

Le choix de la loi dans les contrats internationaux

Stratégie et droit international privé

Marine Fouquet

Chercheuse en droit

Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE) – UMR CNRS 6262/Université de Rennes 1

Résumé :

Le droit des contrats internationaux est un champ du droit international concrétisant une relation particulière entre États, acteurs de l'ordre international public, et investisseurs, acteurs de l'ordre international privé, dont les contours et les évolutions ont été déterminés par les mutations de l'ordre économique international. Le droit international privé, à travers ses règles de conflit de loi et le principe d'autonomie étudie depuis longtemps la question du choix de la loi. Mais aujourd'hui au sein de cet espace normatif, traversé de pratiques et d'usages juridiques diversifiés un renversement de paradigme semble émerger. Cet article tente donc d'étudier les choix possibles dans les contrats internationaux, notamment le choix de loi, à travers l'étude des contrats extractifs, contrats où par excellence se pose cette problématique. Il met en évidence l'importance et les conséquences des choix des parties dans les contrats internationaux.

Mots clés : Contrats internationaux - Choix de la loi - Contrats extractifs - Droit international

Abstract :

The law of international contracts is a field of international law that embodies a special relationship between States, actors of the public international order, and investors, actors of the private international order, whose contours and evolutions have been determined by changes in the international economic order. Private international law, through its conflict-of-law rules and the principle of autonomy, has long been studying the question of choice of law. But today within this normative space, crossed by diverse legal practices and practices,

a paradigm shift seems to emerge. This article tries to study the possible choices in international contracts, including the choice of law, through the study of extractive contracts, contracts where par excellence is posed this problem. It highlights the importance and consequences of parties' choices in international contracts.

Keywords : International Contracts - Choice of Law - Extractive Contracts - International Law

I. Introduction

Le droit des contrats internationaux est un champ du droit international concrétisant une relation particulière entre États, acteurs de l'ordre international public, et investisseurs, acteurs de l'ordre international privé, dont les contours et les évolutions ont été déterminés par les mutations de l'ordre économique international. Doctrines et pratiques des professionnels du droit et de la théorie du commerce international ont en effet largement contribué à la structuration de ce champ du droit à la frontière du droit international public et du droit international privé. Le droit international privé, à travers ses règles de conflit de loi et le principe d'autonomie étudie depuis longtemps la question du choix de la loi. Mais aujourd'hui au sein de cet espace normatif, traversé de pratiques et d'usages juridiques diversifiés un renversement de paradigme semble émerger. En effet, aujourd'hui le droit international n'est plus seulement constitué des règles de droit des Etats et des organisations internationales, c'est le droit choisi par les praticiens du droit international qui participe à la construction de cet espace normatif. Ces derniers doivent ainsi effectuer de nombreux choix stratégiques lors de la rédaction des contrats internationaux.

Cet article tente donc d'étudier les choix possibles dans les contrats internationaux, notamment le choix de loi, à travers l'étude des contrats extractifs, contrats où par excellence se pose cette problématique.

II. Le contexte

Pour illustrer l'objet et le champs de cet article, nous pouvons prendre l'exemple du contrat dit « du siècle » signé le 28 avril 2008 entre la république démocratique du Congo (R.D.C.) et un consortium d'investisseurs privés chinois qui a pour objet l'exploitation d'une des plus importantes mines au monde. Ce contrat extractif - contrat par lequel un Etat accorde à une société, le droit exclusif de l'exploration et/ou de l'exploitation et de la commercialisation des ressources minières, pétrolières ou gazières sur un terrain déterminé, en échange d'un prix prenant la forme notamment de royalties, de taxes et éventuellement d'un partage de la production ou de profits ou autres obligations de compensation économique ou sociale (Lhuillier, 2015)¹ - est un bon exemple du basculement juridique du monde, c'est à dire l'essor de nouveaux « espaces normatifs » construits par les acteurs privées que sont les entreprises transnationales² et les gouvernements de pays « subalternes » suivant une nouvelle « constitution du monde » théorisée par G. Teubner. Ce contrat du siècle permet de « matérialiser » et de lire les principales clauses de cette nouvelle « constitution du monde ». Les grands contrats miniers exploités par des consortiums d'entreprises transnationales tel le contrat « du siècle » permettent de limiter le nombre de mines « illégales » contrôlées par des guérillas qui forcent les populations locales à extraire les minerais dans des conditions assimilables à de l'esclavage. Par ce contrat, le gouvernement

¹ Ces contrats peuvent donc être des contrats de concession, ou de service ou plus souvent de partage de production c'est-à-dire de joint-venture ou co-entreprise entre l'Etat-hôte et les entreprises transnationales. Ces contrats sont créés par la pratique en empruntant à diverses traditions de PPP, soit du secteur de la construction, tel les B.O.T. (Built Operate Transfer) soit au secteur pétrolier (Production Sharing Agreement).

Au sens plus large, qui est celui des praticiens du droit, que nous retenons dans cet article, nous évoquerons comme contrats extractifs le groupe de contrats nécessaires à la réalisation de l'exploitation extractive, des incorporations de sociétés extractives (contrats de sociétés), contrat d'Etat, contrat de joint-venture entre l'Etat et les entreprises extractives, contrats de consortium entre les entreprises extractives, contrat de création d'une joint-venture company, sous contrat de réalisation de travaux extractifs par les sous-traitants.

² Une société ou entreprise transnationale (STN ou ETN) est une entité économique ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays. La plupart du temps, ses sites de production et/ou de contrôle sont répartis dans plusieurs pays, une partie de son chiffre d'affaire est réalisé à l'étranger et son orientation stratégique se discute à une échelle régionale ou globale. Le terme de STN ou ETN tend à s'imposer dans la discussion actuelle, notamment face au terme « entreprise multinationale ».

de R.D.C. a créé avec des entreprises chinoises une joint-venture qui va exploiter commercialement cette mine, les bénéficiaires finançant directement des infrastructures publiques pour les populations de R.D.C. (routes, chemin de fer, hôpitaux, etc.) réalisées par les entreprises chinoises.

Ces « Partenariats Public Privés » (les P.P.P.) sont ainsi des contrats entre États et entreprises transnationales maillant contrats d'investissement, coopération et exploitation commerciale, suivant non plus les pratiques d'aide au développement mais le principe commercial « gagnant-gagnant ».

Le droit international est ainsi en pleine transformation : techniquement, ces grands contrats sont des nœuds de contrats comprenant un contrat d'État (entre un État ou une institution mandatée et un groupe d'entreprises privées étrangères), un contrat de compensation (qui organise les investissements), des accords-cadres (entre partenaires privés qui mettent en œuvre le contrat d'État et qui prévoient les accords à venir), des *joint-venture agreements* (entre entreprises privées des deux pays qui réalisent le contrat), des *joint-venture company* (qui créent des groupes de sociétés), et de nombreux contrats de droit privé d'application (contrat d'entreprise, vente, etc.).

Or, dans chacun de ces contrats, la loi applicable en vertu du « principe d'autonomie »³ résulte de la négociation entre les parties et chaque contrat peut désigner une loi nationale - voire différentes lois - comme loi applicable au contrat. Chaque contrat comprend ainsi une clause de choix de la loi, dont le champ d'application peut être ainsi « déterritorialisé ».

Les acteurs peuvent ainsi choisir le droit applicable à la procédure (*forum shopping*) mais aussi au fond du litige (*law shopping*) et créent ainsi un espace de normes, un "espace normatif" (Lhuillier, 2013). Ce droit transnational extractif semble ainsi réaliser un basculement du droit qui n'est plus réduit aux règles de droit créées par les États et les institutions internationales voire les arbitres internationaux, mais est défini comme le droit choisi par les praticiens de ces contrats extractifs – les *lawyers*, les sociétés transnationales,

³ Le principe d'autonomie considère que la volonté de l'homme est souveraine : la personne est engagée par un acte de volonté, et elle n'est engagée que dans la mesure de ce qu'elle a voulu. Le principe d'autonomie de la volonté constitue la base du droit des obligations.

les Etats contractants, les tiers aux contrats victimes de dommages, les Organisations Non Gouvernementales, etc.

III. Les différents choix possibles dans les contrats

En droit des obligations tout d'abord, différents choix s'offrent aux parties lorsqu'il n'y a pas d'élément d'extranéité au contrat. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, elles peuvent en effet, par exemple, choisir la forme du contrat qui leurs convient ainsi que le cocontractant (C. civ. art. 1102). Le choix des clauses applicables au contrat est également libre, dans le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et des clauses abusives⁴.

En droit international privé, les parties au contrat doivent également procéder à différents choix. Le droit international permet en effet le choix de la loi applicable au contrat international ou encore le choix de juridiction. Cette possibilité de choix est permise par le principe d'autonomie consacré par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, repris également dans le Règlement Rome I du 17 juin 2008. Ces deux textes disposent à l'article 3-1 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Les parties sont ainsi libres de choisir la loi applicable au contrat parmi les différents droits nationaux existants à travers une clause de choix de la loi. Cette possibilité était déjà permise par le droit positif de la jurisprudence française (Cass. 5 déc. 1910, *American trading company*).

Elles peuvent choisir de recourir à l'application d'un droit national, tel que le droit français ou le droit anglais. Elles sont ainsi totalement libres de choisir le droit applicable à leur contrat, que celui-ci présente ou non des liens objectifs avec le contrat. C'est un principe fondamental du droit des conflits de lois dans le cadre contractuel⁵. Le libre choix de la loi contractuelle est source de sécurité juridique pour les parties en garantissant la prévisibilité

⁴ Les clauses abusives sont définies à l'article L. 212-1 Code de la consommation.

⁵ Le préambule du règlement européen, à son considérant n° 11 énonce d'ailleurs que la liberté des parties de choisir la loi applicable constitue l'une des « pierres angulaires » des conflits de lois en matière contractuelle.

des règles applicables. Ces deux éléments sont en effet nécessaires pour favoriser le développement du commerce international. La loi choisie par les parties est d'ailleurs souvent rigoureusement sélectionnée afin de désigner la loi convenant le mieux à leur relation contractuelle (Battifol, 1982). A titre d'exemple, dans les contrats extractifs, cette clause de choix de la loi - tel l'exemple de l'article 27 du contrat pétrolier *British Virgin Island -Caprikat et Foxwhelp* R.D.C. qui dispose que « l'interprétation et l'exécution de ce Contrat seront soumises au droit de la République Démocratique du Congo » (Contrat DRC, Caprikat, Foxwhelp – Graben Albertine (Blocks I and II) – PSC – 2010) – est souvent guidée par de nombreux codes miniers ou pétroliers qui obligent – comme c'est le cas en République Démocratique du Congo, à choisir la loi de l'Etat-hôte comme loi du contrat extractif. C'est pour cette raison, que le principe d'autonomie a été accepté par la jurisprudence dans le célèbre arrêt *American Trading Company* (Cass. civ., 5 déc. 1990), sans être remis en cause par la suite sur le principe⁶.

Dans un de ses arrêts la Cour de cassation déclare également que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat » (Civ. 21 juin 1950, *Messageries maritimes*). La possibilité de choisir un droit non étatique n'est pas permise. L'autonomie de la volonté n'autorise pas en effet le contrat « sans loi ». Le choix de la *lex mercatoria* comme loi du contrat ne semble pas ainsi possible dans ce cadre. Un droit non étatique équivaut ainsi à ne pas choisir de loi nationale. Le Règlement Rome I reprenant l'essentiel de la Convention de Rome ne permet pas ce choix. La Commission du 15 décembre 2005 avait pourtant évoqué la possibilité d'un choix des Principes Unidroit ou des Principes européens du droit des contrats. Le considérant 13 du Règlement indique seulement qu'il n'est pas interdit aux parties d'intégrer dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale.

Le concept de *law shopping*⁷ détermine ainsi le choix par les parties du droit substantiel applicable au contrat. Ce choix peut prendre différentes formes au sein du contrat

⁶ Voir cependant V. HEUZE, « La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes », Paris, *G.L.N. Joly*, 1990, préf. P. LAGARDE.

⁷ L'expression anglaise « law shopping » est une notion propre au droit international privé. Ce principe implique qu'une personne ou groupe de personnes peut choisir un Etat en fonction de sa justice et de la loi qu'il devra appliquer.

international. Différentes techniques juridiques permettent, en effet, de faire le choix de la loi applicable au contrat.

Parfois le choix de la loi peut également être réalisé par « incorporation », un critère d'origine anglo-saxonne, qui permet aux parties à un contrat de choisir le cadre institutionnel par incorporation de société (au sens des commercialistes). Le choix du lieu de création de la société entraîne l'application de la loi de ce pays. La loi applicable à la société est ainsi la loi du lieu de sa constitution, c'est à dire du lieu où les formalités d'incorporation ont été accomplies. Ce critère permet aux associés de choisir la loi applicable à la société en choisissant le lieu d'incorporation. Ainsi par exemple, incorporée en Angleterre, elle sera soumise au droit anglais. Et ce, quel que soit le pays où l'entreprise exerce son activité. C'est ainsi que les statuts vont donc désigner le pays choisi comme le lieu du siège statutaire de la société.

L'exemple de l'exploitation d'un block pétrolier sur la rive du lac Albert situé en République Démocratique du Congo (R.D.C.) démontre bien l'importance et l'impact d'un tel choix. En 2010, deux sociétés - *Caprikat* et *Foxwhelp*- incorporées aux *British Virgin Island* (B.V.I.), ont signé avec le gouvernement un contrat de partage de production. Le capital de ces deux sociétés incorporées aux B.V.I appartient en réalité a un trust incorporé lui aussi aux B.V.I., mais dont le constituant serait un *Holding* incorporé en Afrique du sud et détenu principalement par le neveu du président d'Afrique du Sud, monsieur Zuma (T. Lay et M. Minio-Paluello). Cette incorporation aux B.V.I. a pour effet que le droit des B.V.I. s'applique dans divers aspects de la relation contractuelle comme le droit des sociétés, lorsque celui-ci existe ; à défaut c'est le droit anglais des sociétés qui s'applique.

Ce choix du cadre institutionnel, et de ce fait de la loi applicable au contrat, peut également résulter du choix du droit de la responsabilité civile ou pénale applicable aux dirigeants, ou encore du choix du droit fiscal de cet Etat. Faire le choix de l'application du droit d'un Etat peut, en effet, être guidé par le droit de la responsabilité de cet Etat, qui ne serait pas très contraignant. Dans le cas du contrat pétrolier *British Virgin Island -Caprikat et Foxwhelp* R.D.C., le choix de l'incorporation de la société dans les B.V.I. entraîne l'application de son

droit fiscal. Les impôts seront ainsi payés aux B.V.I. où n'existe - en réalité - pas d'impôt sur les sociétés, et non en Afrique du Sud, où résident les véritables propriétaires de la joint-venture.

Il est toutefois parfois difficile (juridiquement, politiquement ou pour l'économie même d'un contrat) aux parties de choisir, ou aux juges ou arbitres de désigner, la loi nationale applicable au contrat. La question a alors été posée de savoir si un contrat international peut être régi par les seuls usages du commerce international, à l'exclusion de toute loi nationale. C'est la question du « contrat sans loi », c'est-à-dire sans loi nationale.

IV. Le « contrat sans loi »

Une autre hypothèse subsiste également lorsque les parties ne font pas référence à un choix de loi particulier dans leur contrat qui pourra régir leurs relations contractuelles. Il s'agit du « contrat sans loi ». Dans ces situations, différentes réponses ont été ainsi apportés par le droit national et international notamment la référence à des usages du commerce international ou de principes généraux du droit.

En France, la Cour de cassation a jugé que, dans les litiges relevant de la compétence des tribunaux étatiques, « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat » (Civ., 21 juin 1950, Messageries maritimes). Mais il a, en revanche, été jugé qu'un tribunal arbitral peut se référer aux seuls « principes généraux des obligations applicables dans le commerce international » (Civ. 2e, 9 déc. 1981 Fougierolle c. Banque du Proche-Orient) ou « appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommés *lex mercatoria* » (Civ. 1, 22 oct. 1991, Valenciana). Ces dispositions de caractère international ayant pour vocation de s'appliquer à défaut de compétence législative déterminée. Même si les parties n'ont pas décidé de soumettre le contrat aux seuls usages du commerce international, ceux-ci ont ainsi une grande importance pratique, les conventions

internationales y faisant fréquemment référence⁸. Un tribunal arbitral peut, devant la difficulté de choisir la loi nationale dont l'application s'imposerait avec suffisamment de force, décider⁹ « d'écarter toute référence contraignante à une législation spécifique [...] et d'appliquer la *lex mercatoria* internationale » (CCI, 26 oct. 1979, Norsolor).

La grande majorité des commercialistes situe au Moyen Âge la naissance d'un corps de règles qualifié de droit commercial international. A cette époque les grands pôles du commerce européen sont les républiques marchandes de l'Italie du Nord et les Flandres. Ce sont d'ailleurs des juristes de ces villes qui élaborent la théorie des conflits de lois sous la forme de la « théorie des statuts » (Bartole, 14^e siècle). Le développement des foires¹⁰ a été fondamental dans la mise au point du droit du commerce international. La diversité des opérateurs introduit en effet un élément d'extranéité et la plupart des opérations ont un caractère « international ». Ce nouveau monde des marchands est ainsi à la recherche d'un droit adapté, qui lui serait propre et s'imposant à tous les participants quelle que soit la foire. C'est ainsi qu'apparaît le *jus mercatorum* ou *lex mercatoria*, droit international identique dans les plus grandes foires de Champagne ou Italie. C'est un droit qui répond aux besoins des marchands de l'époque inhérents à l'organisation des foires que sont la rapidité et la rigueur.

A la fin du Moyen Âge il n'existait pas un corps complet de règles qualifiées de droit du commerce international, mais elles étaient suffisamment complètes pour régler les principales opérations du commerce international de l'époque. Dans la mesure où la mondialisation s'accompagne aujourd'hui d'une dématérialisation et que les nouvelles technologies sont omniprésentes, les échanges ont besoin d'un accès instantané, continu, et surtout un langage commun international. Les usages du commerce international permettent ainsi, par exemple, de compléter les règles de conflit de lois existantes. Ils sont

⁸ Voir, par exemple, dans la Convention de Vienne sur les contrats de Vente internationale de marchandises les articles 8 § 3, 9 et 18 § 3.

⁹ L'arbitre peut également statuer comme « amiable compositeur » (c'est-à-dire en équité) si les parties lui donnent cette mission (C. pr. civ., art. 1474). Dans ce cas, l'arbitre qui se prononce exclusivement par application des règles de droit doit s'expliquer sur la conformité de celles-ci à l'équité (Civ. 2, 15 février 2001, Halbout c. Epx Hanin).

¹⁰ Les foires sont des regroupements périodiques de marchands de provenance diverses qui se développèrent en Allemagne, dans les Flandres et en Champagne au Moyen Âge.

définis par l'article 9 de la Convention de La Haye de 1964 comme « une règle que des personnes raisonnables, de même qualité, placées dans une situation similaire considèrent normalement comme applicable à leur contrat ». La Convention de Vienne de 1980 donne sensiblement la même définition et fait expressément référence aux usages pour les rendre obligatoires. La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 prévoit le respect des usages dans le domaine de l'arbitrage. L'article 7 dispose que quel que soit le droit applicable, « les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ». L'article 1496 du Code de procédure civile dispose également que l'arbitre doit tenir compte dans tous les cas des usages du commerce. Enfin, la loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international prévoit à l'article 28 alinéa 4 que « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ». Toutefois, ces références ne permettent pas de définir précisément la valeur juridique de ces usages du commerce international. Ils ont une valeur supérieure aux simples stipulations contractuelles, mais il ne s'agit pas de règles de droit.

Les principes généraux du droit sont quant à eux des règles abstraites et générales qui ont pour but d'opérer une dénationalisation des situations. Les codes de bonne conduite présentent également des mesures qui ont pour effet d'inciter les sociétés à respecter certains principes. Les principes Unidroit (1994)¹¹ permettent de définir le cadre du commerce international. Ils s'appliquent à tout contrat en général et concerne la majeure partie des questions de droit des contrats de sa formation aux effets du contrat. Ces principes s'appliquent aux contrats internationaux lorsque les parties ont décidé de s'y soumettre via une clause spécifique ou lorsqu'elles acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit ou la *lex mercatoria* - considérée comme l'ensemble des sources privées comme s'appliquant aux situations du commerce international¹². Ils ont ainsi

¹¹ Les principes Unidroit rédigés par des juristes des deux principaux systèmes juridiques ont été approuvés par le conseil de direction de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Publiés en version française en 1994, ils ont été renouvelés en 2004 afin de les adapter aux évolutions du commerce international, pour les contrats électroniques notamment.

¹² La *lex mercatoria* a été consacrée par la Cour de cassation française dans le célèbre arrêt « Valenciana » du 22 octobre 1991. Il s'agit de « l'ensemble des règles du commerce international dégagée par la pratique, et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales ».

une force obligatoire de par la volonté des parties au contrat du commerce international et dépendent de la loi applicable au contrat. Malgré leur rôle important dans la pratique contractuelle internationale, ils ne s'imposent toutefois pas aux juges, ni aux parties qui n'en font pas référence. Ces sources privées se développent en même temps que se développe l'arbitrage international. On constate ainsi aujourd'hui une juxtaposition entre les sources privées et les règles conflictuelles.

La coexistence de quelques normes étatiques et de principes et usages spécifiques au commerce international qui viendraient compléter cette carence pose problème. En effet, quelle place attribuer à ces normes spécifiques au commerce international ? C'est la question de la légitimité et de l'applicabilité de la *lex mercatoria*. Pour répondre à cette question, la doctrine est scindée entre les « mercatoristes » et les « antimercatoristes ». Cette idée d'un droit détaché de tout droit étatique n'est pas acceptée de la même manière par la doctrine. Les premiers estiment que les lois étatiques ne sont pas adaptées aux exigences et spécificités du commerce international. Les lois nationales ont en effet été pensées dans un cadre national pour régler des situations nationales. Les principes et usages du commerce international sont ainsi acceptés car adaptés à sa spécificité qui exige des normes spécifiques. Pour les seconds, la *lex mercatoria* ne peut exister car il n'y a pas de législateurs internationaux, d'ordre juridique à part entière. Mais la *lex mercatoria* n'est pas nécessairement à considérer comme étant un ordre juridique distinct, au même titre que les ordres juridiques étatiques. La *lex mercatoria* peut être également entendu comme l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales. C'est la position que semble admettre la Cour de cassation française (Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *Valenciana*). Dans tous les cas, la plupart des systèmes juridiques reconnaissent aux parties qui recourent à l'arbitrage la possibilité de choisir la *lex mercatoria*. Toutefois, comme ce sont les droits étatiques qui autorisent ou refusent cette *lex mercatoria*. Il ne semble donc pas s'agir d'un droit autonome, détaché des systèmes juridiques nationaux. La *lex mercatoria* est alors moins un corps de règles matérielles que la méthode procédurale des arbitres qui consiste à comparer les diverses règles de droit en concours, pour choisir celle qui convient le mieux à la solution de l'affaire

en cause. La méthode des arbitres, la méthode de la *lex mercatoria*, la méthode du droit transnational, se substitue à la méthode des juges, la méthode conflictualiste, la méthode du droit international. Cette doctrine française de la *lex mercatoria* procédurale se rapproche du concept de *law shopping* qui émerge dans la doctrine de langue anglaise (O'Hara, Ribstein, 2009).

La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer la juridicité de la *lex mercatoria* dans l'arrêt *Valenciana* rendu le 22 octobre 1991 (Civ. 1^{ère} 22 oct. 1991, *Valenciana*). Dans cette affaire, la question était de savoir si un arbitre devant statuer en droit était obligé de désigner une loi étatique. La Cour de cassation a précisé qu'« en se référant à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales », l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission ». Cet arrêt donne ainsi un caractère juridique à la *lex mercatoria*. Si, dans un sens, cela a permis aux parties de soumettre leur contrat à la *lex mercatoria*, cela a également habilité les arbitres à l'appliquer directement dans leur sentence. L'arbitre est un juge investi par la volonté des parties. Mais il demeure un juge, il n'est pas totalement « prisonnier » de la mission qui lui a été confiée. L'arbitre est ainsi habilité à s'écarter du choix des parties en application de l'ordre public international et des lois de police (CA Paris, 2 juin 2004, *Cineco c. Shure Brothers*). L'arbitre devant statuer en droit, ne s'écarte de ce fait pas de sa mission en appliquant la *lex mercatoria*.

Par ailleurs, ce choix peut s'appliquer à tout le contrat ou à certaines parties seulement. Les parties peuvent en effet choisir d'appliquer un droit différent selon les parties du contrat. Certains éléments du contrat seront ainsi soumis à la loi d'un Etat, alors que les autres articles seront soumis à une autre loi. Ce dépeçage du contrat peut ainsi entraîner l'application de différents droits nationaux à différentes parties du contrat.

V. La situation du contrat en absence de choix de loi

Subsiste enfin une dernière hypothèse lorsque les parties n'ont pas fait de choix de loi exprès dans leur contrat, et ne font pas non plus référence à des principes du commerce international. Dans ces circonstances, afin de pouvoir régir ces situations, le droit et les praticiens usent d'autres techniques juridiques afin d'encadrer ces contrats.

L'article 3.1 de la Convention de Rome et du Règlement Rome I dispose que – normalement - le choix « doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »¹³. Le choix se manifeste le plus souvent par une clause d'*electio juris* ou clause de droit applicable (Foyer, 1994). Dans son article 4, la Convention de Rome précise toutefois que si aucun choix de loi n'est fait par les parties, le juge ou l'arbitre appliquera la loi du droit qui présente « les liens les plus étroits »¹⁴ au contrat. La loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, au moment de la conclusion du contrat, sera celle qui présente « les liens les plus étroits » avec le contrat.

L'article 4.1 du règlement est sensiblement différent. Il pose une règle de conflit pour huit types de contrats. Le contrat de vente est ainsi, par exemple, régi, à défaut de choix des parties, par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle, alors que le contrat de prestation de service est soumis à la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle. Et lorsque le contrat n'entre pas dans l'une des catégories visées, l'article 4.2 du texte prévoit qu'il « est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ». Une clause d'exception s'ajoute à cette règle à l'article 4.3 du règlement prévoyant que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays

¹³ Pour une application de cet article, V. Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, *Rev. crit. DIP* 2000. 737, note J.-M. Jacquet.

¹⁴ Le paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention de Rome établit une présomption précisant que « Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ».

s'applique ». L'article 4.4 dispose en dernier lieu que « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Ainsi, si le contrat n'entre dans aucune des catégories visées au paragraphe 1 et que la prestation caractéristique ne peut pas être déterminée en vertu du paragraphe 2, le juge recherche avec quel pays le contrat entretient les liens les plus étroits.

Dans ces circonstances, c'est ainsi le juge qui – le plus souvent - « localise » le contrat afin de déterminer le droit applicable, comme l'a développé le doyen Battifol (1938) dans sa théorie de la localisation objective du contrat.

En outre, dans certains cas, « lorsqu'il résulte des circonstances de la cause que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » (Article 4.3 Règlement Rome I 17 juin 2008) le juge peut décider d'écarter le choix effectué par les parties car il estime que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui désigné par l'application de la Convention ou du Règlement.

VI. Conclusion

Le choix de la loi dans les contrats internationaux fait ainsi appel à différentes techniques juridiques. Les parties aux contrats, les juges ou les arbitres doivent ainsi choisir parmi l'ensemble des possibilités de choix ou d'absence de choix afin de définir le droit applicable à un contrat.

Dans une autre perspective, le choix peut se faire par une clause d'élection de *for* afin de bénéficier de la loi applicable au fond par celui-ci. Le choix de la loi s'applique ainsi également au contentieux relatif au contrat international.

VII. Implications professionnelles et managériales

Cet article met en évidence l'importance des choix des parties dans les contrats internationaux qui influenceront par la suite la mise en œuvre de leur contrat et de leur

accord. Les praticiens du commerce international sont ainsi amenés à faire de nombreux choix dans leurs démarches de négociation et réalisation de contrats internationaux, dont le choix de la loi est indispensable à la définition du cadre juridique dans lequel évoluera le contrat.

Face à cette réalité, les stratégies des internationales des entreprises nécessitent de suivre une ou des stratégie(s) juridique(s) pour pénétrer un marché ou obtenir un accord. Danet (2010) précise d'ailleurs que l'utilisation du droit et de « l'intelligence juridique » doit être intégrée dans la démarche stratégique des entreprises, en particulier dans un contexte de développement international. Les praticiens des contrats internationaux font ainsi appel à « l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur – privé ou public - de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en identifier et d'en anticiper les risques et les opportunités potentielles, d'agir sur son évolution et de disposer des informations et des droits nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre les instruments juridiques aptes à réaliser ses objectifs stratégiques » (Warusfel, 2010). Ce concept d'intelligence juridique est en adéquation avec les problématiques du droit transnational défini comme « un processus de mobilisation de règles de droit par des acteurs privés et publics qui mettent en œuvre des pratiques professionnelles de choix de normes » (Lhuillier, 2016) ou du *Transnational Legal Process*, défini « comme capacité des acteurs à mobiliser des règles pour régler des questions à dimension transnationale » (Koh, 1996). En effet, comme l'a montré Lhuillier (2010), la maîtrise du droit et des montages juridiques (*law shopping* par techniques de localisation contractuelle, techniques de localisation physique, approche par hiérarchie des normes juridiques) ouvrent des perspectives nouvelles à la réflexion stratégique en matière de développement international¹⁵. Masson (2009) indique ainsi que « les entreprises ont pleinement incorporé le droit comme une partie intégrante de leurs stratégies. Les dirigeants ne cherchent pas seulement à échapper aux contraintes des

¹⁵ Ainsi, les plus grandes multinationales pétrolières, par diverses techniques, stratégies, dont l'incorporation de filiales aux British Virgin Island, ne paient aucun impôt aux Etats avec lesquelles elles contractent pourtant des contrats extractifs en se soustrayant à leurs lois, échappant même à leurs lois d'ordre public. Cela n'est possible que dans la mesure où ces Etats ont permis ces mécanismes de *law shopping* utilisés par les transnationales pour s'incorporer dans un Etat de leur convenance et réaliser ainsi un choix de loi fiscale - *tax law shopping*. L'intelligence juridique serait cette capacité à réaliser avec efficacité des choix juridiques qui optimisent coûts et revenus.

normes positives, mais utilisent le Droit comme une ressource pour atteindre leurs objectifs commerciaux, industriels ou financiers. »¹⁶. Il existe de ce fait plusieurs types de contrats et de montages juridiques à disposition des praticiens du commerce international permettant ainsi de contourner un obstacle, de s'implanter sur un marché visé, ou de conclure des partenariats internationaux (Ullrich, 2003 ; Petit, 2009). Les stratégies ont donc une portée managériale par leur finalité, mais également juridique par le type de ressources et modes de structurations qu'elles mettent en œuvre (Bouthinon-Dumas, 2012).

Les techniques de choix étudiés sont identifiées parfois comme des « stratégies » (Bouthinon-Dumas, 2012) proches des sciences de gestion. Cela est pourtant réducteur car il s'agit bien de pratiques juridiques faisant appel aux savoirs traditionnels des juristes. Ces techniques permettent en effet aux praticiens de choisir le droit - principalement national mais aussi international - qui leur est applicable (Lhuillier, 2015). La pratique des affaires internationales consiste alors à jouer à un « jeu de lois » à l'échelle du globe et savoir « localiser » une société, un contrat ou un litige dans un espace normatif professionnel (Mines, IT, équipementiers...), culturel (*common law*, droit français, droit chinois...), ou étatique (Droit chinois ou droit de R.D.C.) voir interétatique (Convention de New York ou Convention de Washington sur les sentences arbitrales, ...). Il s'agit de savoir aussi emprunter les « chemins » qui relient certains de ces « espaces » bref « construire » un espace de normes, un « espace normatif » (Lhuillier, 2015).

La pratique juridique n'est qu'une succession de choix pour réaliser ces constructions (Geny, 1904 ; Bergé, 2011). Pour Bergé (2011), « ce qui compte, c'est la pratique du droit par le juriste, c'est-à-dire sa recherche d'un résultat ». Le juriste est ainsi d'abord face à une grande diversité de règles de droit qu'il peut choisir. Ensuite, il doit comparer les règles,

¹⁶ Le positivisme juridique a pour finalité la description du droit sur le modèle des Sciences de la nature, et réduit bien souvent le droit à la loi et aux règles Etatiques. À l'opposé du positivisme juridique, la théorie du droit comme argumentation ou plus exactement la théorie herméneutique du droit prend en compte le tournant linguistique dans les sciences sociales et construit une théorie du droit sur le modèle épistémologique des sciences du langage. Les théoriciens du droit transnational abandonnent, en effet la théorie « pure » du droit, c'est-à-dire épurée du monde des faits, des acteurs et de leurs actions et prennent en compte les modes d'effectuation concrets du droit par la pratique des acteurs (Twining, 2005).

c'est-à-dire envisager les conséquences pratiques que le choix de cette loi aurait. Enfin, en fonction de ces conséquences pratiques, il va opérer un choix de loi.

Il serait également pertinent d'identifier si des choix doivent être faits lors du contentieux relatif à ces contrats et les conséquences qu'ils engendrent. En effet, les enjeux économiques, juridiques, et managériaux des contrats internationaux étant généralement importants, les choix des acteurs concernés par ces contrats pourraient avoir une influence significative sur l'issue des litiges du commerce international.

VIII. Références bibliographiques

Battifol H. (1938), *Conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé*, Sirey

Battifol H. (1982), « La loi appropriée au contrat », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, pp. 1 et s.

Bergé J.-S. (2011). « Implementation of the Law, Global Legal Pluralism and Hierarchy of Norms », *European Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1, p. 241-263

Convention de Vienne sur les contrats de Vente internationale de marchandises, 11 avril 1980

Danet D. (2010). « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *Revue internationale d'intelligence économique*, Vol. 2, N° 2, p. 251-262

Bouthinon-Dumas H. (2012). « Le traitement médiatique des affaires de délits d'initiés », *Revue internationale de droit économique*, Vol. t. XXVI, N° 2, p. 133-160

Foyer V. J. (1994), « Le contrat d'electio juris à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169

Geny F. (1904). « La technique législative dans la codification civile moderne », *Livre du centenaire*, p. 989-1038

Koh H.H. (1996). « The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process », *Nebraska Law Review*, Vol. 75, N° 1

Lainé A. (1885), Le droit international privé en France considéré dans ses rapports avec la théorie des statuts, *Clunet* 1885 p. 129 et p. 249

Lay T., Minio-Paluello M. (2010), Pétrole au Lac Albert, Révélation des contrats contestés,
www.carbonweb.org/drc.

Lestrade E. (2009), « Company Law Shopping and the Regulation of Companies in the European Union », in *European Newsletter*, January 4, Vol. 2, 2009

Lhuilier G. (2010), « Le concept de « Law shopping. (Droit international privé, droit social, droit de l'environnement) », dans *in Droit du travail et droit de l'environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Paris, Lamy-Wolters Kluwers

Lhuilier G. (2013), « Minerais de guerre. Une nouvelle théorie de la mondialisation du droit », FMSH-WP-2013-36, disponible en ligne

Lhuilier G. (2015), « Le contentieux extractif : essai de définition », dans *Le contentieux extractif*, Paris, CCI, in Lhuilier G., Ngwanza A. (dir.), p. 9-28

Lhuilier G. (2016), *Droit transnational*, Dalloz

Masson A. (2009), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier

Mathey E. (2005), « La société européenne : Les atouts du droit français face au « law shopping » européen », in *Fondation Robert Schuman, Questions d'Europe*

O'Hara E. A., L. E. Ribstein (2009), *The law market*, Oxford University Press

Petit N. (2009), « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », *The Global Competition Law Centre*, p. 1-31

Segan J. (2008), « Applicable Law 'Shopping'? Rome II and Private Antitrust Enforcement in the EU », in *Comp. L. J.* 7(3), p. 251

Teubner G. (2001), « Un droit spontané dans la société mondiale? » in *Le droit saisi par la*

mondialisation, Charles-Albert Morand (dir.), Bruylant, Bruxelles, p. 179

Teubner G. (2005), « Constitutionalisme sociétal et globalisation: Alternatives à la théorie constitutionnelle centrée sur l'État », *Revue juridique Thémis*, vol. 39, p. 435

Teubner G. (2016), *Fragments constitutionnels : Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Garnier

Twining W. (2005), « Taking Facts Seriously—Again », *Journal of Legal Education*, Vol. 55, No. 3, 2005, p. 360-380

Ullrich H. (2003), « La mondialisation du droit économique : Vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », *Revue Internationale de Droit Economique*, Vol. 17, N° 3, p. 291-311

Warusfel B. (2010), « L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du Droit », *Le Monde du Droit* 1 - 15 avril, Vol. 43, p. 1-5

Cass. 5 déc. 1910, *American trading company*, S. 1911. 1. 129, note Lyon-Caen ; *Rev. crit. DIP* 1911. 395 ; *JDI* 1912. 1156 ; *Les grands arrêts du droit international privé*, p. 94 : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée »

Civ. 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, D. 1951, p. 749, note J. Hamel ; S. 1951, 1, 1, note Niboyet, *JCP* 1950, II., 5812, note J.-P. Lévy, *Rev. crit. DIP* 1950, p. 609, note H. Batiffol, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* n°22

Civ. 2e, 9 déc. 1981 *Fougerolle c. Banque du Proche- Orient*

Cass. civ., 5 déc. 1990, S. 1911. 1, p. 129, note Ch. LYON-CAEN ; *JDI* 1912, p. 1156, obs. H. GALIBOURG ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 395 ; *GAJFDIP* n° 11

Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1991, *Valenciana*, *Bull. civ. I*, n° 275, *JDI* 1992, p. 176, note B. Goldman ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 112, note B. Oppetit ; *Rev. arb.* 1992, p. 457, note P. Lagarde

Civ. 1^{ère} 22 oct. 1991, *Valenciana*, *Rev. arb.* 1992. 457, note P. Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note B. Oppetit ; *JDI* 1992. 117, note B. Goldman



Civ. 2, 15 février 2001, Halbout c. Epx Hanin

CA Paris, 2 juin 2004, Cineco c. Shure Brothers, Rev. arb. 2005. 673, 2e esp., note J.-B. Racine

CCI, 26 oct. 1979, Norsolor

C. civ. Art. 1102

C. pr. civ., art. 1474

C. pr. civ., art. 1496

Loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international, du 21 juin 1985

Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, du 21 avril 1961

Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels
(La Haye, 1964)

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Règlement (CE) N° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations
contractuelles (Rome I)

Contrat DRC, Caprikat, Foxwhelp – Graben Albertine (Blocks I and II) – PSC – 2010