

## Parte II

# Aspectos de la reglamentación internacional de los contratos internacionales



## Resumen

*El debate en torno a si el derecho nacional y el no nacional deberían tener la misma importancia en lo que concierne al derecho que rige los contratos transnacionales ha recibido un impulso significativo gracias a los Principios de la Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. Ahora bien, ¿cuál es el impacto (de tenerlo) que tienen los Principios de La Haya sobre la designación del derecho no nacional? Para darle una respuesta a esta pregunta debe establecerse una distinción entre tres actores: los árbitros, los jueces y los legisladores. La posibilidad de aplicar un derecho distinto al nacional ha logrado mayores avances y aceptación en el terreno del arbitraje internacional. Los jueces, en cambio, deben aplicar y apearse a sus normas de conflicto, cuyo objetivo principal es la designación de un derecho sustantivo nacional. Si las normas de conflicto permitiesen explícitamente la designación de un derecho no nacional, tanto los jueces como los árbitros podrían aplicar dichas normas jurídicas. No obstante, esto requiere cambios legislativos, como es el caso de Europa, por nombrar un ejemplo, donde la revisión del Reglamento Roma I brinda precisamente la oportunidad necesaria.*

## Sumario

- I.** Introducción.
- II.** Los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.
- III.** ¿Qué derecho contractual nacional es el más atractivo?
- IV.** El mecanismo de solución de controversias elegido.
- V.** Designación de un derecho distinto al derecho nacional. 1. Designación de la CISG. 2. Designación de la CESL. 3. Designación de los Principios UNIDROIT.
- VI.** ¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya?
- VII.** Consideraciones finales.

# ¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales?

**Katharina Boele-Woelki\***

## I. Introducción

El presente artículo se concentra en la autonomía de las partes y, de manera más específica, en la autonomía en el contexto de la problemática de la ley aplicable, lo que excluye la elección del foro y las cláusulas arbitrales. La autonomía de las partes ya existe en una cantidad significativa de ordenamientos en diferentes tradiciones jurídicas y se fundamenta en explicaciones sólidas, ya sea en términos de libertad contractual general, expectativas razonables de la eficiencia económica de las partes o la necesidad de identificar un derecho neutral entre las partes.<sup>1</sup> El derecho internacional contractual establece una distinción entre relaciones B2B (*business-to-business*, entre empresas) y B2C (*business-to-consumer*, entre la empresa y el consumidor). El objetivo principal de esta investigación recae en los contratos comerciales transnacionales. La elección de la ley aplicable en transacciones comerciales internacionales se analizará en el marco de dos

tipos de solución de controversias; a saber, litigio y arbitraje. ¿Cómo aborda un juez la disyuntiva de la elección de la ley aplicable si las partes ya han hecho una elección? ¿Cómo lidia el árbitro con dicha elección? Es evidente que existen diferencias, pues de otra manera no tendría sentido abordar los tipos de solución de controversias de forma separada ni comparar el uno con el otro.

La razón por la que hemos vuelto a considerar este tema<sup>2</sup> no es otra que la aparición del instrumento más reciente en el ámbito del derecho internacional contractual de la Conferencia de La Haya de derecho Internacional Privado; a saber, los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, que se culminaron a finales del año 2013.<sup>3</sup> Dichos principios son el núcleo de nuestro estudio, dado que constituyen la propuesta, recomendación o modelo más reciente sobre como deberíamos abordar la elección

de la ley aplicable a contratos comerciales internacionales. Los Principios de La Haya se remiten a distintos aspectos relativos a la elección de la ley aplicable. En este sentido, para el presente artículo se ha decidido explorar qué leyes pueden elegirse. En este contexto examinaremos en detalle la elección de un derecho<sup>4</sup> no nacional en el marco del arbitraje y el litigio. Asimismo, será necesario estudiar como los legisladores responderán al modelo de La Haya en el plano nacional, regional e internacional.

En pocas palabras, en el marco de los Principios de La Haya, nos planteamos las preguntas siguientes: en primer lugar, ¿cómo lidian los jueces y los árbitros con la elección de la ley aplicable de las partes? En segundo lugar, ¿cómo pueden elegirse dichas leyes? Y, en tercer lugar, ¿debería permitírsele a las partes designar un derecho distinto al nacional como el que rige el contrato?<sup>5</sup>

Para responder a estas interrogantes hay otros instrumentos pertinentes, tal como lo es el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en vigor para todos los tribunales judiciales de los 28 Estados miembros de la Unión Europea desde diciembre de 2009; así como la Convención de México,

que fue adoptada en 1994 por la Conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado de la Organización de Estados Americanos (OEA). Aparte de estos dos instrumentos de derecho internacional privado, también estudiaremos en detalle tres instrumentos de derecho sustantivo unificador y armonizador; la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (cisg, por sus siglas en inglés),<sup>6</sup> la propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una normativa común de compraventa europea (cesl, por sus siglas en inglés)<sup>7</sup> y los Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. ¿Pueden dichos instrumentos elegirse como la ley aplicable a un contrato internacional? Como veremos más adelante, la respuesta depende en gran medida del tipo de mecanismo solución de controversias elegido.

## **II. Los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales**

Con los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a contratos comerciales internacionales, la misión de la Conferencia de La Haya

**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

ha cobrado un mayor alcance. Hasta el momento, los instrumentos promulgados por esta organización internacional en el ámbito del derecho internacional privado solo tenían efecto vinculante luego de ser ratificados por los Estados o por organizaciones regionales tales como la UE. Por ende, es una completa novedad ya que por primera vez en los más de 120 años de existencia de la Conferencia de La Haya se ha elaborado un instrumento no vinculante.<sup>8</sup> Con casi total certeza, esto podría derivar del hecho de que en ciertos países la libertad de las partes para determinar el *lex contractus* aún no está aceptada.<sup>9</sup> Asimismo, fue solo en el año 2009 que el Reglamento Roma I entró en vigor. Una nueva convención relativa a la ley aplicable a contratos no hubiera sido una alternativa exitosa desde la perspectiva europea. Sin embargo, desde un punto de vista estratégico, se ha previsto que el instrumento se use más adelante como inspiración para futuros instrumentos vinculantes, sean estos nacionales, regionales o internacionales.

Los 12 Principios de La Haya se abocan a todas las problemas que podrían surgir cuando se reflexiona sobre la elección de la ley aplicable que hacen los contratantes.<sup>10</sup> En este sentido, podrían considerarse un código internacional que incluye las mejores

prácticas actuales en lo que concierne a la autonomía de las partes en contratos comerciales internacionales.<sup>1111</sup>

A los Principios les precede un Preámbulo que presenta la naturaleza, el objetivo y los fines previstos de estos como instrumento no vinculante.<sup>12</sup> El principal objetivo no es otro que fomentar la aceptación de la autonomía de las partes. En el mismo orden de ideas, para nuestros fines hay tres aspectos importantes que considerar. En primer lugar, el consumidor internacional y los contratos laborales no entran dentro del alcance de los Principios. En segundo lugar, los Principios podrían emplearse como modelo para los legisladores en cada país, región e internacionalmente. En tercer y último lugar, los tribunales judiciales y arbitrales podrían aplicar los Principios para interpretar, complementar y elaborar normas de derecho internacional privado. Ahora bien, el último fin previsto genera ciertas interrogantes: ¿es esto posible? Y, de manera más específica, ¿podrían los tribunales judiciales aplicar los Principios? ¿Podrían incluso reemplazar su sistema de derecho internacional privado, elaborar e interpretar dicho sistema a la luz de los Principios? Antes de darle respuesta a las interrogantes es necesario brindar información pertinente sobre los tres primeros Principios.

El Principio 1 (alcance de los Principios)<sup>13</sup> prescribe que los Principios de La Haya se limitan a los contratos internacionales, entendidos estos como contratos en los que cada parte actúa en ejercicio de su oficio o profesión. Resulta interesante que la segunda sección contiene una definición de lo que constituye un contrato internacional. La definición está formulada de forma negativa y excluye las situaciones enteramente nacionales, con el objeto de conferirle el mayor alcance de interpretación posible al término “internacional”. Sin embargo, el hecho de que las partes elijan una ley extranjera no constituye internacionalidad. Dicha restricción se diferencia de otros instrumentos de derecho internacional privado, tales como el Reglamento Roma I y la Convención de México; ambos consideran este aspecto pertinente dado que, conforme a estos instrumentos, en ese tipo de situación debe tomarse una decisión entre los derechos de diferentes Estados.

El Principio 2 (libertad de elección)<sup>14</sup> determina que puede elegirse cualquier ley, puesto que no se requiere un vínculo específico entre la ley elegida y las partes o su transacción, y es que la creciente deslocalización de las transacciones comerciales exige un enfoque así de flexible. Las partes

pueden elegir una ley particular porque es neutral entre las partes o porque está particularmente bien desarrollada para el tipo de transacción contemplado<sup>15</sup> y, en este contexto, la designación de un derecho no nacional (una ley más adecuada para las relaciones comerciales internacionales) puede considerarse.

El Principio 3 (normas jurídicas)<sup>16</sup> determina que, bajo los Principios de La Haya, la ley aplicable elegida por las partes puede comprender normas jurídicas generalmente aceptadas en el plano internacional, supranacional o regional como cuerpo neutral y equilibrado de normas, a menos que la ley del foro disponga otra cosa.<sup>17</sup> En este contexto surge otra interrogante: ¿qué efectos podrían dársele a una cláusula que provea la aplicación de normas jurídicas no nacionales, tales como los Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales,<sup>18</sup> cuyo objetivo es armonizar el derecho contractual sustantivo, o la *cisg*?<sup>19</sup> ¿Rigen estas normas el contrato hasta el punto de excluir el derecho nacional? Antes de abordar este tipo de instrumento vale la pena traer a colación un estudio empírico reciente, que ahonda en el mercado internacional de contratos analizando cuál derecho contractual nacional es el más atractivo.

## Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales

Katharina Boele-Woelki

### III. ¿Qué derecho contractual nacional es el más atractivo?

Con base en el estudio empírico de más de 4.400 contratos internacionales celebrados por más de 12.000 partes participantes en arbitrajes bajo la égida de la Cámara de Comercio Internacional en París, Gilles Cuniberti ofrece un método para medir el atractivo internacional de los distintos derechos contractuales.<sup>20</sup> Los resultados del estudio muestran que cuando las partes de un contrato internacional acuerdan optar por un derecho distinto al propio, por lo general escogen entre los de cinco jurisdicciones. No obstante, los cinco no son igual de atractivos para los contratantes internacionales, dado que dos se eligen tres veces más a menudo que sus competidores y pueden, por lo tanto, considerarse líderes de mercado.

El estudio busca explicaciones para el hecho de que las leyes inglesas y suizas sean tres veces más atractivas para los actores comerciales internacionales que el derecho contractual estadounidense, francés o alemán. En el mismo orden de ideas, el autor realiza un estudio para evaluar las preferencias de las partes de transacciones comerciales internacionales asiáticas cuando eligen la ley aplicable a sus contratos.<sup>21</sup> Los

resultados muestran que tres derechos dominan el mercado asiático para contratos internacionales: el inglés, el estadounidense y, en menor medida, el singapurense. Estos estudios empíricos tan interesantes realizados por Cuniberti son los primeros en tener este alcance y emplear este método.<sup>22</sup> No obstante, existen dos limitaciones: en primer lugar, los estudios se limitan al arbitraje y, en segundo lugar, la elección de un derecho no nacional no formó parte de la investigación.

### IV. El mecanismo de solución de controversias elegido

El mecanismo de solución de controversias tiene una importancia decisiva para poder dar con la respuesta de las preguntas planteadas en este artículo. Las partes tienen la libertad de elegir entre el litigio y el arbitraje; este último depende de un acuerdo entre las partes para someter su controversia a un tribunal arbitral, que puede ser o una institución (arbitraje institucional) o un tribunal privado. En el caso del litigio, el tribunal judicial decide en función de sus propias normas (las normas del tribunal al que se ha acudido = *lex fori*) si tiene jurisdicción y cuál es la ley aplicable.

En el caso del arbitraje, las normas del lugar donde se realice no

necesariamente determinan cuál derecho debe aplicarse. El tribunal arbitral generalmente tiene la libertad de elegir las normas de derecho internacional privado aplicables (tales como las normas del Reglamento Roma I) o aplicar el derecho directamente sin hacer referencia a ninguna norma, a menos que las partes hayan designado la ley aplicable. Este es el enfoque que por lo general se reconoce y aplica. En consecuencia, los árbitros tienen la libertad de determinar la ley aplicable, tomando en cuenta que no están en la obligación de aplicar normas de conflicto específicas ya que no hay foro. Los tribunales judiciales, al contrario, si están obligados a aplicar las normas de conflicto de su país o territorio, y dichas normas determinan si se ha hecho una elección válida de ley aplicable.

Visto desde el prisma de esta diferencia entre el litigio y el arbitraje, se hace evidente que para los árbitros la aplicación de los Principios de La Haya no se ve afectada por ninguna norma, mientras que los tribunales judiciales se ven obligados a aplicar las normas de su jurisdicción. Esto quiere decir que, dentro de los límites de la Unión Europea, el Reglamento Roma I determina qué elección de ley aplicable de las partes es válida. En otros países, tales como México y Venezuela, se consulta la

Convención de México, mientras que en la mayoría de los otros países se deben aplicar normas de derecho internacional privado nacionales. Más importante aún, estas normas de conflicto para contratos internacionales deben aplicarse *ex officio*. El tribunal judicial no puede descartar las normas y las partes no pueden desestimarlas por acuerdo, ya que no son principios vinculantes.

## **V. Designación de un derecho distinto al derecho nacional**

Si las partes designan un derecho distinto al nacional, ¿qué consecuencia acarreará dicha decisión? Esta pregunta se ha plantado desde el mismo momento en que se publicaron los Principios unidroit hace unos veinte años. ¿Deberían las normas no nacionales tener la misma posición que el derecho nacional? ¿Deberían no solo los tribunales arbitrales, sino también los nacionales aplicarlo como el que rige las transacciones comerciales transnacionales?

Para comenzar, podríamos dar por sentado que si una cláusula determina que el contrato se regirá por los Principios unidroit, los contratantes desean que se apliquen excluyendo el derecho contractual nacional. La referencia a



## Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales

Katharina Boele-Woelki

normas no nacionales tendrá entonces el efecto de reemplazar el Derecho nacional, incluidas sus normas imperativas, que de lo contrario hubiera sido aplicable sin una cláusula de elección de ley. A este efecto en general se le conoce como *kollisionsrechtliche Verweisung* (designación de la elección de ley), dado que las normas imperativas del Derecho nacional que hubiera sido aplicable se desestiman por la elección de ley que hicieron las partes. Si dicho efecto *no* se le concede a la elección de derecho no nacional de las partes, la aplicación de este toma lugar dentro de los límites de y en virtud del derecho contractual nacional aplicable, que debe determinarse de manera objetiva. A esta situación se le conoce como *materiellrechtliche Verweisung* (designación de derecho sustantivo) que, por ejemplo, según el artículo 3 sección 4 del Reglamento Roma, solo es posible cuando todos los otros elementos pertinentes a la situación al momento de la elección se encuentran en un país distinto al país cuyo derecho se eligió, y la elección de las partes no debería influenciar la aplicación de las disposiciones del derecho de ese otro país que no pueden derogarse por acuerdo (conforme a las normas imperativas).

En derecho internacional privado, la designación de normas no estatales

por lo general se acepta en el arbitraje, pero en el litigio la elección de un derecho no estatal suele considerarse una designación de derecho sustantivo. ¿Deberían los tribunales judiciales ir un paso más allá? Podría decirse que si un derecho no nacional brinda un mecanismo para colmar las lagunas y contiene disposiciones imperativas, la aplicación del derecho contractual nacional ya no se hace necesaria. El interrogante anterior ha sido objeto de un agitado debate; los que se inclinan por que las normas no nacionales tengan un mayor papel que desempeñar en el litigio aceptando que normas no nacionales sean el *lex contractus* de los contratos transnacionales acusan a quienes se oponen de ser hostiles, escépticos y tener un dogmatismo excesivo.<sup>23</sup> Este es el elemento preciso que conduce a la brecha existente entre el enfoque tradicional y el liberal.

A decir verdad, tanto el mecanismo para colmar lagunas como las normas imperativas son componentes importantes del “derecho” que se aplicará, y ambos se ven reflejados en la Cisg y los Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Si se da lugar a estos dos elementos por medio de instrumentos jurídicos unificadores y armonizadores, surge la pregunta de cómo se aplicarían las

respectivas normas si el individuo se apega a la teoría de la incorporación (*materiellrechtliche Verweisung*), dado que debe resolverse entonces el problema de un choque potencial entre los distintos tipos de norma. Sin embargo, también tenemos que reconocer que no existen muchas normas imperativas en el ámbito del derecho comercial.

Por último y con plena firmeza, se ha afirmado que en este contexto los tribunales judiciales tienen experiencia en cuanto a referirse, interpretar o aplicar normas que emanen de fuentes no nacionales, tales como los incoterms o los ucp, para abordar un problema en una controversia comercial internacional. Por lo tanto, la aplicación de un conjunto de normas no nacionales como el derecho que rige un contrato debe percibirse como un elemento que les confiere una mayor experiencia.<sup>24</sup>

## 1. Designación de la CISG

¿Qué ocurre en el caso de elegir un derecho sustantivo tal como la cisg? Ya en la actualidad ha entrado en vigencia en un total de 84 Estados contratantes y es aplicable de forma automática si las partes tienen sus respectivos establecimientos en diferentes Estados contratantes o si las normas de derecho internacional privado del foro conducen a

la aplicación del derecho de un Estado contratante. En este sentido, cabe preguntarse si a las partes se les permite estipular que su contrato se regirá por las normas contenidas en la cisg.

La cisg contempla una disposición que le permite a las partes excluir la aplicabilidad de la Convención, pero no existe en este instrumento disposición alguna sobre la posibilidad de que las partes opten por la aplicación de la Convención en casos en los que de otra forma no aplicaría.<sup>25</sup> Con respecto a la cisg, con mucho ahínco se ha afirmado que vale la pena elegirla para regir un contrato internacional de compraventa dado que este instrumento de compraventa uniforme es genuinamente neutral, brinda un concepto bien equilibrado tanto para el comprador como para el vendedor, es flexible y solo genera mínimos costos de examinación tomando en cuenta lo bien documentado que esta. Es por esta razón que, desde el punto de vista de las normas de conflicto, la elección de la cisg no hace surgir dificultad alguna ya que las normas convencionales tienen la misma calidad autoritativa que cualquier otro derecho de compraventa nacional elegido.<sup>26</sup>

Vale acotar que la creencia de que la cisg “por lo general se excluye” en

## Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales

**Katharina Boele-Woelki**

la práctica, aunque aún se escucha y se lee, no tiene base en evidencia empírica.<sup>27</sup> Existe evidencia empírica de que sucede, pero no de que sea lo que sucede comúnmente o en la mayoría de los casos. Una pregunta distinta es si la *cisg* se elige y con qué frecuencia; en este respecto tampoco se cuenta con evidencia empírica, si bien recientemente un catedrático de la *cisg* afirmó que esperaba que la *cisg* tarde o temprano alcanzara el punto de ser percibida como un derecho de compraventa supranacional viable para los fines de la elección de ley aplicable.<sup>28</sup> De ese punto aún distamos.

### 2. Designación de la CESL

Existe otro instrumento que amerita nuestra atención en el marco de nuestra interrogante principal sobre la aplicabilidad del derecho no nacional. En octubre de 2011, la Comisión Europea publicó la *cesl*, que contiene normas contractuales uniformes para la compraventa transfronteriza y el suministro de contenido digital. En febrero de 2014, en su primera lectura, el Parlamento Europeo propuso varias enmiendas. Sin embargo, para finales del mismo año, la Comisión retiró la propuesta. Desde entonces se han orientado todos los esfuerzos a fortalecer el comercio electrónico dentro de

la Unión por medio del Mercado Único Digital (DSM). Es de esperarse que la *cesl* sea usada parcialmente para esta ley contractual de la era digital. Ahora bien, una ley contractual uniforme general para regir las relaciones transfronterizas en Europa simplemente está fuera de alcance.

Para propósitos de nuestra investigación, la designación de la *cesl* por las partes se ha convertido por tanto en un ejercicio teórico, que indica cuáles fueron las opciones e intenciones. Asimismo, el índice de la *cesl* demuestra que se abordaron muchos —por no decir todos— los aspectos del derecho contractual. Podría concluirse entonces que, al menos en lo que concierne a los sujetos de la *cesl*, no existía diferencia alguna con ningún derecho contractual nacional en lo que respecta a los distintos elementos regulados. No obstante, el contenido de las normas es una cuestión distinta.

Los autores la *cesl* determinaron que esta podría usarse solo si el vendedor de los bienes o el proveedor del contenido digital era un comerciante (art. 7). Los contratos entre comerciantes entraban en el alcance de aplicación si al menos una de las partes era una pequeña o mediana empresa ('pymes'). La *cesl* solo se abocaba a los contratos

B2C y, al contrario de la *cisg*, la *cesl* tomó la forma de un instrumento opcional, por lo que su aplicación dependía de la elección de las partes. Como reglamento, la propuesta hubiera sido directamente aplicable en los Estados miembros y se hubiera convertido en parte de su derecho nacional.<sup>29</sup> Excluir la *cisg* es una práctica comercial común que nos hace preguntarnos si era más o menos probable que los contratantes comerciales en Europa y sus asesores optaran por incluir la *cesl*.<sup>30</sup>

### 3. Designación de los Principios UNIDROIT

Para cerrar, ¿qué ocurre con la elección específica de un instrumento jurídico sustantivo armonizador tal como los Principios unidroit? En el año 2010, el Consejo Directivo del unidroit publicó la tercera versión ampliada de los Principios de contratos internacionales, que gozan de amplio reconocimiento como un conjunto fidedigno de normas sobre contratos internacionales entre los abogados internacionales.<sup>31</sup> unidroit es una organización internacional, pero no fueron los Estados miembros quienes crearon este instrumento de derecho no vinculante; sino expertos de gran reputación en el ámbito del derecho contractual internacional y comparado

que conformaron el grupo de trabajo. Los Principios unidroit constituyen *soft law*; término empleado en inglés para hacer referencia a instrumentos de naturaleza normativa que no gozan de carácter vinculante alguno y cuya aplicación está sujeta a una previa aceptación voluntaria.<sup>32</sup>

Según indica unidroit, sus Principios son objeto de una gran aceptación y no han dado lugar, en la práctica, a ninguna dificultad significativa para su aplicación. Ahora bien, ¿pueden proporcionarse pruebas fehacientes para apoyar dicha afirmación? En junio de 2014, el sitio *web* unilex presentaba una lista con un total de 196 sentencias judiciales y 186 laudos arbitrales en los que se hacía referencia a los Principios unidroit. Habida cuenta de sus casi 20 años de existencia, esta no parece ser una cifra notable. En especial debemos también recordar que, al menos en lo que al arbitraje se refiere, no todos los laudos se publican dado que las partes prefieren que su controversia solo sea un asunto privado.

Un análisis de las sentencias judiciales muestra que en la gran mayoría de los casos los tribunales han hecho referencia a los Principios unidroit con tres objetivos. En primer lugar, para apoyar la solución dispuesta por el

**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

derecho nacional aplicable; en segundo lugar, como un medio para interpretar el derecho nacional aplicable o los instrumentos de derecho uniforme o internacional y, por último, en tercer lugar, para complementar el derecho aplicable. El estudio de las sentencias judiciales que tienen que ver con los Principios no parece indicar que estos reciban una plena aceptación por parte de los jueces nacionales.<sup>33</sup> Una de las explicaciones que podrían dársele a esta situación es que probablemente las partes no los escojan para regir su relación contractual. Asimismo, otro estudio reciente muestra que en Estados Unidos, por nombrar un ejemplo, la influencia de los Principios unidroit sobre el derecho nacional ha sido casi nula.<sup>34</sup>

Esta situación fue reconocida por el Consejo Directivo de unidroit en 2013,<sup>35</sup> año en el que publicaron un total de 11 Cláusulas Modelo distintas para el uso de los Principios unidroit en contratos internacionales.

“Sin embargo, existe una clara percepción de que aún no se ha logrado el pleno desarrollo de las potencialidades de los Principios Unidroit en la práctica de los contratos transnacionales y de la resolución de conflictos. En gran medida, esto se debe al hecho de que

los Principios Unidroit todavía no son lo suficientemente conocidos entre la comunidad empresarial y jurídica internacional, de manera que queda mucho por hacer para ponerlos en conocimiento de todos sus potenciales usuarios alrededor del mundo”.

Las partes deben ser conscientes de que el objetivo de los Cláusulas Modelo no es más que permitirles indicar de manera más precisa cuál es la manera en que deberían emplearse los Principios unidroit en el ejercicio del contrato o en caso de que surja una controversia. Es por esta misma razón que, incluso si las partes deciden no usar las Cláusulas Modelo, los jueces y árbitros igual podrían aplicar los Principios unidroit según las circunstancias del caso, como de hecho lo han venido haciendo hasta el momento.

Una vez que repasamos el resumen de leyes y normas disponibles para los contratos transnacionales, se hace evidente que la autonomía de las partes puede tomar distintas formas. En lo que concierne a la cisg, las partes pueden tanto excluirla como incluirla. Para la cesl, que es también un instrumento jurídico sustantivo unificador, solo existe la posibilidad de incluirla, lo que también aplica en el caso de los Principios unidroit. Por lo general,

los árbitros le dan el visto bueno a cualquier elección, mientras que los tribunales judiciales deben consultar sus normas de derecho internacional privado con anterioridad. Por último, volviendo a la cesl, puede concluirse que funcionará como si fuera un derecho estatal; *i.e.*, los 28 Estados miembros tendrán un segundo derecho contractual para transacciones transfronterizas.

## **VI. ¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya?**

¿Qué papel desempeñan los Principios de La Haya en el debate en torno a la designación exitosa del derecho no nacional? A primera vista los autores de los Principios de La Haya parecen haber adoptado un enfoque liberal. La designación de un derecho no nacional para la solución de una controversia no debería limitarse al entorno arbitral. El artículo 3 se dirige tanto a tribunales judiciales como a tribunales arbitrales, si bien es cierto que existen diversas condiciones para que se cumplan las normas jurídicas. Por un lado, deben gozar de plena aceptación en el plano internacional, supranacional y regional; por el otro, deben ser un conjunto de normas (no solo algunas disposiciones) equilibradas y neutrales. Tanto

la cisg como los Principios unidroit han sido identificados como normas jurídicas que cumplen con ambos requerimientos. Aún no se ha hecho una restricción para los instrumentos existentes, por lo que podría concluirse que si la cesl se hubiera aprobado —si bien no se menciona en las notas explicativas— dicho instrumento hubiera sido clasificado como un conjunto de normas jurídicas aceptadas en la región, equilibradas y neutrales. Una vez que entrara en vigencia, la cesl se hubiera convertido en derecho vinculante, que los comerciantes ubicados fuera de la Unión Europea podrían haber elegido en lugar del derecho contractual francés o alemán como se reglamenta en sus respectivos códigos nacionales.

En consecuencia, siempre que se cumplan ciertos parámetros, a las partes se les permite elegir normas jurídicas que emanen de fuentes no nacionales. Sin embargo, se incluyó una cláusula de salvaguardia en el artículo 3 de los Principios de La Haya: “a menos que la ley del foro disponga otra cosa”. Los tribunales arbitrales no tienen foro, pero los judiciales sí, así que esta cláusula subordinada se ajusta a los tribunales que deben aplicar sus normas de derecho internacional privado. En el caso de que dichas

**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

normas –tales como el Reglamento Roma I, que proscribe la elección de un derecho no nacional para regir el contrato donde surgió la controversia– deben resolverse en un tribunal judicial estatal, el artículo 3 de los Principios de La Haya se convierte en un cascarón vacío. Por una parte, el artículo 3 fomenta la elección de un derecho no nacional, pero por la otra reconoce que los derechos nacionales aún no hayan permitido la misma elección en las controversias antepuestas a los tribunales. Se hace evidente entonces que el enfoque tradicional y el liberal han llegado a un punto de encuentro en donde es necesario que se llegue a una avenencia.

Lo anterior nos lleva a la última interrogante: ¿cuál es el impacto (de tenerlo) de los Principios de La Haya sobre la designación de derecho no estatal? Para responder a esta pregunta, debe establecerse una distinción entre tres actores: árbitros, jueces y legisladores. En el entorno arbitral no habrá ningún cambio; es en el arbitraje internacional donde la posibilidad de aplicar un derecho no nacional ha logrado más avances y es más aceptada. Los Principios de La Haya apoyan el ya antiguo principio de que un derecho no estatal elegido por las partes puede regir el contrato. Por lo general, los

árbitros no distinguen en lo absoluto entre la aplicación de derecho nacional y no nacional.

En comparación, los jueces deben aplicar y apegarse a las normas de conflicto. Dichas normas son más bien restrictivas dado que su principal objetivo es designar el derecho nacional sustantivo como el que rige las relaciones transfronterizas. Ahora bien, si las normas de conflicto permitiesen explícitamente la designación de derecho no estatal, tanto los jueces como los árbitros tendrían la posibilidad de aplicar estas normas jurídicas. Por tanto, todas las esperanzas se centran en los legisladores que determinan el contenido de las normas de conflicto. En el caso de estos últimos actores, es necesario diferenciar entre varios niveles.

La Convención de México ha recibido elogios por su enfoque progresivo. Según uno de los autores, el artículo 7(1) de esta Convención le concede a las partes plena autonomía para elegir el derecho que deseen, sea este el de algún Estado o nación o derecho no positivo, como los Principios unidroit.<sup>36</sup> No todos están de acuerdo; no obstante, otros catedráticos son de la opinión que es más plausible excluir su elección, dado que el artículo 7 solo se refiere (al igual que las normas de elección de ley

tradicionales) al “derecho”. La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales aclara un poco este punto en su artículo 9. Dicha disposición determina que las normas no estatales pueden aplicarse en ausencia de elección de las partes. El segundo párrafo del artículo 9, que enumera los factores que debería examinar un tribunal judicial para determinar el ordenamiento jurídico que guarda mayor relación con el contrato, determina que si las partes no han elegido la ley aplicable, o si dicha elección no resulta efectiva, el contrato se regirá por los principios generales de derecho internacional comercial aceptados por las organizaciones internacionales. Sea o no sea esto así, México y Venezuela han ratificado la Convención de México, y esta autora no tuvo la posibilidad de verificar cómo se aplica en esos países.

La norma de conflicto propuesta por la delegación estadounidense (y rechazada por la Conferencia) dio incluso un paso más *in favorem principii*. Habida cuenta de que no había referencia a la ley aplicable por las partes, la propuesta de la delegación sugería hacer que el contrato estuviera sujeto directamente a los principios generales de derecho internacional comercial como se aceptan generalmente por las organizaciones. Como apoyo a

esta solución, se ha esgrimido que las partes de un contrato internacional no tienen razón para quejarse en caso de que no hayan estipulado el derecho aplicable, si una controversia se soluciona de conformidad con un derecho de mayor calidad, concebido específicamente para regir contratos comerciales. En consecuencia, parecería “tener mucho más sentido aplicar un derecho transnacional neutral, en lugar del derecho estatal de alguna de las partes”.<sup>37</sup>

A largo plazo, compuestos como un instrumento de derecho no vinculante, los Principios de La Haya podrían facilitar la aprobación de una verdadera convención internacional sobre este tema en el seno de la Conferencia de La Haya.<sup>38</sup> Para que pueda adquirir carácter vinculante, es necesario que los legisladores ratifiquen esta Convención. Ahora bien, esto podría demorarse mucho tiempo y, lo que es más, no puede predecirse la fecha en que se completará este proceso dado que, en este momento histórico, muchos Estados han firmado instrumentos regionales y no sienten la necesidad de estar sujetos a un conjunto mundial de normas.

En el entorno europeo es necesario recordar que la propuesta de la



**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

Comisión Europea en lo que concierne al Reglamento Roma I para ampliar la autonomía de las partes y que esta se extienda a la designación de un derecho no nacional fue rechazada en el primer intento. Sin embargo, los Reglamentos son menos estáticos que las Convenciones y pueden ser objeto de enmiendas. Dicha posibilidad está regulada por el artículo 27 del Reglamento Roma I, que determina que para el 17 de junio de 2013 la Comisión Europea deberá remitir al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del Reglamento acompañado de propuestas para enmendarlo. Es de extrañar que, hasta el momento, dicho informe aún no ha sido remitido. No obstante, la revisión del Reglamento Roma I constituye una nueva oportunidad para permitir la aplicación de un derecho no nacional, previa elección.

Tarde o temprano, una vez que se remitan las propuestas de enmienda, los Principios de la Haya deberían formar parte de la ecuación. En un segundo intento podrían convencer a los legisladores europeos de permitir la elección de un derecho no nacional como el que rige un contrato transnacional. De otra forma la autonomía de las partes no tendrá plena aceptación y conservaremos un sistema de conflictos paternalista; situación que

sería lamentable.<sup>39</sup> Negarse a dar este paso equivale a seguir atrapados en un círculo vicioso; *i.e.*, la designación de un derecho no nacional sigue siendo demasiado riesgosa porque no puede pronosticarse su efecto con plenitud.<sup>40</sup>

¿Qué puede predecirse fuera del contexto Europeo? Debemos reconocer que en los intentos recientes de modificar el Código de comercio uniforme de Estados Unidos no se tomó la CISG ni los Principios UNIDROIT como inspiración. Aunado a esto, las propuestas de modificación se hicieron en 2003 y se retiraron en 2008, por lo que es poco probable que el derecho comercial se modifique a corto plazo en este país.<sup>41</sup> En consecuencia, no se espera que los Principios de La Haya tengan un seguimiento inmediato en Estados Unidos, donde el derecho comercial es, en mayor parte, materia de cada Estado y no un asunto federal.<sup>42</sup>

### **VII. Consideraciones finales**

Como conclusión del presente artículo se presentan las tres conclusiones siguientes:

Primero y principal, es evidente que el debate en torno a la igualdad de condiciones del derecho nacional y no nacional en lo que respecta a las

normas que rigen los contratos transnacionales ha recibido un gran impulso por medio de los Principios de La Haya. Es inevitable entonces que el debate continúe y se sigan exponiendo las distintas ventajas y desventajas.

En segundo lugar, la búsqueda de más investigación empírica se hace evidente en lo que concierne a si las partes pueden (y de ser así, hasta qué punto) inclinarse por normas no estatales, tanto en el litigio como en el arbitraje. Por nombrar un ejemplo, hasta la fecha no hay evidencia empírica de que los contratantes estadounidenses hagan uso extendido de los Principios. Para comenzar, las partes podrían incluso no conocer los Principios. Otra posibilidad es que las partes tengan algo de familiaridad con estos, pero no consideren que crean algún ningún beneficio sustancial en comparación con el derecho que sería aplicable.<sup>43</sup>

Puede ser cierto que solo cuando sea más accesible el derecho no estatal tendrá una posibilidad real de mostrar sus virtudes y defectos.<sup>44</sup>

En su análisis de los Principios UNIDROIT desde la perspectiva estadounidense, Henry Deep Gabriel concluye que también se hace difícil determinar la frecuencia de uso de los Principios, puesto que en la mayoría de los casos

nunca surge una controversia. La base de datos UNILEX muestra que a lo largo de los últimos 25 años, más de la mitad de los casos –con base en un total de 382, la cual no es una cifra muy alta– en los que se hizo referencia a los Principios UNIDROIT fueron casos de litigio. Las cifras anteriores pueden resultar engañosas en lo que respecta al arbitraje, si la elección de un derecho no estatal se limita al entorno arbitral, lo más probable es que su contenido, interpretación y aplicación no sean revelados al público en general. En Estados Unidos se ha resuelto que, en el caso del arbitraje, la medida en que las partes han elegido o aceptado los Principios en transacciones con contratantes del mismo país no puede decirse con certitud porque la mayoría de los laudos no se revelan. La práctica común, en su lugar, es mantener el proceso de arbitraje como un asunto privado.<sup>45</sup>

Mi tercera y última consideración tiene que ver con los fundamentos del derecho internacional privado: ¿pueden las partes de un contrato internacional designar las normas de derecho internacional privado que un tribunal arbitral o judicial debe aplicar si surge una controversia? Este enfoque es aceptado con frecuencia en el arbitraje. De hecho, no solo pueden elegirse las normas de derecho sustantivo;

**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

las normas de conflicto aplicables también entran en el ámbito de la autonomía de las partes, una opción que aún no existe en el caso del litigio.<sup>46</sup> Dentro de las fronteras de la Unión Europea, las partes no pueden excluir la aplicación del Reglamento Roma I y, en consecuencia, no pueden incluir

con validez algún otro ordenamiento, tal como los Principios de La Haya. En pocas palabras, para las partes comerciales litigantes no son accesibles. Ahora bien, si la elección del derecho internacional privado forma parte de la autonomía de las partes, ¿por qué no sería esta una posibilidad?

\* Presidente de Bucerius Law School, Hamburgo. Este artículo fue publicado en inglés en *Recueil des Cours*, vol. 379, 2015, pp. 35-72.

<sup>1</sup> L. GAMA / G. SAUMIER, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: D.P. Fernández Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 41-66, especialmente p. 42.

<sup>2</sup> K. BOELE-WOELKI, “Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws”, *Recueil des Cours*, vol. 340, 2009, pp. 271-461, especialmente pp. 353-450.

<sup>3</sup> <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>.

<sup>4</sup> Nota del traductor: se emplea el término “derecho aplicable” como sinónimo de “ley aplicable”.

<sup>5</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, “Non-national rules and conflicts of laws: reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2012, pp. 841-864.

<sup>6</sup> J.M. SMITS, “Problems of Uniform Laws?”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, pp. 605-611.

<sup>7</sup> En diciembre de 2014, la Comisión Europea tomó la decisión de retirar la propuesta de Reglamento.

<sup>8</sup> <sup>D</sup>MARTINY, D., “Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie”, *RabelsZ*, vol. 79, 2015, pp. 624-656, especialmente pp. 627-629.

<sup>9</sup> En la mayor parte de las jurisdicciones, las partes tienen la posibilidad de elegir un derecho nacional para regir su relación contractual y, por lo general, pueden modificar su elección en cualquier momento. En muchas jurisdicciones es incluso posible elegir un derecho nacional que no tenga ningún vínculo objetivo con el contrato. Dicha decisión ilimitada se reconoce mundialmente en todos los sistemas de conflicto. Por nombrar un ejemplo, la doctrina de elección de derecho aplicable en Estados Unidos aún exige, con respecto a ciertos contratos, una relación razonable entre el derecho seleccionado y el contrato. Cabe acotar que una modificación de esta disposición del Código Uniforme de Comercio que eliminaba esta restricción fue rechazada en el año 2008.

<sup>10</sup> Art. 1: ámbito de aplicación de los principios; art. 2: libertad de elección; art. 3: normas jurídicas; art. 4: elección expresa y tácita; art. 5: validez formal de la elección de la ley aplicable; art. 6: acuerdo sobre la elección de la ley aplicable y conflicto de condiciones generales (*battle of forms*); art. 7: divisibilidad; art. 8: exclusión de toda remisión; art. 9: ámbito de aplicación de la ley elegida; art. 10: cesión de créditos; art. 11: normas imperativas dominantes y orden público; art. 12: establecimiento.

<sup>11</sup> Véase el comentario I.15 en: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#intro>.

<sup>12</sup> El Preámbulo reza lo siguiente: 1. El presente instrumento establece los principios generales relativos a la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. Entre ellos se afirma el principio de la autonomía de las partes con escasas excepciones.

2. Los Principios pueden servir de modelo para elaborar instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales.

3. Pueden utilizarse para interpretar, complementar y elaborar normas de derecho internacional privado.

4. Pueden ser aplicados por tribunales judiciales y por tribunales arbitrales.

<sup>13</sup> El Principio 1 reza lo siguiente:

“1. Los presentes Principios regirán la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales en que las partes actúen en el ejercicio de su oficio o profesión, pero no a los contratos de consumo ni a los contratos de trabajo.

2. A los efectos de los presentes Principios, un contrato será internacional a menos que las partes tengan su establecimiento en el mismo Estado y que la relación entre ellas, así como todos los demás elementos pertinentes independientemente de la ley aplicable elegida, solo estén vinculados a ese Estado.

3. Los presentes Principios no se aplicarán a las leyes que rijan:

- a) la capacidad de las personas físicas;
- b) los acuerdos de arbitraje ni los acuerdos sobre elección del foro;
- c) las empresas o agrupamientos de otra índole ni los fideicomisos;
- d) la insolvencia;
- e) los efectos de los contratos en materia de titularidad;
- f) la cuestión de determinar si un representante puede obligar frente a un tercero a la persona que representa”.

<sup>14</sup> El Principio 2 dispone lo siguiente:

“1. Un contrato se regirá por la ley aplicable elegida por las partes.

2. Las partes podrán elegir:

- a) la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato; y
- b) diferentes leyes aplicables a distintas partes del contrato.

3. La elección podrá realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada después de celebrarse el contrato no redundará en desmedro de su validez formal ni de los derechos de los terceros.

4. No será necesario que exista ningún vínculo entre la ley aplicable elegida y las partes o su operación”.

<sup>15</sup> M.J. DENNIS, “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT principles continue to provide the best way forward”, *Unif.L.Rev.*, 2014, pp. 114-151.

<sup>16</sup> El Principio 3 reza lo siguiente: “La ley aplicable elegida por las partes puede comprender normas jurídicas generalmente aceptadas en los planos internacional, supranacional o regional como cuerpo neutro y equilibrado de normas, a menos que la ley del foro disponga otra cosa”.

<sup>17</sup> G. SAUMIER, “The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40, 2014, pp. 1-29.

<sup>18</sup> J. OVIEDO-ALBÁN, J., UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts: with regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012, *Unif.L.Rev.*, 2014, pp. 106-113.

<sup>19</sup> L. SPAGNOLO, “The CISG as Soft Law and Choice of Law: Goju Ryu?”, en: L.A. DIMATTEO (nota 7), pp. 154-174.

<sup>20</sup> G. CUNIBERTI, “The International Market for Contracts, The Most Attractive Contract Laws”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, 2014, pp. 455-517.

<sup>21</sup> G. CUNIBERTI, “The Laws of Asian International Business Transactions”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 24, 2015, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2622573](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622573).

<sup>22</sup> Al respecto de la elección de las partes en contratos internacionales, véase L.G. MEIRA MOSER, “Parties’ preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Unif. L. Rev.*, vol. 20, 2015, pp. 19-55. Alrededor de 228 encuestados provenientes de 93 jurisdicciones en Europa, el Medio Oriente, América y el Caribe, Asia y Oceanía participaron en este estudio.

<sup>23</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO (nota 5), p. 858.

<sup>24</sup> G. SAUMIER (nota 17), p. 28.

<sup>25</sup> M.M., WETHMAR-LEMMER, “The important role of Private International Law in harmonising International Sales Law”, *South African Mercantile Law Journal*, 2014, pp. 93-109.

<sup>26</sup> C. FOUNTOLAKIS, “The Parties’ Choice of “neutral law” in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, 2006, pp. 303-329.

<sup>27</sup> U. SCHROETER, “**Empirical Evidence on Courts’, Parties’ and Counsels’ Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability)**”, en: L.A. DiMatteo (ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, 2014, pp. 649-668, especialmente p. 667.

<sup>28</sup> L.A., DIMATTEO, “Future challenges of International Sales Law”, en: L.A. DiMatteo (nota 27), pp. 725-732.

<sup>29</sup> COM, 2011, 635 final. H. MCQUEEN, “The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law”, *University of Edinburgh School of Law, Research Paper Series*, n° 2014/17, 2014, pp. 1-26, especialmente p. 4. También publicado en: L.A. DiMatteo / S. Saintier / K. Rowley (eds.), *Commercial Contract Law*, 2013, pp. 529-558.

<sup>30</sup> H. MCQUEEN (nota 30), p. 5.

<sup>31</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO (nota 5), p. 841

<sup>32</sup> J. BONELL, “Soft Law and Party-Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, 2005, pp. 229-252.

<sup>33</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO (nota 5), p. 845

<sup>34</sup> H.D. GABRIEL, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and their Use”, *Unif. L. Rev.*, 2012, pp. 507-532, especialmente p. 532.

<sup>35</sup> <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>.

<sup>36</sup> F.K. JUENGER, *The UNIDROIT principles of commercial contracts and inter-american contract choice of law, contratación internacional, comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Panamericana, 1998, pp. 229-236, especialmente p. 234.

<sup>37</sup> F.K. JUENGER, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, pp. 383-391.

<sup>38</sup> Z. AIBERGENOVA, *Analysis of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts. Comparative analysis of the Hague Principles and Rome I Regulation*, disponible en: [http://www.eilfc.com/online-courses/cat\\_view/63-privateinternational-law/77-legal-texts.html](http://www.eilfc.com/online-courses/cat_view/63-privateinternational-law/77-legal-texts.html), p. 5.

**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

<sup>39</sup> L. GAMA / G. SAUMIER (nota 1), p. 60.

<sup>40</sup> L. GAMA / G. SAUMIER (nota 1), p. 65.

<sup>41</sup> H.D. GABRIEL (nota 35), p. 520.

<sup>42</sup> H.D. GABRIEL (nota 35), p. 522.

<sup>43</sup> H.D. GABRIEL (nota 35), p. 518.

<sup>44</sup> H.D. GABRIEL (nota 35), p. 513.

<sup>45</sup> H.D. GABRIEL (nota 35), pp. 512-513.

<sup>46</sup> Th. PFEIFFER, “Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO”, en: P. Mankowski / W. Wurmnest (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, 2014, pp. 501-513.

## VIII. Bibliografía

Aibergenova, Z., *Analysis of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts. Comparative analysis of the Hague Principles and Rome I Regulation*, disponible en: [http://www.eilfe.com/online-courses/cat\\_view/63-privateinternational-law/77-legal-texts.html](http://www.eilfe.com/online-courses/cat_view/63-privateinternational-law/77-legal-texts.html).

Boele-Woelki, K., “Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws”, *Recueil des Cours*, vol. 340, 2009.

Bonell, J., “Soft Law and Party-Autonomy: the Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, 2005.

Cuniberti, G., “The international market for contracts, the most attractive contract Laws”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, 2014.

Cuniberti, G., “The laws of Asian international business transactions”, *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 24, 2015, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2622573](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622573).

Dennis, J.M., “Modernizing and harmonizing international contract law: the CISG and the UNIDROIT principles continue to provide the best way forward”, *Uniform Law Review*, 2014.

DiMatteo, L.A., “Future challenges of International Sales Law”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Fountoulakis, C., “The Parties’ Choice of “Neutral Law” in International Sales Contracts”, *European Journal of Law Reform*, 2006.

Gabriel H.D., “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and their Use”, *Uniform Law Review*, 2012.

Gama, L. / Saumier, G., “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: D.P. Fernandez Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

Juenger, F.K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.

Juenger, F.K., *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law; Contratación internacional, Comentarios a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana, 1998.



**Katharina Boele-Woelki**

## **Los Principios de La Haya sobre los contratos comerciales internacionales**

Martiny, D., “Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie”, *RabelsZ*, vol. 79, 2015.

McQueen, H., “The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law”, en: L.A DiMatteo, / S. Saintier / K. Rowley (eds.), *Commercial Contract Law*, 2013.

Meira Moser, L.G., “Parties’ preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law”, *Uniform Law Review*, vol. 20, 2015.

Oviedo-Albán, J., “UNIDROIT Principles as rules applicable to international contracts: with regard to the Colombian Supreme Court of Justice’s ruling on 21 February 2012”, *Uniform Law Review*, 2014.

Pfeiffer, Th., “Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO”, en: P. Mankowski / W. Wurmnest (eds.), *Festschrift für Ulrich Magnus*, Sellier European Law Publishers, 2014.

Radicati Di Brozolo, L.G., “Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale private e processuale*, 2012.

Saumier, G., “The Hague Principles and the Choice of Non-State “Rules of Law” to Govern an International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 40, 2014.

Schroeter, U., “**Empirical Evidence on Courts’, Parties’ and Counsels’ Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability)**”, en: L.A. DiMatteo (ed.), *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Smits, J.M., “Problems of Uniform Laws?”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Spagnolo, L., “The CISG as Soft Law and Choice of Law: Goju Ryu?”, en: L.A. DiMatteo, *International Sales Law, A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014.

Wethmar-Lemmer, M.M., “The Important Role of Private International Law in Harmonising International Sales Law”, *South African Mercantile Law Journal*, 2014.

## Abstract

*The paper identifies two trends in CISG case law, the homeward trend and the outward trend, both of which are disruptive of the goal behind the CISG. The paper analyzes the trends and suggests how to tackle them to promote a uniform application of the CISG.*

## Summary

- I.** *Autonomous Interpretation v. Homeward Trend?*
- II.** *Defining Homeward Trend.*
- III.** *The Outward Trend: A New Trend in CISG Case Law?*
- IV.** *The Homeward and Outward Trends Overcome.*
- V.** *Conclusion.*

# Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law

Franco Ferrari\*

## I. Autonomous Interpretation v. Homeward Trend?

It is common knowledge that “drafting uniform words is one thing; ensuring their uniformity is another”,<sup>1</sup> since “uniformity does not follow automatically from a proclamation of uniform rules.<sup>2</sup> Therefore, in order to reduce the risk of diverging interpretations of the same text,<sup>3</sup> that text must be interpreted in a uniform manner, since, as stated by Viscount Simonds on behalf of what then still the House of Lords in “*Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*”,<sup>4</sup> “it would be deplorable if the nations should, after protracted negotiations, reach agreement (...) and that their several courts should then disagree as to the meaning of what they appeared to agree upon”.

The drafters of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods<sup>5</sup> (hereafter CISG)<sup>6</sup> were aware of this

problem, which led them to introduce article 7, pursuant to which in the interpretation of the CISG “regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade”.<sup>7</sup>

Courts<sup>8</sup> and commentators have construed this provision to mean that the CISG is to be interpreted “autonomously”,<sup>9</sup> not “nationalistically”, *i.e.* not in the light of domestic law,<sup>10</sup> as difficult as it may be for a court “transcend its domestic perspective and become a different court that is no longer influenced by the law of its own nation state”.<sup>11</sup> Consequently, one should generally not have recourse to any domestic concept in order to solve interpretive problems arising under the CISG.<sup>12</sup>

Commentators have argued that the above proposition applies even where the expressions employed by the CISG are textually the same as expressions

that have a specific meaning within a particular domestic legal system.<sup>13</sup> In effect, the CISG refers to concepts that are necessarily independent<sup>14</sup> and different<sup>15</sup> from national concepts,<sup>16</sup> since the expressions employed in uniform law conventions such as the CISG are intended to be neutral.<sup>17</sup> This appears to be a basic principle of international uniform law<sup>18</sup> resulting, in part, from the assumption that international uniform law “does not want to identify itself with any legal system, because it wants to conjugate with all”.<sup>19</sup> Indeed, any choice of one expression rather than another is the result of a compromise<sup>20</sup> and does generally not correspond to the reception of a concept peculiar to a specific domestic law:<sup>21</sup> as a result, an interpreter must be aware of so-called *faux-amis*. Where, however, it is apparent from legislative history that the drafters wanted a given concept to be interpreted in light of a specific domestic law, one is allowed to have recourse to the “domestic” understanding of that concept.

Unfortunately, however, courts do not always comply with this mandate to interpret the CISG autonomously, nor do they seem to resort to “nationalistic” interpretations only where justified by the legislative history. Rather, a closer look at some decisions allows one to

state that a “homeward trend” is discernible, at least by some courts. This trend is deplorable because it promotes parochialism<sup>22</sup> and, thus, defeats the very purpose of the CISG,<sup>23</sup> namely the creation of a “uniform” sales law<sup>24</sup> aimed at the creation of legal certainty and “the removal of legal barriers in international trade”.<sup>25</sup> In effect, the homeward trend “deprives the collective signatories of the predictability and reliability of law which the CISG was meant to create. In order for the CISG to truly live up to the purpose for which it was created, interpreting courts must stay within the strict boundaries of Article 7”.<sup>26</sup> It is therefore rather surprising that one commentator suggests not only that the “categorical condemnation of the homeward trend is unwarranted”,<sup>27</sup> but also that “[t]he homeward trend may [. . .] enhance the legitimacy and acceptability of the CISG over the long term”.<sup>28</sup>

This view is not tenable. The suggestion that the homeward trend enhances the CISG’s legitimacy overlooks the fact that the CISG’s legitimacy is derived from the wide acceptance it enjoys,<sup>29</sup> which in turn is due to the goal it pursues –namely the creation of a “uniform” sales law able to break down the obstacles to international import/export constituted by the plethora of

**Franco Ferrari**

## **Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law**

existing legal regimes.<sup>30</sup> This goal can only be achieved by applying the CISG in one and the same manner in the various contracting States.<sup>31</sup>

The suggestion that the homeward trend enhances the CISG's applicability by preventing the parties from the countries in the courts of which the homeward trend is discernible from opting-out<sup>32</sup> is similarly misguided. It does not take due account, for example, of the fact that those parties' reliance on the homeward trend is justified only where the dispute is to be decided by the courts of the countries in which they are located.<sup>33</sup> This, however, would (generally) require the opposing parties to agree with the former parties' choice of forum, which they may be unwilling to do. Instead, they may want their own courts' domestic interpretation of the CISG, where one exists, to apply (thus leading to a battle of homeward trends), or simply be reluctant to give the opposing party the competitive advantage of reliance on its "domestic" interpretation. The resolution of this potential conflict may ultimately require excluding the CISG altogether<sup>34</sup> (which certainly does nothing to enhance the CISG's applicability). What is certain is that this conflict creates unpredictability,<sup>35</sup> and therefore cannot be advocated.

The theory of enhanced CISG applicability as a result of the homeward trend has additional weakpoints. It does not take into account, for example, that the homeward trend limits rather than promotes the CISG's applicability, because it prevents the CISG from functioning as a neutral law to which parties can resort when they wish to avoid the application of the domestic law of the opposing party.<sup>36</sup>

Furthermore, a homeward trend in any given country may not be readily identifiable to contracting parties *ex ante*, which may increase transaction costs in international contracts. If a party is unaware that his or her national courts' interpretation is the result of a homeward trend, the party may be induced to believe that his or her courts' interpretation is one generally accepted. The reliance upon this erroneous assumption may induce the parties to make wrong choices (regarding, for instance, the forum) and generates costs. Again, this conflicts with one of the primary goals of the CISG, namely that of reducing costs by creating a uniform regime.<sup>37</sup>

From this only one conclusion can be drawn: "Indulging in the homeward trend, obviously, violates the mandate of Article 7(1) (which requires that the

CISG be interpreted with ‘regard’ for its international character and for ‘the need to promote uniformity in its application’) and constitutes a serious - quite possibly *the most* serious - threat to the main purpose of the CISG: progress toward a *uniform* regime of international sales law”.<sup>38</sup> In other words, only if one moves “towards a CISG perspective that transcends domestic ideology”<sup>39</sup> can the CISG’s main purpose be reached.<sup>40</sup> This requires fighting the homeward trend, not advocating for it.

## II. Defining Homeward Trend

How, however, can this –arguably most significant<sup>41</sup>– threat to the CISG’s main purpose be defined? According to those CISG commentators who have not only referred to the homeward trend,<sup>42</sup> but who have also attempted to define it, the homeward trend is akin to the “natural”<sup>43</sup> “tendency of those interpreting the CISG to project the domestic law in which the interpreter was trained (and with which he or she is likely most familiar) onto the international provisions of the Convention.”<sup>44</sup> It is, in other words, “the tendency to think that the words we see (in the text of the CISG) are merely trying, in their awkward way, to state the domestic rule we know so well”.<sup>45</sup>

This “natural tendency (by courts) to read the international rules in light of the legal ideas that have been imbedded at the core of their intellectual formation”<sup>46</sup> is, however, to be distinguished from recourse to domestic law for interpretive purposes in cases where that recourse to domestic law is imposed by the CISG itself. Although it may seem contradictory to first advocate, as has been done in Part A, the autonomous interpretation of the CISG and then refer to the need to resort to domestic law, it is not. The mandate to interpret the CISG autonomously is not absolute<sup>47</sup> and therefore not all expressions used by the drafters of the CISG must be interpreted autonomously.<sup>48</sup> Indeed there are some expressions which an interpreter must interpret “domestically”, despite the negative effect this may have on the uniformity the drafters of the CISG wanted to achieve. This is true, for instance, with respect to the expression “private international law” employed by the CISG.<sup>49</sup> Although various courts had already implicitly adopted this view,<sup>50</sup> an Italian court, the Tribunale di Padova,<sup>51</sup> did so more explicitly. When examining the CISG’s substantive applicability requirements, the court first rejected the homeward trend when it stated that “from a substantive point of view, it is necessary

**Franco Ferrari**

## **Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law**

that the contract be one for the sale of goods which, however, the Convention does not define. Nevertheless, the lack of an express definition should not lead one to resort to a domestic definition, such as that to be found in Article 1470 of the (Italian) Civil Code. In effect, the Convention's concept of "contract for the sale of goods" has to be interpreted, as have the majority of concepts (such as that of "place of business", "habitual residence", "goods") autonomously, *i.e.* without resort to concepts characteristic of any particular legal system".<sup>52</sup> The court then went on to state that not all CISG expressions had to be interpreted autonomously; by way of example it referred to the "concept of 'private international law', which corresponds to the concept of private international law of the forum".<sup>53</sup> In so stating, the court made it clear that there is a distinction between the homeward trend as defined above - which is to be avoided - and recourse to domestic law, which may be required by the CISG itself.<sup>54</sup>

The homeward trend, as defined above, must be distinguished not only from the legitimate, albeit exceptional, recourse for interpretive purposes to domestic law in cases where it is imposed by the CISG itself, but also

from another trend, namely that of promoting interpretive solutions that "by one means or another, result in the application of the forum's own internal law".<sup>55</sup> This trend of "*favor legis fori*"<sup>56</sup> is a variation of the homeward trend and differs from the variation referred to earlier in that it does not manifest itself in domestic interpretations of supposedly autonomous concepts, but rather in the tendency to reach results that lead to the application of domestic law *tout court*. This "lex forism"<sup>57</sup> is independent from the variation of the homeward trend mentioned initially; though they may, at times, go hand in hand.

### **III. The Outward Trend: a New Trend in CISG Case Law?**

Unfortunately, there are examples of both reiterations of the homeward trend in CISG Case Law.<sup>58</sup>

More recently, however, this commentator was able to discern another trend in CISG Case Law that also infringes upon the goal behind the creation of uniform law instruments, a trend that elsewhere this author labelled the "outward trend".<sup>59</sup> This trend can be defined as the tendency of those interpreting a uniform law instrument to

project foreign law onto the provisions of an international instrument where these provisions refer to legal concepts unknown in the domestic legal system or the in which the interpreter is trained.

It may well be worth to give some examples. In 2008, the Spanish Supreme Court,<sup>60</sup> when applying the CISG to a contract dispute between a party with place of business in Spain and one with place of business in Germany, analyzed Article 25 CISG, on fundamental breach, and stated that that provision implied a system of contractual liability based on a criterion of objective imputation, attenuated, however, by exceptions and by a parameter of reasonableness. In doing so, the Spanish Supreme Court expressly stated that the CISG was based on the principles inspiring the Common Law and that Article 25 in particular did not have a counterpart in Civil Law countries and was derived from Anglo-Saxon law. But not only is this statement to be criticized for being incorrect to the extent that there are Civil Law systems that acknowledge the importance of the distinction between fundamental and non-fundamental breaches, but also for not interpreting the concept at hand in an autonomous manner, as mandated by

Article 7(1) CISG, as it should have done. The Court assumed that just because the concept is unknown to the Spanish legal system, a Civil Law system, it necessarily has to be derived from the Common Law system. This reasoning, which has since been adopted by lower courts<sup>61</sup> cannot be shared and violates as much as any reiteration of the homeward trend the ultimate goal behind any unification effort.

More recently, in Germany, too, a court (the Court of Appeals of Koblenz)<sup>62</sup> succumbed to the outward trend. When having to determine what measures are reasonable in the circumstances to mitigate the loss as per Article 77 CISG, the Court stated that “the standard for the appropriate conduct pursuant to Article 77, first sentence, CISG is (...) the conduct of a ‘reasonable person’ (...). The plaintiff was required to take all such measures to mitigate the loss, which were reasonable in the sense of Article 77 CISG in the circumstances. The standard of a reasonable person, which originates in the English and Anglo-American Common Law, is referred to in numerous provisions of the UN Sales Convention (f.i. in Art. 8(2) and Art. 25 CISG) and counts among the Convention’s general principles (...). Reference must be made to the conduct



## Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law

Franco Ferrari

of a prudent person who is in the same situation as the concerned party (...). In case the contracting party exercises a profession or a commercial activity, reference must be made to the skills of a member of the profession to which it belongs (Art. 8 Abs. 2 and Art. 25 CISG: ‘reasonable person of the same kind’ (...). Since the legal concept of the ‘reasonable man’ is not used in this form in continental European Law, the Court considers it essential to resort to principles established in the English and Anglo-American law (...).”

Not unlike the Spanish Supreme Court, the German court equated the absence of a comparable concept in its domestic law with the absence of a similar concept in all other continental European legal systems, and like the Spanish Supreme Court, it erred in making that assumption. Furthermore, like the Spanish Supreme Court, the German court then went on to suggest that the concept had therefore to stem from Common Law. But the German court went even further and resorted to English court decisions to determine whether the conduct was appropriate in the circumstances, thus leaving no doubts as to it succumbing to the outward trend (and disregarding the mandate to interpret the CISG autonomously).

### IV. The Homeward and Outward Trends Overcome

Even though there are courts that succumb to the homeward trend and the outward trend, the situation is not really that grim. There are many courts in the countries focused on in this short paper that comply with the obligation to have regard for the CISG’s international character and avoid resorting to domestic concepts to interpret the CISG, including U.S. courts, which are generally considered to interpret the CISG in the most homeward trendy way.<sup>63</sup> In “*St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH, et al.*”,<sup>64</sup> for instance, it is stated that “the CISG aims to bring uniformity to international business transactions, using simple, non-nation specific language”, a statement that is clearly incompatible with the homeward trend. In “*MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D’Agostino, S.p.A.*”<sup>65</sup> the need to refrain from reading domestic concepts into the CISG is addressed more directly, as it states that “courts applying the CISG cannot (...) substitut[e] familiar principles of domestic law when the Convention requires a different result”. This line of reasoning constitutes the basis for other US court decisions too, such as “*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v.*

*Barr Labs. Inc.*”,<sup>66</sup> stating that “UCC case law is not *per se* applicable to cases governed by the CISG”,<sup>67</sup> and “*Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.*”,<sup>68</sup> where it is expressly stated that “although the CISG is similar to the UCC with respect to certain provisions, it differs from the UCC with respect to others, including the UCC’s writing requirement for a transaction for the sale of goods and parole evidence rule. Where controlling provisions are inconsistent, it would be inappropriate to apply UCC case law in construing contracts under the CISG”.

European courts as well have complied with the obligation not to interpret the CISG in the light of domestic law, but rather by having regard for its international character. In a Swiss case from 1993<sup>69</sup> a court of first instance even expressly stated that the CISG “is supposed to be interpreted autonomously and not out of the perspective of the respective national law of the forum. Thus, (...) it is generally not decisive whether the Convention is formally applied as particularly this or that national law, as it is to be interpreted autonomously and with regard to its international character”. An express reference to the need to interpret the CISG “autonomously” can also be

found in a more recent Swiss case<sup>70</sup> as well as in a Spanish case<sup>71</sup> an Austrian one<sup>72</sup> and various recent Italian court decisions rendered by the Tribunale di Forli, the Tribunale di Padova in 2005 and 2004<sup>73</sup> as well as by the Tribunale di Modena.<sup>74</sup>

In Germany, while there are some courts that have simply referred to the need to interpret the CISG by having regard for its international character and to the need to promote its uniform application,<sup>75</sup> other courts have gone further. In 1996, the German Supreme Court, for instance, expressly stated that “the CISG is different from German domestic law, whose provisions and special principles are, as a matter of principle, inapplicable for the interpretation of the CISG (Article 7 CISG)”.<sup>76</sup> And it is this reasoning that has led the Court of Appeal of Karlsruhe to state that “German legal concepts such as ‘Fehler’ and ‘zugesicherte Eigenschaften’ are therefore not transferable to the CISG”.<sup>77</sup> More recently, in 2005, the German Supreme Court stated that “insofar as the Court of Appeals refers to (various German) judgments (...) in analyzing the question whether, at the time the risk passed, the delivered meat conformed to the contract within the meaning of Articles 35, 36 CISG,

**Franco Ferrari**

## **Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law**

it ignored the fact that these decisions were issued before the CISG went into effect in Germany and refer to § 459 BGB (...). The principles developed there cannot simply be applied to the case at hand, although the factual position - suspicion of foodstuffs in transborder trade being hazardous to health - is similar; that is so because, in interpreting the provisions of CISG, we must consider its international character and the necessity to promote its uniform application and the protection of goodwill in international trade (Article 7(1) CISG)".<sup>78</sup>

### **V. Conclusion**

As the foregoing Part shows, there are courts that do not fall into the trap of either the homeward or the outward trend.<sup>79</sup> However, as long as the foregoing trends come "naturally"<sup>80</sup> to interpreters, the uniformity aimed at by the drafters of the CISG is as much at risk as its success, at least if one uses the level of uniformity reached as a measure of that success.<sup>81</sup> But how to avoid the "gravitational pull"<sup>82</sup> of the homeward and the outward trends? Some of the reasons that may ultimately favour these trends under the CISG are intrinsic to the CISG and, therefore, cannot be corrected, as it is unlikely that the CISG will ever be

revised to amend the current situation. This is true, for instance, as regards the "vague standards (that) pervade the CISG".<sup>83</sup> The very fact that the CISG uses (a lot of) vague standards<sup>84</sup> facilitates recourse to non-uniform standards for interpretive purposes,<sup>85</sup> whether these are domestic or foreign standards, much more than a text that is more specific and contains itself a number of definitions.<sup>86</sup> In effect, the more a uniform law instrument spells out its own terms, the harder it will be for an interpreter to read domestic legal concepts into it, irrespective of whether these are domestic law concepts (homeward trend) or foreign law ones (outward trend). Also, because the CISG is the result of many compromises,<sup>87</sup> there are "ambiguities inherent in the CISG provisions themselves"<sup>88</sup> which also open the door to resort to domestic or foreign law preconceptions.

What, then, can be done to avoid the aforementioned trends, given that an amendment of the CISG does not appear to be an option? In this author's opinion, the key to the solution lies in a change of the interpreter's background assumptions and conceptions. If interpreters are from the outset, *i.e.*, during their intellectual formation, made aware of the fact that

they operate in a legal system that is composed of various layers of sales law rules, of which the CISG is one and that it is ontologically autonomous not only from their own domestic law, but from any domestic law, when –naturally– resorting to their background assumptions and conceptions, interpreters will also resort to the CISG as autonomous from their own or any

other domestic law. For this result to be able to be reached, law school curricula<sup>89</sup> as well as textbooks will have to be changed to incorporate the study of the CISG. This, of course, will not be easy, and therefore it will still take some time before the disruptive effects of both the homeward trend and the outward trend visible today will be fully overcome.

**Franco Ferrari**

## **Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law**

\*Franco Ferrari, formerly a professor of law at Tilburg University (the Netherlands), Bologna University and Verona University (Italy), is a professor of law and the Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law at New York University School of Law.

This is a footnoted and somewhat modified version of a talk given on the occasion of the 49th session of the United Nations Commission on International Trade Law.

<sup>1</sup> C.B. Andersen, “The Uniform International Sales Law and the Global Jurisconsultorium”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 24, 2005, pp. 159-162.

<sup>2</sup> C.B. Andersen, “Furthering the uniform application of the CISG sources of law on the internet”, *Pace International Law Review*, vol. 10, 1998, pp. 403-404; see also J.C. Duncan, “Nachfrist was Ist? Thinking globally and acting locally: considering time extension principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code”, *Brigham Young University Law Review*, 2000, pp. 1363-1368; R.J.C. Munday, “The uniform interpretation of international conventions”, *ICLQ*, vol. 27, 1978, p. 450.

<sup>3</sup> It has often been stated that it is only possible to reduce the danger of diverging interpretations; it is not possible to eliminate it as such; see, e.g., J.M. Lookofsky, *Consequential damages in comparative context*, Copenhagen, 1989, p. 294.

<sup>4</sup> “*Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*”, 1962, A.C. pp. 446 and p. 471.

<sup>5</sup> See the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, reprinted in 19 *International Legal Materials*, 1980, pp. 668 ff.

<sup>6</sup> For an overview in legal writing of the various abbreviations, see A. Flessner / T. Kadner, “CISG? Zur Suche nach einer Abkürzung für das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf”, *ZeUP*, 2005, pp. 347-350.

<sup>7</sup> Article 7.1, CISG.

<sup>8</sup> See, e.g., Tribunale di Forlì, 11/12/2008, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html>; Tribunale di Modena, 09/12/2005, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf>; Oberster Gerichtshof, 23/05/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>; Bundesgerichtshof, 02/03/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>.

<sup>9</sup> See, among others, M.J. Bonell, “Commento all’art. 7 della Convenzione di Vienna”, *Nuove Leggi civ. comm.*, 1989, p. 21; J. Felemegas, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation”, *Rev. CISG*, 2000/2001, p. 115 and p. 235; P. Hackney, “Is the United Nations Convention on the International Sale of Goods Achieving Uniformity?”, *Louisiana Law Review*, vol. 61, 2001, pp. 473-475; M. Jametti Greiner, “Der Vertragsabschluss”, in: H. Hoyer / W. Posch (eds.), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht*, Vienna, 1992, p. 43, p. 57; F. Liguori, “La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un’analisi critica delle prime cento decisioni”, *Foro it.*, 1996, p. 145 and p. 148; M. Torsello, *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A Comparative Study Beyond the 1980 Uniform Sales Law*, Munich, 2004, p. 18; T. Vazquez Lepinette, “The interpretation of the 1980 Vienna Convention on International Sales”, *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 377 and p. 387.

<sup>10</sup> See J.O. Honnold, “The sales convention in action - uniform international words: uniform applications?”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988, pp. 207-208; A.S. Komarov, “Internationality, uniformity and observance of good faith as criteria in interpretation of CISG: some remarks on article 7(1)”, *J. L. & Com.*, vol. 25, 2006, pp. 75-77.

<sup>11</sup> J. Murray, “The Neglect of CISG: A Workable Solution”, *J. L. & Com.*, vol. 17, 1998, pp. 365-367.

<sup>12</sup> See also J.O. Honnold, *Uniform Law for international sales under the United Nations convention*, 3<sup>o</sup> ed., Deventer, 1999, p. 89.

<sup>13</sup> Note, however, that according to S. Salama, “Pragmatic responses to interpretive impediments: article 7 of the CISG, An Inter-American Application”, *U. Mia. Int-Am. L. Rev.*, vol. 28, 2006, pp. 225-232, “a methodological approach that discounts the use of analogies to domestic legal concepts seems impractical if not impossible. In particular, a judge looking to interpret a provision needs some frame of reference to assist in understanding that provision”.

<sup>14</sup> See also R. Herber / B. Czerwenka, *Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Munich, 1991, p. 47.

<sup>15</sup> See F. Ferrari, “The Relationship between the UCC and the CISG and the construction of uniform law”, *Loy. L.A.L. Rev.*, vol. 29, 1996, p. 1021 and p. 1026.

<sup>16</sup> See also A. Lanciotti, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, Naples, 1992, p. 287.

<sup>17</sup> The presumed neutrality of the language employed by the drafters of the CISG has been referred to, e.g., by M. Bridge, “A law of international sale of Goods”, *Hong Kong L. J.*, vol. 37, 2007, p. 17 and p. 40; P. Butler, “Celebrating anniversaries”, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, vol. 37, 2005, pp. 775-777; A. Spaic, “Approaching uniformity in international sales law through autonomous interpretation”, *Vindobona J.*, vol. 11, 2007, p. 237 and p. 242 f; see also the statement by UNCITRAL itself to be found in U.N. document A/CN.9/562, at page 1: “The drafters of the Convention took special care in avoiding the use of legal concepts typical of a given legal tradition”.

<sup>18</sup> See, e.g., J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*, Tübingen, 1974, p. 265.

<sup>19</sup> G. Benedetti, “Commento all’art. 4 della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili”, *Nuove Leggi civ. comm.*, 1989, p. 9.

<sup>20</sup> Most recently, see, e.g., H.A. Blair, “Cases under the Convention on the international sale of goods: a proposed taxonomy of interpretive challenges”, *Duke J. Comp. & Int’l L.*, vol. 21, 2011, p. 269, specially pp. 278-279; L. DiMatteo / D.T. Ostas, “Comparative Efficiency in International Sales Law”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 26, 2011, pp. 371-372 ss.; M.M. Fogt, “Private international law issues in opt-out instruments of harmonization: the CISG and the proposal for a common European sales law”, *Colum. J. Eur. L.*, vol. 19, 2013, p. 83 and p. 87; B. Hayward, “The CISG in Australia -The Jigsaw Puzzle Missing A Piece”, *Vindobona J.*, vol. 14, 2010, p. 193 and pp. 218-219; A. Jurewicz, “A Milestone in Polish CISG Jurisprudence and Its Significance to the World Trade Community”, *J.L. & Com.*, vol. 28, p. 63 and p. 68; J.D.H. Karton / L. de Germiny, “Has the CISG Advisory Council Come of Age?”, *Berkeley J. Int’l L.*, vol. 27, 2009, pp. 448-449; C. Kokoruda, “The UN Convention on Contracts for the

## Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law

Franco Ferrari

International Sale of Goods – It's not your Father's Uniform Commercial Code", *JUN Fla. B.J.*, vol. 85, 2011, p. 103; A. Pate, "The future of harmonization: soft law instruments and the principled advance of international lawmaking", *Touro Int'l L. Rev.*, vol. 13, 2010, p. 142; E. Simos, "The CISG: a lost cause in the UK?", *Vindobona J.*, vol. 16, 2012, p. 251 and p. 259; D.J. Smythe, "The road to Nowhere: Caterpillar v. Usinor and CISG Claims by Downstream Buyers against Remoter Sellers", *Geo. Mason J. Int'l Com. L.*, vol. 2, 2011, p. 123 and p. 146; A. Veneziano, "The soft law approach to unification of international commercial contract law: future perspectives in light of UNIDROIT's experience", *Vill. L. Rev.*, vol. 58, 2013, pp. 521-522; K. Winsor, "The applicability of the CISG to govern sales of commodity type goods", *Vindobona J.*, vol. 14, 2010, p. 83 and p. 88.

<sup>21</sup> See also F. Enderlein / D. Maskow / H. Strohbach, *Internationales Kaufrecht: Kaufrechtskonvention. Verjährungskonvention. Vertretungskonvention. Rechtsanwendungskonvention*, Berlin, 1991, p. 61.

<sup>22</sup> See M.B. Rockwell, "Choice of Law in International Products Liability: Internationalizing the Choice", *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, vol. 16, 1992-1993, p. 69 and p. 74.

<sup>23</sup> See F. Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomus Interpretation: Software Contracts under the CISG", *Pace Int'l L. Rev.*, vol. 8, 1996, pp. 303-304; T.N. Tuggey, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge", *Tex. Intl L. J.*, vol. 21, 1985-1986, p. 540 and p. 554.

<sup>24</sup> In this respect, see, e.g., S. Malloy, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Another Piece of the Puzzle of the Law Applicable to International Contracts", *Fordham Int'l L. J.*, vol. 16, 1995, p. 662 and p. 667.

<sup>25</sup> Preamble CISG.

<sup>26</sup> M.G. Larson, "Applying Uniform Sales Law to International Software Transactions: The Use of the CISG, its Shortcomings, and a Comparative Look at How the Proposed U.C.C. Article 2B Would Remedy Them", *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 5, 1996, p. 445 and p. 459.

<sup>27</sup> K. Halverson Cross, "Parole Evidence Under the CISG: The 'Homeward Trend' Reconsidered", *Ohio St. L. J.*, vol. 68, 2007, p. 133 and p. 138.

<sup>28</sup> K. Halverson Cross (note 27), p. 138.

<sup>29</sup> See M. Bridge, "A Comment on 'Towards a Universal Doctrine of Breach' – The Impact of the CISG by Jürgen Basedow", *Int'l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, p. 501.

<sup>30</sup> Legitimizing the CISG on different grounds, see C. Gillette / R. Scott, "The political economy of international sales", *Int'l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, pp. 446-447 ss.

<sup>31</sup> See also N. Povrzenic, "Interpretation and Gap-Filling under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gap-fill.html>.

<sup>32</sup> See K. Halverson Cross (note 27), p. 138, stating that "the propensity of U.S. courts to interpret the Convention in light of domestic legal traditions may ameliorate the tendency of U.S. parties to opt out of the CISG".

<sup>33</sup> For a recent analysis of the relationship between the CISG and choice of forum, see F. Ferrari, "Choice of Forum and CISG; Remarks on the Latter's Impact on the Former", in: AA.VV. (eds.), *Drafting Contracts Under the CISG*, Oxford, 2007, pp. 103-148.

<sup>34</sup> See also C. Gillette / R. Scott (note 30) 454, stating that “(i)f the problem solving objective of a uniform (International Sales Law) is not met, therefore, the product will be linguistically uniform upon enactment, but the parties subsequently will either abandon the law entirely or opt-out of disfavored provisions thus undermining even the initial benefits of the standard terms”.

<sup>35</sup> See M.B. Rockwell (note 22), p. 74, stating that courts should have ways “to enable them to avoid the temptations, and (...) unpredictability, of the homeward trend”.

<sup>36</sup> See, e.g., C. Fountoulakis, “The Parties’ Choice of ‘Neutral Law’ in International Sales Contracts”, *Eur.J.L.Rev.*, 2005, p. 303 and p. 314. For similar statements, see F. De Ly, “Opting out: some Observations on the Occasion of the CISG’s 25th anniversary”, in: F. Ferrari (ed.), *Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Milan / Paris, 2005, p. 25 and pp. 36 ss.; T. McNamara, “U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?”, Feb. *Colo. Law.*, vol. 23, 2003, p. 11; G. Nakata, “Filanto S.p.A. v. Chilewich Intl Corp: sounds of silence bellow forth under the CISGs international battle of the forms”, *Transnat’l Law.*, vol. 7, 1994, p. 141 and p. 144.

<sup>37</sup> See, e.g., R. Knieper, “Celebrating Success by Accession to CISG”, *J. L. & Com.*, vol. 25, 2006, pp. 477-478; E. Ubertaite, “Application of the CISG in the United States”, *Eur.J.L.Reform*, vol. 7, 2005, p. 277 and p. 280.

See, however, G. Cuniberti, “Is the CISG Benefiting Anybody?”, *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 39, 2006, pp. 1511-1550, arguing that the CISG does not really reduce costs.

<sup>38</sup> H.M. Flechtner / J. Lookofsky, “Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?”, *Vindobona J.*, vol. 9, 2003, p. 199 and p. 203.

<sup>39</sup> H.M. Flechtner / J. Lookofsky (note 38), p. 103.

<sup>40</sup> See also J. Murray (note 11), p. 367, stating that courts have to “transcend (their) domestic perspective and become a different court that is no longer influenced by the law of (their) own nation state”.

<sup>41</sup> See H.M. Flechtner, “Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*”, *Nw. J. Int’l L. & Bus.*, vol. 22, 2002, pp. 121-122; D.A. Thompson, “Buyer Beware: German Interpretation of the CISG has led to Results Unfavorable to Buyers”, *J.L. & Com.*, vol. 19, 2000, pp. 245-254.

<sup>42</sup> For mere references to the homeward trend, without any attempts to defining it, see, e.g., R.M. Birch, “Article 44 of the U.N. Sales Convention (CISG): A possible divergence in interpretation by courts from the original intent of the framers of the compromise”, *Regent J. Int’l L.*, vol. 4, 2006, p. 1 and p. 14; A.S. Komarov (note 10), p.77; F. Mazzotta, *Loy. U. Chi. Int’l L. Rev.*, vol. 3, 2005, p. 85 and p. 115; M. McQuillen, “The Development of a Federal CISG Common Law in US Courts: Patterns of Interpretation and Citation”, *U. Mia. L. Rev.*, vol. 61, 2007, p. 509 and p. 536; A. Williams, “Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG”, *Vindobona J.*, vol. 10, 2006, p. 229 and p. 250.

<sup>43</sup> S. Salama (note 13), p. 231.



## Autonomus Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law

Franco Ferrari

<sup>44</sup> H.M. Flechtner/J. Lookofsky (note 38), p. 203. For similar definitions, see T. Keily, “Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Vindobona J.*, vol. 3, 1999, p. 15 and p. 19; L.R. Nottage, “Who’s Afraid of the Vienna Sales Convention (CISG)? A New Zealander’s View from Australia and Japan”, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, vol. 36, 2005, p. 815 and p. 838; S. Walt, “The CISG’s Expansion Bias: A Comment on Franco Ferrari”, *Int’l Rev. L. & Econ.*, vol. 25, 2005, p. 342 and p. 348; N. Whittington, “Comment on Professor Schwenger’s Paper”, *Vict. U. Wellington L. Rev.*, vol. 36, 2005, p. 809-811.

<sup>45</sup> J.O. Honnold (note 10), p. 208.

<sup>46</sup> J.O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with Introductions and Explanations*, Deventer, 1989, p. 1.

<sup>47</sup> See F. Ferrari, “The CISG’s Uniform Interpretation by Courts - An Update”, *Vindobona J.*, vol. 9, 2005, p. 233 and p. 241; H.M. Flechtner, “The Several Texts of the CISG in a Decentralized System: Observations on Translations, Reservations and Other Challenges to the Uniformity Principle in Article 7(1)”, *J. L. & Com.*, vol. 17, 1998, p. 187 and p. 205.

<sup>48</sup> For the following remarks see F. Ferrari, “La jurisprudence sur la CVIM: un nouveau défi pour les interprètes?”, *Int’l Bus. L. J.*, 1998, pp. 497-508.

<sup>49</sup> For this conclusion, see also F. Ferrari, “Do Courts Interpret the CISG Uniformly?”, in: *Quo Vadis CISG?* (note 36), p. 3 and p. 10.

<sup>50</sup> See the court decisions commented on by F. Ferrari, “Der Begriff des “internationalen Privatrechts” nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) des UN-Kaufrechts, ZeuP, 1998, 162-172: Oberlandesgericht Düsseldorf, 08/01/1993, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930108g1.html>; Bezirksgericht Wien, 20/02/1992, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920220a3.html>; Landgericht Aachen, 03/04/1990, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/12.htm>.

<sup>51</sup> Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

<sup>52</sup> Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

<sup>53</sup> Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; for this statement, see also Tribunale di Padova, 11/01/2005, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>.

<sup>54</sup> Another concept to be interpreted domestically is that of “party” to the contract, see F. Ferrari (note 48), pp. 496-497. Since the CISG itself is not concerned with agency (for this conclusion see, e.g., Oberlandesgericht Köln, 13/11/2000, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/001113g1.html>; Tribunale di Vigevano, 12 July 2000, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000712i3.html>; Oberster Gerichtshof, 20 March 1997, *ZfRvgl*, 1997, p. 204; Appellationsgericht Tessin, 12/02/1996, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960212s1.html>; Obergericht Kanton Thurgau, 19/12/1995, *SZIER*, 2000, p. 118), the issue of who is party to the contract is “to be solved on the basis of the law applicable by virtue of the rules of private international law of the forum”, Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040225i3.html>.

<sup>55</sup> M. Rheinstein, “Methods of Legal Thought and Conflict of Laws”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 10, 1942-1943, p. 466 and p. 475; for a reference to this kind of “homeward trend”, see also M. Akehurst, “Jurisdiction in International Law”, *Brit. Y. B. Int’l L.*, vol. 46, 1972-1973, p. 145 and p. 185 ; P.R.H. Webb, “Some Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law”, *ICLQ*, vol. 10, 1961, p. 818.

<sup>56</sup> O. Kahn-Freund, “Commercial Arbitration and the Conflict of Laws: Recent Developments in England”, *U. Brit. Colum. L. Rev.*, vol. 7, 1972, p. 155 and p. 165.

<sup>57</sup> O. Lando, “Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations”, *K.C.L.J.*, vol. 7, 1996-1997, pp. 55-57.

<sup>58</sup> For an overview of the case law, see F. Ferrari, “Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2013, pp. 323-358.

<sup>59</sup> See F. Ferrari, “Heimwärts- und Auswärtstreben” in der Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht” in: U. Blaurock / F. Mautzsch (eds.), *Einheitliches Kaufrecht und Vereinheitlichung der Rechtsanwendung*, Baden Baden (*in print*).

<sup>60</sup> See Tribunal Supremo, 17/01/2008, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080117s4.html>.

<sup>61</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra, 06/10/2014, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/141006s4.html>; Audiencia Provincial de Madrid, 14/07/2009, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090714s4.html>.

<sup>62</sup> Oberlandesgericht Koblenz, 24/02/2011, available at: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2301.pdf>.

<sup>63</sup> See also S. Salama (note 13), p. 225, stating that “(i)n practice it has been found that U.S. courts rely on the “homeward trend” more often than other judges in interpreting the CISG.”

<sup>64</sup> “*St. Paul Guardian Insurance Co. et al. v. Neuromed Medical Systems & Support GmbH et al.*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 26/03/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

<sup>65</sup> “*MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D’Agostino, S.p.A.*”, U.S. Circuit Court of Appeals (11th Circuit), 29/06/1998, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980629u1.html>.

<sup>66</sup> “*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 10/05/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>.

<sup>67</sup> “*Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 10/05/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>; for the statement referred to in the text, see also “*Hilatunas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*”, U.S. District Court for the Southern District of New York, 20/08/2008, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html#c>; “*Genpharm Inc. v. Pliva-Lachema A.S.*”, U.S. District Court for the Eastern District Court of New York, 19/03/2005, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050319u1.html>; “*Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co., et al.*”, U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 21 May 2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html>; “*Orbisphere Corp. v. United States*”, U.S. Court of International Trade, 24/10/1989, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/891024u1.html>.

**Franco Ferrari**

## **Autonomous Interpretation v. Homeward Trend v. Outward Trend in CISG Case Law**

<sup>68</sup> “*Calzaturificio Claudia S.n.c. v. Olivieri Footwear Ltd.*”, U.S. District Court, Southern District of New York, 6 Arpil 1998, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941005b1.html>.

<sup>69</sup> Gerichtspräsident Laufen, 07/05/1993, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/930507s1.html>.

<sup>70</sup> Handelsgericht Aargau, 26/09/1997, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=404&step=FullText>.

<sup>71</sup> See Audiencia Provincial de Valencia, 07/06/2003, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030607s4.html>, holding that “(s)cholars maintain that the international character of the Convention obliges an autonomous interpretation of the Convention independent of domestic law, for this purpose, it is necessary to adopt a different methodology than used to apply domestic law. The only way to assure the uniformity of the Convention is to take into account decisions from tribunals of other countries when applying the Convention and to consult expert opinions of scholars in the subject, in order to achieve uniformity”. For a favourable comment on this decision when discussing the uniform interpretation of the CISG, see M.P. Perales Viscasillas (note 21), p. 235 and pp. 240-241.

<sup>72</sup> See Oberster Gerichtshof, 23/05/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050523a3.html>, holding that “(t)he CISG creates substantive law (...) and is to be interpreted autonomously in accordance with CISG Art. 7. Therefore, discussions on the Austrian legal situation (...) have to be omitted”.

<sup>73</sup> Tribunale di Padova, 11/01/2005, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>; Tribunale di Padova, 25 February 2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>.

<sup>74</sup> Tribunale di Modena, 09/12/2005, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/1398.pdf>.

<sup>75</sup> See, e.g. Oberlandesgericht Frankfurt, 20/04/1994, available at: <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/125.htm>.

<sup>76</sup> Bundesgerichtshof, 03/04/1996, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960403g1.html>.

<sup>77</sup> Oberlandesgericht Karlsruhe, 25/06/1997, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970625g1.html>.

<sup>78</sup> Bundesgerichtshof, 02/03/2005, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050302g1.html>.

<sup>79</sup> See C. Gillette/R. Scott (note 30), p. 472 (in respect of the homeward trend).

<sup>80</sup> See, in respect of the homeward trend, apart from the author cited *supra* in note 43, K. Halverson Cross (note 27), p. 136; S.R. Harjani, “The Convention on Contracts for the International Sale of Goods in United States Courts”, *Hous. J. Int’l L.*, vol. 23, 2000, pp. 49-50; J.O. Honnold (note 10), p. 208; E. Sondahl, “Understanding the Remedy of Price Reduction - a Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Vindobona J.*, vol. 7, 2003, p. 255 and p. 274; M. van Alstine, “Dynamic Treaty Interpretation”, *U. Penn. L. Rev.*, vol. 146, 1998, p. 687 and p. 693.

<sup>81</sup> See, e.g., T.N. Tuggey (note 23), p. 544, stating that “one true test of the CISG’s success as a uniform law will be the extent to which it may *implicitly* permit national variations in its application.”

For a different measure of the CISG's success, see C. Gillette/R. Scott (note 30), p. 447, where the authors suggest that the success is to be measured on the basis of whether the rules of the CISG "do for the parties what the parties cannot as easily do for themselves" and, thus, lead to the parties not wanting to opt-out of the CISG (*Id.* at 454).

<sup>82</sup> H.M. Flechtner (note 41), p. 146.

<sup>83</sup> C. Gillette / R. Scott (note 30), p. 474.

<sup>84</sup> For some examples, see, e.g., C. Gillette/R. Scott (note 30), pp. 474 ss.

<sup>85</sup> See also Note, "Unification and Certainty: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Harn. L. Rev.*, vol. 97, 1984, p. 1999, stating that "indeterminate rules permit judicial interpretation guided by diverse national doctrines and values."

<sup>86</sup> It may suffice to recall that CISG does, for instance, not define the sales contract, as often pointed out both in legal writing (see K. Bell, "The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Pace Int'l L. Rev.*, vol. 8, 1996, p. 237 and p. 250; C. Chiomenti, "Does the choice of a-national rules entail an implicit exclusion of the CISG?", *Eur. Leg. For.*, 2005, pp. 141-142; G.S. Grieser, *Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht*, Frankfurt, 2004, p. 35; P. Kahn, "Qu'est-ce que la vente?", *Int'l Bus. L. J.*, 2001, pp. 241-242; C. Niemann, *Einheitliche Anwendung des UN-Kaufrechts in Italienischer und deutscher Rechtsprechung und Lehre: Eine Untersuchung zur einheitlichen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und interner Lückenfüllung im CISG*, Frankfurt, 2006, p. 82; B. Richards, "Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention", *Iowa L. Rev.*, vol. 69, 1983, p. 209 and p. 227) and case law (see, e.g., Tribunale di Padova, 11/01/2005, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1005&step=FullText>; Tribunale di Padova, 25/02/2004, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040225i3.html>; Tribunale di Rimini, 26/11/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>; Kantonsgericht Schaffhausen, 25/02/2002, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020225s1.html>; Cour d'appel de Colmar, 12/06/2001, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>; Tribunal cantonal de Vaud, 11/03/1996, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960311s2.html>), nor does it define "goods".

<sup>87</sup> See *supra* the text accompanying note 20.

<sup>88</sup> T.N. Tuggey (note 23), p. 554.

<sup>89</sup> For an analysis of the effects of the failure to incorporate the CISG into law school curricula, see W. Dogde, "Teaching the CISG in Contracts", *J. Leg. Edu.*, vol. 50, 2000, pp. 72-94.

## Resumen

*Una de las características del derecho internacional privado contemporáneo es el pluralismo metodológico. Esto permite que junto con las clásicas normas conflictuales y de corte savignyano coexistan y actúen normas materiales especiales para regular los casos jurídicamente internacionalizados. Entre las normas materiales de derecho internacional privado encontramos algunas que son de origen nacional, emanadas del respectivo poder público nacional. La doctrina distingue al respecto entre las normas materiales de derecho internacional privado propiamente dichas y las normas de aplicación necesaria o inmediata. Además de ellas, en épocas más recientes se insiste en un grupo de normas materiales de origen no nacional o no estatal, que no emanan de una autoridad pública nacional. Muchos agrupan estas normas bajo el epígrafe poco preciso de *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria*. Así lo hacen la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en ciudad de México en 1994 y la ley de derecho internacional privado de Venezuela de 1998. Sin embargo, la comunidad internacional sigue viendo con mucho recelo y cierto escepticismo la aplicación de ese derecho no nacional en materia de contratos internacionales. Las dificultades comienzan por darle contenido a dicho derecho, por identificar cuáles son las formas de manifestación o expresión de ese derecho. También, por supuesto, otro grave problema es determinar cuál es la forma de aplicación de ese derecho no nacional y la relación entre esas soluciones no nacionales y las soluciones emanadas de las autoridades nacionales. En este ensayo se examinan los fundamentos del pluralismo metodológico actual y se formulan consideraciones en torno a las dificultades prácticas que se enfrentan al toparse con ese derecho no nacional.*

## Sumario

- I.** Introducción.
- II.** Pluralismo metodológico en el derecho internacional privado y la regulación material de los contratos internacionales.
- III.** La dificultad en la determinación del contenido y aplicación del derecho competente a los contratos internacionales.
- IV.** Conclusión.

**Eugenio Hernández-Bretón\***

## iiiUn monstruo!!! ¿Derecho (...) quééééé...?

*“nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit”*

Cicerón, *De República*, 3.22.33.

*“...my main problem with theorists who play law as a game is that against their own intentions they just remain in the seductive twilight of their ‘entre deux’, in the ambiguous dialectics without synthesis, in the attractive ambivalence of yes and no, inside and outside, law and non-law”.*

G. Teubner, *“Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”*, *AJCL*, vol. 45, 1997, p. 155.

### I. Introducción

Comienzo por rescatar una frase del profesor español Míaia de la Muela sobre el profesor uruguayo Quintín Alfonsín, que dice así: “(Alfonsín tuvo

la desgracia de escribir en castellano, lo que explica que su obra fundamental y su valiosa producción monográfica haya sido prácticamente desconocida”.<sup>1</sup>

Y esto, ¿por qué lo hago?

Hay un tipo particular de normas jurídicas utilizadas en la solución de los problemas de Derecho internacional privado. Se trata de normas que “tienen por función regular las relaciones jurídicas extranacionales proveyéndolas de derecho privado”.<sup>2</sup> Ellas establecen “directamente” el derecho privado correspondiente a la relación jurídicamente internacionalizada.<sup>3</sup> Son soluciones especiales de derecho material dictadas por el propio legislador nacional para regular directamente las situaciones de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros. Este tipo de normas constituye lo que denominamos el “derecho privado internacional” y es de tal forma un específico tipo

normativo-metodológico dentro del derecho internacional privado.<sup>4</sup> Es importante destacar que la propuesta futurista de Alfonsín, según la cual, lo que él denominó normas internacionales directas habrían de sustituir a las normas conflictuales, formales o indirectas, en el estado de la evolución metodológica del derecho internacional privado actual se corresponden con una etapa intermedia en desarrollo, en la cual las legislaciones nacionales disponen, junto a un derecho privado para uso interno, de un derecho privado para uso internacional.

En una tercera y última etapa las relaciones jurídicas jurídicamente internacionalizadas o extranacionales dejan de ser regidas por un derecho privado nacional (ya sea para uso interno o internacional) y quedan sometidas a un derecho privado extranacional de fuente no estatal, por cuanto las relaciones extranacionales “por su propia esencia, deben ser ajenas al Poder Legislativo de cualquier Estado en particular”.<sup>5</sup> Estamos en esta etapa.

Partimos, entonces, de la premisa aceptada y no cuestionada acerca de la existencia de un derecho privado especialmente dictado para directamente regular los casos de derecho internacional privado en sentido

estricto; valga decir, nuestro punto de arranque es la afirmación de la existencia en el sistema jurídico nacional e internacional de un derecho privado internacional especial y apto para regular directamente los casos de derecho internacional privado. Este tipo de normas llamadas comúnmente normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales han sido escasamente tratadas en Venezuela, aunque ciertamente una revisión de la legislación venezolana muestra que las mismas han sido una de las técnicas empleadas por el legislador nacional a la hora de regular los casos jurídicos que se vinculan con los ordenamientos jurídicos extranjeros.

## **II. Pluralismo metodológico en el derecho internacional privado y la regulación material de los contratos internacionales**

La cuestión metodológica ocupa un sitio muy destacado en el derecho internacional privado contemporáneo. La metodología empleada para la “construcción teórica y técnica de las soluciones de derecho internacional privado” refleja una visión del fenómeno de la extranjería en el derecho en un momento determinado. De tal suerte, las respuestas a la interrogante relativa

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quéééé...?**

a “la solución adecuada a los supuestos de hecho contentivos de elementos extranjeros (...) no han sido y todavía no son las mismas en todas partes”.<sup>6</sup> En este sentido, con gran agudeza el profesor Mariano Aguilar Navarro expresaba que “el derecho internacional privado es el procedimiento jurídico que una determinada época utiliza con el propósito de regular los supuestos de tráfico externo”.<sup>7</sup> Como se ha afirmado, esos procedimientos han variado a lo largo del tiempo y han sido las épocas de “crisis” del derecho internacional privado las que “han motivado una amplia revisión metodológica” en esta materia.<sup>8</sup>

El tema de la cuestión metodológica en el derecho internacional privado ha ocupado numerosísimas páginas a lo largo de la historia de las ideas jurídicas. No nos vamos a detener en ese aspecto aquí. Tan solo nos limitamos a remitir al interesado a un par de referencias bibliográficas.<sup>9</sup> Una de las características del derecho internacional privado contemporáneo es el pluralismo metodológico, que algunos prefieren llamar complementariedad de normas, métodos o técnicas”.<sup>10</sup> De tal manera hay consenso entre los autores, no exento, sin embargo, de críticas valiosísimas,<sup>11</sup> para afirmar que los tres tipos de normas preferidos

actualmente para hacer frente a los problemas de derecho internacional privado son (i) las normas conflictuales, indirectas, indicadoras o formales, (ii) las normas materiales de derecho internacional privado y (iii) las normas de aplicación inmediata o necesaria.<sup>12</sup> En Venezuela, como en otros países, “no hay imposibilidad teórica alguna de emplear otros métodos (...) para la regulación de aquellas relaciones y situaciones cuyos elementos están conectados a una pluralidad de ordenamientos jurídicos”.<sup>13</sup>

En todo caso, lo que resulta incuestionable es la heterogeneidad de naturaleza de las normas reguladoras del tráfico privado internacional.<sup>14</sup> En la época actual se afirma que virtualmente ningún sistema nacional de derecho internacional privado puede reclamar pureza metodológica y que muy pocos sistemas la aspiran. El pluralismo metodológico es visto como un signo de madurez del derecho internacional privado, lejos de ser considerado un síntoma de decadencia. Ninguna metodología es perfecta; todas son necesarias, y juntas, si son bien coordinadas, son mejores que aisladas. Eclecticismo y pluralidad son las características de los métodos utilizados en nuestro tiempo para enfrentarnos a la regulación jurídica de los casos que



se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros.<sup>15</sup>

De los tres tipos normativos arriba identificados, sin duda alguna, el que actualmente recibe el favoritismo es el de las normas indirectas, indicadoras o formales. Hay una marcada preferencia por las normas conflictuales. De tal suerte, los estudiosos y los legisladores tienden a favorecer el método indirecto para la solución de los problemas de derecho internacional privado. Ahora bien, la norma conflictual no da respuesta inmediata y directa al problema jurídico planteado, sino que ubica, indica o selecciona el ordenamiento jurídico aplicable al caso jurídicamente internacionalizado. La consecuencia jurídica de la norma conflictual o indirecta se limita a seleccionar el ordenamiento jurídico aplicable al caso sin dar respuesta material al problema jurídico-material presentado, cuya solución dependerá del ordenamiento que resulte aplicable como consecuencia jurídica de dicha norma conflictual. Y lo anterior se logrará ya sea que el derecho competente sea efectivamente seleccionado mediante la actuación de la norma de conflicto del foro o mediante la intervención de las demás normas auxiliares que pongan en funcionamiento otras instituciones propias de la llamada teoría general del

derecho internacional privado, como lo son el reenvío, la cuestión previa, preliminar o incidental, el respeto a los derechos adquiridos, etc.

De alguna forma, la adopción del método conflictual que, en el sentido savignyano de la expresión da particular atención a la situación jurídica a ser regulada, muestra, no obstante, una especie de claudicación del legislador nacional frente a la imposibilidad de regular directamente todos los casos posibles, más aun cuando se considera que los casos jurídicamente internacionalizados estarían espacialmente mejor regulados por un ordenamiento jurídico (*lex causae*) diferente del ordenamiento jurídico nacional (*lex fori*). El derecho escogido resulta ser el derecho especial para regular el particular caso con elementos de extranjería relevantes. No obstante, en la generalidad de los casos ese derecho especial será un derecho nacional, dictado para regular casos netamente nacionales y sin tomar en cuenta la extranjería de las situaciones jurídicas reguladas. En consecuencia, es muy apropiado afirmar con Miaja de la Muela que una ley “dictada para servir necesidades nacionales, puede resultar poco apta para el tráfico jurídico internacional”.<sup>16</sup> Y fue precisamente esa “falta de adecuación”, a decir del propio Miaja

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quéééé...?**

de la Muela,<sup>17</sup> el argumento principal desarrollado por el profesor uruguayo Quintín Alfonsín para desarrollar su tesis del derecho privado extranacional.<sup>18</sup> Por ello se afirma –con razón– que la norma material internacional es superior a la norma interna declarada aplicable por la norma de conflicto,<sup>19</sup> y ello como resultado de la insuficiencia de las legislaciones internas para regular los casos internacionalizados.<sup>20</sup>

Ahora bien, como ya reconocimos anteriormente el método conflictual no goza del monopolio metodológico para la regulación de tales casos de derecho internacional privado. Tal es el caso venezolano.<sup>21</sup> Junto al método indirecto coexisten o actúan también las normas materiales de derecho internacional privado y las llamadas normas de aplicación inmediata o necesaria.<sup>22</sup> No vamos a discutir estas últimas y al efecto remitimos a la literatura especializada.<sup>23</sup> Sin embargo, si queremos destacar que las normas de aplicación inmediata o necesaria también son normas materiales, pero que su aplicación depende de consideraciones que difieren suficientemente de las razones que determinan el funcionamiento y aplicación de las llamadas normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales. Esto lo explican con

énfasis los autores, aunque no resulta fácil su identificación. Ahora bien, las consideraciones que continúan en este trabajo se dirigen a examinar las normas materiales de derecho internacional privado en sentido estricto.

Las llamadas normas materiales de derecho internacional privado o normas materiales internacionales han sido consideradas como normas especialmente hechas para regular las situaciones jurídicamente internacionalizadas. Se trata entonces de una norma propia para los asuntos internacionalizados que enuncia directamente la solución aplicable al fondo del caso. Esta es la definición que adopta el profesor Eric Loquin en su reciente curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, siguiendo las ideas del profesor Oppetit.<sup>24</sup> Podría de tal forma hablarse de un derecho privado “internacional”, en el sentido de que se trata de normas materiales que son dictadas para regir los casos internacionales. Se trataría de un derecho material especial para regir los supuestos de hecho que se relacionan con los ordenamientos jurídicos extranjeros, “sin acudir a (la) norma de conflicto”<sup>25</sup> y sin que se recurra forzosamente a la *lex fori*, como en el caso de las normas de aplicación inmediata o necesaria.<sup>26</sup>

Una de sus características más destacadas es que las normas materiales internacionales tienen por función disciplinar directa e inmediatamente el caso jurídicamente internacionalizado. No tienen por función indicar el ordenamiento jurídico aplicable. Ellas son -en sí mismas- el derecho aplicable que reglamenta la situación jurídicamente internacionalizada. Lo anterior es válido tanto para el caso de que se trate de normas materiales de fuente nacional como de fuente extranacional o supranacional, es decir, que hayan sido dictadas unilateralmente por un Estado soberano (*e.g.*, Venezuela), o que sean el producto de tratados internacionales o el producto de la actuación espontánea de los particulares. De tal forma resulta que las normas materiales internacionales son de naturaleza sustantiva y son dictadas para regular casos internacionales.<sup>27</sup>

Hemos afirmado que en el caso de las normas materiales internacionales se trata de un derecho material especial de las situaciones jurídicas internacionalizadas. En esto coinciden los autores. La profesora Pérez Vera sostiene que la especialidad de estas normas se identificaría desde dos puntos de vista, a saber, (i) bien, debido a que en atención al carácter internacional del caso, el mismo recibe un tratamiento

diferenciado del que se le da en ese mismo ordenamiento jurídico nacional a un caso netamente nacional, sin conexión con ordenamientos extranjeros, (ii) o bien, porque el caso regulado, por su propia naturaleza, no existe en el ámbito interno, dado que el caso necesariamente implica la presencia de un elemento de extranjería.<sup>28</sup> En suma, una importante característica de las normas materiales internacionales, que las distingue de otras normas materiales que se utilizan en la solución de los casos de Derecho internacional privado, es que las primeras no regulan ni tienen vocación de regular los casos netamente nacionales. Son, pues, especiales para la regulación de los casos internacionalizados.<sup>29</sup>

Lo anterior lleva a examinar el tema de la estructura de las normas materiales de derecho internacional privado y su peculiaridad frente a otros tipos de normas materiales y de conflicto. La especialidad de las normas materiales internacionales también se refleja en su estructura y esto en un doble sentido. Por una parte, en lo relativo al supuesto de hecho regulado, que incluye un elemento de extranjería relevante, el cual es tomado particularmente en consideración por el legislador al momento de normar la situación y que de tal manera individualiza el caso

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quéééé...?**

regulado y lo distingue de los demás casos internos. Por la otra parte, en lo que atiende a la consecuencia jurídica establecida directamente en la propia norma, pues aquí el legislador establece un concreto y especial tratamiento propio que puede ser diferente del establecido para las situaciones internas o no establecido para las situaciones internas. Así lo enseña la doctrina especializada.<sup>30</sup>

En cuanto a la jerarquía o prelación de los métodos en el derecho internacional privado no hay respuesta clara, pues todo dependerá de la óptica del sistema de derecho desde donde se contemple el problema. Opiniones recientes cuestionan la existencia de una pirámide de normas de derecho internacional privado. En ellas se destaca que los métodos utilizados para resolver los problemas de conflicto de leyes o de jurisdicciones han sido concebidos sin haber tomado en cuenta la jerarquía de las normas. Por ello se afirma también que los métodos del derecho internacional privado no son fácilmente conciliables con la jerarquía de las normas.<sup>31</sup> Otros autores buscan conciliar los métodos en base a una determinada concepción de los valores.<sup>32</sup>

A pesar de lo anterior, los autores venezolanos son contestes en afirmar la

utilización preferente de las normas de aplicación inmediata o necesaria. Solo una vez que se constata su inexistencia, entonces se habrán de aplicar las normas materiales de Derecho internacional privado antes de recurrir a las normas conflictuales.<sup>33</sup> Ahora bien, dichos autores poco o nada explican tal proceder o dan una justificación de su jerarquía. Tratándose de normas legales, ya sea conflictuales, materiales internacionales o de aplicación inmediata o necesaria, todas ellas tendrían igual rango. La aplicación preferente de unas respecto de las otras se deberá, entonces, a una decisión metodológica o en atención a la especialidad de las normas.

En el caso venezolano, el artículo 10 de la Ley de derecho internacional privado (“LDIP”) da preferencia al método de las normas de aplicación inmediata o necesaria. En ese artículo las normas en cuestión son llamadas “disposiciones imperativas del derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”, las cuales “se aplicarán necesariamente (...) no obstante lo previsto en esta ley”. La fórmula de la LDIP se puede prestar a malos entendidos, sobre todo tomando en cuenta que para las normas de aplicación

inmediata o necesaria el elemento de extranjería es absolutamente irrelevante y que dichas normas se dictan para regir tanto los casos domésticos como los extranjeros.<sup>34</sup> Las normas materiales internacionales, por su parte, no tienen vocación para regular los casos domésticos ni están hechas para normar tales casos.<sup>35</sup> La preferencia de las normas de aplicación inmediata o necesaria es, de tal forma, respecto de las soluciones de la LDIP, sean conflictuales o materiales. Lo que no resulta tan evidente es justificar la preferencia del método material internacional sobre el conflictual. Incluso hay autores que llegan a sostener que hay normas materiales internacionales que se aplican autónomamente y otras que dependen de las normas de conflicto.<sup>36</sup>

Si bien lo anterior es cierto, en el caso venezolano creemos que las normas materiales internacionales resultan de aplicación preferente en atención a su especialidad frente a las normas conflictuales. Se trata en ambos casos de normas de derecho internacional privado, pero las materiales serían especiales frente a las generales contenidas en las normas de conflicto. Vale recordar que el profesor Míaia de la Muela al tratar de las normas auto limitadas (que son normas materiales internacionales) las considera como

normas conflictuales (más bien de derecho internacional privado) especiales frente otras normas generales conflictuales (más bien de derecho internacional privado).<sup>37</sup> Según la teoría general del derecho, la especialidad de la norma vendría determinada por el supuesto de hecho regulado en la particular norma material internacional comparado con el supuesto más general regulado en la norma conflictual. La norma general sería “aquella cuyo supuesto de hecho incluya, como un caso específico, el supuesto de hecho de la otra”.<sup>38</sup> El tratamiento individualizado dado por la norma material internacional sería el caso específico comprendido en la norma conflictual.

Ahora bien, a pesar que las normas materiales internacionales dictadas por un legislador nacional reconocen y toman en cuenta el factor extranjerizante de la situación jurídica a regular, ellas tienden a generar cierta desarmonía internacional. Esto conduce a fijar “una importante limitación” a su actuación, pues con ellas “el legislador estatal proyecta al plano internacional sus propias categorías y soluciones jurídicas, o bien establece una solución sustantiva para proteger sus propios intereses, su propia política legislativa”.<sup>39</sup> En ambos casos la regulación del caso se hace desde la óptica individual del Estado

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quéééé...?**

interesado, según los propios criterios y valores, por lo que en la disciplina de los problemas de la vida internacional de las personas las soluciones de derecho extranjero no juegan papel alguno.

El recurso a las normas materiales de derecho internacional privado para la solución de los casos de derecho internacional privado no es nuevo. Con precisión se ha afirmado que sus orígenes pueden remontarse al *jus gentium* y al *praetor peregrinus*.<sup>40</sup> La doctrina afirma que la consideración actual del método material se explica por la “crisis del derecho internacional privado”,<sup>41</sup> pero también señala que las normas materiales internacionales de origen legislativo son de rara aparición y con ello se manifiesta “un lamentable desinterés del legislador ante las situaciones internacionales”.<sup>42</sup> Sin embargo, como veremos más adelante en el caso venezolano hay más de las que se puede anticipar.<sup>43</sup>

El tema de las normas materiales de derecho internacional privado, aun cuando es un método plenamente reconocido por los comentaristas venezolanos, ha sido levemente considerado. Sin embargo, se trata de un método particularmente útil en las diversas áreas, aunque parece que sea en materia contractual donde despliega

mayor utilidad a tenor de lo previsto en el artículo 31 de la LDIP y en su fuente inmediata el artículo 10 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales -CIDIP-IV, México 1994-, (“Convención de México”).

### **III. La dificultad en la determinación del contenido y aplicación del derecho competente a los contratos internacionales**

En materia de contratos internacionales se presenta la inconformidad con la regulación material de los mismos mediante normas de origen estrictamente nacional, ya sea que el derecho competente sea el resultado del ejercicio de la autonomía conflictual o de cualquier otra vía de determinación del derecho nacional que regula el tema contractual. Se abre entonces la posibilidad de que, abandonando la solución netamente conflictualista, actúen normas materiales de manera directa. Pero más aún, que las normas materiales no sean creación de un legislador nacional. Este es el caso de la solución adoptada en el artículo 10 de la Convención de México y del artículo 31 de la LDIP. Con ligeras diferencias la fórmula utilizada en ambas disposiciones es la misma. Ellas establecen

lo siguiente: “(a) además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. También contribuye a darle especificidad a ese derecho no nacional el texto del artículo 9 de la Convención de México, que también se encuentra en el artículo 30 de la LDIP, que utiliza la expresión “principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Se trata, entonces, de un intento por identificar o listar algunas —y no todas— las formas de expresión o de manifestación de la *lex mercatoria* sin que se trate de restringir esa normativa limitándola a aquella que pueda tener su origen en tratativas entre comerciantes o que surja o haya surgido espontáneamente de la actividad comercial internacional. Se trata de un listado enunciativo —e insistimos, no taxativo o limitativo— que es lo que corresponde a un derecho móvil y en constante elaboración, siendo estas características principales del llamado nuevo derecho del comercio internacional. Lo cierto del asunto es que ese nuevo derecho

no requiere de la intervención de los Estados y de sus poderes públicos para existir. Cuestionable es si para su efectividad, para su aplicación real en la solución de casos concretos, es necesario un reconocimiento expreso de tal derecho por parte de los órganos de Estado, como podrían ser el Poder Legislativo o los tribunales u órganos jurisdiccionales. La respuesta se impone en la afirmativa, tal derecho solo se impone en la medida en que cada Estado así lo reconozca. En todo caso, la coexistencia entre normas conflictuales y normas materiales de derecho internacional privado de fuente no estatal no es ni será fácil. Y con esto no es que queramos excluir una u otra metodologías, sino más bien propiciar su interacción, la cual consideramos saludable y beneficiosa para el mejor tratamiento de los casos jurídicamente internacionalizados. Pero los mejores deseos por una más eficiente y adecuada solución de los casos de derecho internacional privado se libra de las dificultades prácticas que impone la rigidez conceptual con la que a veces nos aproximamos al examen de los problemas jurídicos. Por esto es que no dudo en calificar a ese nuevo derecho del comercio internacional, o nueva *lex mercatoria*, como un monstruo, ya que así es que me imagino debe ser la reacción de los puristas y también de

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quéééé...?**

los no familiarizados con el tema, al oír hablar de este derecho transnacional de fuente no estatal.

Les voy a relatar dos experiencias personales que espero sirvan para ilustrar mi posición. Hace unos años redacté unos contratos relacionados con la venta de acciones en una sociedad venezolana. En particular el contrato de venta de acciones lo celebraron una persona natural de nacionalidad estadounidense, domiciliado en California, como comprador, y una sociedad constituida y domiciliada en Aruba, como vendedora. El contrato se celebró en Aruba. Las partes se sometieron a arbitraje en Aruba y como derecho aplicable se eligieron los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, sin que se incluyera la aplicación simultánea o subsidiaria de cualquier derecho nacional. Cuando se presentó la controversia entre las partes, la compradora presentó demanda ante tribunales de Aruba. La parte demandada recurrió a abogado en Aruba, el cual al ser instruido en cuanto al derecho elegido preguntó, en primer lugar, qué cosa eran esos Principios y, en segundo lugar, si le podíamos enviar copia de los mismos. Intuyo que esas preguntas fueron, tan solo, una forma algo más complicada de decir: ¿De ¡quéééé; (..&/=...\*...\*) me están hablando? Al

final, ambas partes presentaron sus alegatos bajo el derecho de Aruba y sin el menor asomo o referencia a esa cosa tan espantosa como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Sobra decir que el honorable tribunal se sintió muy a gusto con la decisión práctica de las partes, que le evitó adicionales dolores de cabeza al tener que examinar el caso. La otra experiencia tiene que ver con un contrato entre una sociedad venezolana y un grupo de compañías, entre las que había algunas extranjeras. El contrato fue celebrado en Venezuela y debía ejecutarse parcialmente en Venezuela. Las partes eligieron someter el contrato a derecho venezolano y las controversias a arbitraje en Nueva York. En la segunda ronda de alegatos, las demandantes invocaron los mismos Principios UNIDROIT como forma de expresión de la llamada nueva *lex mercatoria*, a tenor del artículo 10 de la Convención de México, los cuales complementaban de manera satisfactoria las normas materiales venezolanas. Pues bien, la demandada casi calificó a esos Principios como una suerte de creación monstruosa propia de algún aquelarre reunido en las horas más oscuras de una noche de brujas. La verdad es que creo que le tenemos —por lo menos— mucha desconfianza a la nueva *lex mercatoria* cualquiera que sea su forma de manifestación.



#### IV. Conclusión

Estamos de acuerdo en que el método conflictual puro es insuficiente para hacerle frente a los problemas de derecho internacional privado, mucho menos en materia de contratos internacionales. También estamos de acuerdo con que el método conflictual requiere ser complementado por soluciones de carácter material, pero mientras los legisladores nacionales parecen haber claudicado ante la delicada labor de dictar legislaciones completas, o más o menos completas al respecto, la comunidad internacional, sea de comerciantes o de profesores y otros prácticos, continúa en su tarea de recopilar o formular soluciones bastante adecuadas

—aunque incompletas— para atender las necesidades del comercio internacional. Es en este sentido que creemos que la nueva *lex mercatoria*, en especial los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales como expresión de tal *lex mercatoria*, cumplen una muy loable función. Sin embargo, hasta tanto esas soluciones no se divulguen suficientemente y los actores del comercio internacional y sus abogados no superen las limitaciones culturales impuestas por sus propios sistemas jurídicos nacionales difícilmente recibiremos reflexiones más profundas que aquellas con las que hemos tratado de ilustrar el título de este brevísimo ensayo preparado para estas nuevas Jornadas de la ASADIP.

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quéééé...?**

\* Miembro honorario de ASADIP; Profesor de derecho internacional privado en la Universidad Central de Venezuela; Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

<sup>1</sup> A. Miaja De La Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho internacional privado*, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1977, p. 18.

<sup>2</sup> Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, 1955, p. 255.

<sup>3</sup> Q. Alfonsín (nota 2), p. 2.

<sup>4</sup> Q. Alfonsín (nota 2), pp. 46-47, propone la denominación derecho privado internacional para referirse a lo que aquí denominamos Derecho internacional privado. Optamos por esta última denominación siguiendo la denominación recibida en el artículo 156.32 de la Constitución. Al respecto ver E. Hernández-Bretón, “*La Constitución de 30 de diciembre de 1999 y la Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998*”, en F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia)*, vol. II, Colección Libros homenaje n° 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 11 ss., p. 14.

<sup>5</sup> Q. Alfonsín (nota 2), pp. 173-179.

<sup>6</sup> G. Parra-Aranguren, *Curso general de derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, 3° ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 81.

<sup>7</sup> M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado, Introducción y fuentes*, vol. I, t. I, Madrid, Universidad Complutense, 1979, p. 139.

<sup>8</sup> M. Aguilar Navarro (nota 7), p. 47.

<sup>9</sup> G. Parra-Aranguren (nota 6), pp. 81-82; A. Miaja De La Muela, *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del derecho internacional privado*, Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1977.

<sup>10</sup> AA.VV., “Reflexiones sobre el discurso conceptual, el pluralismo metodológico y el rol del derecho internacional privado en la integración”, en: *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, 2013, p. 123 y pp. 136-145.

<sup>11</sup> A. Miaja De La Muela (nota 9) p. 32 y pp. 59-90. Ver también J. TALICE, “Objeto y método en el Derecho internacional privado”, en AA.VV., *Objeto y método en el derecho internacional privado*, Montevideo, Editorial Grosf Services, 1986.

<sup>12</sup> T.B. Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 233; C. Madrid Martínez, *La norma de derecho internacional privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 28-32. y p. 111.

<sup>13</sup> J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. introducción a sus problemas fundamentales*, 2° ed., Madrid, Tecnos, 1976, p. 121.

<sup>14</sup> A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 31.

<sup>15</sup> S.C. Symeonides, “General Report”, en: S. Symeonides (ed.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress. XVth international congress of comparative law*, The Hague / London, / Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 21.

<sup>16</sup> A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 18.

<sup>17</sup> A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 18.

<sup>18</sup> Q. Alfonsín (nota 2), p. 255.

- <sup>19</sup> E. Loquin, “Les règles matérielles internationales”, *Recueil des Cours*, vol. 322, 2006, pp. 40-44.
- <sup>20</sup> F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Librairie Dalloz, 1973, p. 126. Ver también M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, 1º parte, Madrid, Universidad Complutense, 1979, p. 103.
- <sup>21</sup> C. Madrid Martínez (nota 12), pp. 28-32.
- <sup>22</sup> Ver la crítica en la nota 43 *infra*.
- <sup>23</sup> H. Barrios, “Las reglas de derecho limitantes de su propio dominio de aplicación”, en: AA.VV., *Ponencias venezolanas al XI Congreso de Derecho Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, pp. 95-103; G. Parra-Aranguren (nota 6), pp. 167-170; F. Romero, “La norma de aplicación inmediata o necesaria”, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia.)*, vol. II, Colección Libros homenaje n° 1, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 217-221.
- <sup>24</sup> E. Loquin (nota 19), p. 24 y p. 26.
- <sup>25</sup> T.B. Maekelt, “La codificación interamericana en materia de derecho internacional privado en el contexto universal y regional”, *Libro-Homenaje a Haroldo Valladao*, Caracas, 1997, p. 151 y p. 161.
- <sup>26</sup> E. Vitta, “Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 162, 1979-I, p. 127.
- <sup>27</sup> E. Loquin (nota 19) p. 24; E. Pérez Vera, *Derecho Internacional Privado*, vol. 1, 6º ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1996, pp. 174-191.
- <sup>28</sup> E. Pérez Vera (nota 27), p. 75. Ver también E. Loquin (nota 19), p. 24.
- <sup>29</sup> E. Loquin (nota 19), p. 29.
- <sup>30</sup> E. Pérez Vera (nota 27), p. 75.
- <sup>31</sup> R. Encinas De Munagorri, “Droit international privé et hierarchie des norms”, *Revus*, vol. 21, 2013, pp. 71-75.
- <sup>32</sup> L. gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé de la famille*, Paris, LGDJ, 2001, *passim*.
- <sup>33</sup> F. Romero (nota 23), p. 218; C. Madrid Martínez (nota 12), pp. 31-32, p. 111 y p. 147; T.B. Maekelt (nota 12) p. 233.
- <sup>34</sup> C. Madrid Martínez, “Normas de aplicación necesaria”, en: T.B. Maekelt (coord.), *Ley de derecho internacional privado*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, pp. 337-356.
- <sup>35</sup> E. Loquin (nota 19), p. 29.
- <sup>36</sup> F. Deby-Gérard (nota 20), pp. 123-131.
- <sup>37</sup> A. Miaja De La Muela (nota 9), p. 102.
- <sup>38</sup> J. sanchez-covisa, “La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano”, en: *Obra jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 79-85 y p. 112.
- <sup>39</sup> J.A. Carrillo Salcedo (nota 13), p. 141 y pp. 125-128.
- <sup>40</sup> G. Parra Aranguren (nota 6), pp. 81-82; E. Vitta (nota 26) p. 127; M. Aguilar Navarro (nota 7) pp. 102-106.
- <sup>41</sup> M. aguilar navarro (nota 7), p. 103.
- <sup>42</sup> F. deby-gérard (nota 20), p. 124.

**Eugenio  
Hernández-Bretón**

**iiiUn monstruo!!!  
¿Derecho (...) quééééé...?**

<sup>43</sup> Queremos aquí dejar constancia de la valiosa crítica que hizo el profesor Miaja de la Muela a la tripartición entre reglas materiales, de conflicto y de aplicación necesaria. Señaló Miaja que las normas de los grupos primero y tercero “no sólo no se excluyen entre sí, sino que lo normal es que toda regla material actuante en el tráfico privado internacional sea de aplicación inmediata y que las esta clase sean materiales y territoriales”. Ver A. miaja de la muela, *Derecho internacional privado*, t. I, Madrid, Ediciones Atlas, 1981, pp. 271-272.

## Abstract

*Article 3 of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts is the first quasi-legislative text to allow explicitly for the choice of Non-State Law also before state courts. This article puts the provision into a broader context, discusses their drafting history and particular issues involved in their interpretation. It also provides a critical evaluation. Article 3 does not respond to an existing need, and its formulation, the fruit of a compromise between supporters and opponents of choosing non-state law, makes the provision unsuccessful for state courts and arbitrators alike.*

## Summary

- I.** Introduction.
- II.** Choice of Non-State Law in transnational codifications, predecessors of the Hague Principles. 1. UNCITRAL Arbitration Rules and other arbitration texts. 2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and Principles of European Contract Law (1995). 3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994). 4. Rome I Regulation (2008)
- III.** The genesis of Article 3 of the Hague Principles 1. Challenges for The Hague Conference. 2. Principles as a response. 3. Drafting history of Article
- IV.** Particular issues 1. 'Rules of law' 2. 'Set of rules'. 3. 'Neutral and balanced'. 4. 'Generally accepted'. 5. 'International, supranational or regional level'. 6. Filling gaps
- V.** Evaluation 1. The rule. 2. The arguments. 3. The process
- VI.** Conclusion.
- VII.** Bibliography.

# Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels\*

## I. Introduction

Are we witnessing a revolution in choice of law for contracts? The Hague Conference on Private International Law is about to finalize work on so-called ‘Principles on Choice of Law in international commercial contracts’ (hereinafter called Hague Principles).<sup>1</sup> Formally, the novelty of the Hague Principles lies in their character as nonbinding soft law instead of, as has traditionally been the case at the Hague Conference, a Convention. Their substantive novelty is somewhat hidden, but –perhaps– just as important. After laying down rather uncontroversially, in Article 2(1), that “(a) contract is governed by the law chosen by the parties”, Article 3 introduces a definition of law that is novel, at least for state courts:

*Article 3 – Rules of Law: (u)nder these Principles, the law chosen by the parties may be rules of law that are generally*

*accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.<sup>2</sup>*

“Rules of law,” as opposed to “law,” has traditionally been understood to include non-state law, and this is intended here, too. What the Hague Conference thereby introduces is the ability for parties to choose non-state law as the law applicable to their contract. Notably, such a choice is supposed to designate the applicable law in the sense of choice of law, not as mere incorporation into the contract.<sup>3</sup> This is an important difference. If a body of rules is merely incorporated, the whole contract (including the incorporated rules) remains governed by a state’s law, including its mandatory rules. Where, by contrast, a body of rules is chosen in the sense of choice of law, that body becomes the applicable contract law and, at least in principle, no other contract law governs.<sup>4</sup>

In international commercial arbitration, the choice of non-state law has long been possible (though it has not been used as much as some proponents make us believe).<sup>5</sup> For state courts, by contrast, allowing for the choice of non-state law represents a novelty. Choice of non-state law is excluded in practically every national system of choice of law.<sup>6</sup> Before courts, the choice of non-state law has played virtually no role, apart from limited exceptions concerning religious law, and isolated decisions rejecting the validity of the choice of non-state law like sports rules<sup>7</sup> ICC rules,<sup>8</sup> or the UNIDROIT Principles.<sup>9</sup> Where it is discussed it is rejected. Attempts to allow for such a choice—first in the Interamerican Conference, then in the reform of the European Rome I Regulation—have, so far, been unsuccessful. And indeed, it is not clear why we should expect there to be more interest before state courts—why should parties want to opt out of state-made law, but not out of state-made adjudication?

In this article, I aim to do three things. The first is to lay out, in relative detail, the context for the provision, as well as its drafting history. Article 3 of the Hague Principles is the latest

intervention in the debate on the choice of non-state law; it can be better understood against this history. My second goal is doctrinal: I attempt to give guidance as to some of the issues of detail that are left open by the Principles, while at the same time maintaining a critical stance towards them. The third goal is a critical evaluation. I argue that Article 3 is emblematic of a dangerous tendency of making law to educate parties as to what would be good for them.

## **II. Choice of Non-State Law in transnational codifications –predecessors of the Hague Principles**

The question whether non-state law can be chosen as the applicable law is, in the history of choice of law, a relatively recent one. That is not surprising, given that even party autonomy at large—the ability of the parties to choose the applicable law—is a very recent introduction. Party autonomy in the modern sense really arose only in the 19<sup>th</sup> century and became paradigmatic relatively late in the twentieth century.<sup>10</sup> Still today, some legal systems, especially in Latin America, reject party autonomy altogether, at least in principle.<sup>11</sup>

**Ralf Michaels**

## **Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**

For a long time, discussions on party autonomy were thus, as a matter of course, restricted to state laws. The idea that secular non-state law could be chosen (and thus all state law deselected) seems to have come up in the context of discussions, especially among French law professors and practitioners, on a new *lex mercatoria*, which was supposed to enable either a *contrat sans loi* (that is a self-sufficient contract that requires no recourse to any other body of law than the contract itself),<sup>12</sup> or the choice of an alleged transnational customary contract law, the so-called *lex mercatoria*.

The origins are of course complex, but it seems that we can recognize two interests underlying this support for non-state law. One was a professorial desire, emerging from a long academic tradition particularly in Europe, to “privatize” private law, by removing its source from the state and making it independent.<sup>13</sup> Detachment from the state seems to enhance the private character of private law. In connection with this, it could maximize party autonomy, which is sometimes viewed as an unqualified good. A universal transnational private law would represent the return of an old dream, that of the *ius commune*. Diversity of laws is often viewed as undesirable—even

by private international lawyers, who often view private international law as a second best solution that would be made unnecessary through the adoption of some universal law.

The other was a practitioners’ interest in liberating transnational contracts from interference by states with their mandatory laws, a market-oriented project linked to the rise of international arbitration as an adjudicatory system liberated from the state. Some practitioners support the idea of a law that is, to the farthest extent possible, detached from the state, and thus guarantees maximum freedom to parties, and maximum business to their lawyers. This latter interest in a privatized substantive law was always closely linked to an interest in privatized adjudication (arbitration).

### **1. UNCITRAL Arbitration Rules and other arbitration texts**

It is indeed in international arbitration that these ideas for the choice of non-state law had some success. Article 28 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration allows for the choice of “rules of law,” which is meant to comprise law other than state law.<sup>14</sup> “Rules of law” in the same sense can be chosen also under



many other national and non-national arbitration regimes.<sup>15</sup> Indeed, in arbitration, *lex mercatoria* and other non-state law have occasionally been selected, though not frequently.<sup>16</sup>

Before state courts, by contrast, the choice of *lex mercatoria* as applicable law has never been allowed.<sup>17</sup> Certainly, one argument was that conflict of laws had traditionally (at least in the West and at least since the rise of the nation state) designated only state laws as applicable.<sup>18</sup> However, there were also practical concerns having to do with the function of courts. State court decisions are published and may serve as precedent. This places greater requirements on doctrinal accuracy. And one problem with non-state law like the *lex mercatoria* has always been that its content could not be established with sufficient certainty.<sup>19</sup>

## 2. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (1994) and Principles of European Contract Law (1995)

Such uncertainty is not a problem where the non-state law in question comes in the form of legal rules. This was, from the beginning, a great selling point for the UNIDROIT Principles

of International Commercial Contracts (UPICC), which appeared, in a first edition, in 1994. Mostly, the UPICC are a text of substantive law; they only present themselves as a modern Restatement of the *lex mercatoria*, or of transnational commercial law.<sup>20</sup> They also include, however, in their Preamble, rules on when the Principles should be applicable, including a rule that “(t)hey shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them”. The Principles of European contract law, whose first edition appeared in 1995, have a conflicts rule quite similar to the Preamble of the UPICC in their Article 1:101.<sup>21</sup>

These are, perhaps, the earliest examples of provisions in transnational legislative texts that explicitly endorse the choice of non-state law without restriction to arbitration. Their rules on applicability have created disproportionate interest in scholarship – quite likely, more ink has been spilled on the single question of whether the Principles can be chosen as applicable law than on all of their substantive provisions combined.<sup>22</sup> For the PECL, the question has lost some interest, as they merged subsequently into predecessors of an EU instrument of contract law.<sup>23</sup> By contrast, for the UPICC the question remains relevant.

**Ralf Michaels**

## **Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**

The UPICC are not binding law. Their Preamble is, therefore, a rather curious rule, because it attempts something logically impossible: the UPICC attempt to make themselves applicable, just like a bootstrap.<sup>24</sup> Nonetheless, the UPICC have had some success worldwide: they have occasionally been chosen as the applicable law (although, as far as can be seen, less frequently than their promoters suggest), and they are quite frequently referred to in judicial opinions.<sup>25</sup> Their choice has not been held valid before any state court, however. This is so although many commentators have argued that the UPICC are “law” in every relevant regard, and must therefore be a possible object of choice. But this has always been a non sequitur: even if the UPICC are indeed law in the sense of legal theory, this is not binding for the sense of the term “law” in a choice-of-law rule. Here, the matter is one of statutory interpretation, and confinement to state law is usually in accordance with legislative intent.

### **3. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts (1994)**

The first treaty that allows, according to some, for the choice of non-state law as the applicable law before state

courts was the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, also called the Mexico Convention. Non-state law was actively pushed by some participants in the negotiations, in particular Fritz Juenger. It does indeed appear in the Convention, though not in direct connection to party choice. Thus, Article 9(2) (2) requires the judge to look also to “general principles of law” when the parties have “not” chosen a law, but this hardly suggests that parties should be able to choose such general principles. In addition, art. 10 gives a role to guidelines, customs, principles of international commercial law and commercial usage and practice, but that role is merely supplementary.<sup>26</sup>

Where the Convention talks about party autonomy, by contrast, non-state law does not seem to be available. Article 7(1) (1) reads simply: ‘The contract shall be governed by the law chosen by the parties.’ Allowing parties to choose the applicable law was already a novelty for many countries in Latin America, where party autonomy is still viewed by many with suspicion.<sup>27</sup> Nonetheless, some commentators suggest that the provision is even more far-reaching: for them, “Law” has been read to include non-state law.<sup>28</sup> This would be rather unusual; in most

other choice-of-law statutes, “law” is restricted to the law of states, and Article 17 defines law as “the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws”. The Spanish version has “*derecho*” instead of “*ley*,” which could suggest a different meaning, but this seems by no means conclusive. In practice, this may matter little, since the Convention has been ratified only by Mexico and Venezuela.<sup>29</sup>

#### 4. Rome I Regulation (2008)

For some time, it looked as though the choice of non-state law would become available in a major transnational text. In a Green Paper of 2003, the European Commission considered enabling parties to choose “general principles of law” as applicable law.<sup>30</sup> The background to the rather surprising proposal lay in other areas of European law: At the time, there were discussions about an optional Community instrument, which, to be effective, had to be electable. It was felt that a private international law text should formulate this possibility in a more abstract manner. Reactions to the proposal were mixed: While many academics were positive, professional associations and practitioners remained, by and large, more hesitant.<sup>31</sup> Nonetheless, a 2005 proposal for a

new Regulation provided, in the first sentence of its Article 3(2), that “(t)he parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community”.<sup>32</sup> It was not, however, adopted in the final version of the Regulation.<sup>33</sup> Recital 13 merely states that such general principles can be incorporated into the contract by means of freedom of contract under the applicable (state) law. A reason for the change of heart may well have been that the question had lost much relevance, once it was clear that a Europeanized contract law could be made applicable by other means.<sup>34</sup>

### III. The genesis of Article 3 of the Hague Principles

In result, then, attempts so far to introduce a choice of non-state law have been unsuccessful, at least as regards courts. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and similar texts apply only in arbitration. The Mexico Convention contains no clear endorsement of the choice of non-state law and in any event has been largely unsuccessful so far. The Preamble of the UPICC has garnered much academic support but no followers among legislators or

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

courts. The Rome I proposal in the relevant parts did not become law.

The Hague Principles start very much where the unsuccessful attempts for the Rome I Regulation left off. They represent another attempt to introduce the choice of non-state law in an international instrument. In order to understand the role that non-state law plays in them, it may be helpful to look in some more detail at the genesis of their Article 3, in the context of the general nature of the Hague Principles.

### 1. Challenges for the Hague Conference

The Hague Conference on Private International Law, founded in 1893, is the most venerated institution for the international unification of private international law. In one way, it is a very successful organization –it counts 75 members from all five continents (74 States and the European Union), and many of its Conventions have been very successful. In another way, however, the Conference and its preferred instrument, the Convention, are in a crisis.

This crisis has several aspects. One is the fact that membership in the Conference has greatly increased; it

now comprehends states with vastly different legal and economic conditions. A related problem is that member states are increasingly hesitant to ratify Conventions. In addition, the Hague Conference is no longer the unquestioned leader of private international law developments, now that the European Union has become very active in the field.<sup>35</sup>

And although the Hague Conference has had success in the area of administrative coordination especially in family law, it has never been very successful with choice-of-law regimes. Choice of law for contracts is a prime example. The Hague Principles are not the first project of the Hague Conference devoted to choice of law in contracts. Conventions of 1955 and 1986 already addressed the law applicable to contracts for the international sale of goods.<sup>36</sup> The 1955 Convention went into force in 1964, the 1986 Convention never did. Neither of them addressed the choice of non-state law. Chances for ratification of a general choice of law convention, considered in the 1980s, were considered slim (not least because the EC member states had just concluded the Rome Convention and saw little need for a global treaty); the project was abandoned.<sup>37</sup> At the same time that the

European Union has a comprehensive code on choice of law for contracts in the Rome I Regulation (albeit one in which, as discussed, non-state law cannot be chosen), international unification through hard law seems nearly impossible. Even the exclusive choice-of-court Convention, which is, in its content, fairly uncontroversial has so far proven very hard to even ratify, let alone implement.<sup>38</sup>

## 2. Principles as a response

The combination of these challenges is what led the Hague Conference to adopt a new form for their contracts project: soft instead of hard law, principles instead of a convention. The UPICC provided a model in this regard.<sup>39</sup> Several years ago, Herbert Kronke, then director of UNIDROIT, floated the idea of principles of choice of law, though what he had in mind at the time was a more comprehensive project.<sup>40</sup> The Hague Conference has now taken up this idea.<sup>41</sup> On recommendation by the Council,<sup>42</sup> its new text on choice of law in contracts comes as a non-binding text, notably as Principles, rather than as a Draft Convention. Their Preamble, which is modeled closely on that of the UPICC, suggests that they can be used as a model for legislation, or, by courts or

arbitrators, as a supplementary source for interpretation. This suggests that the Hague Preamble does not aim to fulfil the third of the functions of the UPICC, namely its Restatement function –to serve, as an accurate description of the current state of the law.<sup>43</sup> Their main function is rather to serve as a model for lawmaker (predominantly perhaps in Latin America).<sup>44</sup> In addition, they are supposed to play a supplementary role in the interpretation of existing regimes. Unlike the UPICC, the Hague Principles do not suggest that they themselves can be chosen by the parties (in line with the general opposition to allowing parties to choose the applicable choice-of-law rules).

The advantages should be obvious: Principles do not have to go through a difficult ratification process; instead, it can be hoped that they can influence legislators and courts in a more informal way. Their reception need not happen wholesale; lawmakers may pick and choose the provisions they like. In theory, their content can be changed more easily (although experience with the UPICC suggest that such changes will be rare).

However, these advantages come with disadvantages. The most obvious

**Ralf Michaels**

## **Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**

disadvantage arises from their non-binding character: unlike a Convention, the Hague Principles have no binding force; they must convince before they can become relevant. Of course, this is true also for Conventions. But Conventions at least carry the weight that they have been negotiated by delegates of the ratifying country. It is not clear that a state would be more likely to adopt a text if it does not come as a Treaty.

A more pressing potential disadvantage concerns the negotiating process: Whereas negotiators drafting a Convention with a view towards ratification will, to a large extent, have the positions of potential ratifiers in mind, negotiators of a nonbinding instrument may feel less constricted. They are not subject to instructions or expectations to the same degree. As a consequence, they may hope that the quality of the text they agree on will alone suffice to make them attractive. This may occasionally be the case. Sometimes, legal rules are successful precisely because they are developed without direct political pressure from constituents. But the danger exists, instead, that negotiators will veer too far from the mainstream to produce a text that is accepted.

The difference in processes should not be exaggerated in this case. For work on the Hague Principles, the Hague Conference followed a semi-official procedure and organized the Special Commission as a diplomatic conference. Representatives from several governments were given relatively detailed instructions, and the EU representative in particular opposed article 3 with vehemence. Still one may speculate that a government should be more interested in the content of a treaty it plans to enter into than of Principles that have no binding character.

### **3. Drafting History of Article 3**

All of this seems especially relevant as concerns the drafting of Article 3. The question whether non-state law could be chosen must have been on the mind of negotiators from the beginning, in light of experiences with the Rome I Regulation drafting process.<sup>45</sup> Nonetheless, it was not in the forefront from the beginning.

The question of non-state law first appears in official materials of the Hague Conference in a feasibility study drafted in 2007.<sup>46</sup> The study suggests the question should be taken on because the choice of non-state law “has for long played an important role in

arbitration but is also of growing importance in court proceedings”.<sup>47</sup> No evidence is provided for this finding. Indeed, although the Hague Conference had sent out questionnaires earlier in 2007 to member states and stakeholders whether and in what way uniform rules on choice of law in international contracts should be made, the questionnaires did not contain a question as to whether there was any need to choose non-state law.<sup>48</sup> Consequently, the question was not addressed in responses.

A later study suggests, appropriately, the Working Group should “take into consideration both the rules applied by State courts and specific international arbitration rules”.<sup>49</sup> That would suggest making a distinction between arbitration (where “rules of law” can be chosen) and courts (where only “law” can be selected).<sup>50</sup> The Working Group, however, took a different path. After an extensive discussion in its first meeting in January 2010, it established a subgroup to address the question, consisting of Lauro Gama (author of a very comprehensive book on the UPICC and subsequently a member of the UPICC working group),<sup>51</sup> Geneviève Saumier (a leading private international law expert at McGill),

and, at different times, Emmanuel Darankoum from Montréal and José Moreno Rodriguez from Paraguay.<sup>52</sup> The subgroup produced two reports which remain unpublished but form the basis of two articles.<sup>53</sup> It found that non-state law could be chosen, at the moment, only in commercial arbitration.<sup>54</sup> Nonetheless, the subgroup advocated neither this solution nor another, namely to say nothing and leave the definition of “law” to further development. Instead, it supported a third option that was approved by the Working Group and ultimately made its way into the Hague Principles –to allow the choice of non-state law regardless of the mode of adjudication.<sup>55</sup> The main reasons given were that no meaningful difference exists between courts and arbitrators or between the choice of state law and that of non-state law, and that allowing for the choice of non-state law enhances party autonomy.<sup>56</sup>

This suggestion was successful. Although parties in practice rarely choose non-state law –or, rather, precisely in order to overcome this situation<sup>57</sup>– the Working Group decided, after further discussions, to allow parties to choose “the law or rules of law governing their contract”.<sup>58</sup> The

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

formulation mirrored the UNCITRAL model law and thus allowed for the choice of non-state law, but was meant to be available also to state courts. The ability to choose non-state law was justified with the need of the parties for specific rules and for stabilization of the parties' expectations. The aim was to make the choice as broad as possible. The report also suggests that "the draft Hague Principles not include any express definition or limitation of the term "rules of law", as this provides the greater support for party autonomy".<sup>59</sup> Moreover, unlike the draft Rome I Regulation, the Working Group explicitly rejected an additional criterion of legitimacy or international or regional recognition. The only restriction was that the chosen law had to be a body of rules.<sup>60</sup>

The draft thus provided, for the first time, for the choice of non-state law without significant restrictions. This apparently went too far for members of the Hague Conference. According to one participant, non-state law was "the most controversial issue at the session of the Special Commission"<sup>61</sup> (which is not surprising, given that the other provisions are mostly well within the mainstream) and was discussed "for the better part of the week".<sup>62</sup> In the end, a compromise was reached:

the choice of "rules of law" remained possible but was subjected to a number of qualifiers: these rules must be "generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules". The Special Commission apparently demanded these qualifiers "to afford greater certainty as to what parties can designate as rules of law governing their contractual relationship", though in reality the qualifiers seem to act more as substantive restrictions than as clarifiers, as I discuss in the next section. In addition, Article 3 now suggests that rules of law can be chosen only "unless the law of the forum provides otherwise". This seems a rather unnecessary clarification, given that the Hague Principles are not binding anyway.<sup>63</sup>

After the session, the Working Group redrafted the provision and also drafted commentary, in which the drafting responsibilities for Article 3 were taken by Lauro Gama and Geneviève Saumier.<sup>64</sup> Because the final version differs significantly from the draft version of the Working Group, the draft commentary differs significantly from the 2011 policy document. The draft commentary is to be discussed and finalized in 2014.



## IV. Particular Issues

With the changes introduced by the Special Commission, Article 3 has become significantly more complex than it was in its earlier formulation by the Working Group. This makes a closer look at individual requirements of the rule appropriate.

### 1. 'Rules of law'

What is actually meant by “rules of law”? Obviously, law does not mean state law here, as a positivistic understanding would have it.<sup>65</sup> Rules of law are, presumably, legal norms formulated by so-called “formulating agencies”,<sup>66</sup> be those intergovernmental (like UNIDROIT or UNCITRAL) or academic (like the Lando group that formulated the PECL) or representative of certain industries (like the International Chamber of Commerce).

Although “rules of law” is meant to designate non-state law, not all non-state law can qualify as “rules of law”. Mere principles of law are not rules. (UPICC and PECL however, although they carry the title of Principles, actually consist of rules.) *Lex mercatoria* for example, as an amalgam of rules and principles and maxims, does not qualify. However, it seems appropriate

that a choice of *lex mercatoria* can often be reinterpreted as a choice of the UPICC according to their Preamble.<sup>67</sup>

Another type of law that creates problems are most religious or customary laws, because they do not come in the form of rules.<sup>68</sup> Western courts have indeed expressed discomfort with a duty to interpret religious law like Islamic law, the content of which is often unclear.<sup>69</sup> At the same time, it would be quite unfortunate if religious law could not be chosen, especially given that this may be the only kind of non-state law that could actually matter before state courts. Religious actors choose religious law not infrequently for their business transactions;<sup>70</sup> for them, access to courts might be attractive if they could maintain the choice of religious law. In this regard, a broad interpretation of the term appears advisable.

### 2. 'Set of rules'

In addition, Article 3 requires that the rules of law come as a “set of rules.” This has been explained as requiring that they are “fairly complete and comprehensive”.<sup>71</sup> What does that mean? Is the CISG fairly complete and comprehensive? It covers only sales law, and even here it has gaps.

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

Are the UPICC fairly complete and comprehensive?<sup>72</sup> They have gaps, too. Even more problematic are rules like the Hague-Visby Rules, which cover only certain sub-themes of contract law. The Draft Commentary asks that sets of rules “allow for the resolution of common contract problems in the international context”.<sup>73</sup> But are not uncommon contract problems at least as important? Should a chosen law not resolve, potentially at least, all problems?

Notably, a similar restriction does not exist in arbitration, where the “rules of law” to be chosen can, in theory, be individual rules. The idea behind requiring a “set of rules” for the Hague Principles may have been that non-state law should be chosen only where it bears some similarity to state law (which is comprehensive), and that parties should not be allowed to pick and choose individual rules. But both concerns appear unwarranted. The idea behind sectorial codifications is not to achieve comprehensiveness beyond the respective sector, and not even necessarily within it. Such non-state laws will always govern in combination with another law (frequently the law of a state, designated through a choice-of-law rule). But that is not at all unusual in contract law. Notably,

parties can even choose different laws for different parts of their contract in a process called *dépeçage*; the Hague Principles, which allow for this in their Article 2(2),<sup>74</sup> only adopt a possibility that is already widely available. A clever use of *dépeçage* already allows parties to pick and choose individual rules from different legal systems. Restricting choice of non-state law to “sets of rules” thus seems, in the face of Article 2(2), not to be a significant restriction.

### 3. “Neutral and balanced”

More important is another restriction: chosen sets of rules of law must be “neutral and balanced”. A similar criterion had been discussed for the Rome I Regulation. But what does this mean? Does it mean a substantive standard? The Draft Commentary suggests as much: the designated rules “should not advantage one party’s interests over the other”.<sup>75</sup> That would be more than awkward: according to what standard should an adjudicator make this assessment? For example, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has been criticized by some as being either too seller-friendly or too buyer-friendly, and thus not balanced.<sup>76</sup> For its legal treatment under existing

law, this matters little: as an international law Convention, the CISG applies automatically within its scope unless the parties explicitly exclude it. A perceived lack of balance matters only in practice insofar as it may bring parties to opt out of the CISG. If, however, balance becomes a criterion for electability, one can expect contestations. Even the UPICC, perhaps the clearest example of a non-state text that the drafters have in mind, are not obviously balanced; they share this with the CISG.

More fundamentally, it is not clear at all why the parties, whose autonomy is otherwise emphasized, must be restricted to the choice of a balanced law at all. For the substantive terms of contracts, no such restriction exists; what we find instead, typically, is a far less demanding requirement of “good faith and fair dealing.” (e.g. art. 1.7 UPICC). When parties choose the law of a state, that state law need not be neutral and balanced either, up to the limits of internationally mandatory rules and *ordre public*. It would be understandable to demand that non-state law, to be chosen, be as balanced as state law; it is not clear at all why higher requirements make any sense.

All of this suggests that the “neutral and balanced” requirement must be understood in a formal, not a substantive way. That means: non-state law can be chosen only when it has been formulated by an agency that is, with regard to the parties, neutral.<sup>77</sup> Even this restriction finds no similarity in the choice of state law, where parties can and frequently do choose one party’s home law. And it is hard to operationalize. The Draft Commentary requires that the body “represents diverse legal, political and economic perspectives”.<sup>78</sup> This confuses diversity with neutrality. Does the ICC represent diverse perspectives? (Or, more practically –will there not be dispute over whether anybody really fulfils this requirement?).

Even more strangely, the Special Commission asks that the body of laws should “not (be) imposed by market power”.<sup>79</sup> But is not every contract term, including every chosen law, a function of market power (or, more precisely: bargaining power)? Are not the drafters of non-state law also competitors in the market for laws, and are not their products more or less successful as a function of their market power? (UNIDROIT has greater power than the Académie des

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

Privatistes Européens, to name just one example.) This criterion appears unworkable.

A more appropriate criterion of neutrality would be to ask that an agency could claim to represent either all parties (like the ICC with regard to commercial actors) or none (like UNIDROIT). This leads to a relative concept of neutrality: Islamic law becomes neutral and balanced as between Muslims<sup>80</sup> but loses that character as between a Muslim and a non-Muslim.

#### 4. “Generally accepted”

Another requirement is included, again one known from the European discussions: the chosen law must be “generally accepted”. This is a vague standard. Whose recognition matters for this? And how much recognition is required? The criterion is met most easily by laws that are already binding, like the CISG,<sup>81</sup> which have been accepted by the treaty partners and by numerous courts, even though even the CISG is not “generally accepted” in one sense: parties still regularly opt out of its use. Beyond the CISG, the UPICC are usually named as the most obvious candidate.<sup>82</sup> But in what way are they “generally accepted”? They are certainly not accepted by courts,

which never apply them, except by comparative reference. We find more acceptance among arbitrators, but acceptance only by one type of adjudication can certainly not be “general”.

More importantly, again, it is not at all clear what general acceptance should actually accomplish. Why is acceptance by the parties not enough, coupled with a supervisory control by the adjudicator? The problem is one of chicken and egg: as long as non-state law cannot be chosen it cannot be generally accepted, and as long as it is not generally accepted it cannot, under the new standard, be chosen. This may not be a problem for the UPICC, given the extensive debate that has occurred, but it is a problem for other, newer texts.

#### 5. “International, supranational or regional level”

Even stranger is the requirement that general acceptance must occur on an international, supranational or regional level. Maybe, the Hague Conference had in mind that international contracts require a law that somehow transcends locality. But ordinary party autonomy regularly goes to state laws that are, by definition, not accepted on a general or regional level. Why must non-state law then be transnational?

Why should parties be allowed to choose the UPICC but not one of their models, the Uniform Commercial Code (UCC)? What does supranational or regional acceptance guarantee that is not already inherent in general acceptance? The Code of European Contract Law by the *Académie des Privatistes Européens*<sup>83</sup> was drafted closely on a project for an English Code, the so-called McGregor Code<sup>84</sup> –does it make sense to draw a distinction between them? Perhaps, the requirement should be read to simply mean wide acceptance– which could then include also local law as long as such law is widely recognized, like the UCC.

## 6. Filling gaps

So far, these have all been interpretative problem. A more fundamental problem arises from the fact that all non-state sets of rules, other than state laws, are incomplete –they cover certain areas of the law, but not all. The CISG, for example, deals only with sale of goods contracts. The UPICC deal only with contract law and do not even extend to every aspect of it. Choice of non-state law is thus, almost necessarily, incomplete.

What follows? The draft commentary suggests, pragmatically, that parties

should choose an additional law to fill the ensuing gaps.<sup>85</sup> This is of course possible, although it seems to reduce, significantly, the value of choosing non-state law. But it points to a more fundamental problem with the choice of non-state law: such choice is always, literally, choice of “rules of law”, not of a governing “law”. This may make sense in international arbitration, where the decision-making process, aimed at justice in the individual case, is often based on individual rules, and where mandatory rules can still often be entirely avoided. Before state courts it appears fairly unattractive. State courts already refer to individual rules of the UPICC frequently, though for comparative purposes rather than as actually applicable law.<sup>86</sup> It is not clear why the choice of a non-state law like the UPICC should be attractive if it requires the choice or determination of another contract law.

## V. Evaluation

### 1. The Rule

All in all, Article 3 appears as a rather problematic provision in what should otherwise be a rather uncontroversial legal document. A provision allowing for the choice of non-state law is a bold novelty. Whether such a provision

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

is a good idea is another matter. Given the relatively low interest that parties have shown, so far, in the choice of non-state law (with the exception of religious law), it is not clear that it was worth including such a provision. Other than for the Rome II Regulation (which had to address, at the time, the potential of an optional contract code), there seems to have been no real need for such a provision. This is so especially for a rule that allows for the choice only of “rules of law” and thereby excludes, in all likelihood, those areas of non-state law that would potentially be most relevant, especially Jewish and Islamic law.

Still, a provision like the one originally proposed by the Working Group, that laid out no additional requirements for what could be chosen as rules of law would at least have made analytical sense. But the additional requirements, added at the request of the Special Commission, have made a problematic rule far worse. They may have been aimed at achieving more certainty, but, in the apt words of one (not so subtle) early commentator, “almost every word drips with uncertainty.”<sup>87</sup> They surpass what is required from state law (which need not be neutral and balanced) and thus reinforce, albeit in an ad hoc way, what was to be

overcome –the arbitrary distinction between state and non-state law. Their introduction means that Article 3 is now too narrow for international arbitration (which mostly does not have similar requirements). At the same time it is likely too broad and also too imprecise for courts (which so far do not allow for the choice of non-state law at all). All in all, the requirements express an understandable uneasiness with the choice of non-state law. But instead of either opposing the choice of non-state law altogether, or suppressing the concerns and trusting adjudicators to find appropriate criteria, the Special Commission found a compromise that cannot satisfy either side of the discussion.

The Hague Conference, by including Article 3 in the Hague Principles, takes a gamble. The hope is that the authority of the Hague Conference can finally bring about what earlier attempts failed at –to bring state courts to allow parties to choose non-state law. However, the gamble is not without risk. The novelty of the provision may well mean that Article 3 garners disproportionate attention in discussions, at the expense of the other provisions, which might well yield general assent (experience with the UPICC where the Preamble has

been discussed more than all other provisions combined, might suggest as much). Moreover, Article 3 might well cause lawmakers to trust the entire Hague Principles less; they might consider them more uncontroversial than they otherwise are.

## 2. The arguments

With Article 3, then, the Working Group added a provision that is deeply problematic for the law and creates a great risk for the acceptance of the Hague Principles, while at the same time not responding to an actual practical need. This makes it worthwhile to look at the arguments brought forward.

One argument for the new rule can be found in a certain ideological commitment. The Principles, following the explicit mandate from the Council on General Affairs and Policy<sup>88</sup> formulate the maximization of party autonomy as an explicit goal. And indeed, allowing the choice of non-state law obviously extends party autonomy. But it is not clear why the task of a legal text on party autonomy should be to promote party autonomy.<sup>89</sup> Robert Wai has pointed out, quite elegantly, that the task of private international law is not to promote enforcement

of the will of the parties, but instead to lay down both the scope and the limits of such enforcement.<sup>90</sup> One may well think that the balance needs to be struck in a different way, but that a balance is necessary seems to be out of question, and thus the mere finding that allowing choice of non-state law enhances party autonomy is simply not enough.

A second argument concerns the alleged similarity between state law and non-state law. Much has been made of this alleged similarity in scholarly discussions.<sup>91</sup> Expanding the notion of law to non-state law is fashionable; it is often called the more “modern” position,<sup>92</sup> which alone seems to make it superior. Frequently, scholars point out that at least some non-state laws have great parallels with state law. Both arguments are debatable. But even regardless of these theoretical arguments, it should be quite obvious that non-state law and state law are not similar from a practical position. Members of the Hague group suggest that the process of choosing non-state law would not be very different from the widely accepted process of choosing state law.<sup>93</sup> But there exists an obvious difference. The term “rules of law” is sometimes viewed as mere code for non-state law, but the term

**Ralf Michaels**

## **Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**

makes sense quite literally: rules of law, like the UPICC, are different from systems of law, like state law. Where state law is chosen, the result is a relatively comprehensive set of rules and principles and a relatively high degree of internal consistency (created by highest courts). Where rules of law are chosen, the result is, necessarily, an incomplete body of law. Practically, the choice of rules of law always makes it necessary to apply other rules, too. It may be possible to devise ways for how to do this. But the universal need to do so represents a fundamental difference to state law that is hard to overlook.

This argument does not seem crucial in arbitration, and therefore a third argument brought forward in favor of Article 3 lies in the equation of courts and arbitrators. It is suggested that “in most legal systems arbitration now carries the same legitimacy and effectiveness as the judicial dispute resolution system”.<sup>94</sup> This is a bold statement,<sup>95</sup> but legitimacy is not the most pressing issue. Even if it is true that courts and arbitrators are similarly legitimate, it by no means follows that courts and arbitrators should use the same rules. Notably, the use of ‘rules of law’ in arbitration is, comparatively, less dramatic than before courts.<sup>96</sup> Even where the arbitrator is required

to apply the law, and cannot determine relevant issues on the sole strength of the contract terms, the legal argument on which arbitrators and counsel rely is often quite different from what one sees in state courts: counsel and arbitrators frequently argue on the basis of individual rules, sometimes drawn from different legal systems, and from uniform rules such as UPICC, which strictly speaking may not be applicable at all, but can be key to bolstering a legal argument based on the applicable law, or, to the contrary, to persuading the arbitral tribunal that the opponent’s argument based on the applicable law leads to a result that is incompatible with other laws or instruments. The force of such indirect legal arguments is naturally greater before an international arbitral tribunal than in a court of law. In many cases, one or more arbitrators will not be qualified in the applicable law. If the solution found in the applicable law does not meet the expectations of said arbitrators they will be inclined to find a solution they find more appropriate, interpreting the law in a manner that may be driven more by pragmatism than by doctrinal rigor.

Finally, the expanded role for non-state law has been justified, somewhat ironically, with an interest in strengthening



state courts and their role in international commercial litigation.<sup>97</sup> The hope is that state courts become more attractive vis-à-vis arbitration if they allow, as does arbitration, the choice of non-state law. Indeed, there would be many advantages to a situation in which state courts played a greater role, both in terms of development of commercial law through precedent, and in terms of legitimacy of adjudication. At present, state courts seem all too willing to defer commercial law to arbitration; a real competition does not seem to take place.<sup>98</sup> It seems doubtful whether parties will flock to state courts if they can choose non-state law. Moreover, it seems questionable whether state courts should really become more like arbitrators in order to compete better.

### 3. The process

Argumentative positions are one thing; attention to needs and practice is another. This signifies the most puzzling element about the Hague Principles. From all one can see, the decision to allow for the choice of non-state law was taken not in response to requests from outside, but on the basis of the assessment by members of the Working Group on what would, in their view be the best law. Such a process

of lawmaking, be it in soft law or in hard law, is always problematic, simply because the drafters' convictions are not tested. It is a danger already in negotiations for treaties, because negotiators are often more willing than their constituents to move the law forward. The danger is enhanced where law is made in a soft law process, with no check on the negotiators from their governments at all. As a consequence, drafters end up with what is in effect a subjective view on how the law should be, but formulated and promulgated in the form of law.

Strikingly, Article 3 was not drafted in ignorance of existing laws or legal practice. The drafters were by no means unaware of the fact that state courts do not allow for the choice of non-state law, and parties very rarely show an interest in the choice of non-state law even in arbitration. Instead of concluding that allowing such a choice would be unnecessary, the Working Group came to the exact opposite conclusion: if parties and states do not yet opt for such choice, they must be educated to do so. For example, one member of the Drafting Group explicitly suggests that the only plausible reasons why the Inter-American Convention has not been adopted by more countries are lack of information and inherent

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

conservatism.<sup>99</sup> He expresses the hope that the new Hague Principles can overcome both of these, without explaining why or how<sup>100</sup>. Similarly, another member of the Drafting Group hopes that the Hague Principles can overcome the uncertainty which she believes alone keeps practitioners from selecting the UPICC and can therefore ‘provide the impetus needed for the successful deployment of the UPICC’.<sup>101</sup> Elsewhere, she and another member are even more explicit. They believe the reason non-state law is not chosen is that parties avoid the risk of uncertainty about its content, and without allowing for the choice before state courts, no system of precedent will build that can enhance certainty.<sup>102</sup> But what they call a vicious cycle is not broken by making non-state law available (as experience with the CISG shows) but only by providing incentives to choose it. All in all, the lack of interest by states and parties is explained away as the consequence of ignorance and conservatism. Whether parties or states will want to be educated by legal codes appears rather doubtful.

### VI. Conclusion

Debates on whether non-state law can be chosen frequently focus on matters of legal theory (the definition of “law”), autonomy (the extent to which

parties should be able to determine their respective rights and obligations) and legitimacy (whether law made by a Working Group can be as legitimate as law that has gone through a democratic process). In this article, I have deliberately refrained from joining the discussion with arguments on these issues. Instead I have tried to show that allowing the choice of non-state law responds to few existing needs, while necessarily running into a number of practical problems.

It is not certain that Article 3 will fail for these reasons. Perhaps, official reaction will be more positive than it has been with regard to earlier attempts to allow the choice of non-state law. The Principles have little to teach for systems that already accept party autonomy, and systems that have refused to allow for the choice of non-state law like EU law are unlikely to change in view of a new attempt to integrate them.<sup>103</sup> Arbitrators are unlikely to find the restrictive criteria in article 3 attractive. However, Latin American countries may view the Hague Principles as a model for the introduction of party autonomy.<sup>104</sup> They would then move immediately from a situation in which party choice is barred altogether to one in which it can cover even to non-state law. If indeed that is the

modern solution, then those countries now have their chance to be really modern.

But such success does not seem likely. Article 3 responds to a need that is not really there. Procedurally, it was drafted from an academic perspective of education: because there is not yet interest in allowing the choice of non-state law, such interest must be created. Substantively, the rule does this in a manner that is, due to interference by the Special Commission, half-hearted, internally incoherent and hard to manage. All of these are reasons that not only make article 3 unattractive; they also make it more than likely that Article 3 will have little impact. The Hague Principles will likely expand the list of projects attempting, and failing, to push the choice of non-state law forward. Those who wait for a revolution in choice of law for contracts must, in all likelihood, wait longer.

Should one deplore this? Would the world be a better place if parties could choose non-state law before state courts? Would it be good for courts in their competition with arbitrators? I doubt this, but here I voice no strong opinion either way. Ultimately, it seems that whether non-state law can or cannot be chosen will have fairly little impact on transnational contracts. What matters is that parties can choose a state law as a comprehensive framework to give their transaction predictability. What matters also is the scope of mandatory rules that limit such freedom. All of these are issues that the Hague Principles take up in other provisions. Non-state law has a significant role to play in this context – usages influence contract interpretation, transnational notions of law may provide a transnational background law. Whether non-state law can be chosen as applicable law or not is, however, in comparison quite irrelevant.<sup>105</sup>

Ralf Michaels

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

\* Arthur Larson Professor of Law, Duke University. Thanks for invaluable advice to Mary Keyes, Yuko Nishitani, Geneviève Saumier and Matthias Scherer. Views and errors are mine. This article was first published in K. Purnhagen/P. Rott (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation* (2014) 43-69. It has not been updated to take account of new developments.

<sup>1</sup> For the text, preparatory materials, and a bibliography, see [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=text.display&tid=49](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=49).

<sup>2</sup> For this formulation, see *Draft Commentary on the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, March 2014, p. 13, available at [www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06\\_en.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06_en.pdf). The text, together with the Draft Commentary, will be proposed to the Council on General Affairs and Policy in April 2014. The previous version of Article 3 had a slightly different wording: “In these Principles, a reference to law includes rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise”.

<sup>3</sup> L. Gama / G. Saumier, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, in: D.P. Fernández Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 41, 44; J.L. Neels / E.A. Fredericks, “Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *De Jure*, vol. 44, 2011, pp. 101, 109.

<sup>4</sup> In practice, even if parties choose a law, the law that would have applied without the choice still plays an important role. See R. Michaels, ‘Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen’, *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich, Sellier, 2012, p. 191.

<sup>5</sup> See F. Dasser, ‘Mouse or Monster? Some Facts and Figures on the *lex mercatoria*’, in: R. Zimmermann (ed.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Recht*, Tübingen, Mohr, p. 129.

<sup>6</sup> R. Michaels, “Preamble I”, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 21 and pp. 49-63. The only state that allows for the choice of non-state law that I am aware of is Oregon; see *ibid* at n° 58. On the Inter-American Convention, see *infra* section 3.2.3

<sup>7</sup> Swiss Federal Court, DFT 20 December 2005, 132/2005 III 285, [2006] *Archiv für Juristische Praxis*, p. 615, also available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&tid=1124&do=case>.

<sup>8</sup> Tribunale di Padova, Sezione di Este, 11/01/2005, available at <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&tid=1004&do=case>; for discussion, see M. Luby/ S. Poillot-Peruzzetto, “Chronique: Droit international et européen”, *Juristclasser Périodique (La semaine juridique)*, 2006, p. 157.

<sup>9</sup> Tribunale di Padova (note 8). On the UNIDROIT Principles, see *infra* section 3.2.2.

<sup>10</sup> See the extensive analysis in Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Winter, 2000.

<sup>11</sup> See M. Albornoz, “Choice of law in international contracts in Latin American legal systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010, p. 23; M.S. Rodríguez, “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, vol 15, 2011, p. 15 and p. 112.

<sup>12</sup> L. Gannagé, “Le contrat sans loi en droit international privé”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, 2007, available at: <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>.

<sup>13</sup> See N. Jansen / R. Michaels, “Private Law and the State. Comparative Perceptions, Historical Observations, and Basic Problems”, in: N. Jansen / R. Michaels (eds.), *Beyond the State? Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr, 2009, p. 15; also *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 11, n° 3, 2007, p. 345.

<sup>14</sup> UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration* (2012) 121; for discussion, see L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 46 and ff.

<sup>15</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 46.

<sup>16</sup> See G. Saumier, “Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution” *Unif. L. Rev.*, vol. 17, 2012, pp. 533, 539.

<sup>17</sup> It is sometimes claimed that state courts recognize *lex mercatoria* when they enforce arbitral awards that have been rendered on the basis of *lex mercatoria*. But this proves little, given that arbitral awards are regularly enforced without revision of the applicable law.

<sup>18</sup> See R. Michaels, “The Re-statement of non-state law: the State, choice of law, and the challenge from global legal pluralism”, *Wayne Law Review*, vol. 51, 2005, pp. 1209, 1244 ss.

<sup>19</sup> For a similar argument as regards religious law, see “*Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*” [2004] EWCA Civ 19, n° 51-52; see A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 386-387.

<sup>20</sup> M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3° ed., 2005, esp. pp. 9 ss.

<sup>21</sup> Article 1:101 - Application of the Principles: (2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.

<sup>22</sup> A comprehensive bibliography would be impossible. For a great number of publications, see the bibliography for the Preamble of the UPICC at [www.unilex.info](http://www.unilex.info), and the bibliography in S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (note 6), p. 1201, 2° ed., *forthcoming*.

<sup>23</sup> See E. Clive, “The Lasting Influence of the Lando Principles”, *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, DJØF, 2012, pp. 69, 71. For a (critical) perspective on the trajectory from PECL to European Sales Law, see H. Eidenmüller *et. al.*, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *Edinburgh Law Review*, vol. 16, 2012, p. 301.

<sup>24</sup> See R. Michaels, “Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, 1998, pp. 580, 613.

<sup>25</sup> See R. Michaels (note 6), n° 88-117.

<sup>26</sup> Similarly now Articles 13(4) and 51 of the new Uruguayan Code for Private International Law. See D. Operti Badán / C. Fresnedo de Aguirre, “The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, p. 305; “El derecho internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay—Una prima aproximación”, in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *Cómo*

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

*se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters / La Ley Paraguay, 2010, pp. 385, 390-91, 410 et *passim*. According to C. Fresnedo de Aguirre, “Party Autonomy—A Blanc Cheque?”, *Uniform Law Review*, vol.17, 2012, pp. 655, 665. Article 13(4) reaches “the same conclusion” as Article 3 of the Hague Principles, which seems far-fetched, given that Article 13(4) does not deal with party choice.

<sup>27</sup> *Supra* note 11.

<sup>28</sup> F.K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts; Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994, pp. 381, 392; “Contract Choice of Law in the Americas”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 195, 204; G. Parra-Aranguren, “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mexico City, 14–18 March, 1994”, in: A. Borrás et. al. (eds.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges AL Droz*, The Hague et al, Kluwer Law International, 1996, pp. 299, 308; J.L. Siqueiros, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, in: Instituto de Investigaciones Jurídicas (ed.), *Contratación internacional: Comentarios a Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 217 and p. 227; for a constitutional argument, see L. Gama, *Contratos Internacionais à luz dos Principios do UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 434-8; for extensive discussion, see S. Schilf, *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, Tübingen, Mohr, 2005, pp. 347–359; J.A. Moreno Rodríguez / M. Albornoz, “Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts”, *Journal of Private International Law*, 2011, p. 491 and pp. 502-507.

<sup>29</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>.

<sup>30</sup> COM, 2002, 654 final, pp. 23-24.

<sup>31</sup> All reactions are available at [http://ec.europa.eu/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_i/news\\_summary\\_rome1\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm).

<sup>32</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law applicable to contractual obligations (Rome I), COM (2005) 650 final (15 December 2005) 5. See Z.S. Tang, “Non-state law in party autonomy – a European perspective”, *International Journal of Private Law*, vol. 5, 2012, pp. 22, 26.

<sup>33</sup> See Rome I Regulation, Art. 3(1) and recital 13; Z.S. Tang (note 32), p. 27.

<sup>34</sup> See now S.A. Sánchez-Lorenzo, “Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013, p. 191; G. Dannemann, “Choice of CESL and Conflict of Laws”, in: G. Dannemann / S. Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context—Interactions with English and German Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 21.

<sup>35</sup> See J. Basedow, “Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?”, in: T. Rauscher / H.P. Mansel (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, Munich, Sellier, 2001, p. 463; M. Traest, “Development of a European Private International Law and the Hague Conference”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 5, 2003, p. 223.

<sup>36</sup> See O. Lando, “The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 57, 1993, p. 155.

<sup>37</sup> H. van Loon, ‘Feasibility study on the law applicable to contractual obligations, Preliminary Document E of December 1983’ in: *Hague Conference of Private International Law: Proceedings of the Fifteenth Session*, vol. I, 1983, p. 98.

<sup>38</sup> See M. Pertegás / L.E. Teitz, “Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 465.

<sup>39</sup> Permanent Bureau of the Hague Conference, *Consolidated Version of Preparatory Work Leading to the Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts* (Prel. doc. n° 1, oct 2012) n° 7; J.L. Neels / E.A. Fredericks (note 3), p. 102.

<sup>40</sup> H. Kronke, “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: *Rules at Will* and the Case for Principles of Conflict of Laws”, *Unif. L Rev.*, vol. 9, 2004, p. 467.

<sup>41</sup> They are not the only such project. For another project, see S. Bazinas, “Towards Global Harmonization of Conflict-of-Laws Rules in the Area of Secured Financing: The Conflict-of-Laws Recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions”, *Essays in Honour of Hans van Loon* (note 38), p. 1.

<sup>42</sup> Conclusions and recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (31/032009 – 02/04/2009), and in particular “Choice of law in international contracts”, p. 1.

<sup>43</sup> For this function of the UPICC (and its limitations), see R. Michaels (note 6), n° 3-4.

<sup>44</sup> Permanent Bureau of the Hague Conference (note 39), n° 8.

<sup>45</sup> Cf. L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 53-54.

<sup>46</sup> *Feasibility study on the choice of law in international contracts. Report on work carried out and conclusions (follow-up note)* (Prel. doc. n° 5, 02/2008), available at [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd05e2008.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd05e2008.pdf).

<sup>47</sup> *Ibid* n° 28: “The instrument might also need to clarify whether it is permissible for parties to choose not only national laws but also transnational or a-national rules or principles to govern the dispute. This has for long played an important role in arbitration but is also of growing importance in court proceedings”. See also n° 31 (applicability of a-national law in the absence of party choice in arbitration).

<sup>48</sup> Questionnaire addressed to member states to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts, available at [http://www.hcch.net/upload/quest\\_jan2007members.pdf](http://www.hcch.net/upload/quest_jan2007members.pdf); Questionnaire addressed to stakeholders in the field of international commercial arbitration to examine the practical need for the development of an instrument concerning choice of law in international contracts, available at [http://www.hcch.net/upload/quest\\_jan2007stake.pdf](http://www.hcch.net/upload/quest_jan2007stake.pdf).

<sup>49</sup> *Feasibility study on the choice of law in international contracts. Report on work carried out and suggested work programme for the development of a future instrument*, (Prel. doc. n° 7, 03/2009), available at <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07e.pdf> n° 41.

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

- <sup>50</sup> Cf. L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 49.
- <sup>51</sup> L. Gama (note 28).
- <sup>52</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 44.
- <sup>53</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), see especially p. 44; G. Saumier (note 16), pp. 540 ss. (see especially p. 541 and note 32).
- <sup>54</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3) p. 45.
- <sup>55</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 50.
- <sup>56</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 50-52. I discuss these arguments in section V.B.
- <sup>57</sup> See L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 64-65.
- <sup>58</sup> Available at [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_nov2010e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_nov2010e.pdf), 1 (Preamble), 2 (Formulation of the principle of party autonomy in general).
- <sup>59</sup> *Ibid.*
- <sup>60</sup> Available at [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt\\_june2011e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt_june2011e.pdf), p. 3.
- <sup>61</sup> S. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013, pp. 873, 892.
- <sup>62</sup> S. Symeonides (note 61), p. 893.
- <sup>63</sup> S. Symeonides (note 61), p. 894 finds the caveat useful in that it signals to courts that nothing changes even if their states acquiesce to the compromise. This seems a rather theoretical risk.
- <sup>64</sup> Available at [http://www.hcch.net/upload/wop/princ\\_com.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/princ_com.pdf).
- <sup>65</sup> S. Symeonides (note 61), p. 892 suggests that *real* rules of law must be state law. Debates on legal pluralism suggest that such a state-based concept of law is not necessary. See R. Michaels, “Was ist Recht jenseits des Staates? Eine Einführung” in: G.P. Calliess (ed.), *Transnationales Recht—Stand und Perspektiven*, Tübingen, Mohr, 2014.
- <sup>66</sup> On the idea of formulating agencies, see K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, The Hague *et. al.*, Kluwer Law International, 2010, pp. 88 ss.; see also R. Michaels, ‘Rollen und Rollenverständnis im transnationalen Privatrecht’ in: B. Fassbender *et. al.*, *Paradigmen im internationalen Recht—Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 45, p. 175, pp. 208-10.
- <sup>67</sup> R. Michaels (note 6), n° 67.
- <sup>68</sup> For inclusion of such rules under Article 3, see J.L. Neels / E.A. Fredericks (note 3), p. 109, note 51.
- <sup>69</sup> See references in n° 19.
- <sup>70</sup> See eg “*Soleimany v Soleimany*” [1998] EWCA Civ 285; “*Halpern v Halpern*” [2007] EWCA Civ 291; “*Musawi v RE International (UK) Ltd*” [2007] EWHC 2981 (Ch)
- <sup>71</sup> S. Symeonides (note 61), p. 894.
- <sup>72</sup> G. Saumier (note 16), pp. 545-546.
- <sup>73</sup> Draft commentary, n° 3.10.
- <sup>74</sup> Art. 2(2) reads: The parties may choose (i) the law applicable to the whole contract or to only part of it and (ii) different laws for different parts of the contract.
- <sup>75</sup> Draft commentary 3.12 in its newest version no longer contains this quote.



- <sup>76</sup> See the brief discussion in I. Schwenzer / P. Hachem, “The CISG—successes and pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, p. 457 and pp. 474-475. Their conclusion that both arguments neutralize each other appears to be wishful thinking.
- <sup>77</sup> See Draft Commentary, n° 3.111, 3.12.
- <sup>78</sup> Draft Commentary, n° 3.10.
- <sup>79</sup> *Choice of law in international contracts: Draft Hague Principles and future planning* (Prel. doc n° 6, 02/2013), annex I (p. IV). See also draft commentary 3.12: “The assumption underlying party autonomy in commercial contracts according to which parties have relatively equal bargaining power”.
- <sup>80</sup> A separate question is whether Islamic law itself discriminates between men and women.
- <sup>81</sup> Draft Commentary, n° 3.5.
- <sup>82</sup> Draft Commentary, n° 3.6.
- <sup>83</sup> Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi*, édition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Milan, Giuffrè, 2004.
- <sup>84</sup> Published long after its first promulgation as H. McGregor, *A Contract Code: drawn up on behalf of the English law commission*, Milan, Giuffrè, 1993.
- <sup>85</sup> Draft Commentary, n° 3.15.
- <sup>86</sup> See R. Michaels, “Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 2009, p. 866.
- <sup>87</sup> A. Dickinson, “A principled approach to choice of law in contract?”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 18, 2013, pp. 151-152.
- <sup>88</sup> See Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles?”, *Unif. L. Rev.*, vol. 15, pp. 883 and 885.
- <sup>89</sup> See also S. Symeonides (note 61), pp. 878-879.
- <sup>90</sup> R. Wai, “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2002, p. 209. The Hague Principles do lay down such limits in their provision on mandatory rules and public policy, Article 11. Cf. G. Saumier (note 16), p. 543.
- <sup>91</sup> See, e.g. M. Lehmann, “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, p. 381 and p. 426 (“there is simply no reason why one should allow the parties to use the contract rules of Burma and not the rules of a business organization like the International Chamber of Commerce”).
- <sup>92</sup> E.g. L. Gama, “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Unif. L. Rev.*, vol. 16, 2011, p. 613 and p. 638.
- <sup>93</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), p. 51.
- <sup>94</sup> G. Saumier (note 16), p. 542; but see S. Symeonides (note 61), p. 894.
- <sup>95</sup> See now the contributions in: W. Mattli / T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

## Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Ralf Michaels

<sup>96</sup> What follows is a quote from an email by Matthias Scherer; I am much obliged for his expert advice. See also G. Kaufmann-Kohler, “The Transnationalization of national contract law by the international Arbitrator”, *Mélanges en l’honneur du Professor Jean-Michel Jaquet*, 2013, p. 107.

<sup>97</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 52-53.

<sup>98</sup> See R. Michaels, “Roles and Role Perceptions of International Arbitrators”, in: W. Mattli / T. Dietz (note 95), sub 2. c.

<sup>99</sup> J.A. Moreno Rodríguez, “Contracts and non-state law in Latin America”, *Unif. L. Rev.*, vol. 16, 2011, pp. 877, 881-2, 888.

<sup>100</sup> José Antonio Moreno Rodríguez, the Paraguayan member of the Working Group and sometime member of the subgroup dealing with article 3, has drafted a legislative proposal for choice of law legislation in Paraguay that has been put forward, in May 2013, by a senator; see the document available at [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_legisl\\_py.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_legisl_py.pdf). Its article 5 is modeled after art. 3 of the Hague Principles.

<sup>101</sup> G. Saumier (note 16), p. 535.

<sup>102</sup> L. Gama / G. Saumier (note 3), pp. 64-65.

<sup>103</sup> See also O. Lando, “The Draft Hague Principles on the Choice of Law in international contracts and Rome I”, *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans Van Loon*, 2013, p. 299.

<sup>104</sup> On the Paraguayan legislative initiative, see note 100. See also, more generally, J.A. Moreno Rodríguez, “Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 15, 2010, p. 125.

<sup>105</sup> For a more positive assessment from an outside observer, see L. Radicati di Brozolo, “Non-national rules and conflicts of laws: Reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles” *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 48, 2012, p. 841. See also B. Fauvarque-Cosson / P. Deumier, “Un nouvel instrument du droit souple international: Le projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux”, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 189, 2013, p. 2185.

## VII. Bibliography

Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats, Avant-projet, Coordonateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Édition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Professeur à l'Université de Naples 2*, Milan, Giuffrè, 2004.

Albornoz, M.M., “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, 2010.

Basedow, J., “Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht?”, in: T. Rauscher / H.P. Mansel (eds.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, Munich, Sellier, 2001.

Bazinas, S., “Towards Global Harmonization of Conflict-of-Laws Rules in the Area of Secured Financing: The Conflict-of-Laws Recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions” in: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.), *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge et al, Intersentia, 2013.

Berger, K.P., *The creeping codification of the new lex mercatoria*, The Hague, Kluwer Law International, 2010.

Bonell, M.J., *An International restatement of contract law: The UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, 3 ed., 2005.

Briggs, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Clive, E., “The Lasting Influence of the Lando Principles”, in: M.J. Bonell, et al. (eds.), *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, DJØF, 2012.

Dannemann, G., “Choice of CESL and Conflict of Laws”, in: G. Dannemann / S. Vogenauer (eds.), *The Common European Sales Law in Context—Interactions with English and German Law*, Oxford, Oxford University Press 2013.

Dasser, F., “Mouse or monster? Some facts and figures on the *lex mercatoria*”, in: R. Zimmermann (ed.), *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*, Tübingen, Mohr.

Dickinson, A., “A principled approach to choice of law in contract?”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 18, 2013.

Eidenmüller, H. et al., “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, *Edinburgh Law Review*, vol. 16, 2012.

**Ralf Michaels**

## **Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**

- Fauvarque-Cosson, B. / Deumier, P., “Un nouvel instrument du droit souple international: Le “projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux”, *Recueil Dalloz Sirey*, vol. 189, 2013.
- Fresnedo de Aguirre, C., “Party Autonomy—A Blanc Cheque?”, *Uniform Law Review*, 2012.
- Gama, L., “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”, *Uniform Law Review*, vol. 16, 2011.
- Gama, L., *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- Gannagé, L., “Le contrat sans loi en droit international privé”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n°3, 2007, disponible en : <http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf>
- Jansen, N. / Michaels, R., “Private Law and the State. Comparative perceptions, historical observations, and basic problems”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 71, 2007.
- Jansen, N. / Michaels, R., ‘Private Law and the State. Comparative perceptions, historical observations, and basic problems’, in: N. Jansen / R. Michaels (eds), *Beyond the State? Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr, 2009.
- Juenger, F.K., “Contract Choice of Law in the Americas”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997.
- Juenger, F.K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts; Some Highlights and Comparisons”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.
- Kronke, H., “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: “Rules” at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws” *Uniform Law Review*, vol. 9, 2004.
- Lando, O., “The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 57, 1993.
- Lando, O., “The Draft Hague Principles on the Choice of Law in international contracts and Rome I”, in: Permanent Bureau of the *Hague Conference on Private International Law* (ed.), *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans Van Loon*, 2013.
- Lehmann, M., “Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41.

- Mattli, W. / Dietz, T. (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- McGregor, H., *A Contract Code: Drawn up on Behalf of the English Law Commission*, Milan, Giuffrè, 1993.
- Michaels, R., “Die Struktur der kollisionsrechtlichen Durchsetzung einfach zwingender Normen” in: R. Michaels / D. Solomon (eds.), *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich, Sellier 2012.
- Michaels, R., “Preamble I”, in: S. Vogenauer / J. Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Oxford University Press.
- Michaels, R., “Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, 1998.
- Michaels, R., “Roles and Role Perceptions of International Arbitrators”, in: W. Mattli / T. Dietz (eds.), *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- Michaels, R., “Rollen und Rollenverständnis im transnationalen Privatrecht”, in: Bardo Fassbender et al, *Paradigmen im internationalen Recht—Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht* (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht).
- Michaels, R., “The re-statement of non-state law: The State, choice of law, and the challenge from global legal pluralism”, *Wayne Law Review*, vol. 51, 2005.
- Michaels, R., “Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 2009.
- Michaels, R., “Was ist Recht jenseits des Staates? Eine Einführung”, in: G.-P. Calliess (ed.), *Transnationales Recht—Stand und Perspektiven*, Tübingen, Mohr, 2014.
- Moreno Rodríguez, J.A., “Contracts and Non-State Law in Latin America”, *Uniform Law Review*, vol. 16, 2011.
- Moreno Rodríguez, J.A., “Los contratos y La Haya: ¿Ancla al pasado o puente al futuro?”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 15, 2010.
- Moreno Rodriguez, J.A. / Albornoz, M.M., “Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts”, *Journal of Private International Law*, 2011.
- Neels, J.L. / Fredericks, E.A., “Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *De Jure*, vol. 44, 2011.

**Ralf Michaels**

## **Non-State Law in The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**

Nishitani, Y., *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, Winter, 2000.

Operti Badán, D. / Fresnedo de Aguirre, C., “El derecho internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay—Una prima aproximación”, in: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDEP / Thomson Reuters / La Ley Paraguaya, 2010.

Operti Badán, D. / Fresnedo de Aguirre, C., “The Latest Trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009.

Parra-Aranguren, G., “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mexico City, 14–18 March, 1994”, in: Alegría Borrás, et. al. (ed.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges AL Droz*, The Hague et al, Kluwer Law International, 1996.

Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, “Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles?”, *Uniform Law Review*, vol. 15, 2011.

Pertegás, M. / Teitz, L.E., “Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, in: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (ed.), *A Commitment to Private International Law—Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge et al, Intersentia, 2013.

Radicati di Brozolo, L., “Non-national rules and conflicts of laws: Reflections in light of the UNIDROIT and Hague Principles”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 48, 2012.

Rodríguez, M.S., “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”, *Revista Científica de UCES*, vol. 15, 2011.

Sánchez-Loreno, S.A., “Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks”, *Journal of Private International Law*, vol. 9, 2013.

Saumier, G. / Gama, L. Jr, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, in: D.P. Fernández Arroyo / J.J. Obando Peralta (eds.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

Saumier, G., “Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution”, *Uniform Law Review*, vol. 17, 2012.

- Schilf, S., *Allgemeine Vertragsgrundregeln als Vertragsstatut*, Tübingen, Mohr, 2005.
- Schwenzer, I. / Pascal, H., “The CISG—Successes and Pitfalls”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009.
- Siqueiros, J.L., “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas (ed.), *Contratación internacional: Comentarios a Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- Symeonides, S., “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013.
- Tang Z.S., “Non-state law in party autonomy – a European perspective”, *International Journal of Private Law*, vol. 5, 2012.
- Traest, M., “Development of a European Private International Law and the Hague Conference” *Yearbook of Private International Law*, 2003.
- van Loon, H., “Feasibility study on the law applicable to contractual obligations, Preliminary Document E of December 1983”, in: *Hague Conference of Private International Law: Proceedings of the Fifteenth Session*, vol. I, 1983.
- Vogenauer, S. / Kleinheisterkamp, J., “Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)”, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Wai, R., “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2002.

## Resumen

*Como desafortunado legado de acontecimientos ocurridos durante el siglo XIX, la problemática de la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales se volvió caótica, caracterizada por soluciones conflictivas alrededor del mundo. Europa ha estado a la vanguardia en abordar eficazmente el problema y en intentar resolverlo - actualmente a través de una regulación que se encuentra en vigor en la Unión Europea. Las Américas han tenido menos fortuna, con el agravante de que en la región existe una fuerte división entre el derecho civil y el derecho anglosajón, lo que agrega complejidad a la materia. Este artículo expone los esfuerzos llevados a cabo en las Américas con la intención de resolver el problema y describe los desarrollos recientes que ofrecen un escenario prometedor para la región en un futuro cercano.*

## Abstract

*As an unfortunate legacy of developments that unfolded during the nineteenth century, choice of law in international contracts has become a chaos, characterized by conflicting solutions around the world. Europe has been at the forefront in effectively addressing the problem and trying to solve it - currently through a regulation in force in the European Union. The Americas have been less fortunate, with the aggravation that in the region there is a strong civil and common law division, which adds complexity to the matter. This presentation outlines the efforts undertaken in the Americas to tackle this problem and describes recent developments that offer a promising scenario for the region in the near future.*

## Sumario

- I.** *Desarrollos en los siglos XIX y XX.*
- II.** *Hacia soluciones universales: Los Principios de La Haya.*
- III.** *¿Y ahora qué en las Américas?*
- IV.** *Conclusión\**



# Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?

José A. Moreno Rodríguez\*\*

## I. Desarrollos en los siglos XIX y XX

Movimientos nacionalistas en Europa y las Américas frenaron la idea de un derecho universal alejándose del *ius commune* y la *lex mercatoria*, que se habían consolidado en tiempos medievales. A lo largo de las jurisdicciones con tradición civilista, las naciones-estados sancionaron códigos civiles y comerciales, mientras que jurisdicciones de tradición anglosajona desarrollaron su derecho autóctono en base a precedentes jurisprudenciales. Esto, a su vez, ha dado un peculiar impulso al derecho internacional privado, como una disciplina destinada a resolver el rompecabezas del “conflicto de leyes”—o conflictualismo— en tiempos en que las soluciones nacionales que buscaban abordar el problema resultaron alarmantemente contradictorias.<sup>1</sup> “Lugar de ejecución”, “lugar de cumplimiento” y otras fórmulas fueron, por ejemplo, propuestas para resolver temas referentes al derecho aplicable a un contrato internacional.

El jurista alemán Savigny, ha sido muy influyente a mediados del siglo XIX, con su idea de unificar estas fórmulas en un tratado internacional que vincularía a todas las naciones que lo ratificaran.<sup>2</sup> Esta propuesta condujo a la inauguración de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 1893, bajo el liderazgo del jurista holandés Asser.<sup>3</sup> Sin embargo, como se verá más abajo, más de cien años pasarían antes de que la Conferencia de La Haya —convertida en cuerpo permanente en 1955— pasara a ocuparse del derecho aplicable en contratos internacionales.

Mientras tanto, las Américas tomaron la delantera. Uno de los Tratados de Montevideo de 1889, firmados en esa misma ciudad (el de derecho civil internacional), específicamente aborda la cuestión de elección del derecho aplicable, aunque adoptando soluciones altamente controversiales en cuanto a la ausencia de elección, y guardando silencio en relación a la autonomía de

las partes.<sup>4</sup> Estos antiguos Tratados de Montevideo siguen siendo aplicables entre Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

En 1940, nuevos tratados fueron firmados en Montevideo (ratificados solo por Argentina, Paraguay y Uruguay) que reafirmaron las antiguas soluciones con respecto a la ausencia de elección del derecho aplicable y una regla general- con excepciones- de la aplicabilidad del derecho del lugar de cumplimiento. Además, estos siguientes tratados dispusieron que cada estado debería determinar por su cuenta la aceptación –o no– del principio de autonomía de las partes, una cuestión que, ante la ausencia de provisiones claras a ese efecto en legislaciones domésticas, se tornó muy controvertida en Brasil,<sup>5</sup> Paraguay<sup>6</sup> y Uruguay.<sup>7</sup>

Muchos otros estados en el continente, como Brasil, Chile y Venezuela, no han incorporado los Tratados de Montevideo. En cambio, han ratificado el llamado “Código Bustamante” de 1928, que fue adoptado como resultado de la sexta conferencia Pan- americana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928. Este Código, que regula varias cuestiones de derecho internacional privado, entre ellas el derecho aplicable a la contratación internacional, ofrece

una solución distinta ante la ausencia de elección del derecho aplicable, a saber, la aplicabilidad del derecho del lugar de celebración. Así también, ha levantado muchas interrogantes con relación a si consagra o no la autonomía de las partes.<sup>8</sup>

Para mediados del siglo XX, existía un sentimiento generalizado de que los documentos mencionados previamente, adoptados en las Américas, resultaban insatisfactorios, primero, debido a las soluciones cuestionables que proponían, y segundo, debido a las divergencias entre los mismos. Para empeorar la situación, algunos Estados americanos –notablemente, aquellos de tradición anglosajona– no habían ratificado ninguno de estos instrumentos.

El establecimiento de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948 generó fuertes esperanzas de que la situación fuese finalmente resuelta. Tras cuidadosas evaluaciones, la OEA decidió en contra de la idea de elaborar un código general como el de Bustamante, y, en su lugar, optó por trabajar hacia la codificación gradual de temas particulares en el ámbito de derecho internacional privado.<sup>9</sup> Esta idea empezó a convertirse en una realidad en 1975 con la primera Conferencia

**José A. Moreno Rodríguez**

## **Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?**

Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que fue convocada para adoptar ciertos instrumentos en temas como arbitraje y otros de derecho comercial y procesal internacional. Hasta la fecha, siete CIDIPs han sido llevadas a cabo, las que han resultado en la adopción de 26 instrumentos internacionales (incluyendo convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo).<sup>10</sup>

No fue hasta la CIDIP V, llevada a cabo en la Ciudad de México en el 1994, que se abordó la cuestión de la elección del derecho aplicable en los contratos internacionales. El instrumento resultante fue la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, conocida comúnmente como la “Convención de México”. Este documento claramente reconoce la autonomía de las partes (artículo 7) y, en ausencia de elección, estipula el uso de la “conexión más cercana” (artículo 8), la cual puede llevar tanto a la aplicación del derecho nacional o del derecho no estatal. (*i.e.*, principios del derecho comercial internacional, *lex mercatoria*, etc.)<sup>11</sup> En todo caso –haya o no ausencia de elección– la Convención de México dispone que el derecho no estatal debe ser tomado en consideración si la

justicia o la equidad así lo requieren, lo que está expresado en otras palabras en el instrumento.<sup>12</sup>

Sin embargo, la Convención de México ha sido ratificada solo por dos Estados: México y Venezuela.

El instrumento europeo comparable con relación a la elección de derecho aplicable, conocido como el Convenio de Roma de 1980,<sup>13</sup> ha gozado de un destino distinto. Este documento fue adoptado por varios Estados europeos y, en 2008, fue convertido en Reglamento Comunitario 593 de 2008 (llamado “Roma I”), lo que lo hizo aplicable –inicialmente con algunas excepciones– a toda la Unión Europea. El Convenio de Roma –así como la Convención de México– resuelve la cuestión en favor de la autonomía de las partes. Lamentablemente, incluye soluciones criticadas que favorecen el lugar de la prestación característica ante la ausencia de elección<sup>14</sup> y que descarta la aplicabilidad del derecho no-estatal.<sup>15</sup>

El Convenio de Roma se tornó relevante no solo por su adopción por el bloque europeo, sino también debido a su influencia en el proyecto de elaboración de la Convención de México en las Américas y, más recientemente, en

la preparación de un instrumento que aborda la cuestión a una escala global.

## II. Hacia soluciones universales: Los Principios de La Haya

El éxito de la Convención de Roma llevó a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a emprender estudios de viabilidad a inicios de la década de 1980 sobre la posibilidad de adoptar un instrumento similar a escala global. Este emprendimiento fue descartado tras haber considerado las dificultades de obtener una ratificación masiva del instrumento propuesto, cuya falta haría del proyecto un fracaso.<sup>16</sup> Sin embargo, la materia fue revisitada en años recientes, y los estudios de viabilidad que se llevaron a cabo entre el 2005 y 2009 indicaron que tal vez un tipo de instrumento diferente podría resultar exitoso y efectivo.<sup>17</sup>

Con este propósito, un Grupo de Trabajo fue formado en el año 2010,<sup>18</sup> el cual avanzó en la idea de –en vez de pretender la adopción de un tratado o instrumento de *hard law*– elaborar un instrumento de *soft law*, inspirado en cuanto a la técnica de redacción, en los muy elogiados Principios UNIDROIT sobre los contratos

comerciales internacionales. Los Principios UNIDROIT desarrollan cuestiones de derecho sustantivo mientras que los Principios de La Haya –como son comúnmente referidos– se limitan a tratar cuestiones de elección de derecho aplicable, específicamente en relación a la autonomía de las partes. La cuestión de la ausencia de elección no fue abordada, debido a que ello hubiese hecho del proyecto uno demasiado ambicioso, y quizás también porque tendría poco sentido regular el tema en un instrumento de *soft law*.<sup>19</sup> Dado que los Principios de La Haya –así como los Principios UNIDROIT– no están destinados a ser adoptados formalmente por Estados, su aplicabilidad normalmente será el resultado de haber sido seleccionados por las partes como derecho aplicable, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Sin lugar a dudas, también se prevén otras formas de aplicación de los Principios de La Haya, notablemente como un modelo para legisladores y como una herramienta de interpretación para jueces y árbitros, lo que podría justificar su futuro mejoramiento. Sin embargo, como ya fue manifestado, la versión actual de los Principios –adoptada en primer lugar por una sesión diplomática de la Comisión Especial

**José A. Moreno Rodríguez**

## **Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?**

en el 2012<sup>20</sup> y finalmente por una resolución del Consejo en el 2014<sup>21</sup>— solo desarrolla cuestiones relacionadas a las partes y limitaciones a este respecto, prescriptas por el orden público.

Los Principios de La Haya fueron bien recibidos por destacados estudiosos del derecho internacional privado, pero también han sido objeto de cuestionamientos, particularmente en cuanto a su aceptación del derecho no estatal.<sup>22</sup> A pesar de que el nuevo instrumento quizás no ha sido aún sujeto de ningún precedente jurisprudencial, ya ha influenciado de manera notoria la promulgación de legislación en el Paraguay (ley 5393 de 2015<sup>23</sup>) así como una propuesta de reforma al derecho australiano en la materia.<sup>24</sup> El ejemplo paraguayo volverá a ser mencionado más adelante.

### **III. ¿Y ahora qué en las Américas?**

Aunque los Principios UNIDROIT hayan influenciado a los Principios de La Haya en cuanto a su técnica de elaboración, éstos fueron sumamente influenciados en cuanto a su contenido, por las soluciones propuestas tanto en el Convenio de Roma como en la Convención de México.

Más de veinte años han pasado desde la adopción de la Convención de México y, por supuesto, los Principios de La Haya también incorporaron desarrollos subsiguientes que allanaron el camino para encontrar soluciones a ciertas cuestiones nuevas, como, por ejemplo, la separabilidad de la cláusula de elección de derecho aplicable del contrato principal. Más aún, este instrumento de *soft law* ha incorporado mejores soluciones a ciertas cuestiones que, en la elaboración del instrumento interamericano, han sido objeto de soluciones de compromiso debido a la complejidad de las negociaciones cuando se pretende la adopción de un tratado. Esta situación se dio, particularmente, con relación al derecho no estatal.

Ahora, ¿qué sigue para las Américas? ¿Insistirá la región en la ratificación de la Convención de México? ¿Debería ser modificada la Convención, tomando en consideración los nuevos desarrollos? ¿Quizás se debería preparar una ley modelo? La última pregunta ha ganado particular impulso tras la promulgación de la nueva ley paraguaya sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales.

Recientemente, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA analizó todas

estas alternativas tras haber circulado un cuestionario entre los Estados miembros de la OEA y especialistas reconocidos del derecho internacional privado. Las respuestas reflejan la percepción de que, evidentemente, los Principios de La Haya han llegado más lejos que la Convención de México y que sus disposiciones podrían servir para enmendar el documento interamericano.<sup>25</sup>

Sin embargo, considerando que la Convención de México, elaborada en el año 1994, ha recibido solamente dos ratificaciones, la verdadera pregunta es si un proceso para llegar a un convenio nuevo y revisado valdría el esfuerzo. Una posible respuesta es que dicho documento revisado podría ser mejor recibido por la comunidad jurídica dentro de las Américas, y además que ello daría la oportunidad de corregir la traducción al inglés del instrumento original, la cual fue criticada por juristas angloparlantes.

Pero el proceso de negociación y aprobación de una convención es muy complicado y costoso, mientras que otros tipos de instrumentos -como las leyes modelo y guías legislativas- han demostrado ser medios efectivos para armonizar soluciones de derecho internacional privado. En última

instancia, sería mucho más efectivo para los estados latinoamericanos el adoptar leyes nacionales acorde con las prácticas respaldadas por la OEA y por la Conferencia de La Haya, aplicables a todas las transacciones internacionales, en vez de promover la adopción de tratados como la Convención de México y su eventual modificación, lo que afectaría solamente a las partes contratantes de los estados que la hayan ratificado.

Entonces, una ley modelo o una guía legislativa podrían ser una buena idea. Pero, ¿Por qué simplemente una guía “legislativa”? ¿Por qué no una guía que sirva también para jueces, árbitros, partes contratantes y académicos? En respuesta, el Comité Jurídico Interamericano ha encargado a dos de sus miembros la elaboración de una Guía sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, con el apoyo del Departamento de Derecho Internacional de la OEA.<sup>26</sup> Esta guía será luego sujeta a aprobación formal por el Comité en su totalidad.

Esta propuesta combina lo mejor de los dos mundos: En primer lugar, esta guía servirá como un instrumento educacional. Esto no es algo menor, considerando que una de las razones por la cual la Convención de México

**José A. Moreno Rodríguez**

## **Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?**

ha encontrado una fuerte resistencia fue por la falta de información con relación a su contenido e implicaciones. Una guía podría superar este obstáculo.

En segundo lugar, la Guía será una herramienta disponible para legisladores que tendrá en cuenta desarrollos recientes consagrados en los Principios de La Haya y que también cubrirá materias no abordadas expresamente en los mismos, pero que fueron reguladas en la Convención de México, específicamente con respecto a la ausencia de elección de derecho.

En tercer lugar, la Guía puede aprovecharse del hecho de que UNIDROIT, UNCITRAL y la Conferencia de La Haya, están previendo que el documento explique la interacción entre los Principios de UNIDROIT, la Convención de Viena sobre la Compraventa y los Principios de La Haya. Referencia sobre esta interacción se puede hacer, en cambio, con respecto al documento de la OEA.

Finalmente, la Guía puede ser una poderosa herramienta interpretativa en la mano de jueces, árbitros y partes, considerando las incertidumbres alarmantes que todavía persisten en la materia de contrataciones internacionales. El

instrumento expondrá soluciones basadas en el sentido común y altamente debatidas, que se encuentran tanto en los Principios de La Haya como en la Convención de México, explicando sus complejidades.

### **IV. Conclusión**

Se puede ver la luz al final del túnel. El nacimiento de la Convención de México generó enormes expectativas que no fueron alcanzadas por los acontecimientos que le siguieron, en particular, por el número escaso de ratificaciones, a pesar de los elogios que le han sido conferidos en círculos internacionales de académicos líderes en derecho internacional privado.

Actualmente, el fénix podría estar surgiendo de entre sus cenizas, como fue evidenciado por dos acontecimientos recientes claves: la adopción de los Principios de La Haya y la promulgación de la nueva Ley paraguaya sobre contratos internacionales. Esta última sirve como modelo de cómo los Principios y la Convención de México pueden interactuar espléndidamente.

Impulsado por estos acontecimientos, la OEA está preparando una “Guía para las Américas sobre la ley aplicable a contratos internacionales”, lo que

puede significar que ha llegado el momento de incorporar la Convención de México a las leyes nacionales, ya sea por la ratificación estatal o por la adopción de sus soluciones en las legislaciones de derecho internacional privado de los Estados, en cuyo caso sería deseable incorporar además, los avances acogidos por los Principios de La Haya, como fue hecho en el Paraguay.

Algunos caminos llevan más allá de Roma y algunos, aún más allá de México. La Conferencia de La Haya —y en las Américas, la OEA— juegan papel clave en este llamado.



## Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?

José A. Moreno Rodríguez

\* Traducción al español a cargo de José Antonio Moreno Bendlin bajo la supervisión de Lucía Cazal, de la ponencia preparada para el encuentro “*Towards a Global Framework for International Commercial Transactions*” (Lucerna, Suiza, 9 de setiembre de 2016), organizado por la Universidad de Lucerna y la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

\*\* LL.M, Harvard. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de contratación internacional. Autor de la ley paraguaya de contratos internacionales. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Miembro del Consejo de Gobierno de UNIDROIT. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Profesor de grado y posgrado en diversas universidades de Paraguay y el extranjero, entre ellas Heidelberg y Paris II. [www.jmoreno.info](http://www.jmoreno.info)

<sup>1</sup> De hecho, la disciplina se erige como rama independiente solo desde el siglo XIX. G. Kegel, “Chapter 3, Fundamental Approaches”, en: J.C.B. Mohr / P. Siebeck, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, Lancaster, 1986, p. 5.

<sup>2</sup> M.F.C. de Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*, t. 6, 2º ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 137.

<sup>3</sup> En 1881 el jurista y político italiano Mancini intentó llevar adelante una conferencia de derecho internacional privado, que no se realizó. La iniciativa fue retomada por el flamenco Asser, bajo cuya influencia el gobierno de su país invitó en 1892 a principales Estados europeos a una conferencia para acordar codificación internacional de conflictos de leyes. M. Wolff, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por A. Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, p. 44. Tal constituye la génesis de la Conferencia de Derecho Internacional Privado.

<sup>4</sup> Sobre las críticas, ver, por ejemplo, en: D. Hargain / G. Mihali, *Régimen jurídico de la contratación mercantil internacional en el MERCOSUR*, Montevideo / Buenos Aires, Julio César Faira Editor, 1993, p. 31, p. 39. Sobre el problema de la autonomía de la voluntad en los Tratados de 1889, ver en: R. Santos Belandro, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 2º ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 55-56.

<sup>5</sup> N. de Araújo, *Contratos Internacionais*, 2ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 320-324.

<sup>6</sup> Ver mi artículo sobre la “Autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado paraguayo”, en: *Homenaje a Tatiana Maekelt*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 409 y ss.

<sup>7</sup> Puede verse un amplio recuento en C. Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991. Actualmente, existe un giro importante en este tema, analizado en perspectiva más amplia en el siguiente excelente trabajo: D. Operti Badán, “El derecho internacional privado en tiempos de globalización”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, año VI, nº 6, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

<sup>8</sup> Queda abierto hasta hoy el debate a este respecto, aunque no caben dudas de que en el Código Bustamante sí se admite la autonomía para designar expresa o tácitamente al juez competente para dirimir controversias, en tanto al menos uno de los litigantes tenga nacionalidad o domicilio en el país y en cuanto no exista un “derecho local contrario”. D.P. Fernández

Arroyo, “Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial en casos de derecho internacional privado”, pp. 120-121.

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, en: J-M. Arrighi, “El proceso actual de elaboración de normas Interamericanas”, en: Jornadas de Derecho Internacional, Córdoba, organizadas por la Universidad Nacional de Córdoba y la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington, D.C., 2001.; E. Villalta, “El Derecho Internacional Privado en el Continente Americano”, en: Los servicios en el Derecho Internacional Privado, ASADIP / Programa de Pos-Graduacao em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, pp. 23 ss.

<sup>10</sup> Ver en: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_internacional\\_privado\\_conferencias.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm) (último acceso: 13/09/2016).

<sup>11</sup> Así lo entendió Juenger, delegado de los Estados Unidos en las deliberaciones conducentes a la Convención de México. F.K. Juenger, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1133-1148. La relevancia de esta opinión la resalta Siqueiros, redactor del proyecto de dicho instrumento, pues Juenger fue quien propuso la fórmula recogida en este artículo luego de un arduo debate y a modo de compromiso. J.L. Siqueiros, “Los Principios de UNIDROIT y la Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales”, en: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Universidad Panamericana, 1998, p. 223. Con respecto a una norma similar incluida en la Ley venezolana de derecho internacional privado, la Suprema Corte de Venezuela ha sentado que la fórmula de la conexión más cercana lleva a la *lex mercatoria*, que se encuentra conformada por costumbres comerciales y prácticas. “Banque Artesia Nederland, N.V. vs Corp Banca, Banco Universal CA” (exp. 2014-000257), de 2014; ver en: [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>12</sup> El artículo 10 de la Convención de México dispone: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, los usos de comercio y los principios de la contratación preponderantes en el derecho comparado, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

<sup>13</sup> Su denominación es “Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

<sup>14</sup> Ver G.A. Bermann, “Rome I: A Comparative View”, en: F. Ferrari / S. Leible (eds.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, München, Sellier, 2009, p. 350.

<sup>15</sup> Ver críticas a esto en: M. J. Bonell, “El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) – Es decir, una ocasión perdida”, en: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.), *Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional*, Asunción, CEDEP / La Ley Paraguay, 2010.

<sup>16</sup> Ver M. Pertegás / I. Radic, “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”, en: J. Basedow / D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (eds.) (nota 17), p. 341.

<sup>17</sup> Puede accederse a los trabajos preparatorios a través del sitio [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

**José A. Moreno Rodríguez**

## **Más allá de la Convención de México y los Principios de La Haya: ¿qué sigue para las Américas?**

<sup>18</sup> N.B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde Croft (Australia); S.E. Darankoum (Canada); A. Dickinson, (Australia); A.S. El Kosheri (Egipto); B. Fauvarque-Cosson (Francia); L. G.E. Souza Jr. (Brasil); F.J. Garcimartín Alférez (España); D. Girsberger (Suiza); Y. Guo (China); M.E. Koppenol-Laforce (Países Bajos); D. Martiny (Alemania); C. McLachlan (Nueva Zelanda); J.A. Moreno Rodríguez (Paraguay); J.L. Neels (Sudáfrica); Y. Nishitani (Alemania); R.F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá) e I. Zykin (Rusia). Como observadores se designó a los siguientes miembros: M.J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti (Cámara de Comercio Internacional); T. Lemay (UNCITRAL); F. Mazza (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) y P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Más adelante se sumaron al Grupo de Trabajo T. Kadner Graziano (Suiza) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trayectoria en el derecho norteamericano.

<sup>19</sup> Esto fue discutido ampliamente en las deliberaciones del Grupo de Trabajo en La Haya, de las que fui parte.

<sup>20</sup> [http://www.hcch.net/upload/wop/contracts\\_rpt2012e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf) (último acceso: 13/09/2016)

<sup>21</sup> [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135) (13/09/2016)

<sup>22</sup> Se ha dicho que la admisión del derecho no estatal se encontró con los resentimientos de una coalición de “hombres del ayer”. S.C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 143. Algunos critican la admisión en sí del derecho no estatal en el instrumento (R. Michaels, *Non-state law in The Hague Principles on choice of law in international contracts*, 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2386186](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186), V a y b, y VI), en tanto que otros cuestionan el cambio introducido por la sesión de la Comisión Especial en La Haya de 2012 que alteró la propuesta del Grupo de Trabajo (A. Dickinson, “A principle d’approche to choice of law in contract”, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 2, 2013, p. 152).

<sup>23</sup> Sobre esta ley, de mi autoría, he escrito en algunas publicaciones, y la más reciente es: J.A. MORENO RODRÍGUEZ, “The new Paraguayan Law on International Contracts: back to the past?”, en: *Eppur si muove: Theage of UniformLaw – Festschriftfor Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT (ed.), 2016.

<sup>24</sup> Esto fue relatado por B. Marshall, en el congreso “Towards a Global Framework for International Commercial Transactions”, referido en la nota \*\*.

<sup>25</sup> La Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales y el avance de sus Principios en las Américas, documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, accesible en: [www.asadip.org/v2/?p=5535](http://www.asadip.org/v2/?p=5535) (último acceso: 13/09/2016).

<sup>26</sup> Los miembros del Comité encargados del tema son Elizabeth Villalta, Gélin Imanes Collot y José A. Moreno Rodríguez. Está previsto que un primer reporte sea entregado en la sesión del Comité de octubre de 2016 en Río de Janeiro (<http://www.oas.org/en/sla/iajc/agenda.asp> - último acceso, 13/09/2016).