



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING  
NETHERLANDS COMPARATIVE LAW ASSOCIATION

## Le contrat sans loi en droit international privé\*

Léna Gannagé<sup>1</sup>

*Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.*

1. La notion de contrat sans loi<sup>2</sup> apparaît à bien des égards énigmatique. Un certain mystère entoure le concept qui renvoie à l'image un peu subversive<sup>3</sup> d'un contrat rebelle, affranchi de toute loi étatique, porté par la seule volonté des parties.

Pourtant les antécédents jurisprudentiels de la notion ne manquent pas de prestige, puisqu'une des premières apparitions du contrat sans loi se fait au sein de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice Internationale. C'est le célèbre arrêt des *Emprunts serbes et brésiliens* à l'occasion duquel la Cour affirmera que "tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale."<sup>4</sup> Il y a là une première acception de la notion de contrat sans loi que l'on retrouvera près de vingt ans plus tard devant la Cour de cassation française dans l'arrêt des *Messageries maritimes*.<sup>5</sup>

Le contrat sans loi apparaît alors, dans cette perspective, comme un contrat détaché de toute loi étatique, *un contrat sans droit*, dont le régime juridique serait exclusivement fixé

---

\* Session IIB1. Contracts without a proper law in private international law and non-state law. National Reports received from: Allemagne, K. P. Berger; Canada, F. Sabourin; Croatie, P. Sarcevic & M. Zupan; Espagne, A. Asin; Etats-Unis, S. C. Symeonides; Grèce, H. Tagaras; Hongrie, G. Palasti; Italie, S. Ferreri; Japon, M. T. Kanzaki; Norvège, G. Cordero Moss; République Tchèque, M. Pauknerová; Serbie, M. Stanivukovic; Suisse, I. Schwander; Venezuela, E. Hernández-Breton.

<sup>1</sup> L'auteur remercie très vivement les différents rapporteurs nationaux dont les précieuses contributions ont permis l'élaboration de ce rapport.

<sup>2</sup> Sur cette notion, voir dans la littérature juridique française, L. Peyrefitte, *Le problème du contrat dit sans loi* (1965) chron. p. 113; P. Level, *Le contrat dit sans loi*, *Trav. com. fr. dip. 1964-1966*, p. 209; J.-P. Beraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in *Mélanges Paul Lagarde* (2005), p. 93.

<sup>3</sup> Voir sur ce point, Level, *supra* note 2, p. 209: "Le terme de contrat sans loi n'est pas sans évoquer, dans l'acception qu'il peut avoir pour le sens commun l'idée même d'une révolte."

<sup>4</sup> C.P.J.I., 12 juillet 1929, Clunet (1929) 1002.

<sup>5</sup> Cass., 21 juin 1950, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé (5<sup>ème</sup> éd., 2006), arrêt n° 22, p. 194; Rev. crit. 1950.609, note Batiffol; Dalloz. (1951) 749, note Hamel; Sirey (1952) 1. 1, note Niboyet; JCP (1950) II. 5812, note J. Ph. Lévy.

par les stipulations contractuelles. Sans doute l'impossibilité pour les parties de réglementer à l'avance tous les aspects de leur relation les conduit-elle inévitablement à faire référence à une loi qui viendrait combler les lacunes du contrat. Mais il importe de bien mesurer la portée exacte qui est dévolue à la loi ainsi désignée. Celle-ci a valeur de simple stipulation contractuelle, elle ne saurait aller à l'encontre de la volonté des contractants qui peut donc passer outre ses dispositions impératives.

2. On aura reconnu à travers ce pouvoir exorbitant dévolu aux parties l'une des manifestations les plus exacerbées de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. C'est ce subjectivisme<sup>6</sup> que la Cour permanente de Justice puis la Cour de cassation française viendront condamner sans appel dans les arrêts précités. Parce que "tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat", on en déduit qu'il ne peut exister "sans le secours d'un système juridique qui, d'une part, préside à l'établissement du rapport d'obligation et qui d'autre part, confère à chaque contractant le pouvoir de contraindre l'autre à remplir ses engagements."<sup>7</sup>

Avec ces décisions, c'est donc la première acception du contrat sans loi qui se trouve abandonnée au nom d'une conception des relations de la loi et du contrat qui subordonne le second à l'autorité de la première.<sup>8</sup>

Les différents rapports nationaux confirment d'ailleurs que cette première acception de la notion, qui ne paraît avoir laissé de traces qu'au sein de la jurisprudence française, est aujourd'hui anachronique et, au surplus, tout à fait improbable.<sup>9</sup>

3. Mais alors même qu'on la croyait tombée en désuétude, la notion de contrat sans loi ressurgit cependant sous une forme différente et profondément remaniée. Une nouvelle figure du contrat sans loi voit le jour, et c'est désormais elle, et elle seule, qui occupe le devant de

---

<sup>6</sup> Sur cette notion, v. H. Batiffol, *Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats*, 1 Mélanges Maury, p. 39 et s, reproduit dans Choix d'articles, LGDJ (1976), p. 249 et s.

<sup>7</sup> Ancel & Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, *supra* note 5, note sous l'arrêt des Messageries Maritimes, Cass., 21 juin 1950, n° 3, p. 197.

<sup>8</sup> V. à cet égard, H. Batiffol, *Sur la signification de la loi désignée par les parties*, in Choix d'articles (1976) p. 271.

<sup>9</sup> Voir en particulier les observations du Professeur Symeonides, rapport américain, réponse à la question n°2:

The expression 'contract with no governing law' is an exaggerated figure of speech that is too inaccurate to be allowed to take roots. Each and every contract is governed by a certain law. This is true even in the case of a contract that purports to be fully self-sufficient or autonomous, namely a contract which the parties intended to subject exclusively to minutely-detailed clauses contained in the contract. What makes these clauses enforceable is not the parties' volition alone, but rather the right of each party ultimately to coerce the other party (whether through recourse to arbitration or judicial action) to abide by these clauses. In the modern legal system, this coercion remains the monopoly of the State and is reflected in its laws

et les observations du Professeur Moss, rapport norvégien, réponse à la question n° 2:

Even a contract that expressly excludes application of a governing law (alternative a. above), or a contract that the parties expressly have subjected to the *lex mercatoria*, UNIDROIT principles or other restatement of general principles (alternative b. above), is ultimately subject to a national system of law. The lois de police and the ordre public of the governing law may not be excluded (this is expressly affirmed also in the UNIDROIT Principles article 1.4 and in the PECL article 1:103).

la scène. Le contrat sans loi n'est plus dans cette perspective un contrat qui échappe à toute règle de droit pour reposer uniquement sur la volonté des parties, il est celui qui, affranchi de toute loi étatique, n'en reste pas moins soumis à l'application de règles de droit d'origine non étatique.

Alors que la majorité des rapports nationaux manifestait beaucoup de scepticisme à l'égard de la première acception du contrat sans loi, ils admettent tous sans exception la pertinence de cette définition. De telle sorte qu'il paraît utile de distinguer, à la suite de nombreux auteurs,<sup>10</sup> le *contrat sans droit*, expression d'un subjectivisme aujourd'hui révolu, et le *contrat sans loi* entendu comme celui qui est régi par l'application de règles non étatiques.

Dans la mesure où le sujet proposé par l'Académie internationale de droit comparé est relatif "au contrat sans loi en droit international privé et droit non étatique", le questionnaire adressé aux rapporteurs nationaux a été élaboré en fonction de la deuxième définition, c'est-à-dire en contemplation d'un contrat soumis aux règles non étatiques. Aussi, c'est dans ce sens, et dans ce sens seulement, que la notion de contrat sans loi sera envisagée tout au long des développements qui vont suivre.

4. Cette dernière définition ne supprime pas, loin de là, les difficultés suscitées par la notion. Celles-ci se déplacent simplement sur un terrain différent. Elles se concentrent désormais, en effet, sur la place qu'il convient de reconnaître au droit non étatique dans la réglementation des contrats internationaux.

La question ainsi posée n'est pas véritablement neuve pour les internationalistes. Elle a déjà été au cœur de controverses importantes qui sont apparues il y a une quarantaine d'années autour de *la lex mercatoria*. Et l'on pourrait craindre, au premier abord, de voir ressurgir à propos du contrat sans loi des discussions désormais bien connues, voire même un peu lassantes, dont les implications concrètes, en toute hypothèse, se sont révélées assez vaines.

5. En réalité, le débat autour de la réception du droit non étatique dans les ordres juridiques nationaux s'est depuis sensiblement renouvelé.

On se souvient, en effet, que les objections à l'encontre de *la lex mercatoria* étaient pour l'essentiel axées sur deux séries de considérations:

---

<sup>10</sup> Voir à cet égard B. Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, 1963(II) Recueil des cours de l'Académie de droit international 480, note 29: "Il ne s'agit pas tant de savoir s'il peut exister un contrat sans loi mais un contrat sans loi d'un Etat". V. surtout Level, *supra* note 2, p. 211; *Adde.* J.-P. Béraudo, *supra* note 2.

les premières d'ordre théorique portaient sur la juridicité même de la *lex mercatoria*,<sup>11</sup> sur la question de savoir si elle était constitutive d'un ordre juridique,<sup>12</sup> d'une source de droit, voire d'un ensemble de règles de droit. On a discuté inlassablement de ces multiples qualifications avec en toile de fond un débat beaucoup plus fondamental sur les critères mêmes de la règle de droit opposant les tenants du positivisme étatique aux défenseurs d'une théorie des sources du droit fondée sur le pluralisme juridique.<sup>13</sup>

Au-delà de ces discussions très théoriques, la *lex mercatoria* soulevait surtout des objections beaucoup plus concrètes liées à l'impossibilité d'en identifier le contenu avec précision. C'est le défaut de consistance de la notion, la difficulté d'en fixer les contours avec exactitude qui a sans doute le plus contribué à entraver sa réception au sein des ordres juridiques nationaux.

6. Or, il est remarquable de constater que sur ces deux terrains, une évolution intéressante permet d'envisager désormais sous un jour différent la question de l'application du droit non étatique aux contrats internationaux.

D'une part, en effet, les objections d'ordre théorique adressées à la *lex mercatoria* se sont considérablement apaisées. La question de savoir si elle est constitutive d'un ordre juridique ne retient plus guère l'attention tant il est vrai "qu'il n'est nullement établi que pour faire valablement l'objet du choix des parties, des règles doivent nécessairement être organisées en un ordre juridique."<sup>14</sup>

Corrélativement, la juridicité des règles d'origine non étatique s'affirme de manière incontestable.<sup>15</sup> Elles trouvent, certes, leur domaine d'élection dans les litiges soumis à l'arbitrage international. Mais il est remarquable de constater que ce sont les ordres étatiques qui contribuent à en favoriser l'essor par l'adoption de législations et d'instruments internationaux relatifs à l'arbitrage qui reconnaissent aux parties, mais aussi à l'arbitre, la possibilité de s'affranchir de toute loi étatique lors de la détermination du droit applicable au fond du litige.

---

<sup>11</sup> Sur l'ensemble de la question, v. parmi une littérature abondante B. Goldman, *Frontières du droit et 'lex mercatoria'*, in *Le droit subjectif en question*, Archives de philosophie du droit, tome 9, (1964), p. 177; B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, 1979 *Clunet* 475; D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales* (thèse.datylo. Paris II, 1992).

<sup>12</sup> Voir à cet égard, P. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in Ph. Fouchard, et al. (Ed.), *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman* (1982), p. 125 et s.

<sup>13</sup> Sur ce débat, v. B. Oppetit, *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, 1982 *Sources du droit* 43.

<sup>14</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (1996) n° 1450.

<sup>15</sup> A propos de la juridicité de la *lex mercatoria*, v. par exemple en France Cass.civ.1<sup>re</sup>, 22 octobre 1991; note B. Oppetit, 1992 *Rev. crit. dip.* 113; note B. Goldman, 1992 *Clunet* 177.

Le pluralisme des sources du droit est donc devenu une réalité incontournable du droit du commerce international. Celle-ci s'est imposée sans provoquer de véritable séisme sur le terrain de la théorie des sources du droit ; sans doute parce que comme l'observait Bruno Oppetit, le pluralisme ne récuse pas nécessairement la primauté du droit étatique.<sup>16</sup> Ce sont, en effet, les ordres étatiques qui organisent et définissent eux-mêmes la place du droit non légiféré dans les relations internationales. Ce sont eux qui conservent, au surplus, le monopole de la contrainte et de la sanction.<sup>17</sup>

7. Cet apaisement des controverses sur le plan théorique coïncide avec une transformation de la physionomie du droit non étatique. Longtemps jugé lacunaire, inaccessible, inconsistant, celui-ci gagne en certitude et en prévisibilité. Ses sources elles-mêmes se diversifient. Il n'est plus seulement un droit spontané et informel issu de la pratique des professionnels et des opérateurs du commerce international. Il devient également, à sa manière, un droit savant<sup>18</sup> à l'élaboration duquel la doctrine participe de plus en plus activement. Les principes Unidroit et les principes européens du droit des contrats offrent ainsi un corps de règles systématique et cohérent qui connaît dans la pratique un succès croissant. Ce mouvement de codification atteint également le droit spontané, puisque les usages eux-mêmes se muent parfois en règles écrites sous l'impulsion d'institutions et d'organisations de professionnels sans que l'on ne sache, au demeurant, si leur nature d'usage ne s'en trouve pas quelque peu altérée.

Enfin, l'apparition de banques de données et de centres de recherches spécialisés dans le recensement des règles transnationales telles que la 'CENTRAL Transnational Law database' mise en place par le Professeur Berger facilitent, à n'en pas douter, l'accès au droit non étatique et la diffusion de celui-ci.

8. On le voit, un certain nombre de conditions semblent aujourd'hui réunies pour créer un climat propice au développement du contrat sans loi. Celui-ci, on l'a rappelé plus haut, prospère d'ailleurs devant les juridictions arbitrales, à la faveur d'un rôle toujours croissant dévolu au droit non étatique dans la résolution des litiges soumis à l'arbitrage.

Mais paradoxalement, alors que le contrat sans loi est accueilli avec faveur devant la justice arbitrale, la justice étatique, elle, se montre beaucoup plus sceptique à son égard. Une certaine méfiance à l'égard du droit non étatique reste ici de mise. Elle se nourrit de justifications très diverses. Celles-ci, on le verra plus loin,<sup>19</sup> sont liées aux sources et aux

---

<sup>16</sup> B. Oppetit, *Sur la coutume en droit privé*, Droits, n° 3, (1986), p. 39., spéc. p. 42-43.

<sup>17</sup> Comp. les observations précitées (*supra* note 2) du Pr Symeonides, rapport américain, réponse à la question n° 2.

<sup>18</sup> Sur le droit savant, v. le très beau cours de B. Oppetit, *Le droit international privé, droit savant*, 1992(III) Recueil des cours de l'Académie de droit international 333.

<sup>19</sup> *Infra*.n°s 48 et s.

méthodes du droit international privé, mais aussi à la crainte d'étendre à l'excès l'autonomie de la volonté de parties et au souci corrélatif de protéger la partie faible au contrat. Cette suspicion à l'égard du droit non étatique est au demeurant en phase avec les règles de droit international privé en vigueur dans les ordres juridiques nationaux qui, à de rares exceptions près, réservent au droit étatique le monopole de la réglementation des contrats internationaux. Il en résulte une dualité de statuts du contrat sans loi dont le régime varie considérablement selon qu'il est porté devant l'arbitre ou devant le juge.

9. Cette dualité de statuts doit-elle être défendue? La méfiance à l'égard du droit non étatique est-elle encore justifiée au regard de l'évolution qui vient d'être décrite ou faut-il reconsidérer la position traditionnellement adoptée à l'égard du contrat sans loi devant les tribunaux étatiques? La question est d'autant plus à l'ordre du jour que quelques mois à peine après l'élaboration du questionnaire adressé aux rapporteurs nationaux, la Commission européenne présentait la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).<sup>20</sup> Or, cette proposition ouvre incontestablement la voie à l'admissibilité du contrat sans loi devant les tribunaux étatiques, puisqu'elle propose de modifier la version actuelle de l'article 3 de la Convention de Rome en autorisant les parties à "choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire."<sup>21</sup>

10. L'actualité montre ainsi que le sort du contrat sans loi devant les juridictions étatiques mérite d'être de nouveau considéré.

C'est d'ailleurs essentiellement en contemplation de la justice étatique que le questionnaire a été élaboré<sup>22</sup>, l'objectif recherché étant non seulement de mettre en évidence le statut actuel du contrat sans loi dans les différents ordres juridiques nationaux, mais de réfléchir également à la possibilité de l'évolution de son régime juridique.

Emanant d'horizons très divers, d'Europe, des Etats-Unis, du Canada, du Japon et du Venezuela, les quatorze rapports nationaux qui ont servi de base à l'élaboration du rapport général ont ainsi porté un regard à la fois descriptif et prospectif sur le contrat sans loi. Si leurs conclusions permettent de constater une certaine convergence des solutions actuelles

---

<sup>20</sup> COM [2005] 650 final, 2005/0261 (COD). L'objectif de ce texte est de modifier et de transformer en instrument communautaire la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Sur cette proposition, v. P. Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, 2006 Rev. crit .dip. 331 et s.

<sup>21</sup> Voir à cet égard, la version de l'article 3.2 de la proposition de règlement.

<sup>22</sup> Comme l'observe, en effet, le Professeur Tagaras: compte tenu de "la flexibilité et des marges dont dispose par essence l'arbitre, les vraies questions du contrat sans loi se posent en réalité pour les juges étatiques" Rapport grec, propos introductifs.

du droit positif (1), les perspectives d'évolution envisagées suscitent, en revanche, de réelles divergences de vues qui révèlent, en arrière plan, d'intéressants débats de fond touchant à la fois aux sources et aux méthodes du droit international privé (2).

## 1. Le contrat sans loi: état des lieux

11. La tentative de déterminer le statut actuel du contrat sans loi montre que celui-ci est loin d'être uniforme. Son régime juridique varie considérablement selon que le contrat est soumis à l'arbitrage ou aux juridictions étatiques. Cette dualité de statuts (1.1) se laisse observer dans la quasi totalité des rapports nationaux. Elle est cependant de plus en plus contestée (1.2).

### 1.1. Une dualité de statuts

On évoquera successivement le contrat sans loi devant l'arbitre (1.1.1), puis devant le juge étatique (1.1.2).

#### 1.1.1. Le contrat sans loi devant les juridictions arbitrales.

12. Devant les juridictions arbitrales, le contrat sans loi trouve un terrain particulièrement propice à son épanouissement.

S'il est ici en mesure de prospérer, c'est en raison des solutions relatives à la détermination du droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage international. Non seulement, celles-ci attestent l'existence d'un pluralisme des sources du droit qui favorise l'application du droit non étatique, mais elles viennent conforter également le statut très particulier de l'arbitre et l'autonomie de celui-ci. Parce que l'arbitre n'a pas de for, il n'est pas le serviteur d'un ordre juridique déterminé, il n'est pas tenu de garantir l'application d'une législation étatique donnée. La possibilité de détacher le contrat de tout ordre juridique étatique est alors davantage facilitée.

13. Ces observations sont accréditées par la teneur des dispositions relatives à la désignation du droit applicable au fond du litige qui figurent dans les législations nationales et dans les textes internationaux relatifs à l'arbitrage international. Encore faut-il nuancer le propos, puisque l'étendue de l'autonomie dévolue aux parties ou à l'arbitre varie en fonction des systèmes juridiques.

14. A cet égard, la lecture des différents rapports nationaux impose de distinguer selon que le choix du droit applicable au fond du litige, donc en l'occurrence au contrat, est opéré par les parties ou à défaut par l'arbitre.

Dans le premier cas, ce que l'on peut constater, c'est une certaine dualité de solutions opposant les systèmes, certes très minoritaires, qui encadrent le choix des parties, en le limitant au droit étatique<sup>23</sup> et les systèmes où l'autonomie des contractants est plus étendue et où ceux-ci sont autorisés à choisir 'le droit' ou 'les règles de droit' que l'arbitre appliquera au litige.<sup>24</sup> L'emploi du terme 'droit' au lieu de celui de 'loi' applicable montre bien que le droit étatique n'a pas ici vocation exclusive à s'appliquer. Il peut être concurrencé par les usages, les principes généraux du droit, la *lex mercatoria*. Le contrat sans loi peut alors pleinement s'épanouir et, s'il le fait, c'est en vertu de la volonté des parties.

15. A défaut de choix exercé par les contractants, l'autonomie de l'arbitre quant à la détermination du droit applicable varie, là encore, selon les systèmes juridiques.

Certains systèmes, à l'instar des droits allemand, italien, hongrois, serbe ou tchèque manifestent, dans des termes différents,<sup>25</sup> leur attachement à la désignation par le tribunal arbitral d'une loi étatique.

D'autres systèmes poussent cependant plus loin l'autonomie de l'arbitre par rapport aux règles étatiques. Conformément aux solutions retenues par un nombre important d'instruments internationaux, on admettra ainsi qu'à défaut de choix opéré par les parties, l'arbitre puisse trancher le litige en s'appuyant, non plus sur une loi étatique, mais sur des

---

<sup>23</sup> Voir à cet égard les solutions retenues en Hongrie par la loi sur l'arbitrage (Act No. LXXI. of 1994), rapport hongrois, réponse à la question n° 4; et en République Tchèque, la Sec. 37 de l'Arbitration Act n° 216/1994, rapport tchèque, réponse à la question n° 5.

<sup>24</sup> Voir à cet égard les solutions retenues:

- en Allemagne, par la Sec. 1051 du Code de procédure civile allemand, rapport allemand, réponse à la question n° 4
- au Canada: par l'article 3111 C.c.Q, pour le Québec, (rapport canadien, p. 4, n° 1.1) et pour les provinces canadiennes de common law, les observations du Professeur Sabourin, p. 16, n° 2-1: "Il ne semble pas faire de doute que, tout comme en droit québécois, les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal appliquera au fond du litige."
- en Croatie, par la loi croate sur l'arbitrage, (Off. Gazz. N° 81/2001), telles que rapportées par le Dr Zupan, rapport croate, réponse à la question n° 4.
- en Espagne, par l'article 34.2 de la nouvelle loi espagnole d'arbitrage (Ley 60 / 2003 de 23 de diciembre de arbitraje), rapport espagnol, réponse à la question n° 4;
- aux Etats-Unis, voir les solutions rapportées par le Professeur Symeonides, rapport américain, réponse à la question n° 4.
- en France par l'article 1496 NCPC.
- en Italie par l'article 834 du Code de procédure civile italien, rapport italien, réponse à la question n° 3
- au Japon: par la nouvelle loi sur l'arbitrage international entrée en vigueur le 1er mars 2004, rapport japonais, réponse à la question n° 4.
- en Serbie, par l'article 50 de l'Arbitration Bill de 2005, rapport serbe, p. 6
- en Suisse, par l'article 187 LDIP, rapport suisse, p. 1.

<sup>25</sup> Les systèmes allemand et italien exigent ainsi que l'arbitre fasse application de la loi qui entretient les liens les plus étroits avec le litige. Voir à cet égard, la Sec. 1051 du Code de procédure civile allemand, citée dans le rapport allemand, réponse à la question n° 4, et l'article 834 du Code de procédure civile italien, cité dans le rapport italien, réponse à la question n° 3.

En République Tchèque, voir la Sec. 37 de l'Arbitration Act n° 216/1994, rapport tchèque, réponse à la question n° 5, En Hongrie, voir les solutions retenues par la loi sur l'arbitrage (Act No. LXXI ; of 1994), rapport hongrois, réponse à la question n° 4, En Serbie, voir les solutions retenues par l'article 50 de l'Arbitration Bill de 2005, rapport serbe, p. 6.



*règles de droit*.<sup>26</sup> Une telle orientation a pour conséquence, là encore, d'ouvrir la voie au contrat sans loi puisque l'arbitre peut décider de s'affranchir de toute loi étatique et rendre sa décision en s'appuyant exclusivement sur des règles non légiférées.

Sans doute, l'arbitre, comme les parties d'ailleurs, ne peut s'affranchir totalement du droit étatique, puisque sa sentence est appelée à être reconnue et exécutée dans un ordre juridique donné.<sup>27</sup> Le souci d'effectivité de sa décision le conduira vraisemblablement à tenir compte des lois de police en vigueur dans l'Etat d'exécution, pour éviter que la sentence ne soit jugée contraire à l'ordre public international. Mais il importe de mesurer ici que le fait de détacher le contrat de toute loi étatique ne constitue pas à lui seul un motif de non reconnaissance ou de non-exécution de la sentence.<sup>28</sup> Les limites tirées des lois de police ou de l'ordre public international du for d'exécution peuvent affecter tout autant la désignation par les parties ou par l'arbitre d'une loi étatique. Le contrat sans loi bénéficie par conséquent en matière d'arbitrage d'un statut qui n'est pas moins favorable que celui du contrat soumis à une loi étatique. C'est en ce sens que l'on peut dire qu'il trouve ici un terrain particulièrement propice à son développement.

16. Ce tour d'horizon permet de constater, en toute hypothèse, que devant les juridictions arbitrales, le contrat sans loi peut voir le jour de deux façons différentes:

Il peut résulter d'abord de la volonté des parties, lorsque celles-ci décident de soumettre le litige à des règles de droit non étatiques: principes généraux du droit, principes Unidroit, principes de droit européen des contrats, usages etc;

Il peut résulter également d'une décision de l'arbitre qui, à défaut de choix par les parties du droit applicable, voudra soumettre le contrat à des règles de droit non étatiques.

Deux enseignements peuvent être tirés à ce stade de cette rapide présentation. Ils permettront de mieux confronter le statut du droit non étatique devant l'arbitre et devant le juge.

D'une part, lorsque les parties sont autorisées à choisir des règles non étatiques pour régir leur contrat, c'est à un véritable choix de droit qu'elles procèdent. Autrement dit, le droit non étatique n'est pas incorporé au contrat. Ses dispositions n'ont pas la valeur de simples stipulations contractuelles. Il régit le contrat qui se trouve donc soumis à son autorité.

---

<sup>26</sup> Voir à cet égard les solutions retenues:

- au Canada, par l'article 944.10 C.p.c pour le Québec, (rapport canadien, p.5, n° 1.1) et pour les provinces canadiennes de common law, les observations du Professeur Sabourin, p. 16, n° 2-1.
- en France, par l'article 1496 du NCPC.
- aux Etats-Unis, voir les solutions exposées par le Professeur Symeonides, rapport américain, réponse à la question n° 4.
- en Suisse, voir l'interprétation de l'article 187 LDIP par le Professeur Schwander, rapport suisse, p. 1.

<sup>27</sup> Voir en ce sens les observations du Professeur Sabourin, rapport canadien, p. 5 et celles du Professeur Moss, rapport norvégien, réponse à la question n° 2.

<sup>28</sup> Voir à cet égard les observations du Professeur Symeonides, rapport américain, réponse à la question n° 4, A.1.

D'autre part, il est tout à fait possible d'envisager l'existence d'un contrat sans loi indépendamment de la volonté des parties, lorsqu'à défaut de choix de droit opéré par celles-ci, c'est l'arbitre lui-même qui doit désigner le droit applicable et qui décide, à cette occasion, de soumettre le contrat à des règles de droit non étatiques. On peut parler, dans cette perspective, d'un contrat 'objectivement' sans loi, dans la mesure où la volonté des parties reste étrangère à la désignation du droit non étatique .

C'est au regard de ces deux observations que le statut du contrat sans loi devant les tribunaux étatiques peut alors être envisagé.

#### 1.1.2. Le contrat sans loi devant les juridictions étatiques.

17. A la lecture des différents rapports nationaux, l'observateur est d'emblée frappé par la différence de traitement qui est réservée au contrat sans loi devant le juge et devant l'arbitre. De fait, ce que l'on peut relever d'entrée de jeu, c'est le caractère très limité des effets accordés à ce type de contrat devant les juridictions nationales (1.1.2.1).

Encore faut-il nuancer le propos, puisque la grande convergence des solutions ne doit pas occulter le caractère tout à fait avant-gardiste de certaines d'entre elles (1.1.2.2) qui semblent annoncer une évolution dont les prémices sont déjà perceptibles dans la proposition de Règlement Rome I.

##### 1.1.2.1. Le principe: un contrat aux effets limités.

18. Le caractère très réduit des effets accordés au contrat sans loi s'explique par l'attachement des systèmes nationaux à l'application d'une réglementation étatique aux contrats internationaux. Cet attachement ne procède pas seulement d'une méfiance à l'égard du droit spontané, il s'explique également par une fidélité à la méthode conflictuelle et à la justice de rattachement.

Concrètement, ces considérations se traduisent par l'adoption, dans l'immense majorité des systèmes juridiques, de règles de conflit conduisant à désigner une loi étatique pour régir le contrat. Cette référence à la législation étatique se manifeste soit dans l'énoncé du principe d'autonomie qui autorise les parties à choisir la *loi* applicable à leur contrat soit dans la formulation de la règle applicable à défaut de choix qui conduit le juge à déterminer, là encore, une *loi* applicable en fonction de directives ou de critères de rattachement qui varient selon les ordres juridiques. Dans les deux cas, aucune place n'est faite au droit non étatique dans la réglementation des contrats internationaux.

19. Il ne convient pas d'en déduire pour autant que celui-ci perd nécessairement toute vocation à régir le contrat international. Il n'y a pas à proprement parler de prohibition du contrat sans loi devant les juridictions étatiques. Simplement, la nécessité de respecter les règles de conflit applicables au contrat conduit inévitablement à limiter considérablement les effets susceptibles d'y être attachés. De fait, dans la mesure où le contrat est nécessairement soumis à une loi étatique donnée, l'autorité de celle-ci doit être préservée. Dès lors si les parties ont entendu élire des règles de droit non étatiques pour régir le contrat, celles-ci s'appliqueront uniquement dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux dispositions impératives de la *lex contractus*.<sup>29</sup> La majorité des rapports nationaux font référence à cet égard à la théorie de l'incorporation qui est expressément mentionnée par les rapports américain,<sup>30</sup> espagnol,<sup>31</sup> italien,<sup>32</sup> croate,<sup>33</sup> hongrois<sup>34</sup> et serbe.<sup>35</sup>

En vertu de celle-ci, les règles de droit non étatiques désignées par les parties pour régir leur contrat ont la valeur de simples stipulations contractuelles. Elles sont incorporées au contrat et ne pourront déployer leurs effets que dans les limites fixées à la volonté des parties par la loi étatique applicable au contrat.

De manière un peu paradoxale, une telle orientation est encouragée par les principes UNIDROIT,<sup>36</sup> elle l'est aussi par les Principes du droit européen du contrat encore que ceux-ci n'en fassent pas un mode exclusif d'application des Principes.<sup>37</sup>

Les rapports espagnol et italien montrent, en toute hypothèse, que la théorie de l'incorporation est reçue par le droit positif<sup>38</sup> et le Professeur Ferreri mentionne à cet égard une décision très intéressante rendue par le Tribunal de Padoue le 11 janvier 2005 qui affirme clairement que la référence faite par les parties à des règles non étatiques d'origine nationale ou transnationale telles la *lex mercatoria*, les principes UNIDROIT ou la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises lorsque les conditions d'application de

---

<sup>29</sup> Voir à cet égard le rapport allemand, réponse à la question n° 4 et le rapport grec, réponse à la question n° 8.

<sup>30</sup> Rapport américain, réponse à la question n° 4.

<sup>31</sup> Rapport espagnol, réponse à la question n° 2.

<sup>32</sup> Rapport italien, réponse à la question n° 3.

<sup>33</sup> Rapport croate, réponse, à la question n° 4.

<sup>34</sup> Rapport hongrois, réponse à la question n° 5.

<sup>35</sup> Voir à cet égard, les observations du Professeur Stanivukovic, sous le point 2.c.

<sup>36</sup> L'article 1.4 des Principes UNIDROIT prévoit que les Principes "ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé."

<sup>37</sup> L'article 1: 101(2) prévoit ainsi que les Principes "s'appliquent lorsque les parties sont convenues de les incorporer à leur contrat ou d'y soumettre celui-ci." L'application des principes peut donc s'opérer soit en vertu de l'incorporation soit en vertu d'un véritable choix de droit effectué par les parties. Les conséquences attachées à chacune de ces options étant, comme le rappelle le commentaire qui suit l'article 1: 101 (2), sensiblement différentes.

<sup>38</sup> Voir à cet égard, les décisions citées par le Professeur Asin, rapport espagnol, réponse à la question n° 4.

celles-ci ne sont pas réunies, ne peut être considérée comme un véritable choix de droit, ces règles étant simplement incorporées au contrat et ne pouvant porter atteinte aux dispositions impératives de la loi applicable à celui-ci.<sup>39</sup>

Cette décision montre bien que le contrat sans loi ne produira la plénitude de ses effets qu'à la faveur d'un changement radical d'orientation en vertu duquel les règles non étatiques choisies par les parties cesseraient d'avoir la valeur de simples stipulations contractuelles pour accéder au rang d'un véritable droit applicable au contrat. C'est précisément ce passage de la théorie de l'incorporation au choix de droit qui caractérise les solutions avant-gardistes retenues par certains systèmes juridiques qui restent toutefois minoritaires.

#### 1.1.2.2. Les exceptions: les systèmes avant-gardistes

20. On envisagera ici essentiellement les solutions en vigueur au Venezuela et dans certains Etats des Etats-Unis tels que l'Oregon et la Louisiane.

Le Venezuela a ratifié la Convention de Mexico du 17 mars 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux. Au rebours de la Convention de Rome du 19 juin 1980, ce texte ouvre la voie à l'admissibilité du contrat sans loi, même si la place exacte qu'il reconnaît au droit non étatique dans la réglementation des contrats internationaux reste controversée.

De fait, l'article 7 de la Convention de Mexico dispose, entre autres, que

le contrat est régi par la *loi* choisie par les parties" et l'article 9 prévoit que "lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs identifiés dans le contrat en vue de déterminer la loi de l'Etat avec lequel il a les liens les plus étroits. *Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales.* [...].<sup>40</sup>

21. De l'avis du rapporteur national, le Professeur Hernandez-Breton, il ne fait pas de doute, en dépit des divergences doctrinales qui sont apparues à ce sujet, qu'il résulte de ces différentes dispositions que les parties sont autorisées à choisir des règles de droit non étatiques pour régir leur contrat. Il serait, en effet, inexplicable qu'en l'absence de choix opéré par les contractants, le contrat puisse être régi par des règles non étatiques, et qu'une telle éventualité soit refusée dans l'hypothèse où les parties auraient expressément manifesté leur volonté de voir ces règles s'appliquer à leur contrat.<sup>41</sup>

A suivre cette interprétation, le contrat sans loi serait, comme en matière d'arbitrage, susceptible de voir le jour de deux manières différentes, soit en vertu de la volonté des parties,

<sup>39</sup> District Court of Padua (sez. Este), 11 January 2005, *Ostroznik Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.* (publié à <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>), citée dans le rapport italien, note 11.

<sup>40</sup> Pour la version française du texte de la Convention, voir 1995 Rev. crit. dip. 173 et s.

<sup>41</sup> Rapport Venezuelien, n° 16.

soit indépendamment de celle-ci. Dans le premier cas, il s'agirait d'un véritable choix de droit opéré par les parties. Dans le second, on assisterait devant le juge étatique, cette fois, à l'avènement d'un contrat 'objectivement' sans loi.

22. D'autres codifications également avant-gardistes doivent être mentionnées aux Etats-Unis dans les Etats d'Oregon et de Louisiane.

Dans l'Oregon, la codification des règles de conflit applicables aux contrats intervenue en 2001 retient une position très favorable à l'égard du droit non étatique. Ainsi a-t-on choisi en fixant les modalités de mise en oeuvre du principe d'autonomie d'employer délibérément le mot *droit* au lieu de celui de *loi* étatique. Le commentaire officiel accompagnant la codification prévoit que dans l'exercice de leur choix, les parties peuvent désigner un modèle de règles ou de principes et cite expressément à cet égard les principes Unidroit.<sup>42</sup>

Cette faveur au droit non étatique se retrouve également, quoique de manière plus discrète, dans la codification de Louisiane.<sup>43</sup>

23. On le voit, la place réservée au contrat sans loi devant les juridictions étatiques, reste à l'exception des quelques solutions avant-gardistes qui viennent d'être décrites, pour le moins marginale. Corrélativement, les différences qui séparent le statut du contrat sans loi devant l'arbitre et devant le juge en ressortent renforcées.

Alors que devant les juridictions arbitrales, le choix par les parties du droit non étatique équivaut à un véritable *choix de droit*,<sup>44</sup> devant les juridictions étatiques, le droit non étatique a le plus souvent valeur de simple stipulation contractuelle.<sup>45</sup>

Alors que devant les juridictions arbitrales, l'absence de choix de droit effectué par les parties peut conduire l'arbitre à désigner des règles de droit non étatiques pour régir le contrat, devant les juridictions étatiques, la nécessité pour le juge de faire application de ses règles de conflit le prive de cette possibilité. Le contrat sans loi est ici exclusivement fondé sur la volonté des parties.

## 1.2. Une dualité contestée

24. Cette dualité de statuts est-elle défendable?

---

<sup>42</sup> Voir sur ce point les explications du Professeur Symeonides, rapport américain, réponse à la question n° 4, B.3.

<sup>43</sup> Sur laquelle, voir le rapport américain, réponse à la question n° 4, B.3.

<sup>44</sup> En ce sens que les règles choisies régissent le contrat et n'ont pas la valeur de simples stipulations contractuelles, v. *supra* note 16; v. aussi Lagarde, *supra* note 20, p. 336, qui parle à cet égard d'un "choix de droit international privé."

<sup>45</sup> Voir cependant *supra* note 20, les solutions retenues au Venezuela par la Convention de Mexico et aux Etats-Unis par les Etats d'Oregon et de Louisiane.

Les différences entre justice étatique et justice arbitrale justifient-elles de telles distorsions de régime? Suffisent-elles à expliquer que le contrat sans loi produise la plénitude de ses effets devant l'arbitre et qu'il risque d'être privé d'une partie de ceux-ci devant le juge étatique?

Beaucoup de rapports nationaux en doutent et il est intéressant de rappeler ici les observations émises par les Professeurs Tagaras et Sabourin qui remarquent qu'une telle situation pourrait conduire à terme à la dévaluation de la justice étatique "avec des conséquences graves évidentes",<sup>46</sup> ou encore qu'il "ne paraît pas souhaitable qu'un traitement différent existe suivant que le litige qui survient soit soumis à l'arbitrage ou qu'il soit porté devant le juge étatique."<sup>47</sup>

25. Ces considérations sont renforcées par la transformation actuelle de la physionomie des règles non étatiques et par le succès que rencontrent certaines codifications d'origine non étatique qui offrent un ensemble de règles au caractère cohérent et systématique. Les principes UNIDROIT ou les principes du droit européen des contrats ont ainsi eu pour conséquence immédiate d'atténuer le reproche d'imprévisibilité et d'incertitude régulièrement adressé au droit non légiféré.

Sans doute ces qualités nouvelles attachées à certains corps de règles non étatiques, ne permettent-elles pas de lever l'ensemble des griefs formulés à l'encontre de celles-ci notamment celui de la légitimité des instances qui président à leur élaboration. Tout règle non étatique codifiée n'accède pas nécessairement à la juridicité, pas plus qu'elle ne présente de ce seul fait les qualités qui en rendent l'application nécessaire ou souhaitable.

Il reste qu'une telle évolution contribue inévitablement à réévaluer les critiques qui sont traditionnellement adressées au droit non étatique. Empêcher les parties de se prévaloir d'un ensemble de règles cohérent et accessible au seul motif qu'il n'émane pas d'autorités étatiques devient, en effet, singulièrement plus difficile à justifier.

Dans le prolongement de ces observations, il est remarquable de constater que la très grande majorité des rapports nationaux se prononce en faveur d'une évolution du statut du contrat sans loi devant le juge étatique vers laquelle s'oriente, au demeurant, la proposition de règlement Rome I. Toutefois, si le principe même de cette évolution n'est pas contesté, les contours et la portée exacte de celle-ci demeurent controversés.

## 2. Le contrat sans loi: perspectives d'évolution

26. Les perspectives d'évolution du contrat sans loi devant le juge étatique soulèvent de nombreuses interrogations auxquelles les rapports nationaux n'apportent pas de réponses

---

<sup>46</sup> Rapport grec, réponse à la question n° 7.

<sup>47</sup> Rapport canadien, p. 22.

toujours convergentes. Autant la description de l'état du droit positif révèle une certaine harmonie des solutions entre les systèmes, autant les réflexions autour de l'avenir du contrat sans loi traduisent d'importantes divergences doctrinales.

Le débat est en effet chargé d'un nombre important d'implications théoriques, puisqu'il s'agit de s'interroger sur les modalités de réception du droit non étatique au sein des ordres juridiques nationaux. Or, une telle entreprise renvoie à des questions éminemment complexes.

Celles-ci touchent d'abord à la théorie des sources et aux modalités de gestion du pluralisme des normes par des systèmes juridiques généralement dominés par le positivisme étatique. Se pose ainsi très concrètement la question de savoir comment doivent être pensées les relations du droit du for et des règles non étatiques.<sup>48</sup>

L'accueil de celles-ci au sein des ordres juridiques nationaux s'accompagne également d'implications d'ordre méthodologique; le droit non étatique prenant forme à travers des règles matérielles, c'est la place de la règle de conflit dans la réglementation des contrats internationaux qui, au delà de celle du droit étatique, se trouve posée.

Enfin le débat intervient en matière contractuelle, c'est-à-dire dans un domaine où la prévisibilité des solutions est primordiale, où le juridique l'emporte sur le judiciaire,<sup>49</sup> où les parties si elles souhaitent voir s'appliquer un droit approprié à leur différend entendent aussi que leurs attentes légitimes soient respectées.

27. C'est en prenant acte de ces différentes considérations que le questionnaire adressé aux rapporteurs nationaux a tenté de mettre en évidence les difficultés relatives à l'élaboration d'un modèle du contrat sans loi devant le juge étatique. Pour tenter de reproduire le plus fidèlement possible la teneur des réponses, on retiendra une division classique en matière de contrats internationaux en distinguant selon que les parties ont entendu ou non choisir de soumettre leur contrat aux règles de droit non étatiques. On constatera ainsi que si la possibilité pour les parties de procéder à un véritable choix de droit non étatique pour régir leur relation est fortement encouragée par la majorité des rapports nationaux (2.1), des réticences importantes entourent, en revanche, la possibilité de soumettre le contrat au droit non étatique à défaut de choix opéré en ce sens par les contractants (2.2).

---

<sup>48</sup> Voir en ce sens les observations du Professeur Berger, rapport allemand, réponse à la question n° 6: "modern conflict of laws-doctrine faces the formidable task of redefining the relationship between autonomous international commercial law on one side and domestic law on the other."

<sup>49</sup> Sur cette distinction, voir *infra* n° 56 et s.

## 2.1 La faveur au contrat sans loi fondé sur la volonté des parties: de l'incorporation au choix de droit

28. A de rares exceptions,<sup>50</sup> la nécessité de reconnaître aux parties la possibilité de choisir des règles de droit non étatiques pour régir leur contrat est généralement encouragée par les rapports nationaux.<sup>51</sup> L'objectif recherché est de substituer à la méthode de l'incorporation, un véritable choix de droit<sup>52</sup> analogue dans ses conséquences au choix d'une législation étatique.

Il ne faudrait pas conclure, pour autant, à un engouement sans précédent des rapporteurs nationaux pour la reconnaissance aux parties de cette nouvelle prérogative. Une certaine méfiance entoure, en effet, la réception du contrat sans loi dans les ordres juridiques nationaux.

L'incertitude affectant la teneur des règles d'origine non étatique, le souci de protéger la partie faible au contrat, la nécessité d'organiser l'articulation cohérente du droit étatique et du droit non légiféré conduisent à promouvoir un encadrement du contrat sans loi.

Des restrictions plus ou moins importantes à la volonté de parties sont ainsi préconisées. Elles visent d'abord le domaine du contrat sans loi et la détermination des personnes susceptibles de procéder à un choix de droit non étatique (2.1.1). Elles portent également sur la détermination de l'objet (2.1.2) et de la forme de ce choix (2.1.3) ainsi que sur les limites susceptibles d'en encadrer l'exercice (2.1.4).

### 2.1.1. Les personnes susceptibles d'exercer un choix de droit

29. Sur ce point, les rapports nationaux sont unanimes. L'admissibilité du contrat sans loi devant le juge étatique ne peut se faire au détriment de la protection de la partie faible. Aussi, est-il préconisé par tous les rapporteurs d'interdire les contrats sans loi qui seraient conclus avec des consommateurs, des travailleurs ou des locataires.

La méfiance à l'égard du droit non étatique est ici de mise. Ce n'est pas seulement l'incertitude affectant la teneur de celui-ci qui est dénoncée, c'est également son inaptitude

---

<sup>50</sup> Voir en ce sens les observations intéressantes du Professeur Moss, rapport norvégien, sous la question n° 6:

While the degree of freedom available to the parties would not increase significantly by permitting to choose a non state law, the degree of uncertainty would increase. This is only in part due to the difficulty of ascertaining the exact content of the *lex mercatoria*. Even assuming that the parties chose a codified restatement of the *lex mercatoria*, such as the UNIDROIT Principles or the PECL, there would be considerable uncertainty in respect for example of gaps and legal standards that need concretisation by the judge. These restatements have to be interpreted autonomously and in the light of principles of international trade: but how can any gaps be integrated or legal standards interpreted in the cases where there are no underlying principles and no generally acknowledged principles in international trade that permit autonomous interpretation?

<sup>51</sup> A la question de savoir s'il "serait aujourd'hui souhaitable que le choix par les parties du droit applicable à leur contrat puisse porter sur du droit non étatique (usages du commerce international, principes généraux du droit, *lex mercatoria*)", ont répondu par l'affirmative, non sans émettre toutefois certaines conditions relatives à l'encadrement du choix des parties, les rapporteurs allemand, croate, espagnol, grec, hongrois, italien, tchèque.

<sup>52</sup> Sur lequel, v. *supra* ns° 16 & 23.



à assurer une protection adéquate du contractant en situation de faiblesse. Le contrat sans loi, de l'avis de tous, devrait être réservé aux professionnels, et c'est en tenant compte de cette considération de départ qu'il convient d'envisager la suite des mesures relatives à l'encadrement du choix de droit opéré par les parties.

### 2.1.2. L'objet du choix

30. Sur quel type de règles peut porter le choix des parties? Faut-il les autoriser à désigner n'importe quelle règle de droit non étatique ou faut-il entourer ce choix de certaines restrictions et, dans l'affirmative, en fonction de quels critères?

La question est délicate et a fait l'objet dans les rapports nationaux de réponses prudentes et nuancées. La difficulté de déterminer un critère pertinent de sélection (2.1.2.1) semble inévitablement paver la voie à l'adoption de solutions qui n'échappent pas au risque d'incohérence (2.1.2.2).

#### 2.1.2.1. La difficulté de déterminer un critère pertinent de sélection

31. La tentative de déterminer les règles non étatiques susceptibles d'être désignées par les parties se heurte à la nécessité de concilier des données contradictoires.

D'une part, à partir du moment où l'on autorise les parties à choisir des règles non étatiques pour régir leur relation contractuelle, la limitation de ce choix à certaines règles au détriment d'autres risque d'être entachée d'un certain arbitraire à moins de disposer d'un solide critère de sélection. On comprend dès lors que certains rapporteurs se soient abstenus de poser des limites quant à l'objet même du choix des parties.<sup>53</sup>

D'autre part, la variété des règles non étatiques est telle que leur qualité est loin d'être uniforme. Du moins ne présentent-elles pas toutes les mêmes vertus de clarté, d'accessibilité et d'impartialité, de sorte qu'il paraît difficile de conférer aux parties un blanc-seing illimité qui les autoriserait à choisir celles qui leur conviendraient. Un critère de sélection est alors nécessaire, toute règle non étatique n'ayant pas vocation, au moins au regard de l'ordre du for, à s'appliquer aux relations contractuelles internationales.

Or la détermination de celui-ci est loin d'être évidente. Il ne s'agit certes pas de s'interroger ici sur la question insoluble des critères de la juridicité. L'ambition est infiniment plus modeste, puisqu'il convient plus simplement de se demander quelles sont les qualités que

---

<sup>53</sup> Voir en ce sens le rapport allemand et la réponse du Professeur Berger à la question n° 7:

The parties should be allowed to choose any set of a-national law they wish ... It may be sound practical advice for parties to international contracts to agree only on 'codified' a-national rules such as the UNIDROIT Principles or the principles and rules 'codified' in the CENTRAL transnational Law Database ... From a theoretical perspective, however, their choice must not be restricted to such codified rules.

doivent présenter les règles non étatiques pour que les Etats puissent tolérer que les parties à un contrat international les adoptent comme droit applicable à leur contrat. La lecture des rapports nationaux révèle à cet égard beaucoup d'hésitations.

32. Un premier critère qui semble recueillir la majorité des suffrages est celui de l'accessibilité des règles non étatiques choisies par les parties. L'essentiel dans cette perspective est d'éviter toute incertitude dans la détermination du droit applicable et de favoriser la désignation de règles dont le contenu est susceptible d'être clairement identifié. C'est donc la prévisibilité des solutions qui est ici privilégiée. La tentation est grande alors pour beaucoup de rapporteurs nationaux de conclure à la nécessité de limiter le choix des parties aux règles non étatiques qui ont fait l'objet d'une codification<sup>54</sup> et, à cet égard, les principes Unidroit ou les principes de droit européen des contrats sont considérés comme des modèles du genre. Ces propositions rejoignent d'ailleurs celles qui avaient été formulées par le Conseil des Barreaux<sup>55</sup> et par la Conférence des Notariats de l'Union Européenne<sup>56</sup> en réponse au livre vert de la Commission européenne sur la transformation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Voir en ce sens les réponses données à la question 7 par le rapport tchèque: "the possibility to choose Non-state rules should be confined only to generally known and codified rules", le rapport croate: "I absolutely endorse the choice of Non-State Law restricted to legal rules codified with internationally recognized institutions (in line with the formulation of art 3.1 Proposal for The Rome I. regulation)", le rapport italien: "I should think that easy access to the texts and their interpretation accessories (comments, case-law, cross references) may be a prerequisite to encourage the use of non-State law." For this reason I should privilege either the Unidroit or the European principles (PECL). ... adde la réponse du rapporteur à la question n°6: "An increase in the influence of international 'soft' sources of law, different from conventions and treaties, may be encouraged (according to 6 lette.a) under two conditions: that they are easily accessible, and that the case law applying them is published and readable"; le rapport japonais: "this possibility should be restricted to non-state rules which have been codified. Otherwise, it is difficult to identify exactly the content of the rule"; Voir aussi la position favorable à la codification exprimée par le rapport grec.

<sup>55</sup> Le choix des parties pour l'applicabilité d'une convention internationale ou des principes généraux du droit devrait être possible dès lors qu'ils sont applicables dans le droit de l'Etat membre concerné. Si la convention ou les principes sont codifiés dans le droit interne ou y sont assimilés d'une manière ou d'une autre (ou, bien entendu, s'ils sont partie intégrante du droit même), le choix des parties devrait être permis.

(Extrait de la réponse du Conseil des Barreaux au livre vert de la Commission européenne sur la transformation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire).

<sup>56</sup> Le notariat exprime pour sa part sa perplexité quant à l'application de règles qui n'offrent pas un texte codifié et qui peuvent faire surgir de considérables problèmes d'interprétation et d'application. Il est plus simple, au contraire, d'admettre le renvoi aux conventions internationales, qui constituent un texte codifié, faisant aussi souvent l'objet d'une élaboration jurisprudentielle.

(Extrait de la réponse du notariat au livre vert de la Commission européenne sur la transformation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire).

<sup>57</sup> La question n° 8 du livre vert était ainsi formulée: D'après vous, les parties doivent-elles pouvoir choisir directement une convention internationale, voire des principes généraux du droit? Quels sont les arguments pour ou contre une telle solution?

33. L'inconvénient d'une telle orientation consiste cependant dans le fait qu'elle conduit à subordonner la réception du droit non étatique dans les ordres juridiques nationaux à la perte de ce qui constitue un peu sa nature originaire: le caractère informel et spontané. Le Professeur Berger, rappelle ainsi la nécessité d'utiliser avec beaucoup de prudence le terme de 'codification', toute tentative de 'codifier' la *lex mercatoria* étant paradoxale compte tenu du caractère informel des règles qui composent celles-ci.<sup>58</sup> A cet égard, c'est moins la codification que la formulation ou la reproduction des règles qui composent la *lex mercatoria*, grâce au recensement qu'effectuent les banques de données qui contribue à favoriser la connaissance et la diffusion du droit non étatique. On comprend dès lors que le critère de la codification ne fasse pas toujours l'unanimité.<sup>59</sup>

Certains rapports le jugent ainsi trop restrictif et estiment qu'il n'y a pas lieu de priver les parties de la possibilité de choisir des règles non écrites et notamment des usages<sup>60</sup> pour régir leur contrat. Dans le prolongement de ces observations, on fait observer que la difficulté d'identifier le contenu des règles non codifiées, et notamment de la *lex mercatoria*, est largement surestimée.<sup>61</sup> A l'argument selon lequel la teneur de celle-ci n'est pas facilement déterminable, on oppose le fait que cette objection "est de nature graduelle" et que "l'application d'un droit étatique particulier peut aussi conduire à un résultat non attendu ou non prévisible par les deux parties."<sup>62</sup>

34. Non pertinent pour certains, le critère de la codification est encore jugé insuffisant par d'autres. Le Pr Symeonides rappelle ainsi à juste titre que toute codification ne constitue pas nécessairement un gage de qualité et d'impartialité des règles non étatiques. Tout dépend à cet

---

<sup>58</sup> Voir à cet égard les observations de l'auteur en réponse à la question n° 7:

It may be sound practical advice for parties to international contracts to agree only on "codified" a-national rules such as the UNIDROIT Principles or the principles and rules "codified" in the CENTRAL Transnational Law Database at [www.tldb.de](http://www.tldb.de). From a theoretical perspective, however, their choice must not be restricted to such codified rules. It should be noted in this context that the term "codification" must be used with great care:

Any attempt towards formal 'codification' of the *lex mercatoria* may appear paradoxical at first glance, given the high degree of informality of international business out of which these principles and rules emerge. However, 'Codification' should not be confused with formal, universal law making. Rather, the formulation of these principles and rules in black letter texts and reproduction of the sources serves two purposes: First, it helps to save the time and money that must be invested in thorough comparative research in order to determine the components of transnational law. Secondly, it allows the user to make his own judgement about the "comparative persuasiveness" of these sources. This individual judgement is always necessary since the New *Lex Mercatoria* escapes traditional ways of codification. The TLDB therefore does not 'codify' transnational law. It merely establishes a presumption that the principles and rules reproduced in it form part of this legal system.

<sup>59</sup> Voir à cet égard les critiques formulées par J.-P. Béraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi?*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (2005) p. 93 et s, spéc. p. 96.

<sup>60</sup> Voir les réponses du Dr Gabor Palasti à la question n° 7: "Uncodified usages should also come under party choice."

<sup>61</sup> I. Schwander, rapport suisse, B.IV.2.

<sup>62</sup> I. Schwander, rapport suisse, B.III.2.

égard de la réputation de l'enceinte qui préside au travail de codification.<sup>63</sup> Déjà perceptible dans la Convention de Mexico du 17 mars 1994,<sup>64</sup> une telle orientation est d'ailleurs reprise d'une certaine manière par la proposition de règlement Rome I qui, dans l'exposé des motifs, précise que les parties ne peuvent soumettre leur contrat à des "codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale."

35. On voit alors émerger à côté du critère de l'accessibilité de la règle, celui de l'impartialité de celle-ci. Incontournable, ce deuxième critère est pourtant singulièrement délicat à mettre en oeuvre. Il suppose, en effet, une appréciation du degré d'indépendance et de neutralité des instances internationales ou des associations professionnelles qui président à l'élaboration des règles non étatiques. Une telle démarche ne va cependant pas sans risque, toute erreur d'appréciation en la matière risquant d'être fatale pour l'auteur et pour la victime.

Ces interrogations reflètent bien le malaise qu'éprouvent les juristes à proposer un critère opérationnel pour sélectionner parmi les règles non étatiques celles qui sont susceptibles d'être choisies par les parties. A essayer de résumer les lignes force qui émanent des rapports nationaux, il apparaît qu'à défaut d'un critère pertinent de sélection, c'est d'abord une directive générale qui est proposée pour identifier les règles non étatiques susceptibles de faire l'objet d'une élection de droit: celles – ci devraient avant tout satisfaire à des exigences d'accessibilité et d'impartialité. Mais que l'on vienne à préciser l'une ou l'autre de ces deux exigences et les divergences réapparaissent assez rapidement. L'on s'en aperçoit avec particulièrement de netteté lorsqu'il s'agit d'identifier concrètement les règles susceptibles d'être choisies.

#### 2.1.2.2. Le risque de solutions incohérentes

36. Il est difficile à partir des rapports nationaux d'établir une liste très précise des règles non étatiques susceptibles d'être choisies par les parties. Tout au plus peut-on dégager quelques certitudes et beaucoup d'hésitations.

---

<sup>63</sup> Voir à ce sujet les observations de l'auteur dans la réponse à la question n° 7:

However, there are legitimate objections regarding the content of other codifications ... There also exist collections or compilations, such as those drafted by banking groups or other groups with parallel economic interests which deserve much closer scrutiny.

<sup>64</sup> L'article 9 al 2 de la Convention dispose, en effet, que

Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs identifiés dans le contrat en vue de déterminer la loi de l'Etat avec lequel il a les liens les plus étroits. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international *reconnus par les organisations internationales*

(C'est nous qui soulignons).

les certitudes:

38. Parmi les règles dont l'application recueille tous les suffrages, figurent d'abord les principes UNIDROIT et les principes du droit européen des contrats qui sont d'une certaine manière plébiscités par les rapports nationaux comme l'exemple type de règles qui seraient susceptibles de faire l'objet d'une élection de droit par les parties. Tous les rapports vantent à cet égard la qualité de la rédaction de leurs dispositions ainsi que l'impartialité des instances qui ont présidé à leur élaboration.

39. Certains rapports, notamment les rapports grec, italien et canadien évoquent également la possibilité d'autoriser les parties à choisir comme droit applicable à leur contrat les dispositions d'une convention internationale alors même que les conditions d'application de celles-ci ne seraient pas réunies. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises est citée à titre d'exemple. Les juridictions nationales n'ont pas souvent eu l'occasion de se prononcer sur la question, mais le faible nombre de décisions rendues révèle des divergences réelles à ce sujet.<sup>65</sup> Ces divergences se retrouvent également dans les réponses apportées sur ce point au livre vert de la Commission sur la communautarisation et la modernisation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 lesquelles, comme le rappelle le Professeur Tagaras, n'ont pas permis de déceler une tendance dominante dans l'un ou l'autre sens.<sup>66</sup>

40. L'hypothèse ainsi envisagée pose d'intéressantes difficultés théoriques.

---

<sup>65</sup> Voir à cet égard, d'une part les décisions néerlandaises citées par le Professeur Sabourin, rapport canadien, 1.2, p. 11 qui fait référence sur ce point aux travaux du Professeur K. Boele-Woelki. "Madame Boele-Woelki mentionne une décision néerlandaise où la Cour a reconnu le choix des parties à un contrat de transport routier international d'une convention internationale (CMR) qui ne leur était pas applicable: Hoge Raad, 26 mai 1989 (Zerstegen c. Norfolk Line, Schip en Schade, 1989, 94, NJ, 1992, 105, note J. C. Schultsz)." K. Boele-Woelki, *Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts*, 1996 Rev. Dr. Unif. 652, 665-666, note 4, 665-666. Adde en France à propos d'une clause Paramount, Com, 4 février 1992, note P. Lagarde, 1992 Rev. crit. dip. 495. La haute juridiction tout en acceptant que les parties puissent se soumettre à la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, alors même que les conditions d'application de celle-ci ne sont pas réunies, interdit aux contractants de s'affranchir des dispositions impératives de la Convention choisie. C'est dire que le choix des parties est assimilé à un véritable choix de droit et que les dispositions conventionnelles ne sont pas incorporées au contrat. Contra. La décision du Tribunal de Padoue du 11 janvier 2005 citée par le Professeur Ferreri, rapport italien, réponse à la question n° 3. Dans cette décision, le tribunal rappelle que:

A reference by the parties to non-State rules of supranational or transnational character such as the *lex mercatoria*, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as well as the CISG when the Convention is not *per se* applicable cannot be considered a veritable choice-of-law clause by the parties, but only amounts to an incorporation of such rules into the contract, with the consequence that they will bind the parties only to the extent that they do not conflict with the mandatory rules of the applicable domestic law.

<sup>66</sup> Rapport grec, réponse à la question n° 7.

Une convention internationale n'est pas, de toute évidence, une règle de droit non étatique et l'on pourrait se demander *a priori* si la question entre dans le champ d'application du présent rapport. Mais la parenté avec la question du contrat sans loi est somme toute assez proche. Les règles contenues dans la Convention n'ayant pas vocation à s'appliquer en vertu de celle-ci, les parties souhaitent malgré tout se soumettre à ses dispositions qui font figure ici d'un corps de règles de référence. Au fond, il s'agit de se demander si les parties peuvent élire des règles de droit dont l'application n'est pas prévue par un ordre juridique étatique. Leur refuser cette prérogative alors même que l'on se montre prêt à admettre des clauses d'élection de droit non étatique risque d'être difficile à justifier sur le plan théorique.

Partant de là, il nous paraît souhaitable de donner suite aux propositions formulées par les rapport grec<sup>67</sup> et d'admettre que, sous réserve des limites apportées au choix du droit opéré par les parties,<sup>68</sup> celui-ci puisse être étendu à des conventions internationales alors même que les conditions d'application de celles-ci ne seraient pas réunies.

41. Une telle orientation est au demeurant en harmonie avec les directives préconisées par les rapports nationaux pour déterminer les qualités requises des règles non étatiques susceptibles d'être choisies par les parties. Les conventions internationales, présentent en effet un ensemble de règles accessibles, dont la teneur est facile à identifier et dont l'élaboration sous l'égide des Etats n'encourt pas le reproche de partialité qui est parfois adressé à des règles émanant d'instances privées.

Les hésitations:

42. Si l'on met de côté les principes Unidroit, les principes européens du droit des contrats et les conventions internationales, on retrouve une grande incertitude s'agissant du reste des règles non étatiques en mesure d'être désignées par les parties.

a. La possibilité de faire référence à la *lex mercatoria*, ne suscite pas beaucoup d'enthousiasme de la part de la majorité des rapporteurs nationaux.<sup>69</sup> Il est d'ailleurs significatif que la proposition de règlement Rome I, estimant la notion 'insuffisamment précise', l'exclut expressément dans l'exposé des motifs. Ces réticences à l'égard de la *lex mercatoria* suscitent au demeurant une certaine perplexité compte tenu du fait que tant les rapports nationaux que la proposition de règlement se montrent favorables à la possibilité pour les parties de choisir les Principes Unidroit ou les principes européens de droit des contrats comme corps de règles applicables à leur contrat.

---

<sup>67</sup> Voir à cet égard, la réponse du Professeur Tagaras à la question n° 7.

<sup>68</sup> *Infra* n°s 48 et s.

<sup>69</sup> *Contra* les positions beaucoup plus accueillantes des rapports allemand et suisse.

Est-ce à dire que la condamnation de la *lex mercatoria* n'est pas générale et qu'il convient d'opérer un tri au sein de ses différentes composantes pour ne retenir que celles qui paraissent revêtir les qualités susceptibles de les rendre éligibles par les parties? Ou faut-il retenir une interprétation plus radicale selon laquelle les principes ne feraient pas partie de la *lex mercatoria*.<sup>70</sup>

Cette dernière éventualité serait d'autant plus paradoxale que les Principes eux-mêmes prévoient qu'ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par "les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou une expression similaire."<sup>71</sup>

Il est pourtant remarquable de constater que les rapports nationaux proposent une lecture divergente des relations qu'entretiennent les Principes UNIDROIT et la *lex mercatoria*<sup>72</sup> et que le fait d'appréhender les seconds comme une composante de la première ne fait pas l'unanimité.<sup>73</sup> C'est en tout cas le signe que l'imprécision de la notion est telle qu'il vaut mieux éviter les clauses d'élection de droit qui se contenteraient d'y faire référence sans précision supplémentaire. Aussi ne peut-on que souscrire aux propositions du Professeur Schwander qui préconise à cet égard qu'il soit joint au contrat une annexe contenant les sources de la *lex mercatoria* applicable à celui-ci.<sup>74</sup>

b. D'autres règles non étatiques qui seraient susceptibles d'être choisies par les parties, tels que les usages du commerce international, ne suscitent pas non plus beaucoup d'engouement de la part des rapporteurs qui, le plus souvent, les passent sous silence. Là encore, les

---

<sup>70</sup> Sur l'ensemble de la question, voir P. Mayer, *Principes Unidroit et Lex mercatoria*, in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit commercial international et européen* (2004) p. 31 et s.

<sup>71</sup> Voir par exemple l'article 1: 101 (3) des principes du droit européen des contrats; Adde le Préambule des principes UNIDROIT.

<sup>72</sup> Voir par exemple les observations du Professeur Moss, rapport norvégien, "International contracts between common law and civil law: is non-state law to be preferred? The difficulty of interpreting legal standards such as good faith" p. 20: "The UNIDROIT Principles and the PECL, on the contrary, and to a certain extent also the CISG, provide more extensive regulations, that are meant to be capable of regulating the effects of a legal relationship to the exclusion of a governing law. They represent, therefore, a special quality of sources within the *lex mercatoria*. Not only are they codified, and therefore easy to assess, they are also systematic and general in their scope, and therefore potentially applicable to all types of contracts and to all legal questions arising in connection therewith", *Contra*. les observations du Professeur Stanivukovic, rapport serbe, 2b: "Statements of general principles of international contract law by UNIDROIT and by the Commission for European Contract Law in the preceding decade have been noted as a novelty by the domestic legal theory. The Principles have been translated to Serbian and discussed by legal scholars. Their significance for the future development of international contract law is by no means underestimated. However, they are recognized primarily as an academic effort and are not truly considered as part of *lex mercatoria*."

<sup>73</sup> Pour les auteurs qui considèrent que le critère de la *lex mercatoria* réside dans le caractère non étatique des règles qui la composent, les principes Unidroit et les principes européens du droit des contrats constituent à n'en pas douter des manifestations de la notion. Pour ceux qui mettent davantage l'accent sur le caractère spontané de la *lex mercatoria* et sur le fait qu'elle émane de la société des opérateurs du commerce international le caractère académique des principes comme le rappelle le Professeur Stanivukovic (rapport serbe 2.b), s'oppose à une telle assimilation.

<sup>74</sup> Rapport suisse, B. IV.1.b et plus généralement le point C et les conclusions de l'auteur.

hésitations et les réticences laissent perplexes notamment au regard des usages codifiés dont le caractère accessible peut difficilement être contesté. On pense ici en particulier aux Incoterms ou encore aux Règles et usances de la CCI en matière de crédit documentaire.<sup>75</sup>

43. En définitive, la question de la détermination du droit non étatique susceptible d'être choisi par les parties reflète un certain embarras de la part des rapports nationaux. Cet embarras est au demeurant aisément compréhensible. Le souci d'étendre l'autonomie de volonté en autorisant les parties à choisir des règles non étatiques pour régir leur contrat a certes été encouragé par l'émergence, en dehors des instances gouvernementales, de corps de règles présentant des qualités certaines de cohérence et d'impartialité. Mais ces qualités sont loin d'être l'apanage de l'ensemble des règles non légiférées.

Il paraît dès lors normal que l'ouverture des ordres juridiques nationaux au droit non étatique ne puisse s'opérer de manière inconditionnelle. L'inconvénient est que la sélection parmi les règles non étatiques de celles qui méritent ou non le label de qualité n'est pas toujours satisfaisante d'un point de vue théorique. Les hésitations des rapports nationaux le montrent bien.

Ces hésitations ne manqueront pas de rejaillir lors de la formulation des règles de droit international privé d'origine nationale ou conventionnelle.

44. La question reste entière en effet de savoir s'il convient d'adopter une solution inévitablement arbitraire mais garante de la sécurité juridique qui consisterait à énumérer strictement les règles non étatiques susceptibles d'être choisies par les contractants (Principes Unidroit, principes européens des contrats, conventions internationales), ou s'il est préférable d'adopter une formule très générale autorisant les parties à choisir 'le droit' applicable à leur contrat, avec le risque toutefois d'étendre à l'excès le domaine de l'autonomie de la volonté, et surtout d'introduire une certaine imprévisibilité lorsque la clause de choix de droit serait formulée de manière imprécise. La solution retenue par la proposition de Règlement Rome I combine à sa manière les deux orientations sans que l'on ne sache cependant si cette voie du compromis sera aisément praticable.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Voir à ce propos S. Bostanji, *De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique*, 2005 Clunet 1067.

<sup>76</sup> En adoptant dans l'article 3. 2 une formule aux termes de laquelle: "Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire", les rédacteurs ont consacré une orientation très générale, qui n'est pas très explicite, faisant du critère assez vague de la "reconnaissance au niveau international ou communautaire" un instrument de sélection rendant éligibles par les parties les règles non étatiques qui en bénéficieraient.

A cette première directive s'ajoutent dans les motifs du projet de règlement d'importantes précisions montrant que la formule ainsi retenue vise à "autoriser notamment le choix des principes Unidroit, des principes du droit européen des contrats ou d'un éventuel futur instrument communautaire optionnel, tout en interdisant le choix de



### 2.1.3. La forme du choix

45. A supposer admise la possibilité pour les parties de soumettre leur contrat à des règles de droit non étatiques, ce choix devrait-il être exprimé de manière explicite ou pourrait-on admettre que le juge donne effet à un choix tacite des parties?<sup>77</sup>

46. Les réponses varient sensiblement, là encore, en fonction des rapports nationaux. Certains rapports mettent ainsi en avant la nécessité de respecter la volonté des parties peu importe que celle-ci se révèle de manière explicite ou tacite.<sup>78</sup> Ils manifestent également le souci de traiter de la même manière le choix de loi et le choix de droit (non étatique) opéré par les parties.<sup>79</sup> Le rapport allemand propose d'ailleurs que le choix implicite ne soit pris en compte que si conformément aux exigences posées par l'article 3.1 de la Convention de Rome, il "résulte de façon certaine des dispositions du contrat et des circonstances de la cause."<sup>80</sup>

47. D'autres rapports soulignent, en revanche, leur attachement à un choix explicite seul à même de garantir la prévisibilité des solutions et l'attente légitime des parties.<sup>81</sup> Il peut être intéressant ici de mentionner les suggestions du Professeur Schwander et celles du Professeur Pauknerova<sup>82</sup> qui rappellent la nécessité d'une certaine diligence des parties "lors de la formulation du contrat" et qui préconisent à cet égard que le "contenu contractuel" soit "stipulé si possible de manière détaillée et précise",<sup>83</sup> et qu'il soit joint au contrat une annexe précisant les règles de droit non étatiques applicables à celui-ci.<sup>84</sup>

---

la *lex mercatoria* insuffisamment précise ou de codifications privées qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale."

La liste ainsi énoncée n'est pas limitative. Elle permet de connaître le sort qui sera réservé à certaines clauses de choix de droit, mais elle laisse dans l'ombre beaucoup d'autres qui devront par voie de conséquence se plier au test de la reconnaissance au niveau international ou communautaire avec les incertitudes qui s'y attachent.

<sup>77</sup> Voir à cet égard la question n° 7 a.

<sup>78</sup> Voir en ce sens les réponses à la question n° 7 des rapports allemand, croate, hongrois, japonais.

<sup>79</sup> Voir à cet égard, la réponse du Professeur Moss, rapport norvégien, réponse n° 7: "Should the choice of a non-state law be allowed (which, as explained above, does not seem advisable), it should probably be subject to the same rules as the choice of a state law."

<sup>80</sup> V. en ce sens les observations du Professeur Berger, réponse n° 7.

<sup>81</sup> Voir en ce sens les réponses à la question n° 7 des rapports grec, tchèque, serbe et américain. Voir aussi les observations du Professeur Sabourin, rapport canadien, p. 22: "Cependant, il ne devrait être donné effet qu'au choix exprès de parties relativement commercialement sophistiquées."

<sup>82</sup> Voir sur ce point, le rapport tchèque, réponse à la question n° 7 a.

<sup>83</sup> Rapport suisse, B. IV.1.b et plus généralement le point C et les conclusions de l'auteur.

<sup>84</sup> *Id.*

#### 2.1.4. Les limites du choix:

48. A quelle(s) limite(s) se heurte l'application des règles non étatiques choisies par les parties?

La question ainsi posée soulève d'importantes difficultés liées à la fois aux sources et aux méthodes du droit international privé.

##### 2.1.4.1. Les limites tirées des sources du droit international privé: la primauté du droit étatique

49. La reconnaissance aux parties du pouvoir de choisir des règles d'origine non étatique pour régir leur contrat constitue incontestablement une ouverture des systèmes nationaux à la théorie du pluralisme des sources du droit. Il ne convient pas pour autant de surestimer les difficultés d'ordre théorique qui seraient attachées à une telle orientation. La réception du droit non étatique n'est en effet rendue possible que grâce à l'adoption d'une règle de conflit du for. Le droit non étatique ne s'applique que dans la mesure où le droit étatique l'y autorise et dans les limites que celui-ci lui fixe. On se trouve alors en présence d'un pluralisme qui, selon l'expression de Bruno Oppetit, ne récuse pas la primauté du droit étatique.<sup>85</sup>

Reste à savoir quel est le droit étatique compétent pour fixer des limites au droit non étatique choisi par les parties ? La question se déplace alors sur le terrain des méthodes du droit international privé.

##### 2.1.4.2 Les limites tirées des méthodes du droit international privé

50. Il est certain que les lois de police du for, et éventuellement les lois de police étrangères, de même que l'exception d'ordre public international ont ici vocation à déployer leurs effets. Les rapports nationaux sont unanimes sur ce point.<sup>86</sup> La proposition de règlement Rome I est également en ce sens. Une telle orientation n'a d'ailleurs rien de surprenant. A partir du moment où les lois de police peuvent limiter l'application de la loi étatique choisie

---

<sup>85</sup> B. Oppetit, *Sur la coutume en droit privé*, Droits (1986), p. 39 et s, spéc., p. 42-43.

<sup>86</sup> L'unanimité se fait à tout le moins autour des lois de police, l'ordre public international n'étant pas souvent évoqué dans les rapports nationaux sans doute parce que le mécanisme a de moins en moins vocation à intervenir en matière contractuelle où il est aujourd'hui très concurrencé par les lois de police.

par les parties, elles peuvent tout autant limiter celle du droit non étatique<sup>87</sup> et, en toute hypothèse, comme l'observe le Professeur Tagaras "le régime de ces règles non étatiques ne pourra pas être plus avantageux que celui du droit étranger étatique."<sup>88</sup>

51. La question de savoir si des règles étatiques distinctes des lois de police ont également vocation à apporter des limites au choix des parties est, en revanche, plus controversée.

Elle se pose notamment à propos de la loi objectivement applicable au contrat. Faut-il admettre que les dispositions impératives de cette loi puissent tenir en échec les règles non étatiques désignées par les contractants?

Envisageant la question au regard des solutions actuelles du droit positif, certains rapports nationaux répondent par l'affirmative.<sup>89</sup> D'autres se prononcent en toute hypothèse pour le recours aux dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix.<sup>90</sup> Enfin, certains rapporteurs se montrent plus prudents préférant ne pas adopter de position fixe.<sup>91</sup>

52. Il nous semble que la réponse à la question diffère profondément selon que le droit non étatique choisi par les contractants est incorporé au contrat ou selon qu'il s'applique en vertu d'un véritable choix de droit opéré par les parties.<sup>92</sup> Dans la première hypothèse, dont a vu qu'elle équivalait à une absence de choix, il est normal que le juge désigne la loi objectivement applicable au contrat et qu'il veille à l'application des dispositions impératives de celles-ci. C'est la solution préconisée par beaucoup de rapports nationaux qui envisagent la réponse à la question posée de *lege lata*.

Dans la seconde, en revanche, dès lors que le choix du droit non étatique est analogue à un choix de loi, c'est le droit non étatique, et lui seul, qui constitue *la lex contractus*. Il n'y a plus lieu alors de rechercher la loi objectivement applicable au contrat.<sup>93</sup> Décider du contraire

---

<sup>87</sup> Voir d'ailleurs en ce sens la réponse à la question n° 9 du Professeur Ferreri, rapport italien:

As far as it is possible to observe in the practice followed by judges in Italy (and the view prevailing in the literature available), the usual course of thinking does not give them (non state rules) any high priority: in so far as any State law is limited in its application by the provisions of the Rome convention concerning mandatory rules recalled by art. 3, 5 and 6 and those of the *lex fori* mentioned in art. 7, also the *lex mercatoria* should be similarly restricted.

<sup>88</sup> Rapport grec, réponse à la question n° 9.

<sup>89</sup> Voir à cet égard les réponses du Professeur Stanivukovic, rapport serbe et monténégrin, 2.c:

Should a choice of non-state rules be considered by a State judge, the limits are likely to be even stricter. As previously indicated, judges might give effect to such a clause, but they would surely treat it as a substantive choice (incorporation), meaning that the applicable law would be ascertained anyway, and its mandatory provisions, that cannot be derogated from by contract (even if they are not mandatory in the international sense), would have priority over any chosen non-state rules

adde la réponse du Professeur Kanzaki, rapport japonais, à la question n° 9.

<sup>90</sup> Voir la réponse à la question n° 9 du Professeur Symeonides, rapport américain.

<sup>91</sup> Rapport grec, réponse à la question n° 9.

<sup>92</sup> V. *supra* n° 16.

<sup>93</sup> V. sur ce point Lagarde, *supra* note 20, p. 336.

serait aussi surprenant que d'imposer à des contractants qui auraient choisi le droit italien pour régir leur contrat de respecter les dispositions impératives du droit espagnol applicable à défaut de choix. L'obstacle est donc avant tout d'ordre méthodologique.

53. Pour les mêmes raisons, il convient de se demander si une position analogue ne devrait pas être adoptée en cas de lacunes du droit non étatique choisi par les parties et si, dans ce cas figure, plutôt que de se tourner vers la loi objectivement applicable au contrat, il ne faudrait pas faire appel à la loi du for en raison de la vocation subsidiaire de celle-ci. Il suffit de raisonner là encore par analogie avec les solutions applicables en cas de choix d'une loi étatique par les parties. Dans une telle hypothèse, les lacunes ou les insuffisances du droit étatique désigné par les contractants n'ont pas pour effet de conduire le juge à solliciter la loi objectivement applicable au contrat.

La proposition de règlement Rome I adopte, on le sait, une solution contraire.<sup>94</sup> C'est sans doute le signe que le passage de l'incorporation au choix de droit n'est pas encore pleinement mesuré.

## 2.2. Les réticences à l'encontre de l'application du droit non étatique indépendamment de la volonté des parties

54. Si tous les rapporteurs nationaux se prononcent en faveur de la nécessité d'autoriser les parties à choisir des règles de droit non étatiques pour régir leur contrat, en revanche la possibilité pour le juge d'appliquer ces règles à défaut de choix opéré par les contractants, suscite beaucoup de réticences. Un seul rapport, le rapport hongrois, est prêt à admettre une telle évolution.<sup>95</sup> Le rapport canadien juge l'hypothèse problématique, mais n'exclut pas que "les spécificités des contrats commerciaux internationaux puissent justifier d'accorder un tel pouvoir aux tribunaux tant étatiques qu'arbitraux."<sup>96</sup>

Plus nuancé, le rapport espagnol affirme que "la question n'a pas encore reçu une réponse de principe et reste ouverte pour l'avenir."<sup>97</sup>

Se prononcent, en revanche, clairement contre une telle évolution les rapports croate et américain.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Voir à cet égard l'article 3.2 alinéa 2:

Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement.

<sup>95</sup> Voir la réponse du Dr Palasti à la question n° 10.

<sup>96</sup> Voir à cet égard, les observations du Professeur Sabourin, rapport canadien, 3. p. 23.

<sup>97</sup> Voir la réponse du Professeur Asin à la question n° 10.

<sup>98</sup> Voir les réponses des deux rapporteurs à la question n° 10.

On remarquera que la proposition de règlement Rome I adopte une telle orientation, puisqu'elle subordonne l'application des règles non étatiques à la volonté des parties et qu'à défaut de celle-ci, elle ne reconnaît pas au juge la possibilité d'y avoir recours.

55. Cette méfiance à l'encontre du droit non étatique lorsque les parties n'en ont pas réclamé l'application est-elle fondée et faut-il refuser sur ce point d'établir une symétrie avec les solutions retenues en matière d'arbitrage?

Au soutien de cette réticence, les rapports nationaux invoquent essentiellement la volonté des parties. C'est elle qui justifierait le défaut de symétrie sur ce point entre le régime du contrat sans loi devant l'arbitre et devant le juge étatique. Le rapport américain fait ainsi remarquer que lorsque les parties adoptent une clause compromissoire qui n'est pas accompagnée d'une clause de choix de droit, il ne paraît pas illogique de supputer qu'elles aient pu vouloir soumettre leur contrat à des règles non étatiques. En revanche, il serait beaucoup moins logique de considérer que les parties s'attendent à l'application du droit non étatique lorsque leur contrat ne contient ni clause de choix de droit ni clause compromissoire.<sup>99</sup> Le rapport croate abonde dans le même sens en observant que l'absence de référence par les parties au droit non étatique signifie qu'elles s'attendent, en toute hypothèse, à ce que leur contrat soit régi par une loi étatique.<sup>100</sup>

56. On pourra objecter à cette analyse qu'elle fait sans doute la part trop belle à la volonté des parties dans une hypothèse où, par principe, celles-ci n'en ont manifesté aucune. Mais l'idée d'attente légitime des parties qui la sous-tend paraît difficilement contestable. Car davantage peut-être que la volonté des parties, c'est surtout la prévisibilité des solutions qui est ici en jeu.

Il est certain qu'autoriser le juge, à défaut de choix des parties, à faire application de règles de droit non étatiques, c'est prendre le risque d'introduire une certaine dose d'incertitude quant à la détermination du droit applicable. Il suffit pour s'en convaincre de comparer à titre d'exemple les solutions actuelles du droit international privé français des contrats, à celles qui résulteraient d'une éventuelle modification autorisant le juge à avoir recours au droit non étatique à défaut de choix de droit opéré par les parties.

En vertu de l'article 4.2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, c'est aujourd'hui la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique qui a vocation à s'appliquer. Cette loi est donc connue avec certitude par les parties qui, en cas de litige, peuvent évaluer au regard de ses dispositions les concessions réciproques nécessaires à une bonne transaction. Si l'on ajoute, en revanche, à cette règle de conflit une directive

---

<sup>99</sup> Voir les observations du Prof. Symeonides, rapport américain, réponse à la question n° 10.

<sup>100</sup> Voir les observations du Dr Zupan, rapport croate, réponse à la question n° 10.

générale autorisant le juge à appliquer à défaut de choix “des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire”, on prend le risque d’hypothéquer la possibilité pour les parties de connaître à l’avance avec certitude le droit applicable et de procéder par voie de conséquence aux transactions nécessaires. Or l’incertitude ne convient guère à la matière du droit des contrats qui “appartient plutôt au monde du juridique qu’au monde du judiciaire.”<sup>101</sup> C’est l’idée mise en avant par Henri Batiffol et développée en France par M. Yves Lequette selon laquelle “la vie juridique existe en dehors de la vie judiciaire.”<sup>102</sup> Elle repose toute entière sur le fait que “s’il est des matières, tel le divorce, qui revêtent nécessairement un caractère judiciaire, il en est d’autres dans lesquelles le juge n’a vocation à intervenir qu’exceptionnellement, à la marge. Ainsi en est-il des régimes matrimoniaux ou des successions, dans lesquels le notaire joue le rôle premier et dont les règles reçoivent le plus souvent application, sans qu’un juge ait à y passer.”<sup>103</sup> Or, comme l’observe M. Lequette, les contrats ont “naturellement vocation à relever du second groupe.”<sup>104</sup>

57. Lorsque la détermination du droit applicable est entachée d’incertitudes en raison de directives particulièrement vagues adressées au juge ou en raison des hésitations qui entourent la teneur des règles qui ont vocation à régir le contrat, le risque de ‘judiciarisation’ de la matière est inévitable. La nécessité de passer par le juge pour connaître la teneur du droit applicable fragilise alors nécessairement la sécurité des transactions.

Que cette incertitude du droit applicable soit déjà à l’œuvre devant l’arbitre, ne constitue pas un argument suffisant, la symétrie des solutions en la matière n’étant pas une fin en soi, notamment compte tenu des spécificités de la justice arbitrale.

En définitive, il apparaît que la réception éventuelle du droit non étatique dans les ordres juridiques nationaux ne va pas sans difficultés. Si tous les rapports nationaux sont prêts à admettre la nécessité d’une ouverture des ordres étatiques en direction du contrat sans loi, celle-ci est loin d’être inconditionnelle. La dualité de statuts du contrat sans loi, qui reçoit un traitement différent devant l’arbitre et devant le juge n’est pas supprimée. Elle est simplement atténuée. C’est sans doute le signe que justice étatique et justice arbitrale ne sont pas prêtes d’être fongibles.

---

<sup>101</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé de la famille à l’épreuve des Conventions internationales*, 1994(II) RCADI 9 et s, spéc. p. 70.

<sup>102</sup> H. Batiffol, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, 139(II) RCADI 96 et s (1973).

<sup>103</sup> Y. Lequette, *supra* note 100.

<sup>104</sup> Y. Lequette, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Mélanges P. Didier* (à paraître).

## Questionnaire

- 1) L'expression de 'contrat sans loi' est-elle connue de votre système juridique? Est-elle utilisée par la jurisprudence ou par la doctrine?
- 2) Quelle définition exacte recouvre-t-elle?
  - a. Celle d'un contrat qui n'est soumis à aucune *règle de droit* et dont le régime juridique repose exclusivement sur les clauses du contrat, c'est-à-dire sur la volonté des parties?
  - b. Celle d'un contrat qui n'est soumis à aucune *loi étatique* mais qui est néanmoins régi par des règles de droit non étatiques telles que les usages, les principes généraux du droit, la *lex mercatoria*, etc.
  - c. L'une et l'autre de ces définitions?
  - d. Une autre définition?
- 3) Compte tenu de la diversité des définitions exposées dans la question n°2 la distinction du 'contrat sans droit' (au sens de la définition donnée en 2a) et du 'contrat sans loi' (au sens de la définition donnée en 2b) vous paraît-elle pertinente? Est-elle retenue par la doctrine de votre pays?
- 4) Existe-t-il au sein de votre système juridique une prohibition des 'contrats sans loi'? Cette prohibition est-elle le fait de la loi ou de la jurisprudence et que recouvre-t-elle précisément?
  - a. Les contrats sans droit au sens de la définition donnée en 2 a?
  - b. Les contrats sans loi étatique au sens de la définition donnée en 2 b?
  - c. Les deux aspects de la définition?
- 5) Dans le cas où votre système juridique manifeste une certaine hostilité à l'égard des contrats sans loi étatique (au sens de la définition donnée en 2b), quels sont, par ordre d'importance, les principaux obstacles qu'il oppose à l'admissibilité de ce type de contrat?
  - a. Des obstacles tirés de la théorie des sources du droit et plus généralement le souci de cantonner l'application du droit non étatique en confinant celui-ci dans un statut subsidiaire par rapport au droit étatique.
  - b. Des obstacles tirés des méthodes de droit international privé : le droit non étatique conduisant à un recul certain de la méthode conflictuelle au profit de celle des règles matérielles.
  - c. La crainte d'un rôle démesuré dévolu à la volonté des parties et le souci corrélatif de protéger la partie faible au contrat.
  - d. Les difficultés d'identifier avec précision le contenu d'un nombre important de règles non étatiques et les risques d'imprévisibilité des solutions qui en résultent.
- 6) Pensez-vous qu'il serait aujourd'hui souhaitable
  - a. que le choix par les parties du droit applicable à leur contrat puisse porter sur du droit non étatique (usages du commerce international, principes généraux, *lex mercatoria*, etc)?
  - b. Dans l'affirmative, cette possibilité de choix devrait-elle se limiter aux contrats soumis à l'arbitrage, comme c'est déjà le cas dans de nombreux systèmes juridiques, ou faut-il également l'étendre aux contrats internationaux qui sont portés devant le juge étatique?

Seriez-vous alors d'avis que les conventions internationales portant unification de la loi applicable aux contrats internationaux soient modifiées en ce sens?  
(A titre d'exemple l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles devrait-il être modifié de manière à autoriser les parties à soumettre leur contrat au 'droit' et non plus seulement à la 'loi' de leur choix?)
  - c. La possibilité pour les parties de soumettre leur contrat à des règles de droit non étatiques pourrait-elle être admise quelle que soit la qualité des parties au contrat ou devrait-elle être limitée aux relations contractuelles qui se nouent entre deux professionnels? Plus généralement, faut-il supprimer cette possibilité de choix en présence de certains types de contrat tel que le contrat de consommation par exemple?
- 7) A supposer admise la possibilité pour les parties de soumettre leur contrat à des règles de droit non étatiques, quelles pourraient être l'étendue et la portée du choix opéré par les parties?
  - a. Ce choix devrait-il être exprimé de manière explicite ou pourrait-on admettre que le juge donne effet à un choix tacite des parties et dans quelles conditions?
  - b. Les parties pourraient-elles désigner les règles non étatiques de leur choix ou faut-il limiter leur possibilité de choix à des règles non étatiques codifiées (ex: principes Unidroit ou principes du droit européen des contrats, usages CCI etc.)?
  - c. Les parties pourraient-elles puiser à différents corps de règles non étatiques et procéder ainsi à un dépeçage du contrat ou faut-il limiter cette possibilité au respect nécessaire des dispositions impératives qui figurent dans certains corps de règles non étatiques (Article 1. 5 Principes Unidroit ) ou encore à d'autres conditions?
- 8) Dans quelle mesure le juge étatique peut-il être lié par un choix de droit non étatique opéré par les contractants?
  - a. Doit-il respecter scrupuleusement la volonté des parties?
  - b. Faut-il au contraire admettre qu'il doive toujours rechercher la loi applicable au contrat à défaut de choix, afin soit de compléter les règles non étatiques choisies par les parties, soit éventuellement d'écarter l'application de celles qui sont contraires aux dispositions de la loi objectivement applicable au contrat?
  - c. Votre système juridique adopte-t-il une position claire à ce sujet?

- 9) Quelles sont plus généralement les limites tirées du droit étatique qui seraient susceptibles, selon vous, de faire obstacle à l'application des règles de droit non étatique choisies par les parties?
- a. Les dispositions impératives de la loi étatique applicable au contrat à défaut de choix?
  - b. Les lois de police du for et éventuellement les lois de police étrangères?
  - c. L'ordre public international du for?
  - d. Aucune limite, le droit étatique n'ayant pas vocation à bénéficier d'un primauté quelconque à l'égard du droit non étatique?
  - e. Votre système juridique adopte-t-il une position quelconque à ce sujet?
- 10) Dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas choisi de droit applicable à leur contrat, le juge pourrait-il décider de soumettre celui-ci à des règles non étatiques et, dans l'affirmative, à quelles conditions et pour quel type de contrat? Pourriez-vous donner quelques indications sur l'office du juge à l'égard du droit non étatique au sein de votre système juridique? Peut-il être tenu de l'appliquer d'office ou encore d'en rapporter la preuve ou le contenu?

Cite as: Léna Gannagé, *Le contrat sans loi en droit international privé*, vol. 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2007), <<http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>>