

La gestion du conflit de lois dans le contrat du commerce international

Fayçal MAHJOUB⁽¹⁾

Maître-assistant en Droit Privé et Science Criminelles
Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse
Université de Sousse

Le juriste est généralement interpellé par des questions d'ordre théorique, qualification catégorisation, interprétation, conflits de normes et de lois, et généralement par toutes les questions que posait l'application de la règle de droit et relevant de la science du droit, mais cet objet classique n'absorbait pas tout le processus normatif et contractuel et ne concernait en fait que les phases post-normative et post-contractuelle.

On entend par juriste quiconque qui s'est spécialisé dans la science du droit, et en a fait sa profession par la pratique ou par la recherche. Le juriste chercheur anticipe et suppose à la fois en vue de théoriser et fonder une solution juridique, alors que le juriste praticien utilise la science juridique pour résoudre un problème d'ordre pratique, mais tout ce travail ne concernait en fait que la phase post-normative.

Bien avant l'adoption d'une norme juridique, il y avait tout un processus ou disons nous une phase de négociation pour concevoir la norme qui répondait au mieux à l'objectif politique recherché en fonction des rapports de force en présence; ce processus reflétait bel et bien une démarche raisonnée et réfléchie en vue de résoudre un problème quelconque, social, économique etc.

(1) Fayçal MAHJOUB, Maître-assistant en droit privé à la faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, communication au Colloque, L'ingénierie contractuelle, Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, 10-11 et 12 mars 2022.

Il en est de même pour la conclusion du contrat qui naît suite à une négociation reflétant elle aussi une démarche raisonnée et réfléchie des parties en vue de parvenir à un accord qui satisfaisait au mieux leurs intérêts clause par clause.

Dans les deux cas et durant ce processus chaque partie essayait de gérer au mieux les contraintes et les risques pour arriver autant que possible à satisfaire son objectif par les moyens dont il disposait suivant sa position dans la négociation. Lorsqu'il s'agit surtout d'un contrat du commerce international, cet objectif serait atteint en utilisant la meilleure formule qui soit en termes de coût et de sécurité.

Cette phase échappait généralement à l'attention des juristes théoriciens alors qu'elle constituait une préoccupation essentielle des juristes praticiens, et influait aussi bien sur la production normative que sur le droit des contrats.

Les organisations internationales œuvrant dans le domaine de l'unification du droit international privé, telles que la CCI la CNUDCI, et l'UNIDROIT, sont plus sensibles à cette préoccupation. En effet, par la variété des normes qu'elles proposaient aux praticiens du commerce international, elles leur permettaient d'élaborer des stratégies contractuelles en fonction de leurs besoins et leurs contraintes.

Devant la profusion des normes applicables, les praticiens du commerce international sont souvent confrontés à un problème de gestion de normes, la gestion n'étant donc pas une activité managériale propre au seul domaine économique.

D'ailleurs, plus récemment, on évoquait de plus en plus le concept de la «logistique juridique ou normative⁽²⁾» comme composante essentielle de la logistique managériale, laquelle visait l'optimisation des flux des ressources et des activités d'une organisation. Cette gestion ne pouvait atteindre son optimum que moyennant une bonne

(2) Émeric NICOLAS, *Le droit, une logistique normative, au confluent du droit et de la gestion*, La Revue des Sciences de Gestion 2017/2 (N° 284), pages 71 à 82.

gestion du flux normatif, toute activité économique ayant par nature un revers juridique.

Dans le sillage de cette notion on évoquait encore le concept d'«ingénierie contractuelle» pour désigner la meilleure façon pour un contractant d'organiser sa stratégie contractuelle et d'optimiser l'utilisation du contrat en fonction des normes applicables et de sa position économique.

Vu sous cet angle, l'«ingénierie» est conçue comme une technique d'optimisation de la performance globale de l'entreprise⁽³⁾. Et tout naturellement cette optimisation ne pouvait se passer d'une bonne gestion des risques. Or, parmi les risques les plus menaçants pour l'entreprise figuraient au premier plan ceux qui sont de nature juridique. Ces risques seraient encore plus graves lorsque le contrat relevait du commerce international. L'internationalité du contrat impliquait des risques supplémentaires, notamment de conflit de lois, qui pourraient avoir des conséquences financièrement ruineuses pour l'entreprise.

Compte tenu de la gravité de ces risques, il y a lieu de puiser dans la matière du droit international privé les moyens et les techniques qui permettent aux parties à un contrat de commerce international de gérer au mieux le conflit de lois et les risques qui en découlaient d'habitude.

En l'occurrence, il y a lieu de remarquer que depuis l'arrêt de principe «*Américain Trading Comapagny de 1910*»⁽⁴⁾ de la Cour de

(3) Gaëlle DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise: perspectives économiques et dynamiques de droit des contrats*, 2011, soustrait de: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00649107> (2/15/2022)

(4) «Attendu, d'autre part, que 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; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire; que non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat», Cass. Civ. 05 Décembre 1910 S. 1911. 1. note Lyon CAEN.; J. D. I. 1912, p. 1156; R. C. D. I. P 1911. p. 395; Grands arrêts, n°11, p. 94.

cassation française toute l'évolution de la matière s'est faite dans le sens de la sécurisation du contrat du commerce international en donnant à ses parties les moyens d'une bonne gestion du conflit de lois (I) et du conflit d'interprétation qui en découlait (II).

I. La gestion du conflit de lois

Il va sans dire que pour les entrepreneurs du commerce international le conflit de lois constitue la principale source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité des solutions⁽⁵⁾. Or, assurer la prévisibilité des solutions au moyen des règles objectives de conflit de lois semblait une tâche difficile, sinon impossible à réaliser. La mise en œuvre de ces règles dans les contrats de commerce international posait plus de problèmes qu'en d'autres matières de droit international privé.

En effet, en l'absence d'un rattachement décisif, la recherche du siège du rapport contractuel conformément à la méthode Savignienne, conduirait généralement à une désignation arbitraire de la loi applicable⁽⁶⁾. C'est de cette préoccupation qu'est née la loi d'autonomie dans le sillage du principe de l'autonomie de volonté⁽⁷⁾.

(5) F. VICHER, *Antagonism in the field of contracts*, R. C. A. D. I 1974, Vol. 142, p. 9

(6) M. RABEL observait, à cet égard, que «lorsque le contrat est véritablement international, aucune des lois nationales avec lesquelles il a des liens n'a de vocation inéluctable à le régir. Il y a une forte dose d'arbitraire dans toute tentative de recherche «objective» du centre de gravité d'un contrat international», A. RABEL, «*The Conflict of Law. A comparative study*», volumes I, 2^{éd.} v. Drobnig, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958. Cité par A. KASSIS, *op. cit.*, n° 169, p. 194; v. également P. MAYER, «*droit international privé*», 4^{éd.} Montchrestien, Paris, 1991, n° 686, p. 431

(7) La loi d'autonomie a reçu pour la première fois application en matière de transport international de marchandises par mer. En droit anglais, l'application de ce principe remontait à l'arrêt «*Peninsular and Oriental Steam Navigation Compagnie v. Shand*», rendu en 1865 () Cité par M. GIULIANO, «*La loi applicable aux contrats*», R. C. A. D. I. 1977, p. 195). En droit français, le principe a été mis en œuvre pour la première fois dans l'arrêt de principe de l'«*Américain Trading Compagny c. QuebecSteamshipCompagny Limited*» de la Cour de Cassation, rendu en 1910. L'attendu principal de cet arrêt énonçait que «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». Cass. Civ. 05 Décembre 1910 S. 1911. 1. note Lyon CAEN. ; J. D. I. 1912, p. 1156; R. C. D. I. P 1911. p. 395; Grands arrêts, n°11, p. 94.

La volonté des parties, semblait être donc le seul rattachement qui puisse réellement convaincre en droit des contrats du commerce international⁽⁸⁾. C'est encore le seul qui puisse assurer à la fois sécurité juridique et uniformité des solutions.

Dans cette perspective la loi d'autonomie constituait le moyen idéal dont disposaient les parties en droit international privé pour gérer le conflit de lois dans leur contrat. Rien n'égalait en effet la liberté pour résoudre en toute sécurité et pertinence le conflit de lois dans les contrats du commerce international. Mais de quelle liberté s'agit-il?

Suivant une première conception, dite subjective, la liberté reconnue aux parties de désigner la loi applicable est totale. Cette liberté faisait perdre à la loi la force de son impératif. En désignant la loi, les parties s'appropriaient son contenu et l'incorporaient dans le contrat⁽⁹⁾ puisque le propre d'une loi est de s'imposer d'elle-même à ses sujets. Avec l'incorporation, la loi choisie perdait son caractère de lois et n'avait de valeur que celle reconnue à toute stipulation contractuelle.

On pouvait, toutefois, penser qu'en choisissant une loi, les parties ne faisaient que s'y soumettre, mais comme l'avait remarqué un auteur, même si le choix de la loi applicable était en réalité une soumission à un système juridique, la force de l'impératif la loi s'érodait avec la relativisation des titres de compétence des systèmes juridiques⁽¹⁰⁾. Cette érosion est d'autant plus forte que l'incorporation visait une loi qui n'entretenait pas de rapports objectifs avec le contrat. En pareil cas, l'incorporation est dite matérielle du fait qu'elle visait plus la teneur de la loi choisie que sa forme de loi⁽¹¹⁾. Bref, pour les tenants de cette conception, on concevait mal comment une loi qui s'appliquait

(8) W. WENGLER, *L'évolution moderne du D. I. P. et la prévisibilité du droit applicable*, R. C. D. I. P 1990, p. 657.

(9) Jacquet Jean-Michel, *L'incorporation de la loi dans le contrat*. In: *Droit international privé*, travaux du Comité français de droit international privé, 12e année, 1993-1995. 1996. pp. 23-47

(10) Jacquet JEAN-MICHEL, op. cit., p. 28

(11) Ibid., p. 28

par un acte de volonté pouvait conserver la force de son impératif ou son caractère de loi.

Cela étant précisé, les parties pouvaient donc suivant cette conception façonner leur stratégie quant à la loi applicable. Elles pouvaient ainsi choisir une loi et en dépecer le contenu, de sorte qu'elle serait désinfectée des dispositions qui allaient à l'encontre de leurs intérêts. Le dépeçage a deux sens: le premier désignait la faculté de morceler le contrat entre plusieurs lois en soumettant chaque aspect à une loi bien déterminée; le deuxième désignait la faculté de soumettre le contrat à une seule loi et d'en exclure une ou quelques dispositions⁽¹²⁾.

La pratique des contrats maritimes montrait que la deuxième forme de dépeçage est celle qui prévalait dans les contrats du commerce international. On attribuait cette forme de dépeçage à l'arrêt «*Américain Trading Compagny de 1910*», lequel constatait que «dans la commune intention des parties, celles-ci n'entendaient se soumettre à la loi américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément prévu par la charte-partie».

En droit tunisien, les dispositions de l'article 164 du Code de Commerce maritime sont bien révélatrices de la vigueur de cette conception: «les parties sont libres, sous réserve des restrictions et interdictions édictées par le présent code, de régler leurs conventions comme elles l'entendent, notamment en se référant à toutes lois étrangères, à toutes conventions-types ou en combinant différentes lois ou conventions-types ou en créant de nouvelles». De même l'article 62 du nouveau Code de DIP, compte tenu de la généralité de ses termes, semblait lui aussi reconnaître aux parties une liberté totale dans la formulation de la loi d'autonomie.

Les parties pouvaient encore selon la même conception stabiliser la loi choisie et figer sa teneur initiale à la date du contrat⁽¹³⁾. Même

(12) P. LAGARDE, note sous arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1992, R. C. D. I. P. 1992, p. 497.

(13) En ce sens P. LOUIS-LUCAS «la modification ultérieure de cette loi même si

sans de telles clauses, la stabilisation de la teneur de la loi n'en demeurerait pas moins un effet de son incorporation dans le contrat. Toutefois, les parties par un souci de sécurité prenaient toujours garde de s'entendre sur la teneur de la loi choisie afin d'éviter tout risque relatif à son interprétation par le juge étatique. D'ailleurs, il a été admis dans les contrats d'État de développement économique que les parties pouvaient par une clause dite de stabilisation «geler» la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouvait à la date de la conclusion du contrat. Il s'agit en effet pour l'investisseur de se prémunir contre l'aléa législatif résultant de l'exercice par l'État hôte de son pouvoir législatif pour changer les conditions initiales du contrat. La clause opérait ainsi incorporation de la loi dans le contrat ou contractualisation de celle-ci.

Les parties pouvaient encore dans les mêmes contrats insérer une clause dite d'intangibilité par laquelle une partie, généralement, un investisseur se prémunissait contre l'exercice éventuel par l'État hôte de ses prérogatives de puissance publique en matière contractuelle, notamment son pouvoir de modification unilatérale et de résiliation unilatérale du contrat⁽¹⁴⁾.

47

on la tenait pour rétroactive n'aurait pas qualité pour s'imposer aux contractants, puisque leur choix s'était effectué cette fois encore, non en fonction de la compétence abstraite de cette loi, mais bien en fonction de son contenu concret, tel qu'il existait au moment de la Convention», *La liberté contractuelle en droit international privé* français, Mélanges DABIN, p. 743 et s., spéc. N° 25, p. 758.

(14) P. WEIL, *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, In *Ecrits de droit international: théorie générale du droit international droit des espaces droit des investissements privés internationaux*, Paris, PUF, 2000, p. 327. La jurisprudence arbitrale internationale s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de la validité de cette clause dans les affaires Aramco, («Les parties peuvent convenir que des dispositions d'un droit interne auxquelles elles se réfèrent dans un contrat doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de ce contrat», voir Rev. crit. DIP 1963, p. 315) Texaco-Calasiatic (La clause de stabilisation «ne porte pas, dans son principe, atteinte à la souveraineté de l'Etat libyen», voir JDI, 1978, pp. 350-389), Liamco («La clause susvisée fait partie des clauses dites de «stabilisation» et d'intangibilité» dont l'effet obligatoire a été reconnu en droit international...En outre la clause 16 est justifiée non seulement

Sans entrer dans le dédale du débat devenu classique sur la validité de telles clauses, nous observons que la pratique des contrats d'État atteste d'une grande variété de clauses de sécurité ayant pour objectif la protection de l'investisseur contre les aléas de souveraineté. La validité de telles clauses est généralement admise en doctrine et en jurisprudence sur la base d'un ensemble de principes de droit international, le principe de bonne foi, le principe de l'autonomie de volonté, et le principe de *Pacta Sunt Servanda*.

L'initiative d'insérer de telles clause ne venait pas uniquement de l'investisseur étranger, mais parfois aussi de l'État hôte désireux d'encourager les investisseurs à s'y installer. En Tunisie, selon l'article 13 de la constitution les conventions afférentes aux ressources naturelles sont soumises à l'approbation de l'assemblée législative. Dès lors, l'approbation des contrats stipulant de telles clauses entraîne leur validité à l'égard de l'État Tunisien.

48

Sur un autre plan, au lieu de choisir une loi étatique, les parties pouvaient encore choisir une convention type ou recourir à des lois types élaborées par des organisations internationales. L'article 164 du CCM sus-indiqué a détaillé l'éventail de choix possibles en vertu de la loi d'autonomie dont notamment le recours à des conventions types ou même la création de nouvelles conventions types. On cite, à titre d'exemple, les contrats types en matière de d'affrètement maritime et de vente de marchandises en vrac.

De par sa formulation, cet article laissait encore entendre que les parties pouvaient soustraire leur contrat à toute loi étatique, en se contentant uniquement des stipulations qu'elles avaient initialement rédigées. C'est la conséquence extrême de la loi d'autonomie dans

en vertu de la législation pétrolière susvisée, mais également en vertu du principe général de l'inviolabilité des contrats reconnu également en droit interne et en droit international, ainsi qu'exposé et analysé plus loin. Cette clause est également conforme au principe de la non-rétroactivité des lois», voir Revue de l'arbitrage, 1980, p. 136.) ou même Agip-Congo («Ces clauses de stabilisation qui ont été librement souscrites par le Gouvernement n'affectent pas dans son principe sa souveraineté législative et réglementaire», voir Rev. crit. DIP, 1982, pp. 92-123)

sa conception subjective⁽¹⁵⁾. Il est vrai que depuis l'arrêt des «Messageries Maritimes» de la Cour de cassation française on tenait en jurisprudence et en doctrine à ce que tout contrat international soit nécessairement rattaché à une loi étatique⁽¹⁶⁾, mais on pouvait penser que sous l'ordre arbitral⁽¹⁷⁾ le contrat pouvait se suffire à lui-même, ou à tout le moins profiter paisiblement de l'ordre des marchands⁽¹⁸⁾, tant que celui-ci ne choquait aucun ordre étatique entretenant avec lui des liens objectifs.

(15) Patrice LEVEL, *le contrat dit sans loi, Travaux du Comité français de droit international privé*, 25-27^e années, 1964-1966. 1967, p209

(16) En réaction contre les conséquences fâcheuses de la sacralisation de la volonté des parties, la Cour de Cassation française avait maintes fois refusé de donner au principe de l'autonomie de volonté plus d'effets que ne lui en donnait le terme «autonomie». Depuis son affirmation de principe que «tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat», (Cass. Civ. 21 juin 1950, arrêt des «MESSAGERIES MARITIMES», cité dans les «Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé», n° 22, p. 171) la Cour de cassation française n'avait eu de cesse de rappeler ce principe chaque fois que le contrat international était soustrait frauduleusement ou abusivement d'un ordre juridique étatique. Ainsi, dans l'affaire «HILAIRE-MAUREL» (D. M. F, 1994, p. 568, note Y. TASSEL) la Cour de cassation française avait censuré la décision de la Cour d'appel de Paris au motif que «les parties qui conviennent de soumettre le contrat qu'elle conclut à une Convention internationale ne peuvent écarter celles de ses prescriptions auxquelles, si la Convention internationale était applicable de plein droit, il ne saurait être dérogé à peine de nullité» (Pour une solution similaire, la Cour d'appel de La Haye déclare qu' «Une clause du contrat de transport, limitant la responsabilité du transporteur, était nulle comme contraire à l'article 468, 9^e du Code de commerce néerlandais déclaré applicable par choix des parties»; Cour d'appel de La Haye, 12 juin 1964, J. D. I. 1969. p. 1006).

(17) Emmanuel Gaillard, *L'ordre juridique arbitral: Réalité, Utilité et spécificité*, McGili Law Journal - Revue de droit de Mc Gili, 2010, p 892, Soustrait de: https://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2010/12/Lordre-juridique-arbitral--ralit-utilit-et-spcif_/Files/View-the-full-article-Lordre-juridique-arbitral-_/FileAttachment/IA121410Lordrejuridiquearbitralrealiteutilisees_.pdf (20/17/2022)

(18) B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lexmercatoria*. Archives de philosophie du droit, 1964, p. 177.

En ce sens, l'article 73 du Code de l'arbitrage conférait en droit tunisien à l'ordre arbitral une plus grande autonomie en ordonnant au tribunal arbitral de statuer dans tous les cas sur le différend conformément aux stipulations du contrat, et en tenant compte des usages du commerce applicable à la transaction. Cet article bien que relativement récent, s'inscrivait dans le droit fil de l'article 164 du CCM sus indiqué, lequel semblait tomber en désuétude en jurisprudence après la promulgation du code de droit international privé.

II. La gestion du conflit d'interprétation

Même en s'entendant sur une loi applicable, les parties ne sont pas à l'abri de tout risque de conflit; il s'agit cette fois-ci de résoudre un autre type de conflit, celui de l'interprétation de la loi choisie.

Par exemple, en matière de vente internationale de marchandises, il est souvent fait recours aux usages portuaires de commerce. Or, Malgré leur importance, la référence à de tels usages ne résolvait pas entièrement le problème de conflit de lois. En effet, ces usages n'avaient pas la même signification partout dans le monde. Un même usage pouvait avoir une signification différente d'un port à un autre, ce qui pourrait générer un malentendu préjudiciable pour les parties contractantes. Par exemple, une vente FOB imposait dans un port au vendeur l'obligation de charger les marchandises à bord du navire, tandis que, dans un autre port, elle lui imposait seulement d'amener celles-ci à quai, le long du navire.

Que le conflit soit résolu au moyen d'une règle de conflit de lois ou au moyen d'une Convention internationale, le risque venait en outre de ce que le juge saisi serait dans la plupart du temps par une sorte de nationalisme instinctif enclin à interpréter les notions et les concepts de loi désignée suivant ceux de son droit national. Un tel risque compromettait l'attente légitime de chaque partie à ce qu'il les appliquât dans l'acception qui lui était familière ou à tout le moins dans l'acception convenue dans le contrat.

À titre d'exemple, la clause de force majeure est une clause litigieuse par essence même. Elle était toujours une source d'erreurs et de déconvenues. Afin d'éviter tout conflit dans l'interprétation de cette notion, il ne suffit toutefois pas de lui faire une simple référence dans le contrat, mais il y a lieu de la définir avec une grande précision et de détailler ses conditions de réalisation suivant l'entendement des parties.

En effet, contrairement à ce que l'on pourrait penser, le contenu de la notion de force majeure n'est pas universel⁽¹⁹⁾, et se confondait aisément avec celui des notions voisines en usage dans les systèmes juridiques, telles que celles de frustration, de Hardship, et de «*commercial Impracticability*»⁽²⁰⁾.

Même si de telles notions avaient le même but, les mécanismes qu'elles renfermaient sont très différents. Alors que dans la conception civiliste de la force majeure, l'événement invoqué comme cause exonératoire doit être considéré comme imprévisible, irrésistible et étranger à la partie qui l'invoquait, dans la tradition anglo-saxonne, au contraire, c'est objectivement qu'il faut se demander si l'événement perturbateur a rendu l'exécution du contrat tellement différente de ce que les parties avaient prévu lors de la signature que l'inexécution est justifiée.

D'ailleurs, bien qu'en droit comparé, la plupart des systèmes juridiques modernes reconnaissent l'imprévision, ils le font sur la base d'une grande diversité d'approches. En effet, si pour certains pays c'est la vision subjective qui prévalait, pour d'autres pays c'est l'approche objective qui l'avait emporté.

(19) Ph. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, JDI, 1975, p. 467; E. Me KENDRICK, *Force Majeure and Frustration of Contracts*, *Revue internationale de droit comparé* Année 1993 45-1 pp. 300-301; Éric LOQUIN, *Règles matérielles et droit économique*, *Revue Internationale de droit économique*, 2010/1 (XXIV, 1) p. 81-101, Soustrait de: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2010-1-page-81.htm#no338>, (2/19/2022).

(20) FEDUCI, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, BRUYLANT, 2005, p. 111.

Généralement, même si l'imprévision est déclenchée dans les droits étatiques pour les mêmes raisons, les solutions qui lui sont adoptées sont radicalement opposées: par exemple renégociation comme première voie en droit français⁽²¹⁾, et résolution directe du contrat en droit italien, à moins que la partie profitant de l'imprévision n'offre une renégociation «équitable» du contrat⁽²²⁾. Et les différences ne s'arrêtaient pas là: en effet, alors que le législateur français admet, la révision judiciaire du contrat, un tel pouvoir est, en revanche, absent en droit italien.

Les divergences pouvaient encore toucher le domaine d'application de l'imprévision. Ainsi on s'était interrogé en droit français, si l'article 1195 du code civil visait en sus des contrats de longue durée, les contrats à exécution instantanée dans lesquels le moment de leur formation et celui de leur exécution intervenaient dans un intervalle de temps suffisamment long pour permettre un éventuel changement imprévisible de circonstances, ou encore, s'il visait uniquement les contrats ou encore les actes unilatéraux⁽²³⁾.

(21) L'imprévision est désormais codifiée en droit français au nouvel article 1195 du Code civil à la suite de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son co-contractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

(22) Article 1467 du code civil «La résiliation ne peut être demandée si la charge qui en résulte entre dans le cadre normal du contrat. La partie contre laquelle la résiliation est demandée peut l'éviter en proposant de modifier équitablement les termes du contrat».

(23) Giovanna DEBERNARD, *L'imprévision: de l'expérience italienne à l'innovation française*, Actu-Juridique. fr, N°9-Soustrait de: <https://www.actu-juridique.fr/civil/obligations-contrats/imprevision-de-lexperience-italienne-a-linnovation-francaise/> (2/14/2022)

Ces exemples montraient que le conflit des notions juridiques était souvent au cœur du conflit de lois, non seulement dans son aspect abstrait relatif à la désignation de la règle de conflit de lois mais encore dans son aspect matériel après la désignation de celle-ci. Le fait encore que les législations étatiques prévoyaient des règles propres au conflit d'interprétation ne résolvait pas tout le problème, car la solution restait tributaire initialement des règles de conflit du juge saisi. Cette interprétation d'après coup risquait en effet de surprendre l'attente légitime des parties. Or à juste titre, ce qui les intéressait essentiellement c'est d'en être certain dès la conclusion du contrat.

C'est pour éviter de tels problèmes que les entrepreneurs du commerce international prenaient généralement l'initiative de définir avec précision les notions pièges et les conséquences qui en découlaient, mais comme le commerce international exigeait rapidité et sécurité, la négociation de telles notions et de leurs conséquences risquait fort bien de compromettre de telles exigences. Il fallait donc compter sur des formules prêtes à l'emploi, ou encore sur des notions autonomes propres au commerce international⁽²⁴⁾. Tel est le sens des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ou encore l'ensemble des usages codifiés ou produits par des organisations œuvrant par voie du «Droit Souple» ou «Soft Law».

(24) À titre d'exemple, la notion de force majeure a reçu une définition autonome dans les principes d'UNIDROIT. Cette définition comme l'a remarqué un auteur a acquis, en raison de sa généralité la valeur d'un usage de commerce. Ses conditions classiques (son caractère imprévisible et son caractère irrésistible) ont été allégées pour embrasser plus d'événements qui influent sur l'exécution du contrat); ainsi La définition internationale de la force majeure remplace l'irrésistibilité de l'événement par «l'absence de contrôle des parties sur sa survenance ou son maintien» et l'imprévisibilité par le constat que «l'on ne peut attendre raisonnablement de celles-ci qu'elles le préviennent, le surmontent ou qu'elles en préviennent ou surmontent les conséquences», Principes UNIDROIT, art. 7-1-7; L'article 79 de la CVIM donne de la force majeure une définition équivalente; Ph. Kahn, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, JDI, 1975, p. 467; Éric LOQUIN, *Règles matérielles...* op. cit., p. 96

A titre indicatif, la Chambre de commerce international figurait parmi les organisations les plus actives en la matière. Elle œuvrait à la fois en matière de codification des usages de commerce international et en matière de «Droit Souple»; on reconnaît dans son actif surtout la codification des termes commerciaux les plus courants «Incoterms 2020», les règles et usances relatives au crédit documentaire «RUU 2007»⁽²⁵⁾, les règles et usances relatives aux encaissements documentaires (RUU 522) de 1995 et les règles relatives aux garanties sur demande (RUGD 758) de 2010. Afin de s'adapter à l'évolution économique et de mieux répondre au besoin d'efficacité économique, ces règles sont révisées périodiquement, d'où leur succès planétaire.

Sans s'attarder sur tous ses œuvres en matière d'unification du droit du commerce international, nous nous contentons d'observer qu'elle œuvrait également en matière d'unification de l'interprétation des clauses dangereuses du contrat, et ce en proposant aux praticiens du commerce international un ensemble de clauses types, telles que celles de force majeur, de Hardship, de réserve de propriété, et de résolution, l'objectif étant de leur offrir un panel normatif qui serait capable de leur épargner les aléas du conflit d'interprétation.

D'autres organisations et association s'apportaient également leurs pierres à l'édifice de cet ordre unificateur, l'UNIDROIT, (Institut international pour l'unification du droit privé), le CMI (le Comité maritime international), la CNUDCI (La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), la GAFTA⁽²⁶⁾

(25) La Cour d'appel de Tunis a jugé que ces règles largement reconnues entre professionnels comme par les entreprises impliquées dans le domaine bancaire, ont une force obligatoire qui leur est propre, et que pour cette raison, elles ne sont pas assujettis au Code de commerce tunisien, V. le commentaire de cette décision, par S. BOSTANJI, *De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique*, in La passion du droit, Mélanges HACHEM, Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006, p. 1.

(26) L'association a le statut d'une ONG internationale auprès de l'OMC et de la FAO.

(The Grain and Feed Trade Association⁽²⁷⁾), le BIMCO (Baltic and International Maritime Council), et la FIDIC (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils).

Ainsi, à travers ces exemples, nous constatons que l'unification du droit du commerce international portait essentiellement, mais non exclusivement, sur l'unification des règles matérielles. L'effort s'était ainsi concentré sur l'unification de l'interprétation des usages et des termes contractuels et sur les principes généraux du droit des contrats. Le propre de ces règles c'est qu'elles relevaient généralement de la catégorie du «Soft Law», lequel tirait sa force normative essentiellement de la loi d'autonomie. Et à ce titre, ce «Droit Souple» ne pouvait être qu'un procédé interprétatif ou encore un procédé de sécurisation du commerce international et de globalisation de l'économie. Ce droit ne pouvait également être figé dans des Codes étatiques rigides à moins d'adopter la méthode de codification à droit constant. C'est ce qui expliquait, d'ailleurs, que la plupart des dispositions des Codes tunisiens de commerce et de commerce maritime relatives aux contrats de commerce international sont devenues anachroniques du fait de l'évolution des règles internationales dont elles se sont inspirées⁽²⁸⁾.

La même préoccupation pouvait être dégagée du «Hard Law». En effet, les rédacteurs des Conventions internationales unifiant les règles substantielles du droit privé et ayant un caractère impératif avaient généralement conscience qu'on ne pouvait atteindre une parfaite unification de ces règles qu'en unifiant leur interprétation. Ainsi, à titre illustratif l'article 3 de la Convention des Nations unies

(27) Tous les contrats GAFTA prévoient également que les litiges qui découlent de leur formation, interprétation, exécution ou résiliation seront soumis à l'arbitrage GAFTA. Environ 80% des contrats de vente internationale de céréales sont des contrats GAFTA.

(28) Fayçal MHJOUR, L'anachronisme du code de commerce maritime, Actes du colloque sur la codification du droit des affaires, Tunis 14 et 15 décembre 2007, RJL 2008, p. 169

sur le transport de marchandises par mer de 1978, dite Règles de Hambourg, intitulé Interprétation de la Convention, prévoit que «dans l'interprétation et l'application de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité»⁽²⁹⁾. De même en est-il de l'article 2 de la Convention des Nations unies sur le transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer de 2008, dite Règles de Rotterdam, qui prévoit la même disposition.

Ainsi donc chaque fois que le contrat international échappait à une réglementation impérative, les parties devaient donc s'assurer par eux-mêmes de l'étendue et du sens de leurs obligations en choisissant des clauses types ou un contrat type ou encore une Convention internationale non impérative. On assistait d'ailleurs à une prolifération des clauses d'interprétation dans les contrats du commerce international. Ces clauses qui venaient du droit anglais sont de plus en plus fréquemment employées en raison de la mondialisation de l'économie. Elles prévoyaient une variété de solutions quant à l'ambiguïté des termes du contrat⁽³⁰⁾. En l'occurrence, bien qu'occulté par l'article 62 du code de droit international privé, l'article 164 du code de commerce maritime gardait toujours toute son importance et son actualité en droit tunisien. L'éventail de choix laissés aux parties dans

(29) Dans un arrêt récent-n° 22376 du 18/01/2021- la Cour de cassation tunisienne a affirmé l'importance de l'application unifiée des Règles de Hambourg: «وحيث طالما أن لاتفاقية هامبورغ علوية في التطبيق على النصوص والقوانين الداخلية عملاً بأحكام الفصل 20 من الدستور وأعمال المادة 3 منها التي أكدت على أنه يراعى في تفسير وتطبيق أحكام هذه الاتفاقية طابعها الدولي وضرورة الحرص على التزام منهج موحد وهو ما كرسه فقه قضاء المحكمة باعتبار أنه بمصادقة الحكومة التونسية على اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع المؤرخة في 1978/11/03. والمعروفة بتسمية «قواعد هامبورغ»... أصبحت هذه الاتفاقية وحدها المنطبقة على جميع عمليات النقل الدولي البحري...»، نزار كرمي، فقه قضاء محكمة التعقيب لسنة 2021، قرارات غير منشورة، ط1، 2021، المغاربية للطباعة والنشر، ص266.

(30) Il en est ainsi par exemple de la clause suivante: *Contract Interpretation. A. This Agreement is subject to, and will be governed by and interpreted in accordance with, the laws of the State of Georgia, excluding conflicts of laws principles, and of the United States of America...*., *Contract Interpretation Sample Clauses*, soustrait de: <https://www.lawinsider.com/clause/contract-interpretation> (2/25/2022)

la désignation de la loi applicable leur permettait ainsi de gérer au mieux de leurs intérêts le conflit de lois et les aléas qui en découlaient, et de s'entendre notamment sur l'interprétation de la loi applicable.

Conclusion

En conclusion, les conflits de lois est l'un des domaines du droit les plus réceptifs aux concepts économiques. La gestion, la logistique et l'ingénierie ne sont plus alors l'apanage de la science de gestion. Le juriste est de plus en plus confronté à ces concepts sous le développement du droit économique. En revanche, les praticiens du commerce international faisaient de plus en plus intégrer dans leurs stratégies économiques et managériales des stratégies juridiques. C'est ainsi qu'on parlait désormais de la logistique normative ou juridique comme composante essentielle de la logistique opérationnelle ou de production, ou encore de l'ingénierie contractuelle comme composante essentielle de l'ingénierie économique et financière. Le socle commun à tous ces concepts de gestion c'est l'idée d'optimisation sur le plan économique des rapports juridiques.

Cela nous conduit également à constater que la construction du droit du commerce international s'est faite sur la base de l'analyse économique du droit qui consistait «à utiliser les outils et critères de jugement des économistes afin d'étudier des questions relevant de la sphère juridique... Et afin de comprendre l'émergence des règles de droit et d'évaluer leur pertinence»⁽³¹⁾.

Force est alors de constater que la gestion du conflit de lois dans le contrat international visait à optimiser sur le plan économique les rapports juridiques des parties contractantes; un tel objectif nécessitait dans l'ordre international la mise en place d'un panel de règles et de principes adaptés aux besoins du commerce international. La loi d'autonomie et les normes matérielles internationales en sont la figure saillante.

(31) Yannick GABUTHY, *Analyse économique du droit: présentation générale*, Économie & prévision 2013/1-2 (n° 202-203), pages I à VIII, soustrait de: <https://www.cairn.info/revue-economie-et-prevision-2013-1-page-I.html> (2/25/2022)

