

LA RECHERCHE DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE : LA STIPULATION QUASI SYSTÉMATIQUE D'UNE CLAUSE DE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

par

Laurence RAVILLON

Professeur à l'Université de Bourgogne - CREDIMI
Doyen de la Faculté de Droit et de Science politique de Dijon

La clause de loi applicable est ambivalente : d'un côté, nous le verrons, elle joue un rôle fondamental, et de l'autre, elle est négligée dans son étude, et parfois dans sa négociation, même si sa présence au sein du contrat international constitue la norme. À ce sujet, les éléments statistiques sont éloquentes : dans une enquête menée par la Conférence de La Haye de droit international privé en mars 2007 (*Enquête : Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – Rapport sur les travaux effectués et conclusions préliminaires*¹), les réponses des États, qui portaient sur 15 à 3000 contrats par an selon les États sondés, ont montré que presque tous les contrats comportaient une clause de choix de loi. Les centres d'arbitrage interrogés ont indiqué que la validité de la clause de choix de la loi applicable ne faisait pas l'objet de différends. De même, dans les dernières statistiques publiées par la Chambre de commerce internationale, on apprend que la clause de droit applicable figure dans environ 87% des contrats à l'origine des litiges soumis à l'arbitrage de la CCI en 2008². L'observation de la pratique des

¹ Voir l'intervention de Mme PERTEGÁS, « Les travaux de la Conférence de La Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties ».

² *Bull.d'arbitrage de la CCI*, 2009, vol. 20/1, p. 13. Le droit applicable était déterminé par les parties, en faveur de la loi anglaise (13% des contrats), de la loi suisse (9,5%), de la loi française (7,3%), américaine (6,7%, État de New York en tête, devant le droit californien, du Delaware, de Floride, du Massachusetts, du New Jersey, de l'Ohio, de l'Oregon et de la Pennsylvanie), allemande (4,8%), espagnole (3,1%). Dans

entreprises révèle même que, dans certains secteurs (BTP, secteur aérien et spatial, industrie du luxe...), l'introduction d'une clause de droit applicable par les entreprises dans leurs contrats internationaux est systématique. Les cas dans lesquels la clause ne figure pas dans le contrat concernent la situation des contrats échappant aux services juridiques des entreprises. Dans ce cas, la méconnaissance de l'importance de cette clause fait qu'elle est souvent confondue avec la clause de règlement des litiges.

Ambivalence encore, car, malgré le caractère essentiel de cette clause, son régime juridique est beaucoup moins élaboré que celui d'autres clauses, telles que la clause de règlement des litiges. Par exemple, on ne retrouve pas, par rapport à la clause de droit applicable, de consécration courante du principe d'autonomie³, et de manière générale, la jurisprudence est peu fournie par rapport à cette clause.

Ambivalence enfin, car, malgré son importance, l'intensité de la négociation de la clause de choix de la loi applicable est variable, la clause pouvant résulter d'une rude discussion⁴ comme être une clause standard (la *boilerplate clause* du droit anglo-saxon), dès lors que les enjeux de la loi applicable ne sont pas toujours bien appréciés au stade de la négociation et de la rédaction du contrat, souvent par manque de temps.

Cette clause est non seulement stipulée dans les contrats internationaux, mais on l'observe aussi dans les contrats internes d'envergure (malgré l'absence dans ce dernier cas de marge de manœuvre). Cette clause peut alors paraître inutile, mais elle permet d'éviter les surprises apparaissant au cours de la vie du contrat, notamment en cas de transfert de contrat.

Sa présence aussi généralisée s'explique par son utilité et par le constat de l'affaiblissement du contrat en l'absence de cette clause, en cas de litige. La clause de droit applicable constitue une forme de contractualisation de la sécurité juridique des opérateurs du commerce international⁵, puisqu'« il n'est pas excessif d'affirmer que l'ignorance du droit applicable au contrat non

3% des contrats, les parties avaient fait le choix exprès de l'application d'une convention internationale (CVIM), des Principes Unidroit, du droit du commerce international, de l'équité...

3 Le principe est mentionné par certaines sentences arbitrales (v. Sentence intérimaire sur la responsabilité rendue dans l'affaire CCI n° 10671, JDI, 2006, pp. 1417-1429), mais cette mention n'est pas généralisée.

4 K. DJARAOUANE, C.J. SERHAL, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *RD aff. int.*, 2009, n° 2, p. 115.

5 G.J. MARTIN, « La contractualisation de la sécurité juridique : les clauses assurant la sécurité juridique », in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 236.

seulement complique la résolution des litiges éventuels, mais est de nature à en susciter la survenance »⁶.

Le risque juridique ici géré est celui de l'imprévisibilité de la détermination du droit applicable au contrat dès lors que la relation présente des points de contact avec plus d'un ordre juridique. La prévisibilité du droit applicable résulte du choix de ce droit.

La clause de droit applicable, clause à portée générale, est donc un élément, parmi d'autres, de la stratégie des parties exprimée dans le contrat⁷, et de la lutte contre l'aléa juridique⁸.

La place occupée par cette clause résulte de la mise en œuvre du principe d'autonomie, bien enraciné en droit international. Ce principe, à caractère pragmatique, est affirmé par le droit international privé des contrats interne, international et communautaire⁹, conventionnel et jurisprudentiel¹⁰, par le droit comparé¹¹, ou encore par le droit international de l'arbitrage (le Règlement d'arbitrage de la CCI par exemple).

La valorisation du principe d'autonomie en droit international privé résulte d'abord de la Convention de Rome, puis, sans innovation, du Règlement Rome I, qui confirme l'attachement au principe d'autonomie de la volonté¹², lequel est apte à garantir la sécurité juridique et est conforme aux

6 Y. DERAIS, « Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, mai 1995, vol. 6, n° 1, p. 10.

7 D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, Paris, Librairies techniques, 1980, p. 98.

8 V. LASSERRE-KIESOW, « L'aléa », *JCP* 2009, I, 182 : « L'imputation des risques contractuels et la sécurité contractuelle se présentent comme des enjeux indissociables de la technique contractuelle moderne (...). L'aléa est objet de gestion juridique » (p. 53, n° 9).

9 Convention de Rome, puis Règlement Rome I, article 3 § 1 : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

10 Civ. 1re, 5 décembre 1910, *American Trading* : « 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 ».

11 V. la jurisprudence anglaise affirmant la validité de la clause de droit applicable : *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co Ltd.*, 1939 AC 277 (PC, Nova Scotia), 289-290. V. la jurisprudence américaine, en matière internationale : *Scherk*, 417 U.S. ; *Northrop Corp. v. Triad Int'l Mktg S.A.*, 811 F. 2d 1265, 1270 (9th Cir. 1987) ; *Medimatch Inc. v. Lucent Techs Inc.*, 120 F. Supp. 2d 842, 862 (N.D. Cal. 2000).

12 C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II ; l'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt

besoins de rapidité, de souplesse et de sécurité des opérateurs du commerce international au sens large, et du commerce européen en particulier.

Ainsi, « [s]e fiant au principe d'autonomie, [l'État] ne s'alarme pas de ce que le contrat international obéit à un régime qui correspond d'abord aux exigences des intérêts privés que les parties sont convenues de satisfaire, quand bien même ce régime s'éloignerait substantiellement de celui qu'il prescrit aux contrats internes »¹³.

Du libéralisme du droit français, puis européen¹⁴, il résulte que les parties au contrat international peuvent choisir un droit sans lien avec le contrat ou avec leur nationalité, et ce à n'importe quel moment de la négociation ou de l'application de leur contrat. Les parties peuvent ainsi introduire une clause de loi applicable dans une lettre d'intention, dans leur contrat définitif, voire après la conclusion du contrat (au moment de la naissance du litige).

Notre champ d'observation sera limité aux contrats interentreprises, conclus entre professionnels supposés avoir un pouvoir de négociation comparable – même s'il convient de nuancer cette égalité –. L'examen des contrats d'affaires¹⁵ se fera donc sans égard aux besoins de protection des parties faibles, examinés par ailleurs dans le cadre de ce colloque¹⁶. Dans ce domaine du droit des affaires internationales, le contrat est considéré comme « un temps voulu, organisé par l'intelligence et la liberté des intéressés »¹⁷, que la situation rencontrée soit intégralement localisée au sein de l'Union européenne ou que la situation comporte des éléments d'extranéité hors

général », *Travaux Comité fr. DIP*, Années 2006-2008, Paris, Pedone, 2009, pp. 187-196. – H. HEISS, « Party Autonomy », in *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009, pp. 1-16. – M. WILDERSPIN, « Le Règlement Rome I : la communautarisation et la modernisation de la Convention de Rome », in *Le nouveau Règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, eds E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi, Zurich, Schultess, 2008, pp. 11-25, not. pp. 14-15.

13 B. ANCEL, « *Auctoritate rationis*. Le droit savant du contrat international », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas, Paris, Dalloz, 2000, p. 269, n° 302.

14 N. CATALA, J. NÉRET, « La "communautarisation" du droit des conflits de lois en matière d'obligations contractuelles : le règlement (CE) du 17 juin 2008, dit Rome I », in *Études à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, Paris, LexisNexis, 2010, pp. 65-76.

15 F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2010.

16 V. l'intervention de Mme S. BARIATTI, « Le choix de loi dans les contrats impliquant une partie faible ».

17 J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », in *Inventer*, Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001, p. 63.

Europe, comme ce sera souvent le cas en matière de contrats internationaux, contrats dont la typologie est d'une extrême richesse : contrats de maintenance, contrats de vente, contrats de services, d'affrètement, accords de transfert de *know-how*, accords de confidentialité, avant-contrats, contrats de consortium, contrats pétroliers, contrats de garantie, contrats pharmaceutiques, contrats de distribution¹⁸, contrats d'assistance technique pour une compagnie de forage pétrolier, contrats de vente et d'achat d'actions, contrats pour l'acquisition de données géologiques en mer...

Cette intelligence et cette liberté sont mises au profit de la sécurité juridique apportée par les clauses de droit applicable, exprimées dans une clause du contrat ou mêlées à la clause de règlement des litiges ou encore introduites dans une clause du type *Miscellaneous*.

Notre étude, fondée sur la praxis juridique, et sur un échantillon de clauses, sera donc consacrée aux contrats et contentieux d'affaires. Envisagée sous un angle résolument pratique, elle mettra l'accent sur la recherche de la sécurité juridique et ses modalités (I) ainsi que sur la mise en œuvre de la clause de droit applicable (II).

I – LA SÉCURITÉ JURIDIQUE RECHERCHÉE

L'introduction d'une clause désignant la loi applicable permet de réduire l'aléa de la négociation et de l'exécution du contrat, dès lors que le sens et la portée des obligations des parties dépendront du droit applicable au contrat. Ce choix est un aspect de l'approche juridique intégrée à la stratégie des acteurs économiques¹⁹, qui permet de contrer les difficultés liées à l'absence d'homogénéité du milieu juridique dans lequel évolue le contrat. En effet, « les liens qu'il peut présenter avec différents États sont susceptibles de se muer en autant de critères de rattachement à un ordre juridique ou d'applicabilité de certaines règles. Le meilleur moyen de parer à la situation quelque peu anarchique qui pourrait en résulter consiste à s'appuyer sur la nature spécifique de cet acte juridique qu'est le contrat et à faire du contrat

18 Dans ces contrats, le droit applicable très souvent choisi par les parties au contrat est un droit de tradition civiliste, car la distribution est majoritairement pratiquée en Europe. Cf. C. TRUONG, « Le droit applicable au fond dans les contrats internationaux de distribution : analyse des sentences arbitrales de la CCI », *Bull. de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 1er semestre 2001, vol. 12, n°1, p. 41.

19 A. RAYNOUARD, « Le droit dans une économie mondialisée de la connaissance », *Revue Lamy Droit des Affaires*, novembre 2008, p. 81.

international le sujet actif de sa propre insertion»²⁰. La place de la loi d'autonomie constitue un dénominateur commun aux praticiens du commerce international, quelle que soit leur nationalité²¹. Cette recherche de sécurité juridique et de prévisibilité²² explique le rôle de l'avocat dans la rédaction du contrat international, ou encore du courtier dans l'élaboration du contrat d'assurance, puisque ce dernier attire l'attention de ses clients au sujet du duo droit applicable/tribunal compétent.

Le rôle du droit applicable sera examiné (A), avant les modalités du choix de ce droit (B) et l'objet du choix (C).

A – Le rôle du droit applicable

Le rôle du droit applicable est essentiel²³, puisque ce droit va fonder la force obligatoire du contrat, déterminer sa validité, en fixer les effets, suppléer au silence du contrat. En outre, les difficultés d'interprétation d'un contrat seront réglées au moyen du droit applicable, et le droit applicable va contribuer « à fixer l'étendue des obligations des parties en complétant les dispositions contractuelles en cas de besoin »²⁴. M. Derains précise que ces compléments au contrat se font, dans les droits continentaux, « en rattachant chaque contrat individuel à un cadre juridique plus général (contrat de vente, d'agence, d'entreprise, etc...) »²⁵ tandis que « [l]es droits de *common law* recourent à la théorie des "*implied terms*" »²⁶. Le droit applicable régit le contrat. Il constitue le cadre juridique de l'opération contractuelle. Or, l'application de tel ou tel droit n'est pas indifférente tant les solutions des droits nationaux divergent, même dans les pays d'Europe (y compris au sein d'une même famille), dès lors qu'on rentre dans les subtilités du droit. Même les droits considérés

20 J.-M. JACQUET, « Le contrat international : l'originalité des méthodes », *Journal des sociétés*, juin 2009, p. 16.

21 A. BENCHENEB, « Les relations d'affaires avec les pays du bassin méditerranéen et le contrat : une approche comparative », *RD aff. int.*, 2010, n° 4, pp. 398-410, not. pp. 399-400.

22 V. V. BRULHART, *Le choix de la loi applicable – Questions choisies (avec une ébauche de la réglementation de l'electio juris et quelques réflexions sur le rattachement des contrats d'assurance)*, Berne, Staempfli, 2004, p. 63, n° 131.

23 É. LOQUIN, L. RAVILLON, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in *La Mondialisation du droit*, sous la direction d'É. Loquin et C. Kessedjian, Travaux du Credimi, vol. 19, Paris, Litec, 2000, pp. 91-132, not. pp. 95 et s.

24 Y. DERAIS, « Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 10.

25 *Idem.*

26 *Idem.*

comme neutres ne le sont évidemment pas quant à leurs conséquences juridiques et économiques.

Pour les parties aux contrats internationaux, choisir un droit qu'elles connaissent leur permet d'appréhender les problématiques concrètement en procédant notamment à un examen de la jurisprudence récente et des évolutions législatives. L'anticipation est au cœur du choix du droit applicable. D'ailleurs, en présence d'un droit mal connu ou « exotique », les risques²⁷ sont tels que les parties prennent des renseignements sur le système juridique en question (système civiliste, de *common law*, musulman, mixte...), et peuvent avoir recours à un cabinet d'avocats local, qui fait une première revue (et/ou une revue finale avant la signature) du contrat et/ou peut accompagner la négociation. Ce cabinet établit une *legal opinion* sur des points précis potentiellement problématiques.

Il est vrai que, plus le contrat sera détaillé, plus le rôle du droit applicable sera résiduel²⁸... D'ailleurs, les praticiens essaient de border au maximum le contrat en amont, de sorte que le droit applicable ait le moins d'influence possible. Toutefois, pour tout ce que les parties n'auront pas envisagé, et pour tous les problèmes d'interprétation et de mise en œuvre du contrat, le droit applicable retrouvera sa place et sa portée et il sera donc nécessaire de veiller, dans l'élaboration du contrat, à la cohérence du droit applicable et des clauses du contrat. Même dans les droits anglo-saxons, qui connaissent des contrats fleuves, les contrats peuvent ne pas avoir appréhendé certains aspects.

Le rôle de la clause de loi applicable est tel que, si un contrat ne comporte pas une telle clause, et qu'il est soumis à l'arbitrage, l'arbitre demande aux parties si elles souhaitent se mettre d'accord sur un droit applicable. La volonté des parties prime donc toujours.

27 C. KESSEDJIAN, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales) », *RIDC*, 1995-2, pp. 373-383.

28 Ph. KAHN, « L'internationalité du point de vue de l'ordre transnational », *Lamy Contrats internationaux*, vol. I, Division 1, Annexe 05/2-1.

B – Le choix du droit applicable²⁹

La clause est généralement rédigée simplement, mais certaines clauses sont sophistiquées (elles sont alors le fruit de négociations difficiles ou sont stipulées dans des contrats d'État, ou résultent d'un dépeçage). Leurs déclarations sont donc nombreuses. Les critères du choix seront abordés (a), avant les modalités de désignation du droit applicable (b), et le moment de la détermination du droit applicable (c).

a) Les critères du choix

Ces critères diffèrent en fonction du type de contrat. Par exemple, dans les contrats publics, le droit du pays d'exécution s'applique le plus souvent, sans marge de négociation pour la partie privée. Dans les contrats de distribution, le concédant impose, dans la plupart des cas, son droit national, en raison de sa position économique dominante. Mais le distributeur parvient parfois à imposer l'application de son droit, notamment lorsque le concédant souhaite intégrer dans son réseau un nouveau distributeur performant. Dans les contrats d'assurance à l'international, le droit de l'assuré s'applique le plus souvent. Dans les contrats de financement, les banques imposent leur point de vue. Toutefois, malgré une certaine constance, on ne peut systématiser le choix de la loi applicable.

De manière générale, les parties ont tendance à voir appliquer la loi qu'elles connaissent le mieux, ou la loi de leur nationalité (qui n'est pas forcément la plus favorable, mais dont le contenu est le mieux maîtrisé), ou toujours la même loi, ou la loi qu'elles considèrent (à tort ou à raison) comme étant la meilleure pour la défense de leurs intérêts donc comme étant la plus favorable, notion au demeurant ambiguë, car « un même droit sera, selon les situations concrètes, favorable ou défavorable à une partie. Ainsi, alors que le droit français peut être caractérisé comme défavorable au vendeur dans un contrat d'approvisionnement en ce qui concerne l'étendue de son obligation, il lui sera favorable si l'acheteur prétend à une révision des prix en raison d'une chute brutale des cours sur le marché international. (...) On remarquera aussitôt que le rejet de la théorie de l'imprévision en droit français peut à son tour se retourner contre le vendeur si les cours ne sont pas à la baisse mais à la hausse. Cela illustre le caractère relatif, et somme toute, trompeur de la notion même de droit favorable. (...) il est probable qu'une partie qui recherche le droit qui lui est le plus favorable, compte tenu de sa position dans l'opération

29 Pour un point de vue relatif à la clause de choix dans le cadre du Règlement Rome I, v. S. LEIBLE, « Choice of the Applicable Law », in *Le nouveau Règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, eds E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi, Zurich, Schulthess, 2008, pp. 61-75.

économique qu'elle s'apprête à conclure, s'engage dans une démarche qui, sans être inutile, reste aléatoire quant à son résultat »³⁰. Le droit choisi peut également être le droit considéré comme le plus *business friendly* dans la zone d'activité (Singapour pour les contrats en Asie par exemple).

Un élément déterminant du choix des parties sera l'accessibilité du droit, sa maturité et la connaissance du contenu du droit choisi, ainsi que les conditions de son application (conditions jurisprudentielles, procédurales, contextuelles...) afin de connaître la portée des engagements contractuels. Ces conditions peuvent expliquer le succès du droit suisse, proche des systèmes juridiques de nombreux pays, pas seulement d'Europe, et faisant l'objet de publications régulières dans différentes langues, accroissant son accessibilité.

b) Les modalités de désignation du droit applicable

Le droit applicable peut être exprimé par les parties, choix qui lie le juge et l'arbitre, y compris si le choix du droit applicable leur paraît peu adapté à l'économie du contrat.

Le choix peut aussi être tacite, ce qui impose de rechercher la volonté des parties. Par exemple, dans plusieurs contrats de vente, de fourniture et de maintenance conclus par un État X avec une entreprise britannique, chacune des parties s'était opposée à l'application du droit national du cocontractant. Elles n'avaient pas non plus réussi à se mettre d'accord sur le droit d'un État tiers. Les arbitres en ont déduit que les parties refusaient l'application de toute loi étatique et souhaitaient soumettre leurs contrats aux règles transnationales³¹. La conclusion a été la même dans un contrat dans lequel les parties n'avaient pas choisi explicitement le droit applicable, mais avaient fait référence à la *natural justice*³². Le choix du droit applicable peut s'inférer de références faites par les parties au contrat ou d'arguments présentés par les parties au cours du procès, dans leurs écritures, sur le fondement du même droit³³. Il peut également s'inférer de l'indice, parfois retenu par les juridictions, quoique aléatoire, de la compétence juridictionnelle. Dans certains règlements d'arbitrage ou contrats-types, il est précisé que le siège de l'arbitrage emporte choix de la loi du siège pour régir le fond du litige³⁴ : le

30 Y. DERAIS, « Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 11.

31 Sentence CCI n° 7710, *JDI*, 2001, p. 1147.

32 *Idem.*

33 Sentence CCI n° 2438, *JDI*, 1976, p. 969.

34 *Arbitration Court of the German Coffee Association, Final Award of 19 march 1987, Yearbook of Commercial Arbitration*, 1994, vol. XIX, pp. 44-47 : article 44 (1) of the European Contract for Coffee : « Whatever the residence of the parties concerned, they agree that in the event of arbitration the contract shall be

choix est alors effectué par référence, ce que ne permet pas la jurisprudence hors le cadre des instruments précités (règlements d'arbitrage, contrats-types).

Le projet Rome I prévoyait, dans son article 3.1, que « [s]i les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet État membre », mais l'article n'a pas été repris dans la version définitive, laquelle précise que « [l]e choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».

L'expression « de façon certaine » n'impose pas de déclaration expresse, mais suppose que le contrat soit régi par un contrat-type faisant référence à un système juridique, ou que les parties soient en relations d'affaires habituelles et qu'un de leur contrat antérieur contienne un choix de loi, ou encore que le contrat sans clause de droit applicable soit l'accessoire d'un autre contrat en comportant une, la jurisprudence étendant alors l'effet de la clause³⁵. Les arbitres analysent également parfois les circonstances entourant la négociation contractuelle, en plus du contenu du contrat, pour identifier la volonté implicite des parties.

De manière générale, la clause de loi applicable est stipulée dans le contrat principal. Elle l'est toutefois parfois par référence, par exemple à des conditions générales d'achat (ainsi, les marchés attribués suite à des appels d'offres comportent une clause dressant une liste de documents applicables, notamment les conditions générales d'achat contenant le droit applicable) ou à un contrat-type. La stipulation par référence est alors validée par la jurisprudence arbitrale. Par exemple, dans un contrat de vente de pétrole brut, faisant référence aux conditions générales des contrats Sonatrach mentionnant l'application du droit algérien, le tribunal arbitral décide que « selon une solution largement admise par les systèmes nationaux de conflits de lois et consacrée comme un principe général du droit du commerce international, lorsqu'une clause d'un contrat a désigné la loi applicable, directement ou par référence à un contrat-type, la loi ainsi désignée doit être appliquée »³⁶.

Si la clause est stipulée dans un document annexe (documents techniques, factuels, juridiques), le contrat principal précisera la valeur de cette clause (comme on peut le voir dans les contrats de construction de type

interpreted according to the law and the arbitration rules in force in the country where the arbitration is held ».

35 F.-X. TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz Référence, Paris, Dalloz, 2010, p. 576, n° 122.11.

36 Sentence CCI n° 5865, rendue en 1989, *JDI*, 1998, p. 1010.

FIDIC). Il est conseillé de rédiger une clause de priorité des documents contractuels, établissant un ordre hiérarchique entre les documents en cas de contradiction³⁷. Si l'interprétation de la clause fait difficulté après la signature du contrat, le problème sera le plus souvent réglé par l'établissement d'un avenant pour clarifier la situation.

c) Le moment de la détermination du droit applicable

Le droit applicable peut être déterminé par les parties à n'importe quel moment : dans l'avant-contrat ou dans le contrat lui-même. Les parties peuvent même avoir déterminé le droit applicable à leur contrat, mais se fonder sur un autre droit au cours d'une procédure arbitrale, modifiant ainsi leur choix antérieur. Dans ce cas, le tribunal arbitral donne effet à cette position commune développée au cours de la procédure, comme l'a montré la sentence CCI n° 19082 de 2001 relative à un contrat de cession de données sismiques de blocs pétroliers *off shore*, substituant le droit français au droit d'un État africain en raison de la position unanime des parties (l'une africaine, les autres de Hong Kong et de Chine) au cours de la procédure³⁸.

C – Le contenu de la clause de droit applicable : l'objet du choix

L'hétérogénéité des clauses de droit applicable est remarquable, dès lors que les parties jouissent d'une grande liberté dans l'objet de leur choix. Les parties peuvent en effet, tout au moins en Europe, choisir une loi neutre, c'est-à-dire sans lien avec le contrat. Comme le précise M. Jacquet, « "loi neutre", "loi appropriée", "loi qui convient", "loi qui valide", les raisons ne manquent pas pour justifier que le choix des contractants se porte sur une loi avec laquelle leur opération ne présente aucun point de contact »³⁹. La neutralité désigne aussi le choix du droit de certains États considérés eux-mêmes comme neutres (le droit suisse, le droit suédois). Des analyses de droit comparé peuvent précéder le choix des parties. L'importance des familles de systèmes juridiques dans le choix des parties au contrat international est à souligner.

Le contenu de la clause est le reflet du pouvoir de négociation des parties. La clause la plus classique est, de manière logique, la clause désignant

37 G. HELLERINGER, « Quand les parties font leur loi. Réflexions sur la contractualisation du pouvoir judiciaire d'interprétation », in *Repenser le contrat*, sous la direction de G. Lewkowicz et M. Xifaras, Paris, Dalloz, 2009, pp. 277-278.

38 *JDI*, 2005, pp. 1256 et s.

39 « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 731.

un droit étatique (a), mais on peut également identifier des clauses désignant plusieurs droits étatiques (b) ou mêlant la référence à un droit étatique, complété par les usages (c).

a) La désignation d'un droit étatique

La clause désignant un droit étatique n'est pas univoque. Elle peut prendre la forme, privilégiée, d'un droit national étatique (1), à l'exclusion des règles de conflit de lois (2). Le droit étatique peut faire l'objet d'une stabilisation (3), ou être combiné avec certains instruments internationaux (4).

1) L'exclusion des règles anationales

Très fréquemment, le droit choisi par les parties est un droit étatique, sans référence aux usages, sans référence aux Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (malgré la référence à ces Principes dans un certain nombre de contrats modèles, par exemple, dans les contrats modèles de franchise internationale de distribution, d'intermédiation occasionnelle, d'agence commerciale, de concession commerciale... élaborés par la CCI⁴⁰), d'agence commerciale, de concession commerciale... élaborés par la CCI⁴⁰), car « [l]e choix d'une loi étatique par les parties reste le cas de figure le plus fréquent en pratique. On ne peut guère s'en étonner puisque lui seul leur garantit une certaine prévisibilité du droit qui sera appliqué en cas de litige et, par conséquent, du régime juridique de leurs relations contractuelles »⁴¹.

Le choix des parties doit, dans le Règlement Rome I, porter sur une loi étatique et pas sur des règles anationales. Bien sûr, cette limite quant au choix du droit applicable ne vaut pas lorsque le litige est porté, non pas devant les juridictions des États membres de l'Union européenne, mais devant le tribunal arbitral ou devant les juges hors Union européenne.

2) La désignation du droit substantiel

Le droit désigné dans la clause de choix de loi est le droit substantiel étatique, à l'exclusion de la prise en considération des règles de conflit⁴². Cette

40 F. BORTOLOTTI, « Référence aux Principes Unidroit dans la pratique contractuelle et les contrats modèles », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Supplément spécial 2005, pp. 61-69.

41 *Traité de droit du commerce international*, sous la direction de J. Béguin et M. Menjucq, Paris, LexisNexis, 2005, p. 1046, n° 2699.

42 Voir des exemples de contrats : « *The Agreement shall be governed by and interpreted according to the Laws of Switzerland (Federal Code of Obligations) to the exclusion of any conflict of laws rules* » (contrat d'achat). « *The Agreement and any Purchase Order taken under this Agreement and any dispute arising in relation to them shall be governed by and construed in all respects in accordance with laws of Switzerland, to the exclusion of its conflict of law rules* » (contrat de prestation de services de réparation). « *This Contract, including any Purchase Agreement or any Purchase Orders, shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of*

exclusion du renvoi en matière contractuelle était posée par la Convention de Rome dans son article 15, l'est aujourd'hui par le Règlement Rome I à l'article 20, et par la jurisprudence française, qui a considéré, dans un contrat relatif à la construction et à l'installation d'une plate-forme pétrolière en mer du Nord, que la mise en œuvre de la loi d'autonomie de la volonté était exclusive de tout renvoi⁴³. De même, l'article 28 al. 1 de la loi-type CNUDCI prévoit que « toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considéré, sauf indication contraire expresse, comme désignant les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois ». Ce n'est cependant pas le cas partout, comme le montrent la fragilité des solutions en droit américain ou encore les hésitations du droit australien. L'application des règles de conflit est écartée, car la mise en œuvre de ces règles risquerait de déjouer les prévisions des parties.

3) Le droit étatique « gelé »

La singularité de la clause de droit applicable porte parfois sur la stabilisation de la loi applicable, phénomène classique dans les contrats d'État – que l'on rencontre aussi, parfois, dans des contrats de droit privé –, et dont la validité a été affirmée par la jurisprudence arbitrale internationale. Ces clauses de stabilisation permettent de se prémunir contre l'utilisation par l'État des prérogatives que lui confère son propre droit pour modifier unilatéralement l'environnement juridique du projet de l'investisseur⁴⁴. Ce sont donc des clauses importantes dans les contrats d'investissement (contrats pétroliers, contrats d'extraction de ressources naturelles, contrats BOT, contrats dans les domaines du gaz, de l'eau, de l'électricité...). L'objet de la clause de stabilisation est de « geler » la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de limiter

Quebec and the applicable federal laws of Canada without regard for its conflict of laws principals » (contrat de prestation de services de réparation). « *The Agreement shall be interpreted and applied in accordance with the laws of the State of New York, without giving effect to its conflict of law provisions, rules or procedures. Further, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods shall not apply to this Agreement* » (contrat de sous-traitance de maintenance). « *This Contract and all orders will be interpreted under and governed by the law of the State of Washington, USA, except that Washington's conflicts of laws rules shall not be invoked for the purposes of applying the law of another jurisdiction* » (contrat de prestation de services). « *This Agreement, and the rights and duties of the parties hereunder, shall be governed by, and construed and enforced in accordance with, the internal laws of the State of New York applicable to contracts made and to be performed entirely within such State, without giving effect to any choice of conflict of law principle, provision or rule that would result in the application of the laws of any other jurisdiction* ».

43 Civ. 1re, 11 mars 1997, *Rev. crit. DIP*, 1997, p. 702 ; *JDI*, 1997, p. 789.

44 J.-M. LONCLE, D. PHILIBERT-POLLEZ, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RD aff. int.*, 2009, n°3, pp. 267-292.

l'exercice par l'État de sa compétence législative »⁴⁵, tandis que les clauses d'intangibilité mettent « l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'État hôte peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractants »⁴⁶.

Les clauses de stabilisation prennent différentes formes : elles peuvent être générales (« L'État garantit à X pour la durée du contrat d'investissement la stabilité des conditions générales ou particulières, juridiques, économiques, financières et fiscales, telles qu'elles existent dans la législation de l'État à la date d'entrée en vigueur du présent contrat d'investissement, ainsi que des dispositions du présent contrat »), ou prévoir qu'une nouvelle réglementation sera applicable au contrat d'investissement uniquement si elle n'est pas défavorable à la société de projet, ou exiger, en cas de modification des textes, le consentement de l'investisseur.

4) Le droit étatique et les instruments internationaux

L'examen du contenu du droit applicable nous invite à étudier la place occupée par le droit matériel, en particulier par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, dont l'article 6 prévoit le caractère supplétif⁴⁷. Ainsi, certains contrats internationaux comportent des clauses de droit applicable excluant l'application de la Convention de Vienne. La mise à l'écart est même la règle dans certains types de contrats (notamment dans l'industrie agroalimentaire⁴⁸), souvent en raison d'une méconnaissance de la Convention, qui accroît l'insécurité juridique. Il arrive également que certains contrats écartent l'application de la Convention de Vienne à l'exclusion de certains de ses articles. Par exemple, dans un contrat de prestation de services de réparation, soumis au droit suisse, on peut lire que « *The Parties shall exclude the Vienna Convention of April 11th, 1980 related to the international sale of goods to the exception of its article 39* ».

La jurisprudence française, de même que la jurisprudence américaine⁴⁹, considère que la référence, dans la clause de droit applicable, au droit national d'un État ayant ratifié la Convention de Vienne, implique application de la

45 P. WEIL, « Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique », in *Écrits de droit international*, Paris, Puf, 2000, p. 331.

46 *Idem*.

47 Cl. WITZ, « L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties », *D.* 1990, p. 107. – P. SCHLECHTRIEM, Cl. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 25 et s., n° 25 et s.

48 Les contrats modèles de la Grain and Feed Trade Association désignent l'application du droit anglais.

49 *District Court for the Northern District of California, Assante Technologies Inc. v. PMC-Sierra, Inc.*, 164 F. Supp. 2d 1142.

Convention, ce qui, au final, entraînera souvent l'application cumulative de la Convention et du droit national⁵⁰, le droit national retrouvant son importance lorsque la Convention de Vienne ne traite pas de la question litigieuse. En revanche, si les juridictions américaines considèrent que l'exclusion doit être expresse⁵¹, la jurisprudence française admet l'exclusion implicite, à condition que cette volonté soit « établie, ce qui n'est pas le cas en l'absence de tout indice en ce sens ou, ce qui revient au même, lorsque les indices disponibles sont contradictoires. Dans ces hypothèses, il convient que le juge exerce son office en appliquant « le droit substantiel français des ventes internationales de marchandises » »⁵². L'exclusion de la Convention de Vienne peut résulter du comportement procédural des parties qui, au cours du litige, plaident à la lumière d'un droit national. Encore faut-il s'assurer que les parties avaient connaissance de la Convention et ont souhaité l'exclure en se plaçant sous l'empire du droit national⁵³.

Le choix des parties se porte parfois non pas sur un droit étatique, mais sur le droit de l'Union européenne⁵⁴ (« *The consortium agreement shall be governed by european union substantive law* » – accord proposé par un cocontractant chinois à une société française pour la réalisation d'un projet au Qatar –), ou sur une directive communautaire. Ainsi, dans une sentence rendue en 2003, dans l'affaire n° 12045, les parties avaient prévu, dans un contrat d'agence commerciale, que « [I]es arbitres appliqueront les dispositions obligatoires contenues dans la directive CEE 86/653 du 18/12/86 ». Le tribunal arbitral considère que les parties « ont souhaité écarter l'application des lois nationales auxquelles ils leur étaient loisons de se référer, si telle avait été leur volonté, préférant dépendre directement des règles de droit proposées par ladite directive »⁵⁵, directive dont on peut au demeurant douter de la capacité à apporter des solutions à tout type de litige rencontré par les parties. Certains auteurs considèrent d'ailleurs qu'une telle référence est pathologique⁵⁶.

50 On retrouve ce raisonnement dans certaines sentences arbitrales : *Netherlands Arbitration Institute, Interim Award of 10 February 2005, Yearbook of Commercial Arbitration*, 2007, vol. XXXII, pp. 93-106.

51 *US Federal District Court, Kentucky*, 18 mars 2008, *Sky Cast Inc. v. Global Direct Distribution LLC*, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

52 Rapport de M. le conseiller A. Potocki, sous Cass. com., 3 novembre 2009, <http://www.cisg-France.org>.

53 Cour d'appel de Paris, 6 novembre 2001, *D.* 2002, p. 2795 : « Les parties peuvent exclure l'application de la Convention, ... encore faut-il que la partie qui allègue l'exclusion de son application rapporte la preuve d'une intention des parties ».

54 E. GAILLARD, « Droit applicable au fond du litige », *J.-Cl. Droit international*, Fasc. 586-9-1.

55 *JDI*, 2006, p. 1436.

56 F. de LY, « Applicable Law and Dispute Resolution Clauses : A Preliminary Report », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55e séminaire de la

b) La désignation de plusieurs droits étatiques

La Convention de Rome, puis le Règlement Rome I (art. 3§1 de la Convention de Rome et du Règlement) ont admis le morcellement du contrat en matière de droit applicable, donc le choix de plusieurs lois régissant un contrat, de même que la CJUE⁵⁷. La pratique du dépeçage⁵⁸ est rare, en raison des difficultés de délimitation du champ d'application de chaque loi, et des éventuelles incohérences. Elle est envisageable le plus souvent lorsqu'un contrat doit être exécuté dans plusieurs pays, ou encore en matière de sous-traitance⁵⁹.

La notion n'est d'ailleurs pas univoque. Elle peut viser l'application d'un droit différent selon les parties en cause. La clause peut alors prévoir l'application d'un droit différent selon l'identité du défendeur (le droit japonais si le défendeur est japonais, le droit américain si le défendeur est américain). Elle peut également envisager l'application d'un droit différent à des portions différentes d'un même contrat (un contrat de transport fluvial prévoyait que le transport était soumis aux conditions d'affrètement de la loi néerlandaise, et que les délais de déchargement et les surestaries se verraient appliquer la loi française⁶⁰ ; dans un contrat-type, on peut lire que « si le transport de marchandises selon le présent acte comprend le transport ou le passage d'un port ou d'un endroit des États-Unis d'Amérique, le présent acte est régi par le Droit américain pour le transport maritime des marchandises... ; pour tous les points qui ne peuvent être résolus par les dispositions et les articles du présent acte, le Droit vietnamien s'appliquera »⁶¹).

Commission Droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, Paris, FEC, 2005, p. 180. L'auteur cite quelques clauses : « *Applicable law : the law governing this agreement as per European Common Market (EU)* » ; « *this agreement shall be construed in accordance with and governed by laws and regulations applying to members of the European Economic Community* ».

57 CJCE, 6 octobre 2009, *Intercontainer Interfrigo (ICF)/Baikenende Oosthuizen BV*, MIC operations, JOCE C 133/08.

58 Cette pratique est plus précisément étudiée, dans le cadre de ce colloque, par Cyril NOURISSAT, « Le dépeçage ».

59 Dans le *Lamy Contrats internationaux*, Vol. I, 2-14, un exemple d'une telle situation est mentionné : « Le contractant principal (B), le donneur d'ordre (A) et l'un des sous-contractants (C) étaient tous les trois de nationalité allemande ; les deux autres sous-contractants (D et E) étaient belges. Il fut stipulé dans le sous-contrat que le droit belge s'appliquerait pour tous les litiges entre D et E, les tribunaux belges étant déclarés seuls compétents dans ce cas. Par contre, le droit de la République fédérale allemande était choisi pour régir les rapports contractuels dans lesquels intervenaient A et/ou B et/ou C ; une clause d'élection de for reconnaissait compétence exclusive, dans ce cas, aux tribunaux allemands ».

60 Cour d'appel de Dijon, 4 mars 1971, *D.M.F.*, 1971, p. 352.

61 V. D. DO, « Les clauses de droit applicable au Vietnam », *RD aff. int.*, 2005, n° 5, p. 606.

Cette pratique du dépeçage illustre la richesse de la clause de loi applicable, que l'on peut observer d'abord dans les clauses cumulatives, qui vont prévoir l'application de deux droits différents (par exemple, le droit japonais et le droit de l'État de Californie dans un contrat de distribution dans lequel le fabricant japonais avait acquis une ligne de production en Californie) – ces clauses sont plutôt vues comme des clauses de compromis, voire de courtoisie –, ensuite dans des clauses combinées stipulant par exemple que les arbitres appliqueront le droit de l'État hôte. En cas de lacune dans le droit de l'État hôte, les arbitres appliqueront un autre droit plus sophistiqué. Le droit de l'État hôte étant assez peu développé, il ne permet pas de résoudre des difficultés épineuses sur le plan juridique. La clause propose alors une solution de compromis, qui ne peut être mise en œuvre dans de bonnes conditions que si les deux droits en question sont issus de la même famille⁶² (à condition de ne pas avoir trop de difficultés à interpréter la notion de lacune).

Certaines clauses particulièrement complexes, multipliant les dépeçages, sont parfois rédigées, stipulant l'application d'un droit national à un contrat, mais envisageant, également, l'application des principes communs aux deux pays concernés en matière de santé, de sécurité et de protection de l'environnement, ou encore précisant, par rapport aux biens et matériels, et aux questions relatives aux visas de travail et d'immigration, que s'appliqueront les lois des pays d'où viennent les biens et les personnes en question... La clause de droit applicable du contrat de construction relatif au tunnel sous la Manche (clause 68) et du contrat de maîtrise d'œuvre est emblématique de ce type de clauses, puisqu'elle dispose que : « *The construction, validity and performance of the contract shall in all respects be governed by and interpreted in accordance with the principles common to both English law and French Law, and in the absence of such common principles by such general principles of international trade law as have been applied by national and international tribunals. Subject in all cases, with respect to the works to be respectively performed in the French and in the English part of the site, to the respective French or English public policy (public order) provisions* »⁶³. Le contrat de concession prévoyait quant à lui que « [p]our régler les différends relatifs à la concession, il est fait application des dispositions pertinentes du traité et de la concession. Il peut, s'il y a lieu, être fait application des règles de droit français

62 Ex. de combinaison droit anglais/droit indien : « *The clauses related to the purchase of shares and those relating to the rights granted in consideration of the share purchase will be governed by the substantive law of India. The remaining clauses of this Agreement will be governed by and construed in accordance with the substantive law of England* ».

63 J.-F. GUILLEMIN, « Le Tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », *Revue internationale de droit comparé*, 1995, vol. 47, n° 2, pp. 403-412.

et de droit anglais lorsque le recours à ces règles est commandé par l'exécution d'obligations spécifiques du droit français ou du droit anglais. Il peut, en outre, être fait application des principes pertinents du droit international et, si les différentes parties en sont d'accord, du principe d'équité ». L'hybridité caractérise donc ces clauses, qui seraient délicates à mettre en œuvre en cas de litige, contrairement à l'objectif de prévisibilité recherché.

On trouve aussi, très exceptionnellement, des clauses prévoyant une forme de double rattachement, désignant un droit applicable au contrat, et stipulant pour un aspect (l'accord d'actionnaires), l'application d'un autre droit, afin de préserver la validité de l'accord d'actionnaires : « *this Agreement shall be construed in accordance with and governed by the laws of the State of Michigan, United States, without regard to the conflicts of law rules of such jurisdiction. (...) Notwithstanding anything to the contrary in this agreement, the Shareholders shall at all times act in accordance with the Companies Act and other applicable Acts/Rules being in force, in India at any time* » ; « *This Agreement shall be governed by, and construed by accordance with French law in effect at the date hereof. However, the parties agree that the question of the legal binding effect of this Share Purchase Agreement shall be governed by Swedish law* »⁶⁴. Dans ce dernier cas, l'amélioration de la sécurité juridique était recherchée par les parties, qui avaient pris conscience qu'en droit français, droit applicable au contrat, l'accord d'achat d'actions devait comporter des éléments relatifs au prix pour être valable. N'étant pas certaines de pouvoir respecter cette condition, les parties au contrat ont fait le choix d'appliquer un autre droit à un aspect de la relation contractuelle pour ne pas fragiliser le contrat. Le dépeçage est donc vu parfois dans son versant sécurisation contractuelle, alors que son autre versant, le plus connu, entraîne une vulnérabilité de la clause en raison de ses éventuelles difficultés d'interprétation, de sorte que ce type de clause est à déconseiller.

c) La désignation d'un droit étatique complété par les usages

Certains contrats, qui constituent l'exception – même si cela n'affecte pas la force des usages du commerce international, applicables tacitement –, font référence aux usages de la profession, qui vont être mentionnés, par exemple, dans la distribution alimentaire, dans l'industrie pétrolière (accord de partage de production : « Le contrat s'interprète conformément aux lois de la République socialiste du Vietnam et aux principes de droit international généralement admis complétés par les usages internationaux de l'industrie pétrolière ») ou dans le secteur de la construction (« Le contrat a été conclu selon les dispositions du droit libyen et doit donc être régi, analysé et interprété

⁶⁴ Final Award in case n° 12502, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 2009, n° XXXIV, p. 159.

selon ces mêmes dispositions. Dans le cas où aucune des dispositions de ce droit n'est applicable, on doit se reporter à d'autres sources juridiques admises par le droit libyen et aux usages et à la pratique internationale reconnus eu égard à des travaux similaires à ceux du contrat »⁶⁵).

On rencontre également certains contrats soumis à un droit national pour leur interprétation tandis que leurs aspects techniques sont soumis, eux, à la pratique.

Dans un mouvement inverse, c'est parfois le droit non étatique, notamment les Principes Unidroit⁶⁶, qui est complété par le droit national, comme le montrent certains contrats, prévoyant que « *This Agreement shall be governed first by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004. If these Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004 do not provide for an applicable provision they shall be supplemented by the laws of Switzerland* » (contrat de licence en Europe), ou que « Le contrat est régi par les Principes Unidroit, complétés le cas échéant par le droit du pays X »⁶⁷.

II – LA MISE EN ŒUVRE DE LA CLAUSE DE DROIT APPLICABLE

La mise en œuvre aisée de la clause de droit applicable par les juges étatiques ou par les arbitres suppose une rédaction claire, limitant les marges d'interprétation (A). Même si les conditions d'optimisation de la clause sont remplies, la clause sera parfois neutralisée (B).

A – L'efficacité de la clause

L'efficacité de la clause est subordonnée à l'absence d'ambiguïté dans sa rédaction (a) et dans sa portée (b).

a) Les ambiguïtés de rédaction

Ces ambiguïtés peuvent prendre différents visages :

⁶⁵ Sentence CCI n° 5864 rendue en 1989, *JDI*, 1997, p. 1073.

⁶⁶ H. KRONKE, « The UN Sales Convention, the Unidroit Contract Principles and the Way Behind », *Journal of Law and Commerce*, 2005, vol. 25, pp. 451-465, not. p. 455. – E. BRÖDERMANN, « UNIDROIT Principles 2004 as a Tool for Satellite-Related Contracts and Other International Transactions », *IBA Legal Practice Division, Outer Space Committee Newsletter*, August 2005, pp. 5-6.

⁶⁷ Voir *Bull. d'arbitrage de la CCI*, supplément spécial 2005, numéro consacré à Unidroit.

- La clause de droit applicable peut désigner le droit applicable à un aspect de la relation contractuelle, par exemple l'exécution du contrat, sans égard pour sa validité ou son interprétation. On n'est alors pas très loin du caractère pathologique bien connu concernant les clauses compromissaires.

- La clause peut déterminer le droit applicable tandis que la clause d'arbitrage comporte le choix d'un autre droit applicable à l'arbitrage, sans qu'il soit clair que la première concerne le fond et la seconde la procédure.

- La clause peut faire référence à un droit national alors que le droit de cet État est fédéral (droit américain, droit suisse, droit britannique), et que le droit des contrats relève des États fédérés. Il convient alors de déterminer quel est le droit de l'État qui est applicable, en mettant en œuvre la règle de conflit applicable en l'absence de tout choix. Le problème est identique avec les clauses faisant référence au droit des États membres de l'Union européenne (dans ce dernier cas, les arbitres complètent ce choix par le droit d'un État membre).

- La clause, si elle est alternative ou cumulative, est susceptible de donner lieu à interprétation. Par exemple, dans un contrat de consultant, prévoyant que « [t]he validity and construction of this Agreement shall be governed by the laws of the Canton of Geneva, Switzerland, or (d'un pays arabe) or both », la clause était très délicate à mettre en œuvre, fruit d'une absence de compromis entre les parties, et donnant lieu à interprétation. L'effet utile de la clause motive les arbitres à faire application du droit suisse, mentionné en premier dans la clause – argument que l'annotateur, M. Derains, qualifie d'« aventureux »⁶⁸, et constituant « un système juridique hautement sophistiqué, qui répond à toutes les questions que peut poser l'interprétation d'un contrat du type de celui conclu... »⁶⁹, le droit du pays arabe étant susceptible, en outre, d'entraîner l'annulation du contrat puisqu'il prohibe les contrats d'intermédiation sur des marchés (or, on impute traditionnellement aux parties la volonté implicite de choisir la loi qui valide le contrat).

- Plus la clause est complexe, plus les risques de difficultés de mise en œuvre sont importants. La clause suivante, bel exemple de clause à multiples étages, peut être mentionnée : « *This Agreement will be governed by and construed in accordance with the substantive laws in force in : a) the State of California, if a licence to the Software is purchased when you are in the United States, Canada, or Mexico ; or b) Japan, if a licence to the Software is purchased when you are in Japan, China, Korea, or other Southeast Asian*

⁶⁸ Sentence CCI n° 4145, rendue en 1984, *JDI*, 1985, p. 988.
⁶⁹ *Ibid.*, p. 986.

country where all official languages are written in either an ideographic script (e.g. hanzi, kanji, or hanja), and/or other script based upon or similar in structure to an ideographic script, such as hangul or kana ; or c) Ireland, if a licence to the Software is purchased when you are in any other jurisdiction not described above. (...) This Agreement will not be governed by the conflict of rules of any jurisdiction or the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the application of which is expressly excluded ».

b) Les ensembles contractuels

Dans un groupe de contrats régissant une même affaire (contrat principal/contrat de sous-traitance, contrat de *joint venture*⁷⁰), il est recommandé de choisir le même droit applicable pour préserver une certaine cohérence dans les règles applicables et les décisions pouvant en découler. Par exemple, dans le cas d'un projet entre un maître d'œuvre et un ou plusieurs sous-traitants, le droit applicable est de préférence le même, applicable au contrat principal et aux contrats de sous-traitance⁷¹. Le maître d'œuvre pourra ainsi exercer plus aisément des recours en garantie contre les sous-traitants en cas de litige avec le client. Dans ces groupes de contrats, on rencontre parfois des clauses de jonction (*subcontract flow-through clauses*) en vertu desquelles les stipulations du contrat principal sont incluses dans le contrat de sous-traitance.

⁷⁰ Sur tous ces aspects, v. l'intervention de Sabine CORNELOUP, « Choix de loi et contrats liés ».

⁷¹ Sentence CCI n° 2119 (1978), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI – 1974-1985*, Paris, CCI, 1990, pp. 997 et s., relative à deux contrats différents liés à une même opération économique : un contrat entre une entreprise hollandaise et des chantiers navals français relatif à la construction d'un navire porte-conteneurs ; un contrat de sous-traitance entre les chantiers navals français et une entreprise anglaise concernant la construction de turbines. Des retards de livraison, puis le fonctionnement défectueux du navire, avaient donné lieu à une demande d'arbitrage de la partie hollandaise contre la partie française, qui a appelé le sous-traitant en garantie. Dans le premier contrat, il était prévu que l'exécution et l'interprétation se feraient conformément au droit français (et ce malgré la rédaction du contrat en langue anglaise et la soumission aux usages maritimes anglais). Le second contrat ne comprenait pas de clause de droit applicable. La société sous-traitante, appelée en garantie, invoquait l'application du droit anglais (du fait de la rédaction du contrat en anglais, de l'introduction dans ce contrat de clauses exonératrices d'usage en droit anglais, d'un paiement effectué en monnaie britannique, et de la livraison FOB port anglais d'un matériel de fabrication britannique). Malgré le lien entre les deux contrats, les arbitres estiment qu'il convient de procéder à la localisation du contrat, qui a pour objet d'incorporer certains éléments à un navire en construction en France, et concluent à l'application incontestable du droit français... Solution contestable, mais opportune, afin que le contrat principal et le contrat de sous-traitance soient soumis à la même loi.

Cependant on ne peut pas systématiquement inférer l'application de la clause d'élection de droit, ou de la clause d'élection de for⁷².

En outre, cette cohérence ne peut pas toujours être assurée, faute de maîtrise de l'ensemble des contrats par les cocontractants. La cohabitation de lois différentes est toutefois possible, à condition de s'assurer qu'une des lois ne sera pas susceptible de produire des effets négatifs. Par exemple, en présence d'une garantie mère dont la loi est distincte de celle qui est applicable au contrat principal, on s'assure, si on intervient pour le bénéficiaire de la garantie, que cette loi n'a pas pour effet par exemple de limiter l'engagement de l'émetteur (le bénéficiaire de la garantie demande parfois une *legal opinion* confirmant ce point).

Dans le cadre de certains instruments comme le crédit documentaire, la référence à des lois différentes pour régir le contrat de base et le contrat de garantie est possible, en raison de leur interdépendance, au cœur même du mécanisme.

B – Le respect du choix du droit applicable et son éventuelle neutralisation

Le principe est celui du respect du droit choisi par les parties dans leur clause de droit applicable (a), ce qui n'empêche pas la limitation de la portée de la loi choisie, l'étendue de l'autonomie dévolue aux parties n'étant pas absolue (b). Les Principes Unidroit précisent, dans leur article 1.4, qu'ils « ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé ». M. Fontaine remarque que « [l]es textes des Principes céderont par exemple devant des dispositions impératives de la loi applicable tendant à protéger la partie faible, et à respecter la concurrence, à contrôler les mouvements monétaires et financiers ou à protéger l'environnement. Ils s'inclineront aussi devant les dispositions impératives des conventions internationales en matière de transport »⁷³.

a) Le respect du droit choisi par les parties

Concernant la portée du choix du droit applicable, la clause s'impose d'abord aux parties. Une partie ne peut contester la validité de ce choix au motif que ce choix lui est défavorable ou qu'il a été imposé par l'autre partie

72 S. MARCHAND, *Clauses contractuelles. Du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2008, p. 72.

73 « Du droit "mou"... impératif? », in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2002, p. 161, n° 6.

au contrat. Dans l'affaire n° 5073⁷⁴, relative à la validité et à la régularité de la rupture d'un contrat de distribution exclusive par un concédant américain, le distributeur argentin contestait l'application du droit américain (le contrat prévoyait qu'il serait « gouverné par le droit de l'État de Californie aux États-Unis »). La contestation portait sur le caractère de contrat d'adhésion du contrat signé, ce qui, selon le distributeur argentin, devait conduire le tribunal arbitral à rejeter l'application du droit californien si ses dispositions lui étaient plus défavorables que celles du droit argentin. Le tribunal arbitral n'a pas suivi l'argumentation du distributeur argentin, dès lors que les parties avaient, au moment de la conclusion du contrat, négocié les termes du contrat et consenti à l'application du droit américain. Le distributeur n'a pas fait la démonstration de la contrariété du droit américain à certaines dispositions impératives du droit argentin. Au niveau communautaire, la Cour de justice a énoncé, dans l'arrêt *Alsthom Atlantique* du 24 janvier 1991, que, même si le droit applicable avantage l'une des parties, la clause n'est pas contraire aux libertés communautaires puisque les parties au contrat jouissent de la liberté de détermination du droit applicable. Mme Gaudemet-Tallon remarque qu'il semblerait même que la « "concurrence" entre les droits soit un phénomène digne d'approbation : les opérateurs économiques choisiront telle ou telle loi en fonction de la correspondance de son contenu avec leurs intérêts et cette concurrence entre les lois peut être un facteur de progrès »⁷⁵.

Ensuite, la volonté des parties prévalant, elle doit être respectée, à l'égard du choix du droit applicable, par les juges étatiques et par les arbitres, dès lors que la clause est claire⁷⁶ et exprime la volonté concordante des parties⁷⁷, et ce malgré certaines remises en cause de la clause émanant de certaines parties. Ainsi, dans un contrat prévoyant que « [l]e présent Accord sera censé et entrera en vigueur en tant que contrat conclu en Angleterre d'après les lois de l'Angleterre », dans le cadre duquel le distributeur,

74 Sentence partielle de 1986, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1988, vol. XIII, p. 53.

75 « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *Rec. cours La Haye*, 2005, t. 312, p. 265 n° 268.

76 Sentence n° 3894 (1981), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI – 1974-1985, op. cit.*, pp. 449 et s. : contentieux par rapport à l'exécution des différents contrats de vente conclus entre une entreprise X et un acheteur syrien. Chaque partie invoquait ses conditions générales quant à la détermination du droit applicable, les CGV désignant le droit de la RFA et les CGA désignant le droit syrien (*battle of forms*). Le tribunal arbitral relève l'incohérence des stipulations contractuelles et considère que le choix des parties n'était pas clair.

77 Sentence n° 1581, rendue en 1971, *JDI*, 1974, p. 887 : « Attendu que le tribunal arbitral tire de l'acte de mission l'entier de ses pouvoirs et de sa compétence et qu'au contraire d'un tribunal de l'ordre judiciaire, il est lié par la volonté des parties lorsque celles-ci s'expriment de façon concordante ».

demandeur, estimait que le droit français était applicable au fond, car la France était le lieu d'exécution de la prestation essentielle du contrat, le droit anglais régissant uniquement la formation du contrat, le concédant réclamant l'application du droit anglais, l'arbitre a retenu l'application du droit anglais en interprétant la clause⁷⁸. L'arbitre déclare : « L'article 13 (5) du Règlement CCI dispose que : " Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ". Les parties prévoient généralement un droit applicable au fond en insérant dans leur contrat une "clause de droit applicable". Il serait étonnant que les usages commerciaux en matière de contrats internationaux de distribution veuillent que les parties prévoient le droit applicable à la validité formelle de leur contrat tout en ignorant le droit applicable au fond. Si telle était l'intention de [distributeur] et de [concédant], elle constituerait à tous égards une dérogation à la pratique commerciale internationale et devrait, par conséquent, faire l'objet d'une interprétation stricte. S'il devait en être ainsi, les parties l'auraient indiqué très clairement. Selon le tribunal, la rédaction de l'article 13 du contrat ne permet pas une telle constatation. Le tribunal conclut en outre que si les parties avaient voulu soumettre leur contrat à des droits différents – le droit anglais quant à la forme et le droit français quant au fond –, elles l'auraient mentionné clairement afin d'éviter le risque que les règles de droit régissant l'exécution de leurs obligations soient ouvertes à interprétation. Elles ne l'ont pas fait »⁷⁹.

La volonté des parties doit être respectée, sans que le bien-fondé de leur clause de choix de la loi applicable soit apprécié.

Une difficulté apparaît lorsque les parties ont désigné une loi annulant une clause du contrat, voire le contrat tout entier (les parties ignorant d'ailleurs peut-être parfois le contenu du droit choisi). Dans ce cas, le Professeur Gaillard précise que : « en contractant, les parties entendent généralement se placer sous la protection générale d'un système juridique auquel elles font confiance, parfois il est vrai sans bien connaître son contenu, pour résoudre toutes les difficultés susceptibles de survenir à propos de leur convention. Si leur solution passe par l'annulation d'une disposition du contrat (une clause de non-concurrence excessive par exemple), voire du contrat tout entier (en cas de lésion par exemple), c'est aussi respecter la volonté des parties que d'annuler la disposition en cause ou le contrat »⁸⁰. D'ailleurs, dans ce cas, la pratique arbitrale applique souvent le droit choisi par les parties⁸¹. Mais l'arbitre peut

78 Sentence n° 8494, de 1997, citée par C. TRUONG, « Le droit applicable au fond dans les contrats internationaux de distribution : analyse des sentences arbitrales de la CCI », *op. cit.*, p. 43.

79 *Ibid.*, p. 44.

80 « Droit applicable au fond du litige », *op. cit.*, Fasc. 586-9-1, p. 7.

81 Sentence CCI n° 2119, *JDI*, 1979, p. 997.

aussi favoriser le principe de validité du contrat au détriment des dispositions légales pertinentes⁸², s'il met l'accent sur l'analyse de l'aptitude du contrat à respecter les attentes légitimes des parties⁸³.

Pour remédier à l'éventuelle invalidation de clauses, voire du contrat, par le droit applicable, les clauses prévoyant des solutions en cas de conflit entre les dispositions de la loi choisie et les stipulations contractuelles sont en développement. Les parties peuvent donc prévoir dans leur contrat que le droit applicable ne jouera qu'un rôle supplétif, stipulation qui s'impose aux arbitres.

Même si la clause de droit applicable est claire, les arbitres conservent la maîtrise de l'application et de l'interprétation de la loi choisie par les parties pour régir leur contrat.

Ainsi, dans un litige opposant une société américaine à une société belge concernant un contrat relatif à la fourniture par la première de son savoir-faire technique et de services en vue de la construction d'une usine, prévoyant au titre du droit applicable « le droit de l'État de New York, États-Unis », les arbitres se sont demandé si cela faisait référence au droit fédéral et particulièrement à la loi RICO prévoyant des dommages-intérêts triples. Le tribunal juge qu'il « doit donc donner à la clause d'élection de droit l'interprétation qui est la plus appropriée dans le contexte d'un contrat entre une partie belge et une partie américaine et qui devait être en grande partie exécuté en dehors des États-Unis et particulièrement en Belgique et en Bulgarie »⁸⁴ au regard de l'attente légitime des parties (qui n'était pas d'intégrer la loi RICO à leur relation contractuelle, ce qui aurait nécessité un langage plus explicite). Le tribunal écarte l'application de la loi RICO, considérée comme étrangère aux concepts de la tradition juridique de la partie belge.

Ce pouvoir d'interprétation est nettement accru si les arbitres ont reçu les pouvoirs d'arbitrage amiables compositeurs. La clause de droit applicable, si elle est combinée à une clause d'arbitrage amiable, sera susceptible d'être atténuée dans sa mise en œuvre, par la possibilité laissée aux arbitres de s'éloigner du contenu du droit applicable. En effet, « [l']arbitrage, dans cette optique, répond à des finalités différentes de celles d'une procédure contentieuse classique. Il se caractérise par un affaiblissement du caractère juridique du litige et par la prédominance de ses aspects techniques, psychologiques et commerciaux. La clause d'arbitrage amiable donne à l'arbitre les moyens de limiter l'emprise

82 A. SAYED, « La présomption de validité des contrats dans l'arbitrage commercial international », *ASA Bull.*, 2002, pp. 623 et s.

83 M. MEKKI, G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », *RDC*, janvier 2010, p. 349.

84 Sentence CCI n° 8385, *JDI*, 1997, p. 1061.

du droit sur le litige au profit d'autres facteurs, et permet de soustraire des situations de fait, qui, dans une saine politique commerciale, méritent des traitements différents de l'application de règles rigides »⁸⁵.

b) Les mécanismes correcteurs

Les limites à la liberté contractuelle sont étroitement circonscrites. Elles sont d'abord sensibles dans les contrats conclus avec les clients publics, dans lesquels l'application des lois d'ordre public des pays dans lesquels des travaux sont réalisés (droit fiscal, droit du travail, droit des baux...) s'impose, même si, par ailleurs, le droit français est applicable. Il est possible d'intégrer dans le contrat une clause d'information réciproque sur les lois impératives, pour une meilleure prévisibilité relative au droit applicable au contrat.

Ordre public et lois de police sont susceptibles de contrecarrer les choix des parties⁸⁶. Dans le cas d'une incompatibilité des stipulations contractuelles avec l'ordre public du droit choisi par les parties, tout dépend de la rédaction de la clause de droit applicable⁸⁷ : si la clause prévoit, par exemple, que « pour toutes les questions non réglées dans le contrat, la loi du pays X sera applicable », les arbitres doivent donner effet aux stipulations contractuelles (y compris celles qui sont contraires aux dispositions d'ordre public du droit

85 Sentence CCI n° 3327, *JDI*, 1982, p. 971.

86 A. BONOMI, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement "Rome I" sur la loi applicable aux contrats », in *Le nouveau Règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, eds E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi, Zurich, Schulthess, 2008, pp. 217-237.

87 Sentence CCI n° 7518 (1994), *Recueil des sentences arbitrales de la CCI - 1996-2000*, Paris, CCI, 2003, pp. 516 et s. : contentieux entre un demandeur italien et un défendeur portugais dans le cadre de la conclusion de deux accords, dont un accord dit de consortium, tous deux soumis au droit portugais. Certaines dispositions de l'accord étaient considérées comme nulles par le défendeur, en particulier concernant le partage des résultats, au motif qu'elles seraient incompatibles avec le droit portugais. Pour apprécier la validité des dispositions de l'accord des parties, les arbitres requalifient l'accord en question au regard du droit portugais et de ses différentes institutions juridiques. Les arbitres rappellent que les stipulations contractuelles ne doivent s'appliquer qu'à la condition qu'elles ne soient pas en contradiction avec les règles impératives du droit portugais applicable, ce que critique l'annotateur (Yves Derains), qui considère que « les arbitres devraient se demander si l'intention réelle des parties n'était pas de faire prévaloir la disposition contractuelle sur la règle impérative que, le plus souvent, elles n'ont pas pris en considération. Sinon, elles auraient choisi un autre droit national, comme elles étaient parfaitement libres de le faire. Si les arbitres concluent que telle était bien l'intention réelle des parties, ils devraient alors donner préférence à leur volonté, à moins que celle-ci soit contraire à l'ordre public véritablement international, dont ils sont les gardiens, à l'exclusion de tout autre », p. 521. Voir Y. DERAIS, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, pp. 375-413.

applicable), tandis que, si la clause stipule que « le contrat sera régi par le droit X », on considère que les parties ont choisi de donner aux clauses du contrat les effets qui sont conférés par la loi X. Dans la sentence CCI n° 3380, les arbitres précisent ainsi que la clause en vertu de laquelle « *this Agreement shall be subject to and constructed in accordance with the laws in Syria* », signifie que le contrat était régi par le droit syrien « dans son intégralité et sans restriction (par exemple en ce qui concerne ses règles impératives ou d'ordre public) »⁸⁸ !

Les limites sont ensuite présentes à l'égard des lois de police⁸⁹, concept intervenant dans de multiples domaines : réglementation des changes, droit de la responsabilité, droit de la concurrence, droit d'auteur, droit du travail... au niveau interne, comme au niveau européen. Le Règlement Rome I précise, dans son article 9 al. 1, qu'une « loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Avec la technique des lois de police, l'État retrouve sa place, au détriment de la volonté des parties. Les lois de police sont considérées comme des éléments perturbateurs de la sécurité juridique, ce d'autant plus que la catégorie n'est pas clairement identifiée, pas plus que son champ d'application spatial et que s'appliquent éventuellement des lois de police étrangères. M. Loquin considère que « [l]a solution à cette équation à trois inconnues ne requiert pas malheureusement l'intervention de mathématiciens du droit mais de devins du droit »⁹⁰.

La formule employée par les rédacteurs du Règlement (loi destinée à assurer la sauvegarde des intérêts publics) a pu faire dire à M. d'Avout que « la notion se 'publicise' et se rétrécit ainsi considérablement ; elle devient presque une peau de chagrin »⁹¹.

88 *JDI*, 1981, p. 928.

89 Cass. com., 8 janvier 2002, *Petites affiches*, 28 octobre 2003, pp. 5 et s., H. Chanteloup : dans un litige portant sur le domaine de la clause de réserve de propriété, invoquée par un vendeur étranger contre son débiteur français mis en redressement judiciaire, un conflit existait entre la loi d'autonomie régissant la clause de réserve de propriété (droit italien) et la loi applicable à la procédure de redressement judiciaire (droit français), la Cour de cassation a appliqué la loi française relative aux procédures collectives au titre des lois de police.

90 *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de L. Boy, J.-B. Racine, F. Siirainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 479.

91 L. d'AVOUT, « Le sort des dispositions impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165, spéc. p. 2167.

En outre, et sans préjuger de l'interprétation qui sera faite du Règlement, on peut remarquer que la volonté des parties n'est en réalité que légèrement corsetée, puisque les parties « peuvent insérer dans leur contrat une clause attributive de juridiction en faveur d'un juge d'un État dont la législation valide l'opération (le risque d'application des lois de police “étrangères” de l'État dont la législation a été contournée étant alors faible), ou encore y insérer une clause compromissoire donnant compétence à un arbitre (dont la position à l'égard des lois de police étatiques n'est pas toujours claire). La latitude dont les parties disposent sur le terrain de la compétence juridictionnelle a ainsi conduit certains auteurs à s'interroger sur la réelle impérativité des lois de police »⁹². À ce sujet, Mme Muir Watt mentionne l'affaire *Lloyd's*, dans le cadre de laquelle l'assureur a, « par un montage contractuel fait de clauses de choix de for et de loi, (...) échappé à toutes les lois impératives “normalement applicables” devant chaque for impliqué »⁹³, illustrant le « phénomène de “regulatory lift-off”, qui est le pouvoir de disqualifier l'autorité de la loi – celle des “lois de police” applicables devant un for donné – »⁹⁴.

De manière plus générale, M. Seraglini remarque que : « Il semble bien que, pour l'arbitre, ce soit l'accord des parties qui dicte, directement ou indirectement, son attitude face aux lois de police »⁹⁵. Les parties conservent ainsi, de manière indirecte, une certaine maîtrise des limites à leur propre liberté. L'utilisation ingénieuse du principe d'autonomie de la volonté⁹⁶, le recours à l'ingénierie contractuelle entraînent un renforcement de l'effet de la volonté des parties.

Conclusion

En conclusion, on peut remarquer que la clause de droit applicable permet de prévenir les difficultés auxquelles le conflit de lois peut donner lieu ; elle autorise les parties à choisir une loi dont la teneur convient à l'opération contractuelle projetée. Elle participe au management des contrats et à la gestion des risques contractuels, signe d'une approche dynamique des

92 S. CLAVEL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 94, n° 190.
93 « La fonction économique du droit international privé », *RID éco.*, 2010, n° 1, p. 112.

94 *Idem*.

95 *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001, p. 236, n° 493.

96 M. M. MOHAMED SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Puf, 2002, p. 45.

contrats et de l'importance de la notion d'intérêts ou de besoins du commerce international⁹⁷.

M. Mohamed Salah remarque que les potentialités du principe d'autonomie de la volonté vont au-delà de ces considérations liées au choix du droit applicable dans chaque contrat international, ce principe ayant été mobilisé « à la faveur du mouvement de déréglementation et de libéralisation qui a gagné la quasi-totalité des États du monde par les opérateurs économiques (la technique du dépeçage aidant) qui, profitant de la concurrence que se livrent les systèmes juridiques nationaux, en ont fait un instrument de contractualisation généralisée du droit. Le résultat en est une modification sensible de l'architecture du droit économique qui devient plus souple, plus flexible, plus proche des acteurs privés. L'évolution, largement favorisée par la privatisation des modes de règlement des litiges, transforme le droit international privé en élément de recomposition du droit économique »⁹⁸.

La force du principe d'autonomie de la volonté et le développement des règles matérielles spéciales (droit des transports, droit des investissements, droit bancaire), générales (Principes Unidroit, contrats modélisés), ou par filières (agroalimentaire, spatiale...) affaiblissent sans conteste la place occupée par les règles de droit international privé dans ce domaine de la désignation du droit applicable.

97 Ph. LEBOULANGER, « La notion d'“intérêts” ou de besoins du commerce international », *Rev. arb.*, 2005, pp. 487-506. – D. COHEN, « Droit du commerce international et modernité », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Paris, LexisNexis, 2010, pp. 136-137.

98 « Droit économique et droit international privé. Présentation et ouverture », *RID éco.*, 2010, n° 1, p. 16.

99 Sur tous ces aspects, É. Loquin, « Les règles matérielles internationales », *Rec. cours La Haye*, 2006, t. 322, pp. 12-241. – « Règles matérielles du commerce international et droit économique », *RID éco.*, 2010, n° 1, pp. 81-101.