

Party Autonomy in Private International Law,

par Alex Mills, Cambridge University Press, 2018, 580 pages

L'autonomie de la volonté en droit international privé est un sujet classique ayant donné lieu à de nombreuses études. L'ouvrage de M. Mills, qui est professeur à l'école de droit du University College London, devrait cependant pouvoir intéresser les lecteurs francophones en raison de la perspective comparative très large qu'il offre.

L'ouvrage étudie l'autonomie de la volonté à la fois dans le domaine du conflit de lois et dans le domaine du conflit de juridictions. Il consacre trois chapitres aux clauses d'élection de for (Effets et efficacité, Demandes extra-contractuelles, Limites à l'autonomie de la volonté), un aux conventions d'arbitrage et quatre aux clauses de choix de la loi applicable (Matière contractuelle, Matières non contractuelles, Limites à l'autonomie de la volonté, Choix d'un droit non étatique). L'un des objectifs du livre est précisément de confronter les régimes de l'autonomie de la volonté dans ces différents domaines et de s'interroger sur leur cohérence (c'est l'objet essentiel du chapitre conclusif).

L'approche de M. Mills est résolument comparative, et c'est l'un des grands apports de l'ouvrage. Loin de se focaliser sur le droit international privé européen ou sur le droit anglais, l'auteur s'emploie à présenter, sur chacun des sujets qu'il aborde, les solutions retenues dans une large série d'ordres juridiques, et d'instruments internationaux. Il oppose ainsi systématiquement les règles issues des différents règlements européens (Rome I, Rome II, Bruxelles I bis) aux règles appliquées aux États-Unis et dans les États suivant la tradition juridique anglaise. Concernant les États-Unis, l'auteur se réfère non seulement au *Restatement Second on the Conflict of Laws*, mais aussi au *Uniform Commercial Code* (UCC) et aux solutions particulières que les juridictions étatiques

ou fédérales peuvent avoir retenues. Concernant les États suivant la tradition anglaise, M. Mills puise non seulement dans la jurisprudence anglaise, mais aussi dans celle de la Cour suprême du Canada et des plus hautes juridictions australiennes (l'auteur est lui-même originaire d'Australie). L'étude inclut encore dans son panorama comparatif les solutions des instruments internationaux, en particulier la convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005, les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de 2015 et la convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux de 1994. Les références aux droits de la tradition continentale sont en revanche rares, à l'exception notable de la Chine, dont les solutions législatives sont mentionnées fréquemment. Ce choix méthodologique, probablement dicté par des raisons pratiques, sera peut-être regretté par les juristes de *common law*, mais il importera peu aux juristes continentaux. Pour ces derniers, l'ouvrage de M. Mills représente une remarquable synthèse de la position des droits anglophones sur les diverses questions liées à l'autonomie de la volonté, qui offre la perspective la plus intéressante sur les solutions retenues dans leur ordre juridique d'origine.

Il apparaît ainsi que de nombreux aspects du régime de l'autonomie de la volonté en droit international privé européen ne sont pas partagés par les autres grandes traditions juridiques. Un excellent exemple en est l'exigence d'un lien entre le droit choisi et le contrat. Alors que le règlement Rome I donne une liberté totale aux parties, de nombreux États la limitent. L'exemple le plus frappant en est les États-Unis, où le *Restatement* et le UCC exigent respectivement un lien « substantiel » ou « raisonnable » entre la « transaction » et la loi choisie par les parties.

On croit souvent que le droit américain aurait évolué sur ce point, mais la proposition d'amendement du UCC à cet égard, faite en 2001, n'a été adoptée par aucun des États américains, et a en conséquence été retirée par la *Uniform Law Commission* en 2008. L'exigence d'un lien demeure. Toutefois, dans la mesure où elle est perçue comme un obstacle à la participation des États américains dans la concurrence entre ordres juridiques, un certain nombre d'entre eux ont adopté des dispositions spéciales autorisant le choix du droit de l'État considéré dans les contrats d'une valeur supérieure à un certain montant sans exigence de lien (par exemple le choix du droit de l'État de New York sans exigence de lien pour les contrats d'une valeur supérieure à 250 000 \$: *New York Code*, s. 5-1401), mais sans pour autant autoriser librement le choix d'un droit étranger. M. Mills analyse les commentaires et la jurisprudence appliquant la condition de lien entre le contrat et la loi choisie et conclut que la règle doit être comprise non pas tant comme une condition objective, limitant le choix des parties entre les lois ayant un lien avec le litige, mais plutôt comme une condition subjective visant à sanctionner une volonté d'éluider l'application de certaines dispositions de la loi objectivement applicable. M. Mills rapproche alors cette condition de la théorie française de la fraude à la loi, en notant que si cette théorie a généralement eu une influence limitée dans le monde anglo-américain, elle pourrait avoir eu une influence indirecte dans le domaine étudié (p. 366). Remarquablement, M. Mills présente ensuite l'approche du *common law* britannique qui, sans avoir posé d'exigence de lien entre le droit choisi et le contrat, a pu exiger que le choix ait été effectué de bonne foi (*bona fide and legal*). La jurisprudence anglaise n'a pas mis en œuvre ce critère par la suite, mais la jurisprudence canadienne en a tiré comme conclusion que cette exigence interdirait le choix d'une loi effectuée dans le but d'éluider l'application de la loi compétente (p. 368).

L'ouvrage de M. Mills est aussi intéressant en ce qu'il approfondit des questions généralement négligées par la doctrine française. L'une d'elles est celle du champ d'application matériel des clauses d'élection de for, ou de choix de la loi. Relevant de l'interprétation de la volonté des parties, elle est considérée comme étant essentiellement factuelle en droit français. Elle suscite en revanche un intérêt bien plus important dans la doctrine anglo-américaine. La question se pose le plus souvent à titre préliminaire, lorsqu'une partie déclenche une action délictuelle devant le for élu. Avant d'envisager une éventuelle admission de l'autonomie de la volonté en dehors de la matière contractuelle, il importe de déterminer si la clause de choix vise les actions délictuelles, ou si l'accord des parties s'est limité aux seules questions contractuelles. À cet égard, la jurisprudence anglo-américaine identifie certaines expressions comme devant *a priori* conduire à une interprétation large (par exemple « *any dispute arising out of, or in connection with, the contract* ») ou restrictive de la clause (par exemple « *any dispute arising out of the contract* »). Mais la question de la détermination du domaine matériel de ces clauses peut se poser de manière plus délicate en présence de clauses ambiguës (« *Litiges : France* ») ou contradictoires. Dans de telles hypothèses, l'existence de règles, ou à tout le moins de présomptions, est indéniablement utile à la sécurité juridique. M. Mills présente à cet égard les positions différentes des juridictions anglaises, qui présument que les parties ont souhaité concentrer leurs demandes devant le juge élu, et des juridictions américaines, pour lesquelles les règles de compétence ne devraient recevoir de dérogation qu'en cas de manifestation de volonté très claire, et qui considèrent que les clauses attributives de juridiction doivent donc être interprétées restrictivement (p. 180). La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE relative à la détermination de l'applicabilité des clauses attributives en matière de droit de la concurrence (CJUE 21 mai 2015,

aff. C-352/13, *CDC* ; 24 oct. 2018, aff. C-595/17, *Apple*) est peut-être annonciatrice d'une évolution du droit européen en ce sens.

Si l'essentiel de l'ouvrage est consacré à une analyse comparative de différents aspects du régime de l'autonomie de la volonté en droit international privé, un chapitre préliminaire présente une analyse historique et théorique du principe de l'autonomie de la volonté. La partie théorique explore les différents fondements de l'autonomie de la volonté, en distinguant entre une analyse individualiste fondée sur la liberté individuelle des parties, une analyse utilitariste mettant en avant les intérêts privés que l'ordre juridique souhaite assister, et une analyse utilitariste visant à servir, au travers de l'action des parties, l'intérêt général. L'analyse de l'auteur est prudente, et il ne prend pas clairement position. Il tente toutefois d'expliquer que la recherche d'un tel fondement n'est pas purement théorique, et pourrait conduire à façonner un régime de l'autonomie de la volonté différent. Un exemple convaincant en est la possibilité de choisir la loi applicable dans les contrats internes. Si l'autonomie de la

volonté est justifiée par l'idée d'assurer la sécurité juridique en permettant le choix de loi dans un contexte de doute relatif à la loi (objectivement) applicable, ou l'idée de promotion du commerce international, le choix de la loi dans les contrats internes devrait être fortement limité. À l'inverse, si l'idée est de promouvoir la liberté individuelle des individus, ou de stimuler la compétition entre ordres juridiques, cette limite à l'autonomie de la volonté n'est guère justifiée. Et l'auteur de conclure que, sans surprise, dans les hypothèses où une différence de fondement pourrait conduire à une différence de régime, les règles, ou leur sens, peuvent être fortement débattues (p. 90), à l'instar du sens de la limitation introduite par l'article 3 § 3 du règlement Rome I (v. à cet égard les développements jurisprudentiels anglais très libéraux dans le domaine des dérivés de crédits : C. Avasilencei et G. Cuniberti, *Banco Santander v Transport Companies*, in H. Muir Watt, L. Bíziková, Agatha Brandão de Oliveira, D. Fernandez Arroyo (dir.), *Global Private International Law-Adjudication without Frontiers*, Edward Elgar, 2019, p. 456 s.).

Gilles Cuniberti

Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales,

par Gustavo Moser, Eleven International Publishing, coll. « International commerce and arbitration », vol. 27, 2018, 260 pages

Quand je présente le droit international privé des contrats à mes étudiants, je leur propose un exercice simple afin de leur faire prendre intérêt pour la matière. Nous voyons ensemble un exemple de contrat, je divise la classe en deux groupes, j'attribue un client hypothétique à chacun d'eux et je leur demande de quelle manière le sort du contrat pourrait être plus ou moins avantageux selon la loi applicable. Les étudiants réfléchissent, suggèrent des solutions intéressantes, et se jettent plus volontiers dans les méandres du règlement Rome 1. Le choix de la loi y

est conçu comme décision nécessairement rationnelle, cruciale pour le sort du contrat.

La monographie *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*, écrite par Gustavo Moser et parue en 2018 dans la série *International commerce and arbitration* chez Eleven publisher, vient toutefois mettre en échec cet exercice didactique. Au long de cette étude, à la fois empirique et interdisciplinaire, l'auteur démontre qu'il y a très peu de rationnel dans le choix de la *lex contractus* par les parties à un contrat