un secteur d'activité mondial ou régional particulier.

## Usages du commerce

- 3.13 Les Principes sont silencieux sur l'application des usages du commerce. Typiquement, l'effet de ces usages du commerce sur les droits et obligations des parties est déterminé soit en vertu de la loi choisie elle-même, soit par d'autres règles applicables au différend (voir art. 9 de la CVIM ; art. 1.9 des Principes d'UNIDROIT ; art. 28(4) de la Loi type de la CNUDCI ; art. 21(2) du Règlement d'arbitrage de la CCI).

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

- 3.14 Comme indiqué au paragraphe 3.1, les lois et règlements d'arbitrage permettent généralement le choix contractuel de « règles de droit ». Toutefois, les droits nationaux n'ont pas reconnu cette option dans le cadre de différends portés devant des tribunaux étatiques. Cette différence est concédée à l'article 3 des Principes, qui se réfère à la loi du for lorsque celle-ci restreint la liberté des parties au choix d'une loi étatique.

## Comblement des lacunes

- 3.15 Lorsque les parties ont désigné des « règles de droit » comme loi applicable à leur contrat, certaines matières peuvent ne pas être couvertes par ces « règles de droit ». Par exemple, les dispositions des Principes d'UNIDROIT sur le pouvoir des intermédiaires ne traitent pas de la relation entre le représenté et l'intermédiaire (voir, par ex., art. 2.2.1) ; de même, la CVIM indique à l'article 4 qu'elle ne régit pas la validité des contrats de vente de marchandises sauf disposition contraire expresse de la Convention elle-même. Si ces instruments prévoient des règles pour combler d'éventuelles lacunes (voir, par ex. art. 7(2) de la CVIM et art. 1.6 des Principes d'UNIDROIT), ce n'est pas le cas des Principes. Les parties qui désignent des « règles de droit » comme loi applicable à leur contrat devraient donc être conscientes de la nécessité potentielle de combler des lacunes et peuvent souhaiter le faire dans leur choix de loi. À cet égard, les illustrations qui suivent peuvent être utiles.

### *Illustration 3-1*

Un accord sur le choix de la loi applicable rédigé comme suit : « Ce contrat est régi par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), indépendamment des dispositions de toute législation nationale, à l'exception des dispositions de la loi de l'État X qui s'appliquent aux questions non régies par la CVIM. »

### *Illustration 3-2*

Un accord sur le choix de la loi applicable formulé comme suit : « Ce contrat est régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et, pour ce qui est des questions non traitées par ces principes, par la loi de l'État X. »

## Article 4 Choix exprès ou tacite

### Introduction

- 4.1 L'article 4 énonce les différentes façons d'effectuer un choix de la loi applicable au sens de l'article 2(1). En limitant le choix tacite aux situations où ce choix apparaît clairement, l'article 4 favorise la prévisibilité des solutions puisqu'il réduit le risque de différends portant sur l'existence d'un choix de loi.

### Choix de la loi applicable en général

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

### Choix exprès de la loi applicable

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

#### *Illustration 4-1*

Les parties A et B concluent un contrat. L'accord sur le choix de la loi applicable est formulé comme suit : « Le présent contrat est régi par la loi de l'État X. » Ceci suffit à établir que les parties ont effectué un choix de la loi applicable. Par conséquent, conformément à l'article 2, la loi de l'État X régit le contrat.

#### *Illustration 4-2*

Les parties A et B concluent un contrat. L'accord sur le choix de la loi applicable est formulé comme suit : « Le présent contrat est régi par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. » Les Principes d'UNIDROIT régissent par conséquent le contrat, à moins que la loi du for n'en dispose autrement, comme le prévoit l'article 3.

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

#### *Illustration 4-3*

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

- 4.5 L'article 4 n'exige pas que l'accord sur le choix de la loi applicable soit fait par écrit. Par conséquent, un choix exprès peut aussi être effectué oralement (voir art. 5 et para 5.2).

### Choix tacite de la loi applicable

- 4.6 Un choix de la loi applicable peut aussi être effectué tacitement. Pour répondre aux exigences de l'article 4, le choix, bien que non expressément mentionné dans le contrat, doit être réel. Il doit y avoir une véritable intention des deux parties d'appliquer une certaine loi. Une intention présumée n'est pas suffisante.

- 4.7 Un choix tacite de la loi applicable doit résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Il faut prendre en compte à la fois les termes du contrat et les circonstances de la cause. Les dispositions du contrat ou encore les circonstances de la cause peuvent cependant à elles seules établir de façon certaine un choix tacite.

### Choix tacite résultant clairement des dispositions du contrat

- 4.8 Un choix de la loi applicable est réputé résulter clairement des dispositions du contrat uniquement lorsque celles-ci permettent de déduire, avec un degré de certitude élevé, que les parties avaient l'intention de choisir une certaine loi. Il n'existe pas de liste fixe des critères déterminants en vue de l'appréciation du degré de certitude avec lequel les dispositions du contrat établissent « clairement » qu'un choix de loi a été effectué. Cette vérification se fait par conséquent au cas par cas.
- 4.9 Le recours à des contrats-types est un exemple largement accepté de choix tacite résultant clairement des dispositions du contrat. Lorsque le contrat est élaboré dans une forme standard généralement utilisée dans un système juridique particulier, cela peut indiquer l'intention des parties de soumettre leur contrat à ce droit, même sans stipulation expresse en ce sens.

#### *Illustration 4-4*

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

- 4.10 Il en est de même lorsque le contrat contient une terminologie caractéristique d'un système juridique particulier ou bien encore des références à des dispositions nationales qui révèlent clairement que les parties raisonnaient par rapport à une loi et souhaitaient y soumettre leur contrat.

#### *Illustration 4-5*

Les parties A et B concluent un contrat qui utilise des termes juridiques caractéristiques de la loi de l'État X. Il est possible d'en déduire que les parties ont la volonté que leurs droits et obligations soient régis par la loi de l'État X.

## Clause d'élection de for et choix tacite de la loi applicable

- 4.II Il convient d'établir une distinction entre le choix de la loi applicable à un contrat et le choix d'un tribunal compétent pour connaître d'un éventuel différend. Selon la deuxième phrase de l'article 4, un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal pour connaître des différends liés au contrat (accord d'élection de for) n'équivaut pas à un choix de la loi applicable (voir art. 7(2) de la Convention de Mexico). Les parties peuvent par exemple avoir choisi un tribunal en raison de sa neutralité ou de son expérience. Le fait que le tribunal élu puisse appliquer un droit étranger en vertu des règles de droit international privé applicables plaide également en faveur de cette distinction entre choix de loi et élection de for. Un accord d'élection de for peut toutefois être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si l'intention des parties était de soumettre leur contrat à la loi du tribunal choisi.

### *Illustration 4-6*

Les parties A et B concluent un contrat contenant un accord d'élection de for qui désigne les juridictions de l'État X. À défaut d'autres dispositions pertinentes dans le contrat ou de circonstances particulières corroborant ce choix, cela ne suffira pas à établir un choix tacite de la loi de l'État X.

## Clause d'arbitrage et choix tacite

- 4.I2 Bien qu'il existe d'importantes différences entre les clauses d'élection de for et les clauses d'arbitrage, l'article 4 adopte une règle générale uniforme en vue de déterminer si le choix d'un tribunal étatique ou d'un tribunal arbitral suffit à caractériser un choix de la loi applicable. Un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal arbitral particulier pour connaître des différends liés au contrat n'est pas équivalent à un choix de la loi applicable. Selon la deuxième phrase de l'article 4, le choix d'un tel tribunal arbitral ne constitue pas un indicateur suffisant d'un choix tacite. Les parties peuvent avoir choisi un tribunal donné en raison de sa neutralité ou de son expertise. Le tribunal peut aussi appliquer un droit étranger conformément aux règles de droit international privé applicables ou aux règlements d'arbitrage choisis. Un accord d'arbitrage qui se réfère à un siège de l'arbitrage clairement déterminé peut toutefois être l'un des facteurs qui permettent de déterminer l'existence d'un choix tacite de la loi applicable.

### *Illustration 4-7*

Les parties A et B concluent un contrat par lequel elles conviennent que tout litige survenant dans le cadre du contrat ou en lien avec lui sera soumis exclusivement à un tribunal arbitral de l'État X, conformément aux règles de la Chambre de commerce ABC. À défaut d'autres dispositions pertinentes dans le contrat ou de circonstances particulières corroborant ce choix, cela ne suffira pas à établir un choix tacite de la loi de l'État X.

## Circonstances indiquant un choix tacite

- 4.I3 Les circonstances particulières de la cause peuvent indiquer la volonté des parties à l'égard du choix de la loi applicable. Le comportement des parties et d'autres facteurs tenant à la conclusion du contrat peuvent être particulièrement pertinents. Ce principe peut également s'appliquer dans le cadre de contrats connexes.

### *Illustration 4-8*

Lors de précédentes transactions, les parties A et B ont toujours effectué un choix exprès de la loi de l'État X pour régir leur contrat. Si les circonstances n'indiquent pas une volonté de rompre avec cette pratique pour le dernier contrat conclu, un tribunal étatique ou arbitral pourrait déduire de ces circonstances que les parties souhaitent clairement soumettre ce contrat à la loi de l'État X, même si aucun choix exprès ne figurait dans le contrat en question.

## Niveau d'exigence du critère déterminant l'existence d'un choix tacite de la loi

- 4.I4 Un choix tacite de la loi applicable doit ressortir clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. En d'autres termes, un faisceau d'indices forts doit étayer et rendre évidente l'existence d'un tel choix.

### *Illustration 4-9*

Les parties A et B concluent un contrat rédigé dans la langue d'un État donné. Le contrat n'emploie toutefois pas une terminologie juridique caractéristique du système juridique de cet État. En l'absence d'autres circonstances, l'emploi d'une langue particulière ne suffirait pas à établir un choix tacite de la loi applicable.

- 4.15 Les Principes ne se prononcent pas sur les questions procédurales, notamment l'obtention des preuves ou le niveau et le mode de preuve d'un choix tacite (voir cependant art. 9(1)(f) concernant la charge de la preuve).

### **Modification d'un choix de la loi applicable**

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

### **Absence de choix de la loi applicable**

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

## **Article 5 Validité formelle du choix de la loi applicable**

### **Introduction**

- 5.1 L'objectif de l'article 5 est de déterminer la validité formelle d'un choix de la loi applicable. Il s'inscrit dans le cadre d'une approche qui vise à assurer le respect de la volonté des parties, sans la restreindre par des exigences de forme (voir préambule, para. 1).

## Absence de conditions de forme

- 5.2 Le choix de la loi applicable ne doit remplir aucune condition de forme ; par exemple, il n'est pas nécessaire qu'il soit effectué par écrit, rédigé dans une langue particulière ou attesté par des témoins. Il en va de même pour les modifications du choix de loi (voir art. 2(3)). L'article 5 s'applique à un choix tacite comme à un choix exprès (voir art. 4).

### *Illustration 5-1*

Les parties A et B concluent un contrat et conviennent oralement que la loi de l'État X le régira. Le choix de la loi de l'État X est valable quant à la forme.

### *Illustration 5-2*

Les parties A et B concluent un contrat oral, sans convenir expressément de la loi applicable. Toutefois, un choix tacite de la loi de l'État X ressort clairement des termes du contrat oral ou des circonstances qui l'entourent. Le choix de la loi de l'État X est formellement valable.

### *Illustration 5-3*

La partie A (établie dans l'État W) et la partie B (établie dans l'État X) concluent un contrat et conviennent que ce contrat sera régi par la loi de l'État Y. Le contrat est rédigé dans la langue officielle de l'État Z et aucun témoin n'est présent lors de sa conclusion. Le choix de la loi de l'État Y est formellement valable.

## Règle matérielle de droit international privé

- 5.3 Contrairement aux autres dispositions des Principes, l'article 5 n'est pas une règle de conflit de lois (qui désigne un système juridique national), mais plutôt une règle matérielle de droit international privé. Cette règle est motivée par différents aspects. Tout d'abord, le principe de l'autonomie de la volonté indique qu'afin de faciliter le commerce international, le choix de loi des parties ne devrait être limité par aucune condition de forme. Ensuite, la plupart des systèmes juridiques ne prescrivent

aucune forme spécifique pour la majorité des contrats commerciaux internationaux, notamment les dispositions relatives au choix de la loi applicable (voir aussi art. 11 de la CVIM, art. 1(2) (première phrase) des Principes d'UNIDROIT et art. 3.1.2 des Principes d'UNIDROIT). Enfin, de nombreuses codifications de droit international privé recourent à une série de facteurs de rattachement alternatifs à coloration matérielle concernant la validité formelle d'un contrat (y compris le choix de la loi applicable). La finalité sous-jacente de cette méthode est de favoriser la validité des contrats (*favor negotii*) (voir, par ex., art. 13 de la Convention de Mexico ; art. 11(1) du Règlement Rome I).

- 5.4 Puisque les Principes visent uniquement les contrats commerciaux (préambule, para. 1 ; art. 1(1)), la protection des parties présumées faibles, telles que les consommateurs ou les travailleurs, par le biais d'exigences de forme ou d'autres restrictions similaires, n'est pas nécessaire.

### Lien avec d'autres dispositions portant sur la validité formelle

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

#### *Illustration 5-4*

Les parties A et B concluent un contrat et y stipulent qu'il est régi par la loi de l'État X. Le contrat principal est valable quant à la forme au regard de la loi de l'État X. Le contrat est valable quant à la forme.

#### *Illustration 5-5*

Les parties A et B concluent un contrat. Un choix tacite de la loi de l'État X résulte clairement de plusieurs dispositions du contrat ou des circonstances. Le contrat principal est valable quant à la forme au regard de la loi de l'État X. Le contrat est valable quant à la forme.

***Illustration 5-6***

Les parties A et B concluent un contrat contenant un choix de la loi de l'État X. Le contrat n'est pas valable quant à la forme au regard de la loi de l'État X. Il sera néanmoins valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de l'une des autres lois désignées par la règle de droit international privé applicable.

***Illustration 5-7***

Les parties A et B concluent un contrat et y stipulent qu'il est régi par la loi de l'État X. Le contrat principal n'est pas valable quant à la forme s'il ne remplit ni les conditions de forme de la loi de l'État X, ni les conditions de forme de l'une des autres lois désignées par la règle de droit international privé applicable.

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

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

**Convention contraire des parties**

5.8 Si les parties conviennent (par exemple, dans une lettre d'intention ou une déclaration commune d'intention) de soumettre la conclusion définitive de la clause de choix de loi à l'accomplissement de certaines formalités, leur accord doit être respecté. De même, si les parties conviennent qu'une clause relative au choix de loi ne peut être modifiée, sauf si un certain nombre de conditions de forme sont remplies (par ex., une clause excluant toute modification orale), cet accord doit être respecté (voir art. 2.1.13, 2.1.17 et 2.1.18 des Principes d'UNIDROIT).

## **Article 6      Accord sur le choix de la loi applicable et conflit de conditions générales (*battle of forms*)**

**Introduction**

6.1 L'article 6 traite de la question de savoir quelle loi détermine s'il existe un accord des parties sur la loi applicable. Le paragraphe 1 distingue deux types de situations : celles où les parties ont eu recours à des conditions générales dont les clauses-types sur le choix de loi désignent différentes lois applicables (voir art. 6(1)(b)) ; et toutes les autres situations (voir art. 6(1)(a)). Le paragraphe 2 pose une exception applicable en principe aux deux situations.

- 6.2 L'article 6(1)(a) suit un principe de droit international privé bien établi dans les instruments internationaux, supranationaux ou régionaux, tels que le Règlement Rome I (art. 10(1)) et la Convention de Mexico (art. 12(1)).
- 6.3 L'article 6(1)(b) introduit une nouvelle règle qui met en œuvre celle consacrée à l'article 6(1)(a) lorsque les parties ont eu recours à des conditions générales qui désignent différentes lois applicables. En apportant une solution claire à un problème récurrent auquel les législateurs n'ont pas remédié et que les tribunaux n'ont pas su résoudre de façon prévisible et cohérente, cette nouvelle règle favorise la sécurité juridique tant nécessaire. La disposition vise à renforcer l'autonomie de la volonté tout en évitant des complexités inutiles.
- 6.4 L'article 6(2) contient une clause d'exception limitée analogue aux dispositions d'autres instruments régionaux, supranationaux ou internationaux, tels que le Règlement Rome I (art. 10(2)) et la Convention de Mexico (art. 12(2)).

### Application de la loi réputée faire l'objet de l'accord

- 6.5 L'article 6(1)(a) prévoit que la loi réputée choisie par les parties détermine si elles se sont mises d'accord sur la loi applicable, suivant ainsi la solution adoptée dans d'autres instruments régionaux et internationaux. Si la loi réputée choisie confirme l'existence d'un accord sur le choix de loi, elle s'applique alors au contrat principal, à moins que l'autre partie ne puisse démontrer l'absence d'accord dans le cadre de l'exception limitée prévue à l'article 6(2) (voir para. 6.28 et 6.29).
- 6.6 L'article 6 évite l'emploi de l'expression « existence et validité matérielle du choix de loi », utilisée par certaines codifications. Ces termes techniques peuvent avoir un sens différent selon les États, ce qui peut encourager la contestation du choix de la loi applicable et donc porter atteinte à la sécurité juridique, qui est l'un des objectifs des Principes. L'article 6 utilise le terme non technique d'« accord », ceci afin d'inclure toutes les questions relatives à l'existence effective d'un choix de loi applicable par les parties.
- 6.7 La violence, le dol, l'erreur et d'autres vices du consentement font partie des motifs pouvant être invoqués par une partie pour démontrer l'absence d'« accord », à condition qu'ils concernent spécifiquement le consentement des parties quant au choix de la loi applicable, lequel doit être considéré indépendamment du contrat principal (voir art. 7). La définition et les sanctions de ces vices du consentement doivent être déterminées en vertu de la loi réputée choisie ou, si l'exception prévue à l'article 6(2) est applicable, en vertu de la loi désignée dans ce paragraphe.

### Choix de la loi applicable dans les conditions générales

- 6.8 Lors des négociations de contrats internationaux, les parties qui concluent un certain nombre de contrats semblables préparent souvent des conditions générales ou clauses-types, qu'elles utilisent pour ces contrats. Selon une définition généralement acceptée qui figure dans les PDEC (art. 2:209, para. 3), « les conditions générales du

contrat sont les clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle entre les parties ». Aux termes des Principes d'UNIDROIT (art. 2.1.19, para. 2), les clauses-types sont les « dispositions établies à l'avance par les parties pour un usage général et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie ». Lors de la négociation d'une transaction, les parties échangent couramment des documents contenant des clauses spécifiques à la transaction ainsi que des conditions générales préformulées contenant les clauses-types de chaque partie.

- 6.9 Les parties à des contrats internationaux intègrent souvent des clauses de choix de la loi applicable dans leurs conditions générales. Les Principes n'imposent pas de forme particulière pour l'accord des parties sur le choix de loi (voir art. 4 et 5). Ce choix peut par conséquent être effectué dans des conditions générales. Si les deux parties désignent la même loi applicable dans leurs conditions générales, ou si une seule partie a recours à une clause de choix de loi, l'article 6(1)(a) s'applique et la loi désignée détermine s'il y a effectivement eu un « accord » sur la loi applicable. Si, en vertu de cette loi, un accord sur le choix de la loi applicable est établi (voir para. 6.5 à 6.7), la loi choisie régit alors le contrat principal.

### Choix de la loi applicable en cas de conflit de conditions générales (*battle of forms*)

- 6.10 Il arrive pourtant fréquemment que les clauses-types contenues dans les conditions générales d'une partie diffèrent de celles utilisées par l'autre partie. On parle dans ce cas de « conflit de conditions générales » (« *battle of forms* »). Sur le plan du droit matériel, les règles appliquées par les juridictions nationales en vue de résoudre le conflit de conditions générales relèvent en général de l'une des quatre catégories suivantes : 1) les conditions générales utilisées en premier entre les parties prévalent (*first-shot rule*) ; 2) les conditions générales utilisées en dernier par les parties prévalent (*last-shot rule*) ; 3) les conditions générales des deux parties s'annulent mutuellement (*knock-out rule*) ; 4) des solutions hybrides combinant des éléments des solutions précitées.
- 6.11 Les conditions générales utilisées par les parties à des contrats internationaux contiennent souvent des clauses de choix de loi contradictoires. Dans ce cas, il convient d'appliquer l'une des règles décrites au paragraphe 6.10 pour résoudre l'incohérence associée à la clause relative au choix de la loi applicable. Si les conditions générales utilisées par les parties contiennent des clauses de choix de loi qui désignent des lois différentes, il faut alors déterminer quel droit appliquer pour résoudre ce « conflit de conditions générales ». C'est une question délicate. Les instruments régionaux, supranationaux ou internationaux existants ainsi que la plupart des codifications nationales de droit international privé n'ont pas encore abordé la question de savoir comment résoudre le conflit de clauses de choix de la

loi applicable dans des conditions générales. La doctrine est partagée et différentes solutions, parfois très complexes, ont été suggérées. Les tribunaux étatiques évitent souvent la question, la contournent ou appliquent simplement la loi du for. Par conséquent, les parties à un contrat international qui utilisent chacune ses propres conditions générales ne sont pas en mesure de prédire de façon fiable quelle loi régira finalement leur contrat, une question qui sera pourtant très importante lorsque surviendra un différend entre les parties.

- 6.12 Si les conditions générales de chaque partie contiennent une clause de choix de loi, mais que les clauses désignent différentes lois, la résolution du conflit est d'autant plus délicate que les lois désignées peuvent trancher le conflit de conditions générales différemment. Ce problème complexe est abordé à l'article 6(1)(b), qui établit une règle nouvelle destinée à apporter des réponses claires et prévisibles. Les scénarios suivants apportent des solutions dans diverses situations.

a) *Situations présentant un faux conflit : article 6(1)(b), 1<sup>ère</sup> partie*

- 6.13 Dans le premier scénario, les lois respectivement désignées par les parties prévoient toutes deux une règle selon laquelle, en cas de conflit, les dernières conditions générales utilisées prévalent (*last-shot rule*) :

**Scénario 1 :** La partie A fait une offre et se réfère à ses conditions générales, qui contiennent une clause-type désignant la loi de l'État X comme loi applicable au contrat. La partie B déclare accepter l'offre et se réfère à ses propres conditions générales, qui désignent la loi de l'État Y comme loi applicable. En ce qui concerne les scénarios de conflit de conditions générales, les lois nationales de l'État X et de l'État Y disposent que les dernières conditions générales utilisées prévalent (« *last-shot rule* »).

- 6.14 Le scénario 1 relève de l'article 6(1)(b), 1<sup>ère</sup> partie, qui dispose que « si les parties ont eu recours à des conditions générales désignant deux lois différentes, en vertu desquelles les mêmes conditions générales prévalent, la loi désignée par ces conditions générales ». Dans le scénario 1, les parties ont effectivement désigné deux lois différentes (les lois des États X et Y), mais toutes deux suivent la règle du *last shot*, selon laquelle ce sont les dernières conditions générales utilisées qui prévalent, y compris la clause-type relative au choix de la loi applicable. Étant donné que les deux lois désignées par les parties règlent le conflit de conditions générales en faveur des mêmes conditions générales, le conflit apparent n'est qu'un *faux conflit*. En vertu de l'article 6(1)(b), 1<sup>ère</sup> partie, la clause-type relative au choix de la loi applicable dans les dernières conditions générales utilisées (choix de la loi de l'État Y) est réputée faire l'objet d'un accord.

- 6.15 La même solution s'applique si les deux parties désignent dans leurs conditions générales les lois d'États qui suivent la règle du *first shot*. Dans le scénario 1, cela signifierait que la loi de l'État X serait réputée faire l'objet d'un accord.

b) *Situations présentant un vrai conflit : article 6(1)(b), 2<sup>e</sup> partie*

- 6.16 Le deuxième scénario traite des situations dans lesquelles les lois désignées par les parties prévoient des solutions différentes au conflit de conditions générales :

**Scénario 2 :** La partie A, l'offrant, désigne dans une clause-type la loi de l'État X, et la partie B, l'acceptant, désigne la loi de l'État Y. Une des lois désignées suit la règle du *first shot*, tandis que l'autre retient la règle du *last shot*.

- 6.17 Le scénario 2 présente un *vrai conflit* car les parties ont désigné deux lois applicables qui résolvent différemment le conflit de conditions générales. Ce scénario relève de l'article 6(1)(b), 2<sup>e</sup> partie : « si les parties ont eu recours à des conditions générales désignant deux lois différentes [et] si en vertu de ces lois, différentes conditions générales prévalent [...] il n'y a pas de choix de la loi applicable ». Cela signifie que dans le scénario 2, les clauses-types relatives au choix de loi contenues dans les deux conditions générales s'annulent mutuellement. Par conséquent, la loi applicable doit être désignée par les règles applicables en l'absence de choix contractuel. L'article 6(1)(b), 2<sup>e</sup> partie, consacre ainsi une règle de *knock out* au niveau du droit international privé.

- 6.18 Le troisième scénario traite des situations dans lesquelles l'une au moins des deux lois désignées par les parties applique une règle de *knock out* pour régler le conflit de conditions générales :

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

- 6.19 Ce cas de figure présente également un *vrai conflit* qui relève de l'article 6(1)(b) : « les parties ont eu recours à des conditions générales désignant deux lois différentes [et] en vertu de l'une ou l'autre de ces lois, ou en vertu de ces deux lois, il n'y a pas de conditions générales qui prévalent ». Comme l'une au moins des lois désignées applique une règle de *knock out*, « il n'y a pas de conditions générales qui prévalent ». Par conséquent, les deux clauses-types s'annulent mutuellement. Il s'ensuit qu'« il n'y a pas de choix de la loi applicable ». Comme dans le scénario 2, la loi applicable doit être identifiée au moyen des règles de conflit applicables à défaut de choix de loi par les parties, et donc au moyen de règles que les Principes ne contiennent pas.

### Questions d'ordre général

- 6.20 Certains systèmes juridiques consacrent des règles matérielles qui traitent le conflit de conditions générales de manière différente selon les circonstances. La détermination des conditions générales qui « prévalent » en vertu de l'article 6(1)(b) doit alors se faire en fonction des circonstances pertinentes *en l'espèce*, et non pas de manière générale.
- 6.21 Il peut parfois être difficile de déterminer avec précision la règle et la solution que prévoit un droit étranger en cas de conflit de conditions générales. Cette situation peut se révéler particulièrement problématique dans les systèmes dans lesquels il incombe au juge, et non aux parties, de rechercher la teneur du droit étranger. Au moment d'adopter les Principes, les législateurs nationaux ou internationaux pourront donc envisager de soumettre les parties à une obligation de coopérer avec le juge dans la recherche de la règle étrangère ou de la solution pertinente, à moins qu'une telle obligation n'existe déjà dans leur droit procédural. Dans un contexte arbitral, les parties ont l'obligation de coopérer aux fins du règlement de leur différend, compte tenu de la nature contractuelle de l'accord arbitral. Elles peuvent être soumises à un devoir de coopération supplémentaire lorsque les règlements d'arbitrage applicables le prescrivent.
- 6.22 Certains systèmes n'ont pas encore pris position en ce qui concerne les conflits de conditions générales. Dans une affaire impliquant l'un au moins de ces systèmes, il sera impossible d'établir si « en vertu [des lois désignées] », soit a) « les mêmes conditions générales prévalent », soit b) « différentes conditions générales prévalent » (voir art. 6(1)(b)). En ce cas, il faudrait considérer qu'« il n'y a pas de conditions générales qui prévalent » et qu'en conséquence, « il n'y a pas de choix de la loi applicable » (voir art. 6(1)(b) *in fine*).

### Les Principes et la CVIM

- 6.23 Dans un contexte international, les contrats de vente de marchandises sont un type de contrat très fréquent dans lequel les parties échangent souvent des conditions générales. S'agissant de contrats de vente internationale de marchandises, la CVIM peut avoir vocation à s'appliquer. Cette convention est en vigueur dans plus de 80 États à travers le monde. Compte tenu de son importance pratique, il semble

approprié d'examiner les liens entre les Principes et la CVIM. La Conférence de La Haye ou ses Membres n'envisagent pas l'interprétation de la CVIM proposée dans le présent Commentaire comme étant la seule interprétation possible ou comme ayant vocation à faire autorité.

- 6.24 Souvent, une partie à une vente internationale de marchandises désigne dans ses conditions générales la loi d'un État contractant, sans davantage de précisions. Selon la pratique judiciaire et l'opinion doctrinale dominantes, le choix de la loi d'un État contractant inclut la CVIM. Il arrive aussi fréquemment qu'une partie désigne la loi d'un État contractant à la CVIM dans ses conditions générales, mais exclue expressément la CVIM, ce que permet son article 6.

Le scénario 4 combine ces deux pratiques couramment observées par les parties à des contrats de vente internationale :

**Scénario 4 :** La partie A à un contrat de vente internationale désigne dans une clause-type la loi de l'État X, État contractant à la CVIM, comme loi applicable au contrat. La partie B désigne dans une clause-type la loi de l'État Y, également un État contractant à la CVIM, mais exclut expressément la CVIM. Le droit interne des contrats de l'État Y suit une règle de *knock out*. L'affaire est portée devant un tribunal étatique dans un État contractant à la CVIM.

- 6.25 Si les conditions d'application de la CVIM, énoncées en ses articles 1 et suivants, sont remplies, le tribunal d'un État contractant à la CVIM aura l'obligation d'appliquer cette dernière. Or, aux termes de l'article 6 de la CVIM, les parties peuvent exclure son application. Si les parties, par un accord sur le choix de la loi applicable, excluent la CVIM, cette dernière ne s'applique pas.
- 6.26 L'article 7 des Principes adopte le principe de la séparabilité, d'après lequel l'accord sur le choix de la loi applicable est un contrat séparé, indépendant du contrat principal (par ex., le contrat de vente). Cela signifie que dans le scénario 4, les Principes régissent l'accord sur le choix de la loi applicable, alors que la CVIM régit le contrat de vente (contrat principal).
- 6.27 En vertu des Principes, le conflit de conditions générales concernant l'accord sur le choix de la loi applicable dans le scénario 4 relève de l'article 6(1)(b). Les raisons en sont que : a) les conditions générales de la partie A ont désigné la loi de l'État X, qui inclut la CVIM ; or l'article 19 de la CVIM (tel qu'interprété par la jurisprudence et la doctrine) prévoit soit la règle du *last-shot*, soit la règle de *knock-out* ; b) les conditions générales de la partie B ont exclu la CVIM et désigné la loi de l'État Y, lequel retient, dans son droit interne des contrats, une règle de *knock out*. Dans cette

situation, en vertu de l'une des lois désignées (ou, selon l'interprétation de la CVIM, des deux), la règle de *knock-out* s'applique, et « il n'y a pas de conditions générales qui prévalent », en conséquence de quoi « il n'y a pas de choix de la loi applicable ». De ce fait, en vertu des Principes, les clauses-types relatives au choix de la loi applicable dans les conditions générales de la partie A et de la partie B, ainsi que l'exclusion de la CVIM dans les conditions générales de la partie B, pourraient s'annuler mutuellement. Les clauses-types relatives au choix de la loi applicable contenues dans les conditions générales des parties ne s'appliqueraient alors pas, et le contrat de vente du scénario 4 serait régi par la CVIM.

### Clause d'exception limitée

- 6.28 Il est généralement admis que, dans certaines circonstances, il n'est pas approprié d'appliquer la loi réputée faire l'objet d'un accord pour déterminer si une partie a effectivement consenti à un choix de loi, comme le prévoit l'article 6(1) (voir art. 10(2) du Règlement Rome I). À cette fin, l'article 6(2) introduit une clause d'exception, qui s'applique sous deux conditions cumulatives. Premièrement, il faut qu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'évaluer le consentement d'après la loi prévue au paragraphe 1. Deuxièmement, il est nécessaire qu'aucun accord valable sur le choix de loi ne puisse être établi en application de la loi de l'État dans lequel est situé l'établissement de la partie qui invoque cette disposition (par ex., pour des raisons de violence ou fraude ou en raison du silence dans le processus de formation du contrat).

#### *Illustration 6-1*

La partie A, établie dans l'État X, transmet une offre à la partie B, établie dans l'État Y. L'offre contient une clause relative au choix de la loi applicable qui désigne la loi de l'État X. En vertu de la loi de l'État X, le silence de la partie visée vaut acceptation. En vertu de la loi de l'État Y, le silence ne vaut pas acceptation. La partie B peut invoquer la loi de l'État Y afin d'établir qu'elle n'a pas valablement consenti au choix de la loi applicable. Le tribunal étatique ou arbitral appliquera la loi de l'État Y s'il conclut qu'il résulte « des circonstances » qu'il ne serait pas « raisonnable » de se prononcer sur le consentement de la partie B au choix de la loi applicable d'après la loi de l'État X.

### Illustration 6-2

La partie A, établie dans l'État X, transmet à la partie B, établie dans l'État Y, une offre en vue de la conclusion d'un contrat ; le contrat proposé désigne la loi de l'État X comme loi applicable. La partie B déclare accepter l'offre dans des circonstances indiquant qu'elle subit une contrainte économique. Cette contrainte ne constitue pas un vice du consentement d'après la loi de l'État X. En vertu de la loi de l'État Y, toutefois, une telle contrainte vicierait le consentement de la partie B au choix de la loi applicable. La partie B peut invoquer la loi de l'État Y afin d'établir qu'elle n'a pas valablement consenti au choix de la loi applicable. Le tribunal étatique ou arbitral appliquera la loi de l'État Y s'il conclut qu'il résulte « des circonstances » qu'il ne serait pas « raisonnable » de se prononcer sur le consentement de la partie B au choix de la loi applicable d'après la loi de l'État X.

- 6.29 L'article 6(2) est une exception à l'article 6(1)(a). Il ne devrait s'appliquer que très rarement dans les hypothèses qui relèvent du champ d'application de l'article 6(1)(b), 1<sup>ère</sup> partie. L'article 6(2) n'est pas applicable aux situations relevant de l'article 6(1)(b), 2<sup>e</sup> partie, puisque dans ces situations, les Principes appliquent une règle de *knock out* et par conséquent, « il n'y a pas de choix de la loi applicable ».

## Article 7 Séparabilité

### Introduction

- 7.1 L'article 7 consacre le principe de la séparabilité. Ce principe signifie que l'accord sur le choix de la loi applicable est autonome et indépendant du contrat qui le contient ou auquel il s'applique. De ce fait, la nullité du contrat n'entraîne pas nécessairement celle du choix de loi et la loi choisie par les parties s'applique aux questions à résoudre une fois prononcée la nullité du contrat principal, à moins que l'accord sur le choix de loi, apprécié indépendamment, soit lui aussi nul. Lorsque le choix de la loi applicable n'est pas affecté, la demande tendant à faire constater la nullité, l'inexistence ou l'inefficacité du contrat principal est appréciée conformément à la loi applicable choisie par les parties.

### Choix de la loi applicable traité séparément du contrat auquel il s'applique

- 7.2 Le choix de la loi applicable résulte d'un accord entre les parties. Cet accord porte sur un objet distinct du contrat auquel il s'applique et présente un caractère autonome par rapport à ce contrat. Cela est cohérent avec l'approche retenue par les instruments internationaux et européens, tel l'article 10 du Règlement Rome I, en vertu duquel l'accord sur la loi applicable devrait faire l'objet d'une appréciation indépendante, qui n'est pas automatiquement liée à la validité du contrat principal.

### Illustration 7-1

Un contrat est déclaré nul pour cause d'erreur en vertu de la loi de l'État X. La validité d'un accord sur le choix de la loi applicable n'est pas affectée, à moins que la même erreur n'entache l'accord sur le choix de la loi applicable.

### Illustration 7-2

Les parties A et B concluent un contrat contenant un choix de la loi de l'État X. La partie A exige l'exécution du contrat. La partie B estime que le contrat devait être considéré comme un acte important qui aurait dû être soumis à l'approbation d'une assemblée générale des actionnaires, laquelle n'a pas eu lieu. La partie B affirme que le contrat n'est de ce fait pas valable en vertu du droit des sociétés de l'État X. Si tel est effectivement le cas, cela n'invalide pas automatiquement l'accord sur le choix de la loi applicable conclu par les parties car la question de la validité de cet accord doit être soulevée et appréciée de façon séparée.

## Portée de la règle

- 7.3 L'accord sur le choix de la loi applicable est en général contenu dans le contrat principal, mais ce choix peut parfois être déduit des circonstances qui l'entourent ou figurer dans un document distinct exécuté avant, pendant ou après le contrat auquel il s'applique (art. 4). Le point essentiel de l'article 7 est que même si l'accord fait partie du contrat, cet accord doit être jugé indépendamment du contrat principal. L'accord sur le choix de la loi applicable n'est donc pas affecté lorsqu'il est allégué que le contrat principal est nul, inexistant ou dépourvu d'effets. Toutefois, lorsqu'il est soutenu que les parties n'ont pas conclu de contrat, la doctrine de la séparabilité ne trouve à s'appliquer que s'il est démontré qu'un accord valable sur le choix de loi existait. L'existence et la validité d'un tel accord sont appréciées en fonction des dispositions des Principes, notamment des articles 4, 5, 6 et 9.
- 7.4 Les questions énumérées à l'article 1(3) sont exclues du champ des Principes. Certaines de ces questions (en particulier l'art. 1(3)(a) sur la capacité des personnes physiques et l'art. 1(3)(c) sur les sociétés ou autres groupements et les trusts) peuvent également concerner la détermination de la validité d'un accord sur le choix de la loi applicable.

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

- 7.5 Le terme « *severability* » a un sens clair en doctrine, où il est employé pour décrire la « survie » de la clause relative au choix de la loi applicable si le contrat principal n'est pas valable. Il s'agit d'un terme technique consacré, raison pour laquelle il a été retenu. Dans d'autres langues que la langue anglaise, ce terme n'a pas d'équivalent spécifique et il est alors traduit par « séparabilité ». Les mots « séparable », « indépendant » ou « autonome » sont employés dans la littérature juridique relative aux clauses d'arbitrage et d'élection de for.
- 7.6 La Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for consacre, en son article 3(d), la séparabilité de l'accord d'élection de for. La règle de la séparabilité énoncée à l'article 7 des Principes va également dans le sens des solutions adoptées par de nombreux États ainsi que par des instruments régionaux et internationaux.
- 7.7 Dans l'arbitrage, les arbitres se fondent sur le principe de « séparabilité », d'« indépendance » ou d'« autonomie » pour rejeter les objections concernant l'incompétence du tribunal arbitral pour prononcer la nullité du contrat. Ce principe est largement accepté par les États parties à la Convention de New York. Il est aussi expressément adopté par la Loi type de la CNUDCI (art. 16(1)) ainsi que par de nombreux règlements d'arbitrage internationaux ou institutionnels.

## Impossibilité de contester le choix de la loi applicable effectué par les parties « *au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable* »

- 7.8 L'adjectif « seul » indique que la nullité en la forme ou au fond du contrat principal n'entraîne pas automatiquement celle de l'accord sur le choix de la loi applicable. Cet accord ne peut être contesté que pour des motifs qui l'affectent spécifiquement.
- 7.9 La question de savoir si le choix de la loi applicable est ou non affecté par la nullité du contrat principal dépend des circonstances de chaque espèce. Par exemple, les arguments qui tendent à remettre en cause le consentement des parties au contrat principal ne portent pas nécessairement atteinte à leur consentement quant au choix de la loi applicable, à moins que les circonstances soient telles qu'elles démontrent l'absence de consentement au contrat principal *et* à l'accord sur le choix de loi.

### *Illustration 7-3*

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

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

- 7.10 Dans certains cas, l'accord des parties sur le choix de la loi applicable est affecté du même vice que celui qui affecte le contrat principal. C'est notamment le cas lorsque le contrat et l'accord sur le choix de la loi applicable, bien que séparés, sont entachés d'une même fraude ou que l'une de parties n'avait pas la capacité de contracter (un mineur qui est incapable de contracter est frappé de la même incapacité de conclure un accord sur le choix de la loi applicable). Il convient cependant de rappeler que les Principes ne portent pas sur la loi régissant la capacité des personnes physiques (voir art. 1(3)).

### *Illustration 7-4*

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

- 7.11 La clause relative au choix de la loi applicable est affectée lorsque le vice entraînant la nullité du contrat principal s'étend nécessairement, par sa nature même, à cette clause. Dans cette situation, la nullité s'étend aux autres clauses du même contrat, telles les clauses qui comportent un accord d'élection de for ou une convention d'arbitrage.

## Article 8 Exclusion du renvoi

### Introduction

- 8.1 Les Principes consacrent l'autonomie de la volonté et permettent aux parties de choisir la loi qui régit leur contrat. L'article 8 concerne la question de savoir si le choix par les parties de la loi d'un État inclut les règles de droit international privé de cet État. Dans certains cas, l'application des règles de droit international privé d'un autre État (en l'occurrence, de celles de la loi choisie) peut renvoyer à la loi de l'État du for ou à celle d'un État tiers. Ce phénomène est connu sous le nom de « renvoi ».
- 8.2 L'article 8 précise, pour commencer, qu'un choix de loi fait par les parties doit être interprété comme excluant l'application des règles de droit international privé de la loi choisie. La règle générale de l'article 8 écarte la possibilité d'un renvoi non délibéré et se conforme ainsi aux intentions probables des parties.

- 8.3 Toutefois, fidèle à l'autonomie de la volonté, l'article 8 précise encore, à titre d'exception, que les parties peuvent inclure les règles de droit international privé de la loi choisie dans leur choix de la loi applicable, à condition qu'elles le fassent *expressément*.
- 8.4 Dans l'article 8, l'expression « règles de droit international privé » se limite aux règles qui déterminent la loi applicable. Elle n'englobe pas les règles de compétence internationale, de procédure ou de reconnaissance des jugements étrangers.

### Exclusion du renvoi

- 8.5 L'article 8 prévoit qu'en général le choix de la loi applicable n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie, sauf si les parties conviennent expressément du contraire. Ce principe concorde avec les solutions retenues par les Conventions de La Haye qui excluent la possibilité d'un renvoi en utilisant la formule suivante : « le terme "loi" signifie le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois » (voir par ex., art. 12 du Protocole de La Haye de 2007). D'autres instruments régionaux et internationaux excluent aussi, en règle générale, la possibilité du renvoi (voir art. 17 de la Convention de Mexico ; art. 20 du Règlement Rome I). Une exception mineure en faveur du renvoi n'est prévue que lorsque l'instrument étend son champ d'application à des États non contractants (voir art. 4 et 17 de la Convention de La Haye de 1989 sur les successions ; art. 4(2)(b) de la Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux).

#### *Illustration 8-1*

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

- 8.6 Ayant vocation à servir de modèle et à favoriser l'uniformité internationale du droit international privé, les Principes, eux aussi, excluent la possibilité d'un renvoi, sauf si les parties conviennent expressément du contraire. Cette exclusion protège l'intention présumée des parties, en empêchant l'application d'une loi contraire à leurs attentes légitimes, et évite aussi insécurité et imprévisibilité juridiques. L'une des raisons pour lesquelles des parties concluent un accord sur le choix de la loi applicable est d'éviter l'insécurité juridique liée à la détermination du droit matériel applicable au moyen des règles de droit international privé. Cette insécurité juridique ne serait pas évitée si une clause de choix de la loi applicable standard devait être interprétée comme comprenant le droit international privé de l'État choisi. L'idée qui fonde la règle énoncée à l'article 8 est aussi celle de ces Conventions de La Haye qui consacrent une autonomie (limitée) de la volonté (voir art. 7, 8 et 12 du Protocole de La Haye de 2007 ; art. 5, 6 et 17 de la Convention de La Haye de 1989 sur les successions ; art. 7 et 15 de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente ; art. 3 à 5 de la Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux).

- 8.7 La règle énoncée à l'article 8 n'empêche pas les parties de choisir un instrument de droit uniforme régional, supranational ou international, tel que la CVIM, pour régir un contrat qui ne relève pas du champ d'application territorial ou matériel de l'instrument (art. 1(1)(a) et (b), 2 et 3 de la CVIM) (voir le commentaire concernant l'art. 3). Le champ d'application territorial ou matériel de ces instruments est à distinguer des règles de droit international privé de la loi choisie, au sens de l'article 8.
- 8.8 En revanche, si les parties ont choisi un instrument ou des règles de droit non étatiques (voir art. 3) qui désignent la loi d'un lieu déterminé ou la loi du for, cette désignation devrait être suivie.

#### *Illustration 8-2*

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

### **Inclusion expresse de règles de droit international privé**

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

#### *Illustration 8-3*

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

## Article 9 Champ d'application de la loi choisie

### Introduction

- 9.1 L'objectif de l'article 9 est de décrire le champ d'application de la loi choisie par les parties. Il énonce d'abord une règle générale d'après laquelle la loi choisie par les parties régit *tous les aspects* de leur relation contractuelle. Il inclut ensuite une *liste non exhaustive* de questions régies par ladite loi. Il précise enfin que les États peuvent ajouter d'autres facteurs de rattachement pour établir la *validité formelle* du contrat.
- 9.2 L'article 9 se fonde sur le principe selon lequel la loi choisie régira *tous les aspects du contrat*, sauf si les parties en décident autrement. Le contrat devrait être régi par la loi choisie par les parties de sa formation jusqu'à sa fin. Une telle approche assure la sécurité juridique et l'uniformité des résultats et décourage ainsi le *forum shopping* : la loi applicable à tout aspect de la relation contractuelle sera la loi choisie par les parties, quel que soit le tribunal étatique ou arbitral statuant sur le différend.
- 9.3 Naturellement, la référence à « tous les aspects » n'empêche pas les parties de choisir différentes lois pour différentes parties du contrat, conformément à l'article 2(2)(b), voire de choisir une loi uniquement pour un ou plusieurs des aspects énumérés à l'article 9(1), par exemple, l'interprétation du contrat.
- 9.4 L'article 9(1) comprend une liste de sept matières régies par la loi choisie par les parties. Le terme « notamment » indique que la liste est indicative, et non exhaustive. Ces sept matières particulières sont mentionnées pour deux raisons. D'une part, la liste comprend la plupart des aspects les plus importants de toute relation contractuelle. C'est le cas, par exemple, des points (a) et (b) : l'interprétation et les droits et obligations découlant du contrat. D'autre part, la liste précise qu'aux fins de l'application des Principes, certaines matières doivent être considérées comme contractuelles et seront donc régies par la loi choisie plutôt que par une autre loi, comme la loi du for ou la loi du lieu du dommage. C'est le cas, par exemple, des prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai (voir art. 9(1)(d)), de la charge de la preuve et des présomptions (voir art. 9(1)(f)) ou des obligations précontractuelles (voir art. 9(1)(g)). Cela garantit une qualification uniforme de ces matières et favorise par conséquent l'harmonie internationale des solutions.

### Domaines particuliers

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

- 9.6 L'article 9(1)(c) se réfère à l'*exécution* et aux *conséquences de l'inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts*. La loi choisie par les parties régit les conditions d'exécution des obligations résultant de la loi ou du contrat, par exemple, le niveau de diligence requis, le lieu et le moment de l'exécution ou la mesure dans laquelle l'obligation peut être exécutée par une personne autre que le débiteur (voir M. Giuliano et P. Lagarde, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles » [1980] JO C282, p. 32 (« Rapport Giuliano-Lagarde »)). La loi choisie régit également les conséquences d'une inexécution totale ou partielle de ces obligations, y compris les motifs invoqués pour justifier l'inexécution, et l'évaluation des dommages et intérêts.
- 9.7 La référence aux *conséquences de l'inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts*, est une référence aux règles matérielles, ce qui signifie que ces aspects sont inclus pour autant qu'ils soient régis par des règles matérielles et relèvent des pouvoirs attribués au tribunal par la *lex fori* ou la *lex arbitri* (voir Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente, p. 42 et 43 ; Rapport Giuliano-Lagarde, p. 32). Par conséquent, des questions telles que les recours ouverts en cas d'inexécution – par exemple, les dommages et intérêts ainsi que la détermination de leur montant, l'exécution forcée en nature, la restitution, la réduction des dommages et intérêts pour manquement au devoir du créancier de limiter la perte ou la validité des clauses pénales – sont soumises à la loi choisie par les parties.
- 9.8 L'article 9(1)(d) concerne les *divers modes d'extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai*. La loi choisie par les parties régit tous les modes d'extinction des obligations, notamment la prescription ou les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai. Par conséquent, la loi choisie détermine le point de départ, la computation, la suspension et l'interruption du délai de prescription et de déchéance. Elle détermine également les effets de la prescription, notamment la question de savoir si la prescription a pour effet l'extinction de l'action en justice en privant le créancier du droit de poursuivre le débiteur ou si elle a pour effet l'extinction de l'obligation du débiteur et des droits et actions du créancier. La loi choisie par les parties régit ces questions, quelle que soit leur qualification juridique en vertu de la *lex fori*, ce qui assure l'harmonie internationale des solutions et la sécurité juridique (voir art. 12(g) de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente, et art. 12(1)(d) du Règlement Rome I).
- 9.9 L'article 9(1)(e) se réfère à la *validité* et aux *conséquences de la nullité du contrat*, que ce contrat soit qualifié en des termes tels que « nul », « caduc » ou « non valable ». La loi choisie par les parties s'applique à la formation du contrat, aux conditions de sa validité et à ses causes d'annulation ou de résolution. Si selon cette loi, le contrat est nul ou non valable, les conséquences de la nullité, par exemple l'obligation de restitution ou l'octroi de dommages et intérêts, sont aussi régies par cette loi. Voir aussi le paragraphe 5.5.
- 9.10 L'article 9(1)(e) est étroitement lié à l'article 7 (séparabilité de la clause relative au choix de la loi applicable). Selon l'article 7, le choix de loi peut être valable, alors que le contrat principal auquel il s'applique ne l'est pas. L'article 9(1)(e) explique clairement que dans cette hypothèse, les conséquences de la nullité du contrat sont toujours régies par la loi choisie par les parties.

- 9.11 L'article 9(1)(f) se réfère à la *charge de la preuve* et aux *présomptions*. Les Principes ne s'appliquent pas aux questions de preuve et de procédure. La loi choisie par les parties s'applique toutefois aux présomptions et à la charge de la preuve. Comme d'autres instruments internationaux, les Principes suivent une qualification matérielle, et non procédurale, de ces questions (voir art. 12(g) de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente et art. 18(1) du Règlement Rome I). Les présomptions et les règles relatives à la charge de la preuve contribuent à préciser et à déterminer l'étendue des obligations des parties et sont par conséquent intrinsèquement liées à la loi régissant le contrat. En outre, une qualification uniforme de ces questions permet de garantir l'harmonie internationale des solutions et la sécurité juridique. En revanche, les présomptions procédurales, c'est-à-dire celles fondées sur des éléments de procédure tels que l'effet d'un défaut de comparution ou de communication de certains documents en la possession de l'une des parties, sont exclues du champ d'application de la loi choisie. Le niveau de preuve requis et les modes de preuve sont également exclus.
- 9.12 Enfin, l'article 9(1)(g) se réfère aux *obligations précontractuelles*. Selon les Principes, la loi choisie par les parties régit les droits et obligations des parties au cours de la période de formation du contrat et la responsabilité qui peut résulter, par exemple, des informations données ou des engagements pris par les parties au cours de cette période. Par conséquent, dès lors qu'un contrat est conclu entre les parties, les obligations découlant des relations préalables à sa conclusion sont aussi soumises à la loi applicable au contrat. Mais avant même la conclusion du contrat, les parties peuvent choisir la loi applicable aux négociations contractuelles et, partant, à la responsabilité précontractuelle, par exemple en cas de rupture imprévue des pourparlers.

### Validité formelle

- 9.13 L'article 9(2) dispose que l'article 9(1)(e), en vertu duquel la loi choisie régit la validité formelle du contrat, n'empêche pas l'application de toute « autre loi applicable » établissant la validité formelle du contrat. L'« autre loi applicable » est déterminée en vertu des règles de droit international privé de l'État du for ou appliquées par un tribunal arbitral. L'article 9(2) est donc justifié par une politique du *favor negotii*, qu'il cherche à promouvoir. Omniprésente dans la plupart des codifications et conventions de droit international privé, cette politique se retrouve dans les règles relatives au choix de loi, puisque celles-ci sont conçues pour favoriser la validité formelle des contrats en prévoyant un éventail de lois prédéfini et en rendant applicable, parmi ces différentes lois, une loi établissant la validité du contrat quant à la forme (facteurs de rattachement alternatifs). Les lois énumérées comprennent généralement les lois de l'État du lieu de conclusion du contrat et les lois de l'État dans lequel les parties avaient leur domicile ou leur établissement, ou dans lequel les parties ou leurs intermédiaires respectifs étaient présents au moment de la conclusion du contrat. L'article 9(2) permet aux tribunaux étatiques ou arbitraux d'appliquer ces règles lorsque le contrat n'est pas valable quant à la forme d'après la loi choisie. Cependant, dès l'instant où la loi applicable au contrat est déterminée, toute modification du choix de la loi applicable ne porte pas atteinte à la validité formelle du contrat (voir art. 2(3)). Voir aussi le paragraphe 5.5.

## Article 10 Cession de créances

### Introduction

- 10.1** L'article 10 détermine la loi applicable à des questions importantes dans le cadre des cessions de créances. Dans ce type de transaction, les droits et obligations des parties sont définis par deux contrats (ou plus) conclus par diverses combinaisons de parties. Ces contrats peuvent inclure différents accords sur le choix de la loi applicable.
- 10.2** Même avec la pleine reconnaissance de l'autonomie de la volonté par les Principes, des questions complexes se posent quant à la détermination de la loi applicable à certains aspects spécifiques de transactions telles que les cessions de créances. Pour ces transactions, les droits et obligations des parties sont déterminés par deux contrats ou plus liés entre eux, conclus par les parties dans des combinaisons contractuelles diverses et renfermant différents accords sur le choix de la loi applicable. Si cette hypothèse peut concerner les cessions de créances (lorsque le contrat à l'origine de la créance cédée est régi par la loi d'un certain État alors que le contrat de cession est régi par la loi d'un autre État), elle peut aussi refléter d'autres contextes, tels que la subrogation ou la délégation. Parmi ces situations complexes, les Principes mettent l'accent sur la cession de créance parce qu'il s'agit d'une transaction récurrente et importante de la pratique commerciale internationale.
- 10.3** Les cessions de créances et autres transactions complexes similaires qui impliquent des contrats liés entre eux ne soulèvent aucun problème particulier au sujet de la détermination de la loi applicable à chacun des contrats considérés séparément. En revanche, des questions complexes se posent dès lors qu'il s'agit de déterminer la loi qui régit des matières au croisement de ces contrats, particulièrement lorsque ces contrats sont soumis à des lois différentes. Après tout, le droit du cessionnaire envers le débiteur trouve sa source dans une combinaison du contrat cédé et du contrat de cession, et les parties à ces deux contrats peuvent avoir choisi des lois différentes pour les régir.

**Scénario :** En vertu d'un contrat conclu entre un débiteur et un créancier (contrat 1), le créancier réclame au débiteur une somme d'argent. Les parties ont choisi la loi de l'État X pour régir le contrat 1 et, en vertu des Principes, cette désignation de la loi applicable est valable. En vertu d'un contrat conclu entre le créancier et un cessionnaire (contrat 2), le créancier cède au cessionnaire la créance qu'il détient envers le débiteur cédé en vertu du contrat 1. Les parties ont choisi la loi de l'État Y pour régir le contrat 2 et, en vertu des Principes, cette désignation de la loi applicable est valable. Le résultat de l'application combinée de ces deux contrats peut être de faire naître un droit du cessionnaire envers le débiteur cédé.

- 10.4 Dans le scénario, le cessionnaire n'était pas partie au contrat 1, et n'a pas participé au choix de la loi applicable à ce contrat. De même, le débiteur cédé n'était pas partie au contrat 2, et n'a pas participé au choix de la loi applicable à ce contrat. Il ne suffit donc pas de donner effet au choix de loi opéré par les parties pour déterminer la loi applicable à la relation qui naît, entre elles, de l'interaction de ces deux contrats. Il convient par conséquent d'examiner comment opère le choix de loi dans le cadre des cessions de créances, compte tenu du risque de confusion quant à la détermination de la loi qui régit les différents aspects de la relation entre le débiteur cédé, le créancier cédant et le cessionnaire lorsque le contrat qui lie le débiteur cédé et le créancier cédant est régi par une loi différente de celle applicable au contrat entre le créancier cédant et le cessionnaire.
- 10.5 Bien que les Principes garantissent l'autonomie de la volonté en permettant aux parties de choisir la loi qui régit un contrat, de sorte que le contrat 1 dans le scénario ci-avant est régi par la loi de l'État X et le contrat 2 par la loi de l'État Y (conformément au choix des parties au contrat), la consécration de cette notion en dit peu sur la loi applicable aux questions qui concernent la relation entre les parties n'ayant pas passé de contrat les unes avec les autres (telles que le débiteur cédé et le cessionnaire) et n'ayant, partant, pas exercé l'autonomie de la volonté pour choisir la loi applicable à ces questions. Si le créancier cédant et le cessionnaire ont décidé que leur contrat serait régi par la loi de l'État Y, le débiteur cédé n'a pas consenti à l'application de la loi de l'État Y. De même, si le débiteur cédé et le créancier cédant ont décidé que leur contrat serait régi par la loi de l'État X, le cessionnaire n'a pas consenti à l'application de la loi de l'État X. Par conséquent, l'application de la loi de l'État X ou de la loi de l'État Y à la relation entre le débiteur cédé et le cessionnaire, née de l'interaction des deux contrats, ne saurait résulter d'une simple mise en œuvre de l'autonomie de la volonté.
- 10.6 Conséquemment, si les Principes s'en remettent généralement à l'autonomie de la volonté pour la détermination de la loi régissant la relation entre les parties à un contrat, certaines règles sont nécessaires pour déterminer la loi applicable lorsque le respect du choix combiné des parties n'a pas véritablement de sens, parce que les parties n'ont pas conclu de contrat les unes avec les autres. L'article 10 prévoit ces règles.

### Identification et application des Principes pour résoudre les questions soulevées par les cessions de créances

- 10.7 L'article 10 se fonde sur deux principes : i) les droits et obligations entre deux parties, créés par un contrat entre elles, doivent être régis par la loi applicable à ce contrat ; et ii) une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui l'a créée, même après que le créancier cède cette créance initiale à un tiers. L'application de ces deux principes à la relation née de la cession de créances conduit aux règles énoncées aux articles 10(a) et (b).
- 10.8 Premièrement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10(a), la loi choisie par le créancier cédant et le cessionnaire dans le contrat de cession de créance régit les droits et obligations mutuels découlant de leur contrat. Ce constat résulte de l'application du principe selon lequel les droits et obligations entre deux parties, découlant d'un contrat passé entre elles, devraient être régis par la loi régissant ce même contrat.

### Illustration 10-1

Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant, les obligations contractuelles créées entre le créancier cédant et le cessionnaire en vertu du contrat 2 sont régies par la loi de l'État Y, tout comme la question de savoir si, entre le créancier cédant et le cessionnaire, le contrat 2 transmet effectivement au cessionnaire les droits du créancier découlant du contrat 1.

- 10.9 Deuxièmement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10(b)(i), la loi choisie par le débiteur cédé et le créancier cédant dans le contrat créant la créance initiale détermine si la cession de créance est opposable au débiteur. Ce constat résulte de l'application du principe selon lequel une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui l'a créée, même après que le créancier cède ses droits découlant du contrat à un tiers (voir art. 2).

### Illustration 10-2

Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant, la loi de l'État X régit la question de savoir si le transfert des droits que détient le créancier cédant envers le débiteur cédé en vertu du contrat 1 peut être opposé au débiteur par le cessionnaire (y compris la question de la détermination de l'effet de toute clause d'incessibilité stipulée dans le contrat 1).

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

### Illustration 10-3

Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant, et dans l'hypothèse où le cessionnaire pourrait opposer la cession au débiteur cédé, la nature et l'étendue des obligations du débiteur cédé envers le cessionnaire sont régies par la loi de l'État X (y compris la détermination des effets d'un principe de droit en vertu duquel un débiteur ne peut opposer au cessionnaire certaines exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier).

- 10.11 Quatrièmement, en vertu de la règle énoncée à l'article 10(b)(iii), la loi choisie par le débiteur cédé et le créancier cédant dans le contrat qui crée la créance initiale régit le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur. Ce constat résulte aussi de l'application du principe selon lequel une obligation contractuelle devrait continuer d'être régie par la loi applicable au contrat qui l'a créée, même après que le créancier de cette obligation cède ses droits à un tiers.

#### *Illustration 10-4*

Dans les circonstances du scénario décrit ci-avant, et dans l'hypothèse où le cessionnaire pourrait opposer la cession au débiteur cédé, la question de savoir si le débiteur cédé est libéré de son obligation (que ce soit en raison de l'exécution de l'obligation par le débiteur ou autrement) est régie par la loi de l'État X.

### Précédents internationaux

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

### Questions connexes

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

## Article 11 Lois de police et ordre public

### Introduction

- 11.1** L'autonomie de la volonté, telle que reconnue par les Principes, n'est pas absolue. Dans les Principes comme dans tous les États qui la reconnaissent, cette autonomie s'exerce au contraire dans certaines limites. Le présent article définit les limites au principe général d'autonomie de la volonté consacré à l'article 2. Les paragraphes 11.4 à 11.32 du Commentaire décrivent en détail le fonctionnement de ces limites et les objectifs auxquels elles répondent. Il s'agit des seules limites à l'application de la loi choisie par les parties dans le cadre des Principes.
- 11.2** Quoique composé de cinq paragraphes, l'article 11 repose sur une idée fondamentale : l'autonomie de la volonté associée au choix de la loi applicable peut être limitée, dans les circonstances exceptionnelles prévues par l'article, lorsque son utilisation a des effets contraires à certaines normes fondamentales. L'article 11 définit les contours de cette idée en identifiant les deux situations dans lesquelles le tribunal peut, en accord avec les Principes, refuser de donner pleinement effet à la loi choisie par les parties. Tout d'abord, nonobstant la loi choisie par les parties, un tribunal peut appliquer ou prendre en considération les « lois de police » d'une loi. Ensuite, il peut refuser d'appliquer la loi choisie par les parties dans la mesure où le résultat de cette application serait « manifestement incompatible avec des principes fondamentaux de l'ordre public ». Il va sans dire qu'avant d'appliquer ces limites, il faut savoir quel est l'État dont les lois de police ou les principes fondamentaux de l'ordre public doivent être pris en compte. Si les Principes recherchent avant tout ces limites du côté de la loi du for, ils énoncent également des règles en vertu desquelles le tribunal peut tenir compte de la loi d'un autre État.
- 11.3** L'article 11 remplit ces deux fonctions indissociables – définir les limites à l'autonomie de la volonté et identifier l'État dont la loi a vocation à déterminer ces limites – de la façon suivante : les paragraphes (1) et (2) traitent des lois de police, le premier affirmant que par les pouvoirs qui lui sont conférés, le tribunal peut appliquer les lois de police du for et le second précisant les circonstances dans lesquelles il peut appliquer ou prendre en compte les lois de police d'un autre État ; les paragraphes (3) et (4) traitent des principes fondamentaux de l'ordre public, le paragraphe (3) affirmant que par les pouvoirs qui lui sont conférés, le tribunal peut exclure l'application de la loi choisie si le résultat de cette application est contraire à des principes fondamentaux de l'ordre public du for et le paragraphe (4) précisant les circonstances dans lesquelles le tribunal peut tenir compte des principes fondamentaux de l'ordre public d'un autre État ; le paragraphe (5) traite de l'application de ces principes par les tribunaux arbitraux.
- 11.4** Ces limites ne s'appliquent qu'aux règles et politiques d'une importance fondamentale dans les systèmes juridiques où elles opèrent (voir para. 11.15 et 11.23). En effet, ne pas restreindre ces limites de cette manière affaiblirait le principe de l'autonomie de la volonté.

- 11.5 La loi du for joue un rôle central dans l'article 11. C'est par référence à cette loi qu'un tribunal va déterminer si une disposition ou une politique présente les caractéristiques requises pour être qualifiée de « loi de police » ou si elle est d'une nature suffisamment fondamentale pour que soit mise en œuvre l'exception d'ordre public au détriment de la loi choisie par les parties (voir art. 11(1) et (3) ; voir para. 11.1 et 11.22). C'est également le droit international privé du for qui détermine si, et dans quelle mesure, un tribunal appliquera ou prendra en considération les lois de police ou l'ordre public d'un État tiers (voir art. 11(2) et (4) ; voir para. 11.20 et 11.28). Par ailleurs, la qualification de « loi de police » ou d'« ordre public » d'une autre loi est déterminée en fonction de cette loi et non de la loi du for.
- 11.6 Les limites posées par l'article 11 encadrent dans une certaine mesure la loi applicable, mais n'invalident pas le choix effectué par les parties. Dans le cas des lois de police, l'applicabilité de la loi choisie est complétée ou supplantée par l'application de la loi de police d'un autre ordre juridique. Dans le cas de l'ordre public, l'applicabilité de la loi choisie n'est limitée que dans la mesure où l'application de cette loi est manifestement incompatible avec l'ordre public. Par conséquent, la loi choisie sera appliquée conformément à ce que prévoient les autres dispositions des Principes, sauf lorsqu'il est nécessaire de donner effet aux lois de police ou aux principes fondamentaux d'ordre public.
- 11.7 L'article 11(5) traite d'un cas spécifique. Le Commentaire explique clairement que ce paragraphe distingue les contextes dans lesquels tribunaux étatiques et tribunaux arbitraux appliquent les lois de police et l'ordre public (para. 11.29 à 11.31). L'article 11(5) prévoit donc qu'un tribunal arbitral prend en compte l'ordre public ou les lois de police d'une loi autre que celle que les parties ont choisie, s'il a le devoir ou le pouvoir de le faire. Cette possibilité constitue un important dispositif de contrôle permettant de protéger l'intégrité de l'arbitrage en tant que mécanisme de résolution des différends.

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

- 11.8 Les règles qui prévoient l'application, par un tribunal étatique ou arbitral, de lois de police ou de l'ordre public (du for ou d'une autre loi) afin d'encadrer la loi normalement applicable dans la situation donnée sont d'une importance fondamentale en droit international privé. Ces règles fournissent une « soupape de sécurité » essentielle, sans laquelle les législateurs (organes législatifs ou juges) au niveau national pourraient hésiter à permettre l'application de la loi ou de « règles de droit » choisies par les parties (*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, Arrêt du 28 novembre 1958 : C. I. J. Recueil 1958, p. 55).
- 11.9 Dans le contexte actuel, bien qu'elles restreignent l'application de la loi choisie par les parties, les dispositions de l'article 11 visent à renforcer le principe de l'autonomie de la volonté. Parce qu'elles reconnaissent et définissent les circonstances exceptionnelles dans lesquelles un tribunal étatique ou arbitral peut légitimement déroger au choix effectué par les parties dans l'exercice de la faculté que lui confère

l'article 2(1), les dispositions de l'article 11 sont d'importants garde-fous servant à renforcer la confiance placée dans les parties par le système juridique qui leur permet le choix de la loi applicable au contrat. Sans dispositions de ce type, qui protègent l'intégrité d'un ordre juridique et la société que celui-ci représente, la liberté des parties de choisir la loi applicable à un contrat pourrait ne pas être acceptée du tout, et si elle était reconnue, risquerait d'être compromise ou déniée sur la base d'arguments superficiels ou spécieux.

## Lien entre lois de police et ordre public

- 11.10 L'article 11 permet l'application, à titre exceptionnel, de deux types de limites à l'application de la loi choisie par les parties : les lois de police et l'ordre public. Ces deux limites font généralement l'objet de dispositions séparées dans les instruments nationaux et internationaux, notamment toutes les conventions élaborées par la Conférence de La Haye au cours des 50 dernières années et traitant du choix de la loi applicable (voir, par exemple, art. 16 et 17 de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires ; art. 17 et 18 de la Convention de La Haye de 1986 sur les contrats de vente et art. 11 de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres).
- 11.11 Il ne fait aucun doute que les lois de police et l'ordre public sont « étroitement liés » ; on peut estimer qu'ils partagent le même fondement théorique et sont les deux faces d'une même médaille. Néanmoins, le fait de les appréhender séparément dans les Principes présente notamment l'avantage, non seulement d'être conforme à la majorité des instruments internationaux existants, mais aussi d'établir une distinction claire entre a) les situations dans lesquelles l'application de la loi choisie est écartée, parce qu'une règle spécifique de la *lex fori* ou d'un autre système juridique prime et s'applique à sa place (application d'une loi de police) et b) les situations dans lesquelles l'application de la loi choisie est évincée parce que l'application de cette loi dans une situation particulière est contraire aux politiques fondamentales du for ou d'un autre système juridique dont la loi serait applicable au contrat à défaut de choix (application de l'exception d'ordre public).
- 11.12 Afin de reconnaître l'importance de l'autonomie de la volonté à sa juste valeur, toute exception à l'application de la loi choisie par les parties doit pouvoir être justifiée et clairement définie, et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Conformément à cette approche restrictive, les Principes soulignent le caractère exceptionnel de l'ordre public et des lois de police.
- 11.13 L'article 11 distingue le rôle des lois de police et de l'exception d'ordre public dans le cadre de procédures judiciaires (voir art. 11(1) à (4)) et dans celui des procédures arbitrales (voir art. 11(5)). S'agissant des procédures judiciaires, l'article 11 établit également une distinction entre l'effet des règles et politiques selon qu'elles relèvent de la loi du for (voir art. 11(1) et (3)) ou d'ordres juridiques autres que celui du for ou celui choisi par les parties (voir art. 11(2) et (4)).
- 11.14 L'article 11 ne mentionne pas l'application des lois de police et de l'ordre public de la loi choisie par les parties. Cela tient au fait qu'un choix de la loi applicable au sens de l'article 2 entraîne (sous réserve des seules limites définies dans le présent article) l'application de l'*intégralité* du droit matériel choisi, qu'il relève ou non de l'une ou l'autre de ces deux catégories. L'article 2 permet aux parties de choisir la loi applicable

à une partie seulement d'un contrat (c'est-à-dire à certaines dispositions, mais pas à d'autres) et de choisir différentes lois pour différentes parties du contrat (voir para. 2.9). Toutefois, il ne permet pas aux parties de choisir à leur gré les seules dispositions qui leur conviennent au sein du droit matériel applicable, de façon à exclure l'application de certaines règles tout en retenant l'application d'autres règles. Par exemple, les Principes ne permettraient pas aux parties de choisir l'ensemble du droit de l'État X, à l'exception d'une loi (impérative) particulière sur les clauses abusives. Il appartiendra par conséquent essentiellement à la loi choisie de déterminer si une règle juridique est de nature supplétive ou impérative.

## Lois de police du for

- 11.15 L'article 11(1) prévoit que l'application de la loi choisie par les parties peut être restreinte par les lois de police du for. Ces lois de police continuent de produire leurs effets nonobstant le choix d'une loi différente par les parties et prévaudront si elles sont incompatibles avec des dispositions de la loi choisie.
- 11.16 Les Principes ne définissent pas le terme « lois de police » (comp. l'art. 9 (1) du Règlement Rome I). Ce terme, qui figure dans plusieurs instruments nationaux et régionaux, désigne généralement les dispositions législatives ou réglementaires (de la loi du for dans l'art. 11(1)) qui, selon leur interprétation courante, doivent être appliquées à un litige entre parties contractantes, quelle que soit par ailleurs la loi choisie pour régir le contrat. Ces dispositions sont *impératives*, en ce sens que les parties ne peuvent y déroger ni par les termes de leur contrat ni autrement. Elles sont *d'application immédiate*, dans la mesure où un tribunal doit les appliquer, même si les parties ont choisi une loi autre que celle du for pour régir leur relation contractuelle. Ces deux caractéristiques soulignent l'importance de la disposition au sein de l'ordre juridique pertinent, et visent à restreindre la catégorie des dispositions auxquelles les Principes s'appliqueront. Les lois de police devraient être limitées aux dispositions jugées essentielles pour la sauvegarde des intérêts publics du for (voir art. 9(1) du Règlement Rome I).
- 11.17 Il n'est pas nécessaire qu'une loi de police revête une forme particulière (le statut de règle constitutionnelle n'est pas essentiel, par exemple) ou que son caractère impératif et son application immédiate soient expressément prévus. Dans tous les cas, il convient d'appliquer la loi du for pour déterminer a) si une disposition particulière peut avoir les effets décrits et b) si, au regard de ce qu'elle précise (y compris quant à son champ d'application territorial) et des circonstances pertinentes qui l'entourent, elle produit effectivement ces effets dans le litige en cause. Toutefois, la nature exceptionnelle des restrictions à l'autonomie de la volonté visées à l'article 11 devrait servir de mise en garde afin qu'il ne soit pas systématiquement conclu qu'une disposition particulière est une loi de police lors même qu'elle ne le précise pas expressément ou qu'il n'y a pas d'indice en ce sens.

### Illustration 11-1

Une disposition d'une loi de l'État Z telle que celle indiquée ci-après (art. X) ferait entrer la règle matérielle à laquelle elle se réfère (par ex., l'art. Y sur des clauses abusives dans les contrats) dans le champ d'application de l'article 11(1) des Principes :

#### Article X

- 1) L'article Y s'applique nonobstant tout accord ou toute renonciation prévoyant le contraire.
- 2) L'article Y s'applique au contrat nonobstant toute disposition qui désigne ou vise à désigner une loi autre que celle de l'État Z.

### Illustration 11-2

Les parties A et B concluent un contrat en vertu duquel la partie A est désignée comme agent commercial de la partie B dans l'État X. Le contrat précise qu'il est régi par la loi de l'État Y. Lors de la résiliation du contrat, la partie A assigne la partie B dans l'État X, et réclame des dommages et intérêts en application de la loi de l'État X. Une loi de l'État X régissant les contrats d'agence commerciale prévoit une indemnité en cas de résiliation d'un tel contrat et dispose également que « les parties ne peuvent pas déroger aux dispositions relatives à l'indemnité au détriment de l'agent commercial avant la fin du contrat d'agence ». Le tribunal de l'État X peut (ou non) interpréter ces termes de façon à conclure que les dispositions relatives à l'indemnité légale sont des lois de police, qui s'appliquent en lieu et place des règles pertinentes de la loi choisie de l'État Y en ce qui concerne l'indemnité. Afin de parvenir à cette conclusion, le tribunal doit être convaincu non seulement du fait que la disposition, si elle s'applique, est une disposition à laquelle les parties ne peuvent pas déroger, mais aussi que cette disposition est d'application immédiate, quand bien même les parties auraient choisi la loi de l'État Y pour régir leur relation.

11.18 L'impact de l'article 11(1) est également limité de la manière suivante : le contrôle ne s'effectue que *dans la mesure où*, dans l'espèce donnée, l'application de la loi choisie est incompatible avec celle, cumulative, de la loi de police. Il est important de noter que le fait de conclure à l'incompatibilité, à un ou plusieurs titres, de la loi choisie avec une loi de police du for n'invalide ni ne prive d'effet, sauf dans la mesure de l'incompatibilité, le choix effectué en vertu des articles 2 et suivants. Dans toute la mesure du possible la loi choisie doit s'appliquer en accord avec la loi de police.

## Lois de police d'une autre loi

11.19 Alors que l'article 11(1) aborde l'application des lois de police du for, l'article 11(2) traite de l'application possible des lois de police « d'une autre loi », c'est-à-dire autre que celle du for ou que celle choisie par les parties. Contrairement à l'article 11(4) (voir para. 11.28), qui se réfère uniquement à la loi qui serait applicable à défaut de choix, l'article 11(2) ne limite pas les critères de rattachement qui peuvent être utilisés en vue d'identifier l'État dont les lois de police seront ou pourront être appliquées. En conséquence, cet État peut être celui dont la loi serait applicable à défaut d'accord sur le choix de loi ou un État avec lequel le contrat a des liens. La définition de la catégorie des lois de police et la relation entre les lois de police et les dispositions de la loi choisie doivent être comprises de la même manière que pour l'article 11(1) (voir para. 11.14 à 11.17).

### *Illustration 11-3*

Les parties A et B concluent un contrat pour la location par la partie B d'un véhicule utilitaire, afin de l'utiliser pour passer en contrebande des objets historiques de l'État Y à l'État X. Le contrat indique qu'il est régi par la loi de l'État Z. Aux termes de la loi de l'État Y sur les biens culturels, l'exportation d'objets historiques sans autorisation est une infraction pénale et tous les contrats qui ont pour objet de faciliter la contrebande sont déclarés nuls. La partie A ne livre pas le véhicule et la partie B la poursuit en justice dans l'État X. En supposant que le contrat soit valide et puisse être exécuté selon la loi choisie par les parties (soit la loi de l'État Z), le droit international privé de l'État X déterminera si et dans quelle mesure les lois de police de l'État Y doivent être appliquées ou prises en compte. Si, en vertu de la loi de l'État X, les lois de police de la loi de l'État Y doivent être appliquées ou prises en compte, la loi de l'État Y doit ensuite être examinée pour déterminer si ses dispositions relatives aux objets culturels sont des lois de police au sens des Principes.

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

- 11.21 Au regard de la place centrale de la loi du for dans les articles 11(1) et 11(2) (voir para. 11.4), cette loi doit être appliquée pour résoudre tout conflit apparent entre une loi de police du for et une loi de police d'un autre État.
- 11.22 L'article 11(2) n'exclut pas l'application de dispositions de la loi choisie qui permettent ou imposent à un tribunal de prendre en considération la loi d'un État tiers en tant qu'élément factuel pertinent pour l'interprétation et l'application des dispositions de la loi choisie dans un cas d'espèce (par ex., une règle du droit des contrats qui suspendrait ou résilierait l'exécution du contrat devenue illégale d'après la loi du lieu d'exécution).

### Ordre public du for

- 11.23 En vertu de l'article 11(3), l'application d'une disposition de la loi choisie peut être exclue uniquement si le résultat d'une telle application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. Trois conditions doivent être remplies afin que l'article 11(3) s'applique : tout d'abord, il doit exister, dans l'État du for, une politique suffisamment importante pour justifier son application à l'affaire en question (« principes fondamentaux de l'ordre public ») ; ensuite, la loi choisie doit être clairement contraire à cette politique (« manifestement incompatible ») ; enfin, l'incompatibilité manifeste doit être le résultat de l'application concrète, par le tribunal, de la loi choisie par les parties. Ces conditions reflètent l'esprit des Principes, à savoir faciliter autant que possible l'autonomie de la volonté, et servent à encadrer le recours à des arguments invoquant l'ordre public pour priver la loi choisie d'efficacité.
- 11.24 S'agissant de la première condition, l'utilisation de l'expression « principes fondamentaux de l'ordre public » souligne que l'article 11(3) concerne la conception fondamentale du système juridique du for (quelle que soit sa forme) qui est si importante qu'elle régit les contrats internationaux, même si les parties peuvent choisir une autre loi pour régir ces contrats (ce qu'elles ont fait en l'occurrence). Par conséquent, cette catégorie est beaucoup plus étroite que la disposition d'« ordre public » telle qu'elle peut être appliquée à des contrats internes. Il ne suffit pas non plus que la loi choisie ait une approche différente de celle de la loi du for. Il est nécessaire que l'application de la loi choisie viole une des politiques fondamentales du for comme décrit ci-dessus.
- 11.25 Quant à la deuxième condition, les mots « manifestement incompatible » (utilisés, par ex., à l'art. 17 de la Convention de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires et à l'art. 21 du Règlement Rome I) servent à insister sur le fait qu'en cas de doute concernant l'incompatibilité de la loi choisie avec les principes fondamentaux de l'ordre public du for, l'application de la loi choisie doit être privilégiée.
- 11.26 L'article 11(3) énonce la troisième condition : c'est le résultat de l'*application* de la loi choisie dans un cas concret, et non la loi choisie analysée *in abstracto*, qui doit être considéré comme non conforme à l'ordre public. Le tribunal n'est toutefois pas contraint d'envisager uniquement l'issue du différend entre les parties ; il peut

considérer plus largement l'intérêt public. Par exemple, un tribunal peut, en se fondant sur l'ordre public, refuser d'exécuter un contrat valable en vertu de la loi choisie par les parties, au motif que le choix visait à contourner les sanctions imposées par une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, alors même que l'inexécution procurerait un profit à une personne visée par ces sanctions et que l'autre partie n'était pas impliquée dans ce contournement.

#### *Illustration 11-4*

La partie A, joueur professionnel dans l'État X, se rend dans le casino de la partie B dans l'État Y. Au cours de cette visite, les parties concluent un contrat de jeu, régi par la loi de l'État Y. La partie A ne paie pas la partie B et cette dernière poursuit la partie A en justice dans l'État X. Les contrats de jeu sont contraires à l'ordre public dans l'État X, mais sont licites en vertu de la loi de l'État Y. Pour savoir si le tribunal de l'État X refusera d'appliquer les règles confirmant le caractère exécutoire du contrat en application de la loi choisie par les parties, il faut savoir (i) si l'ordre public de l'État X est envisagé comme une politique fondamentale de cet État, applicable à tous les contrats de jeu, y compris à ceux conclus en dehors de l'État avec une partie non résidente (partie B) et régis par une loi qui ne les interdit pas, et (ii) si l'exécution du contrat au profit de la partie B serait manifestement incompatible avec cette politique.

- 11.27 La loi choisie par les parties ne peut être exclue que « dans la mesure où » son application serait incompatible avec l'ordre public du for. Par conséquent, comme dans le cas des dispositions des lois de police, l'existence d'une telle incompatibilité ne prive pas de tout effet le choix de la loi applicable opéré par les parties. Au contraire, la loi choisie doit être appliquée autant que possible de façon à être compatible avec l'ordre public du for. Une telle application peut être à la fois cohérente et compatible avec l'ordre public du for. Toutefois, si l'inapplication d'une disposition de la loi choisie conduit à un résultat incomplet ou incohérent, l'application de la loi du for devrait s'y substituer dans la mesure nécessaire au comblement des lacunes. Il se peut aussi que les parties aient elles-mêmes prévu les conséquences d'un conflit avec l'ordre public du for ; si tel est le cas et que leur choix peut prendre effet de façon cohérente avec l'ordre public, l'expression de leur autonomie devrait prévaloir.

### *Illustration 11-5*

La partie A introduit devant les tribunaux de l'État X une action en dommages et intérêts pour inexécution du contrat contre la partie B. La partie A réclame des dommages et intérêts compensatoires et punitifs conformément aux dispositions de la loi de l'État Y, choisie par les parties pour régir le contrat et tout différend auquel il pourrait donner lieu. En vertu de la loi de l'État X, un principe considéré comme fondamental prévoit que les dommages et intérêts punitifs ne sont pas disponibles en matière contractuelle. En vertu de l'article 11(3), la juridiction de l'État X pourrait évincer l'application de la loi de l'État Y en ce qui concerne la demande de dommages et intérêts punitifs, mais cette loi devrait tout de même être appliquée pour statuer sur la demande de dommages et intérêts compensatoires formée par la partie A.

## Ordre public d'un État dont la loi serait applicable à défaut de choix

- 11.28 L'article 11(4) reconnaît que, dans certains systèmes juridiques, l'État dont l'ordre public encadre la loi choisie n'est pas, ou pas uniquement, l'État du for, mais aussi l'État dont la loi aurait été applicable à défaut de choix.
- 11.29 L'article 11(4), de même que l'article 11(2), désigne la loi du for, notamment ses règles de droit international privé, pour déterminer le rôle que doit jouer l'ordre public d'un État autre que celui du for ou que celui dont la loi a été choisie par les parties. L'article 11(4) fonctionne indépendamment de l'article 11(2). Ainsi, les règles de droit international privé de l'État du for peuvent exiger ou permettre de se référer aux lois de police de la loi d'un État tiers sans prévoir de référence à l'ordre public de l'État tiers, ou inversement. Contrairement à l'article 11(2), cependant, l'article 11(4) permet de se référer uniquement à l'État dont la loi serait applicable au contrat à défaut de choix par les parties, identifiée selon les règles de droit international privé du for. Sous réserve d'autres restrictions imposées par la loi du for, la catégorie d'ordre public à laquelle il est possible de se référer et les limites de son application doivent être comprises comme étant soumises aux mêmes conditions et restrictions que le principe d'exclusion visé à l'article 11(3) (voir para. 11.26).

***Illustration 11-6***

Une banque, immatriculée dans l'État Y mais agissant par l'intermédiaire d'une succursale de l'État X, et un emprunteur (propriétaire d'une petite entreprise), résident de l'État X, concluent un prêt commercial indiquant expressément qu'il est régi par la loi de l'État Z. La banque refuse de mettre des fonds à disposition de l'emprunteur, qui l'assigne devant les tribunaux de l'État Y. En vertu du droit des contrats de l'État Y et de l'État Z, la banque est autorisée à invoquer une clause du contrat pour refuser d'avancer des fonds à un emprunteur, lorsqu'elle estime qu'il rencontre des difficultés financières. Toutefois, en vertu de l'ordre public de l'État X, considéré par ses tribunaux comme applicable à l'ensemble des contrats qui ont un lien significatif avec cet État, la banque ne pourra invoquer cette clause en raison du fait qu'elle constitue un abus, par la banque, du déséquilibre économique entre les parties. La loi de l'État Y, y compris ses règles de droit international privé, déterminera : 1) si l'ordre public de l'État dont la loi serait applicable au contrat à défaut de choix peut ou doit être appliqué et sous quelles conditions ; 2) dans l'affirmative, si dans l'hypothèse où la loi de l'État Z n'aurait pas été choisie, la loi applicable au contrat aurait été la loi de l'État X. Sous cette réserve, la loi de l'État Z (choisie par les parties) s'appliquera au contrat.

**Ordre public et lois de police devant les tribunaux arbitraux**

- 11.30 L'article 11(5) reflète la particularité de la position des tribunaux arbitraux par rapport aux tribunaux étatiques au sujet des lois de police et de l'ordre public. Contrairement aux tribunaux étatiques, les tribunaux arbitraux n'ont pas de for, c'est-à-dire qu'ils ne font pas partie de la structure judiciaire d'un ordre juridique donné. Ils sont dès lors soumis à diverses influences juridiques. En outre, les Principes, de par leur nature non contraignante, ne confèrent (et ne sauraient conférer) à un tribunal arbitral aucun pouvoir qui irait au-delà de celui que lui confère son mandat et ils ne peuvent prédire les circonstances exactes dans lesquelles un tribunal arbitral sera constitué et appelé à statuer.
- 11.31 En conséquence, l'article 11(5) ne confère pas de pouvoirs supplémentaires aux tribunaux arbitraux et ne prétend pas donner à ces tribunaux un pouvoir discrétionnaire illimité et absolu leur permettant de s'écarter de la loi choisie par les parties. Au contraire, les Principes reconnaissent qu'un tribunal arbitral peut avoir le devoir de prendre en compte l'ordre public ou les lois de police d'une loi autre que celle choisie par les parties, ou encore doit s'assurer qu'il a le pouvoir de le faire. La formulation de l'article exige du tribunal qu'il examine le cadre juridique dans le contexte duquel ses sentences sont rendues, compte tenu notamment de l'accord des parties, du siège de l'arbitrage désigné ou réputé l'être, de toute règle de l'institution d'arbitrage applicable et de l'influence du contrôle éventuel des tribunaux étatiques appliquant la législation locale en matière d'arbitrage.

- 11.32 Par exemple, les tribunaux arbitraux peuvent être soumis à une obligation expresse de faire tous les efforts (raisonnables) pour rendre une « sentence susceptible d'exécution » (voir par ex., art. 41 du Règlement d'arbitrage de la CCI et art. 32.2 du Règlement de la LCIA ; voir aussi art. 34(2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disant que les sentences doivent « [être] définitives et [s'imposer] aux parties »). Les avis sont partagés quant à la question de savoir si une obligation de cette nature exige du tribunal qu'il tienne compte des lois de police du siège de l'arbitrage (identifié ou non), ou encore des lois des États dans lesquels la sentence est susceptible d'être exécutée. L'article 11(5) ne prend pas position. Il insiste toutefois sur le fait qu'il n'appartient (au moins dans un premier temps) au tribunal arbitral de prendre une décision quant à l'existence et à l'étendue de ses devoirs (et des pouvoirs qui lui sont conférés), et d'appliquer ou de prendre en compte les dispositions et principes d'une loi autre que celle choisie par les parties pour régir leur contrat, que s'il estime qu'il est légalement tenu ou autrement habilité à le faire.

## Article 12 Établissement

### Introduction

- 12.1 L'article 12 détermine quel est l'établissement pertinent d'une partie aux fins de la détermination du caractère international du contrat prévue par les articles 1(2) et 6(2), lorsqu'une partie a plus d'un établissement. Il désigne l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion.

### Justification

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

### La notion d'établissement

- 12.3 Aux fins de la sécurité juridique, l'article 12 emploie « *establishment* » et non « *place of business* » dans sa version anglaise. La notion d'« établissement » n'est pas définie dans les Principes. En termes généraux, l'établissement désigne le lieu d'activité d'une partie où sa présence est plus que passagère. Il englobe un centre d'administration, de direction ou d'exploitation, un établissement principal et

secondaire, une succursale et tout autre lieu d'activité constant et continu. La présence physique de la partie, avec un degré minimal d'organisation économique et de permanence dans le temps, est nécessaire pour caractériser un établissement. Par conséquent, le seul siège statutaire d'une société ne constitue pas un établissement. De même, une partie dont l'établissement principal se trouve dans l'État X, et qui gère ses activités commerciales vers l'État Y uniquement par internet, n'est pas réputée avoir un établissement dans l'État Y.

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

### **Moment auquel est déterminé l'« établissement » d'une société**

- 12.5 En vertu de l'article 12, le lieu de l'établissement d'une société est déterminé au moment de la conclusion du contrat (voir art. 19(3) du Règlement Rome I). Par conséquent, dans la plupart des cas, il conviendra de déterminer l'établissement pertinent en examinant quel est l'établissement qui a négocié et conclu le contrat. Cette approche respecte les attentes légitimes des parties et garantit la sécurité juridique.



**La Conférence de La Haye de droit international privé**  
**Bureau Permanent**  
Churchillplein 6b  
2517 JW La Haye  
Pays-Bas

☎ +31 70 363 3303

📠 +31 70 360 4867

secretariat@hcch.net

[www.hcch.net](http://www.hcch.net)



**La Conférence de La Haye de droit international privé**  
**Bureau Permanent**  
Churchillplein 6b  
2517 JW La Haye  
Pays-Bas

☎ +31 70 363 3303  
☎ +31 70 360 4867  
secretariat@hcch.net  
www.hcch.net

