
Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ?

Jacques Bégoin*

On désigne de plus en plus par *lex mercatoria* l'ensemble des normes (principes généraux, codifications professionnelles, contrats-types, jurisprudences arbitrales) que se donnent, à travers leurs organisations professionnelles, les négociants et les financiers internationaux pour répondre aux besoins propres du commerce international. Pour une fraction de la doctrine, la *lex mercatoria* formerait un ordre juridique autonome. Cette conception provoque de la part d'une autre fraction de la doctrine une réaction d'autant plus vigoureuse que les normes regroupées sous cette appellation connaissent un développement significatif. L'étude a pour objet de déterminer dans quelle mesure ce développement constitue une menace pour l'ordre juridique international. L'auteur estime que cette menace est réelle mais relative. Elle lui apparaît relative dans la mesure où, dans sa conception, elle n'atteint pas l'unité théorique de l'ordre juridique. Elle n'en est pas moins réelle dans la mesure où le développement concret de la *lex mercatoria* fait reculer l'effectivité de l'ordre étatique ou interétatique. Mais l'auteur montre, en regard, que ce dernier dispose des moyens de faire face. Il peut utiliser soit une stratégie douce, en absorbant progressivement les normes de la *lex mercatoria* ou en accompagnant leur développement, tout en les canalisant, soit une stratégie dure, en limitant impérativement la liberté contractuelle, voire la liberté arbitrale. L'utilisation modérée, par le pouvoir étatique ou interétatique, de la stratégie dure est moins, pour l'auteur, le signe d'une démission que celui d'une prise de conscience pragmatique du caractère utile et bien adapté à leur objet des normes que l'analyse doctrinale regroupe sous l'appellation de *lex mercatoria*.

Lex mercatoria is used to an increasing extent to describe the group of norms (general principles, professional codes, standard form contracts, arbitral decisions) which negotiators and international financiers use, through their professional organizations, to respond to the special needs of international commerce. In the view of some writers, the *lex mercatoria* constitutes an autonomous legal system. This view provokes other writers to react vigorously, especially given the fact that norms so designated are experiencing a significant development. The object of this study is to determine the extent to which this development is a threat to the international legal order. In the author's view the threat is real but relative. It is relative to the extent that, in its conception, it does not attain the same theoretical unity as the legal order. It is no less real to the extent that the steady development of the *lex mercatoria* causes reduced effectiveness of the state and inter-state legal order. But the author shows how the latter nonetheless has means to defend itself. It can use a soft approach by progressively absorbing the norms of *lex mercatoria* or by keeping pace with their development while channelling them, or it can use a hard approach by imperatively limiting freedom of contract and arbitral freedom. The moderate use of the hard approach, by the state or inter-state power is not, in the author's view, a sign of resignation but rather a pragmatic awareness of the useful and appropriate nature of the norms which doctrinal analysis has grouped together under the appellation *lex mercatoria*.

*Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), ancien recteur de l'Académie de Strasbourg. Cette étude reprend la teneur d'une conférence présentée le 12 octobre 1984 à l'occasion d'un séjour à l'Université McGill en qualité de professeur invité. Cette conférence était organisée conjointement par l'Association québécoise pour l'étude comparative du droit et le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

Sommaire

Introduction

I. – La menace est relative

A. – Menace contre l'unité de l'ordre juridique

1. – Les règles de la *lex mercatoria* ont une force relative
2. – Les règles de la *lex mercatoria* ont une cohérence relative

B. – Menace contre l'effectivité de l'ordre étatique

1. – La règle « marchande » ou « mercatique » se substitue à la règle « étatique » ou « interétatique »
2. – Les arbitres internationaux invoquent la *lex mercatoria* pour s'affranchir du droit étatique

II. – L'ordre étatique a les moyens de faire face

A. – L'intégration de la lex mercatoria dans l'ordre étatique

1. – L'intégration de la *lex mercatoria* par les codes internationaux de bonne conduite
2. – L'intégration de la *lex mercatoria* par harmonisation ou uniformisation des droits étatiques

B. – La limitation de la lex mercatoria par l'ordre étatique

1. – La limitation de la liberté contractuelle par l'ordre étatique
2. – La limitation de la liberté arbitrale par l'ordre étatique

Conclusion

* * *

1. L'existence, la nature et la portée de la *lex mercatoria* sont actuellement, en droit du commerce international, l'objet d'un débat ample et nourri qui frappe par sa vivacité. Les analyses et les prises de position qui s'affrontent dans cette importante discussion de fond s'expriment par des affirmations ou des négations vigoureuses. Et la fougue combative des protagonistes les conduit même parfois à employer un langage quasiment militaire.

Ainsi, dans une brillante « Approche critique de la *lex mercatoria* », M. Paul Lagarde évoque une « guerre de tranchées », parle de « l'un des plus formidables défis que le droit international privé ait eu à relever » et appelle au rassemblement des énergies pour « contenir l'expansionnisme de cet ordre juridique privé » et surmonter cette « onde de choc ».¹

Au terme d'une savante recherche largement centrée sur la construction théorique de la *lex mercatoria*, M. Antoine Kassis, en termes moins imagés mais particulièrement catégoriques, conclut sur une négation scientifique sans appel : « la *lex mercatoria* est un accident de parcours dans l'histoire de la théorie du droit. Dans la réalité juridique [...], il n'y a [...] ni droit anational, ni droit transnational, sauf si ce dernier est compris comme étant un fonds commun aux droits nationaux. »²

Dans le camp des promoteurs ou des défenseurs de la *lex mercatoria*, les formules ou les images sont également fortes et parfois aussi guerrières.

M. Berthold Goldman, dont les travaux sont dans une large mesure à l'origine de l'audience acquise aujourd'hui par le concept de *lex mercatoria* et par le corps de doctrine qui s'est formé autour de lui,³ n'hésite pas lui-même à ferrailer avec ardeur. Il intitule le substantiel commentaire qu'il consacre à une affaire récente : « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* »,⁴ évoque « [l]e tir [...] concentré » déclenché contre elle par certains de ceux qui la critiquent⁵ et traduit son interprétation en écrivant : « [l]e premier sentiment que l'on retire [...] est que de la bataille [...] la *lex mercatoria* est sortie victorieuse. »⁶

Proposant une synthèse suggestive de la *lex mercatoria*, M. Philippe Kahn rassemble les facteurs qui en font à ses yeux la force et la cohérence. Mais il ne manque pas de montrer, par un certain nombre d'exemples comment, au nom de cet « ordre mercatique », « l'attaque peut être menée contre le système étatique ou interétatique ».⁷ Il affirme clairement qu'il est dans

¹P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » dans P. Fouchard, P. Kahn & A. Lyon-Caen, éd., *Études offertes à Berthold Goldman, Le droit des relations économiques internationales* (1982) 125 aux pp. 149-50, no 41 [ci-après : *Études Goldman*].

²A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce* (1984) à la p. 578.

³B. Goldman, « Frontières du droit et 'lex mercatoria' » (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 177 ; B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives » (1979) 106 *Clunet* 475.

⁴B. Goldman, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor » [1983] *Rev. arb.* 379.

⁵*Ibid.* à la p. 403.

⁶*Ibid.* à la p. 382.

⁷P. Kahn, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? » dans *Études Goldman, supra*, note 1, 97 à la p. 103.

la nature de cet ordre mercatique de s'imposer comme « un ordre agressif, dynamique, affrontant directement ses concurrents », ⁸ c'est-à-dire : les systèmes juridiques relevant de l'ordre étatique ou interétatique. Et il montre à plusieurs reprises la *lex mercatoria* « brisant [les] obstacle[s] institutionnel[s] » que pourraient lui opposer ces systèmes juridiques.⁹

C'est donc bien en termes d'affrontement qu'est posé le problème de la *lex mercatoria*. Et la question centrale semble bien être celle que formule le titre que nous avons retenu : le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ?

2. Pour cerner la question, il faut, tout d'abord, en définir les termes.

M. Goldman, dans les deux études fondamentales qu'il a consacrées en 1964 et en 1979¹⁰ à la *lex mercatoria* et qui constituent la mieux indiquée des références, propose de la définir dans les termes suivants. Il entend par *lex mercatoria* les

règles transnationales que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent, et par là-même précisent, voire élaborent à leur intention.¹¹

On relève l'emploi du verbe « donneraient », c'est-à-dire du mode conditionnel. Il s'explique par le souci de l'auteur de proposer le concept et la théorie de la *lex mercatoria* comme une « hypothèse » soumise aux feux croisés de la discussion scientifique. Cette définition de la *lex mercatoria* apparaît à la fois très complète et très précise. La *lex mercatoria* est conçue comme un ensemble de règles (ou normes) spécifiques aux relations économiques internationales, d'origine (ou de source) non étatique, formant un droit coutumier transnational permettant à ses bénéficiaires d'échapper à l'emprise de l'ordre juridique international et constituant bien, dès lors, une menace pour ce dernier.

La formulation d'une définition de l'ordre juridique international offre une plus grande difficulté. Il en existe, en effet, de multiples. Et chacune préjuge de la réponse apportée aux questions fondamentales que se pose la philosophie du droit. C'est en ayant parfaite conscience de la part d'implicite simplification qu'elle comporte que l'on retiendra ici la conception suivante. On entendra par ordre juridique international l'ensemble des règles (ou

⁸*Ibid.* à la p. 104.

⁹*Ibid.* à la p. 103.

¹⁰*Supra*, note 3.

¹¹La définition est tirée de l'étude de 1979 de Goldman, *supra*, note 3 à la p. 475, no 1.

normes) juridiques — le caractère juridique étant ici intrinsèque — applicable aux relations internationales (économiques en l'occurrence) et d'origine étatique. L'expression « règles juridiques d'origine étatique » signifie que ces règles émanent de l'autorité qui, au moment considéré, détient, à l'échelon envisagé, le pouvoir de souveraineté vis-à-vis des relations juridiques à caractère international. Cet ordre juridique international se compose de deux principaux types de règles, selon que les États exercent leur souveraineté eux-mêmes ou en se soumettant à une convention internationale : des lois proprement étatiques et des normes interétatiques (ou conventionnelles).

Ces deux grands types de règles régissent les rapports internationaux selon plusieurs techniques normatives possibles. Les autorités appelées à fixer les règles applicables à telle ou telle catégorie de rapports internationaux peuvent, tout d'abord, projeter sur ces rapports internationaux telle loi étatique interne. C'est la fonction des systèmes de résolution des conflits de lois. C'est également celle des systèmes de résolution des conflits de lois unifiés et adoptés par conventions internationales passées entre États. Les autorités appelées à déterminer les règles destinées à régir telle ou telle catégorie de rapports internationaux peuvent, en second lieu, élaborer des règles matérielles spécialement conçues pour cette catégorie de rapports juridiques. Un législateur étatique peut mettre en vigueur des règles matérielles propres aux rapports internationaux. Une convention internationale peut également contenir un droit matériel uniforme destiné à régir spécialement, selon son propre champ d'application, tels rapports internationaux placés sous son empire.

L'ensemble de ces normes constitue l'ordre juridique international, indissociable, pensons-nous, de l'ordre juridique universel. Pour bien marquer que son caractère essentiel est de tirer sa force juridique de son origine étatique (ou interétatique), nous le désignerons souvent par l'expression « ordre étatique ». Sous la condition d'admettre la part de convention et de présupposé théorique qu'implique cette définition, elle a le mérite de fournir — en regard de celui de *lex mercatoria* — un concept clair. Il incarne et englobe — face à la *lex mercatoria* — la « juridicité internationale d'origine étatique » (ou interétatique).

3. La première interrogation que suscite ce face à face est de savoir pourquoi il s'est produit.

La première explication est aussi ancienne que le décalage entre les besoins humains et les réponses du droit institué. Ces réponses sont souvent tardives, inadaptées. Mais les besoins, eux, ne souffrent pas l'attente. Les initiatives pratiques naissent donc spontanément pour les satisfaire. Dans un ordre juridique unitaire, elles préparent la voie aux interventions du

droit institué. La question est de savoir si, dans le domaine du droit du commerce international, elles n'ont pas provoqué l'éclosion d'un autre ordre juridique que celui du droit institué.

Concrètement, il est clair que l'ensemble des techniques et des règles pré-offertes aux opérateurs du commerce international par l'ordre juridique international ne leur a pas suffi. Ils ont éprouvé le besoin de se doter d'autres normes, de se forger d'autres instruments, à la fois plus souples et plus précis, plus sûrs et mieux adaptés. Le commerce du blé ou les transferts de technologie ne posent pas les mêmes problèmes et n'ont pas les mêmes exigences à l'échelle internationale et à celle du commerce intérieur. La négociation internationale se pratique sous des contraintes propres aux marchés mondiaux. L'exportation comporte des risques financiers, techniques et juridiques d'une autre dimension — sinon d'une autre nature — que celle du commerce de ville à ville à l'intérieur d'un État. L'appel aux marchés financiers exige des instruments et des méthodes d'une portée beaucoup plus vaste — et peut-être d'un autre ordre — lorsqu'il est pratiqué à l'échelle mondiale.

C'est pourquoi — et depuis toujours — les négociants et les financiers internationaux n'ont pas attendu les initiatives des États pour mettre en place eux-mêmes les structures, les techniques et les règles juridiques correspondant aux nécessités du développement du commerce international sous tous ses aspects : négociation, transferts, financement, garanties, arbitrage. Les entreprises nationales ou multinationales dont l'activité est d'importer et d'exporter, d'implanter des installations industrielles dans d'autres pays, d'investir à l'étranger ou d'y lancer des activités nouvelles, les compagnies bancaires ou financières en charge d'assurer les mouvements de capitaux, ont, de longue date, et sans attendre les efforts proprement étatiques, créé des organisations de toutes sortes à l'échelle continentale ou mondiale. Elles se sont donné des usages confirmés par l'expérience, précisés et adaptés par concertation. Leur pratique a fait naître des règles, renforcées par une croissante généralité d'application. Le souci d'harmoniser ces règles a conduit les grandes organisations corporatives internationales à les transcrire, par pans entiers, pour leur donner la forme de codifications véritables périodiquement reprises. Et l'on constate que les partenaires du commerce international tendent de plus en plus systématiquement à confier leurs litiges non à des juges étatiques, mais à des arbitres internationaux.

De tous ces travaux et de l'ensemble de cette pratique juridique sont nées et ne cessent de se développer ces normes diverses que l'on s'accorde aujourd'hui à désigner par l'expression droit des marchands ou *lex mercatoria*.

À la question : pourquoi ?, il est donc une première réponse simple : parce que les besoins des opérateurs du commerce international étaient réels et puissants et que leur pratique a précédé l'initiative étatique ou interétatique.

Mais on pressent que ce n'est pas seulement une question d'initiative ou de chronologie. Les puissances économiques et financières qui dominent les marchés internationaux, commerciaux, industriels et financiers, dans la mesure où elles se distinguent des États, n'en acceptent pas facilement l'autorité.

Dans une mesure plus ou moins large selon les domaines, la fabrication et le développement des instruments juridiques divers qui composent cette *lex mercatoria* ont été et demeurent fondés aussi sur une volonté d'indépendance par rapport à l'autorité des États ou des organisations interétatiques, si ce n'est sur l'ambition de faire pièce à cette autorité. C'est alors que se profile la menace. S'il ne s'agissait pour la pratique que de précéder le droit, le phénomène ne serait que classique. S'il s'agit de créer un ordre concurrent hors-souveraineté légitime, le problème prend une toute autre ampleur. Et, comme on l'a dit d'entrée, c'est bien ainsi qu'il se pose. Et c'est pourquoi il mérite un examen attentif.

4. Cet examen suppose d'abord un bref inventaire.

Les analystes de la *lex mercatoria* y discernent quatre éléments principaux.

L'élément fondamental est constitué d'un certain nombre de principes juridiques généraux dont il faut bien comprendre qu'ils relèveraient — en tant que composants de la *lex mercatoria* — du fonds commun propre aux milieux du commerce international et non de tel ou tel droit étatique ou interétatique, même s'il y a coïncidence.¹² Pour raisonner sur l'exemple central, l'un de ces principes pourrait être la règle fondamentale qu'exprime l'adage *pacta sunt servanda*. Cette règle se rencontre aussi, bien évidemment, dans les droits étatiques, ainsi, en droit français, sous la forme de l'article 1134 du Code civil. Mais c'est une coïncidence. La *lex mercatoria* comporte une formulation autonome du principe ce qui, d'ailleurs, l'autorise à en déduire selon son raisonnement propre les conséquences et les limites. D'où viennent ces principes et d'où procède leur force puisqu'elle ne doit rien à la souveraineté étatique ? Ils peuvent provenir d'un raisonnement de logique juridique normative, c'est-à-dire être la réponse appropriée de la *lex mercatoria* au besoin juridique correspondant ou avoir été induits d'une analyse juridique comparative portant sur un certain nombre de droits étatiques positifs. Quant à leur force, elle naît du « consensus » propre aux milieux du droit du commerce international et dépend de la capacité de ce milieu d'en imposer en son sein le respect.¹³

Le deuxième élément est constitué par les documents que l'on peut désigner sous l'appellation de « codifications professionnelles » élaborées par les grands organismes corporatifs internationaux. L'exemple-type en est

¹²Voir l'étude de 1964 de Goldman citée, *supra*, note 3 à la p. 186 et s.

¹³Voir le texte de 1979 de Goldman, *supra*, note 3 aux pp. 485-7, nos 17-21.

fourni par les textes des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* publiées par la Chambre de commerce internationale.¹⁴ Ces Règles et usances se présentent effectivement sous la forme d'un véritable code. Leur processus d'élaboration peut être considéré comme typique. C'est en 1933 que leur première édition a été adoptée. Leurs promoteurs considèrent qu'elles sont acceptées « de façon universelle » depuis leur révision de 1962. L'une des raisons majeures de cette acceptation par le milieu international tient, selon eux, à l'esprit et à la méthode selon lesquels sont effectuées ses révisions. Cette révision périodique est accomplie sur les suggestions de praticiens internationaux (négociants, assureurs, transitaires, transporteurs, tout autant que banquiers) exploitant des informations et des observations recueillies à travers la soixantaine de « comités nationaux » de la Chambre de commerce internationale. Elle s'appuie expressément sur les « coutumes bancaires internationales ». Mais les auteurs de la révision de 1983 soulignent qu'ils ont attaché le plus grand prix à tenir également compte, « dans un esprit résolument ouvert au futur » des besoins liés, par exemple, à « la révolution qui se poursuit dans la **technologie des transports**, provoquée notamment par le développement de la conteneurisation et du transport combiné » et au « rôle croissant de l'informatique pour la transmission des informations relatives à une transaction commerciale par le traitement électronique des données ».¹⁵ Cette capacité d'évolution des codifications professionnelles par des révisions effectuées, éventuellement, « '[...] en dépit des usages, pratiques ou coutumes existants' » fournit l'une des réponses majeures à la question de savoir pourquoi sont entreprises de telles codifications et quelles sont les raisons de leur acceptation universelle.¹⁶ Elle illustre les mérites de la *lex mercatoria* et les facteurs explicatifs de son développement.

Le troisième élément de la *lex mercatoria* est constitué par les multiples variétés de contrats-types ou de documents destinés à harmoniser voire à uniformiser les pratiques contractuelles du commerce international. Ces documents sont d'une audience variable. Ils sont souvent établis par des organismes professionnels de branches ou de secteurs. Leur contenu varie ainsi selon le domaine d'activité (textile, produits pétroliers, acier, agrumes, céréales). Ils prennent fréquemment la forme de « conditions générales de vente » proposées (ou imposées) soit par des groupements professionnels d'entreprises, soit par des partenaires dominants : telle grande firme multinationale, tel État à économie planifiée. On peut citer, à titre d'exemples très connus, les contrats-types de la London Corn Trade Association ou les

¹⁴Voir la préface de B.S. Wheble dans *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (1984), publ. C.C.I. no 400 [ci-après : *Règles et usances*].

¹⁵*Ibid.* à la p. 6.

¹⁶*Ibid.*

conditions générales de vente proposées par les « entreprises du commerce extérieur » soviétiques à qui l'État délègue, dans le cadre du plan, le pouvoir de négocier les contrats internationaux. Jouent, enfin, un rôle déterminant les documents visant à faciliter l'interprétation uniforme des contrats. L'exemple central est, ici, celui des *Règles internationales pour l'interprétation des textes commerciaux : incoterms*, publiés par la Chambre de commerce internationale.¹⁷ L'idée qui conduit à inclure la masse variée des documents de cette nature dans la *lex mercatoria* est que leur utilisation est si répandue, leur usage si répété qu'il finit par s'imposer à l'instar d'une règle obligatoire.¹⁸ Poussant l'idée plus loin, les analystes de la *lex mercatoria* n'hésitent pas à y inclure les nouveaux types de contrats qui ont été, dans les récentes décennies, élaborés et mis au point pour servir de cadre aux opérations d'implantation à l'étranger d'ensembles industriels (contrats dits « clés en mains », « produits en mains » ou « marchés en mains ») ou les conventions, de facture très homogène, destinées à réaliser les émissions d'euro-crédits et d'euro-obligations.¹⁹ Au-delà, enfin, des ensembles contractuels constituant en quelque sorte de nouveaux contrats nommés, il y aurait à mettre au compte de la *lex mercatoria* les pratiques contractuelles qui, indépendamment de l'objet ou de la nature du contrat considéré, tendent à se répandre dans les négociations commerciales internationales. L'idée étant toujours qu'à partir du moment où une telle pratique, propre aux contrats internationaux, devient assez générale pour que les clauses considérées en viennent à être presque imposées par le milieu aux contractants, on est en présence d'une norme du type *lex mercatoria*. Et l'on cite, par exemple, les différents modèles de clauses destinées à introduire dans les contrats internationaux de longue durée le juste dosage de solidité et de flexibilité nécessaire à leur viabilité : clause de « hardship » ou clauses de force majeure auxquelles la *lex mercatoria* fournirait à la fois un fondement spécifique et un milieu naturel d'élaboration²⁰ comme le montre, d'ailleurs, l'étude des sentences arbitrales.

¹⁷*Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux : incoterms* (1983), publ. C.C.I. no 350.

¹⁸P. Kahn, *La vente commerciale internationale* (1961) aux pp. 365-7 ; P. Kahn, « 'Lex mercatoria' et pratique des contrats internationaux : l'expérience française » dans Travaux des septièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin, *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, vol. 9 (1975) 117 à la p. 185, nos 25-6.

¹⁹Voir l'étude de 1979 de Goldman, *supra*, note 3 aux pp. 489-91, nos 26-9 ; P. Kahn, « Typologie des contrats de transfert de la technologie » dans P. Judet, *et al.*, éd., *Transfert de technologie et développement* (1977) 435 ; P. Kahn, « *Lex mercatoria* et euro-obligations » dans F. Fabricius, éd., *Law and International Trade : Recht und Internationaler Handel : Festschrift für Clive M. Schmitthoff* (1973) 215.

²⁰Goldman, *ibid.* aux pp. 487-9, nos 22-5 ; B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de 'hardship' » (1974) 101 *Clunet* 794 ; P. Kahn, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée » (1975) 102 *Clunet* 467.

Tel est, en effet, le quatrième composant de la *lex mercatoria*. Les auteurs qui soutiennent la thèse de l'existence d'un droit marchand propre au commerce international et formant un ensemble accordent, dans cette construction, une importance de premier ordre au rôle des arbitres internationaux. L'arbitrage est, on le sait, le mode de résolution des litiges qui est considéré comme le mieux adapté en droit du commerce international. Mais la doctrine de la *lex mercatoria* voit dans l'arbitrage plus qu'un procédé de résolution des litiges. Bien qu'en principe les sentences soient secrètes, elle considère qu'il existe une jurisprudence arbitrale. Se fondant sur les pouvoirs de plus en plus larges que les systèmes juridiques et les conventions d'arbitrage accordent aux arbitres internationaux et sur ceux qu'ils s'arrogent eux-mêmes, elle tend à voir dans les tribunaux arbitraux un véritable instrument juridictionnel normatif. Et, afin de parachever la vision d'une *lex mercatoria* considérée comme un véritable ordre juridique quasi autonome et par conséquent complet, elle n'hésite pas à assigner à l'arbitrage, au sein de cet ordre, non seulement la fonction de trancher les contestations mais également celle de mettre au jour les principes de la *lex mercatoria*, celle, très importante, de consacrer et d'appliquer les usages et les coutumes propres au milieu commercial international, et, enfin, celle de forger de nouvelles règles qui, par la répétition des précédents arbitraux, prendront peu à peu valeur obligatoire et viendront compléter, sur des points importants, le droit commun marchand des relations économiques internationales.²¹ Habilités ainsi, dans une large mesure, à s'affranchir des contraintes juridiques étatiques, les arbitres internationaux contribueraient à cette émancipation de la *lex mercatoria* par rapport à l'ordre juridique international et, par conséquent, à la menace que constitue cette émancipation, si menace il y a.

5. S'agissant de cette menace, on peut être surpris du caractère passionné qu'a récemment revêtu la controverse qu'elle suscite, du fait que les phénomènes rassemblés pour former ce que M. Goldman nomme l'hypothèse de la *lex mercatoria*²² ne sont pas, en soi, nouveaux. L'histoire juridique enseigne qu'à l'époque médiévale où se forgèrent, notamment, les techniques de base du droit cambiaire et du droit des transports maritimes, le droit pratiqué par les opérateurs du commerce international était essentiellement un droit de praticiens qui revêtait un caractère quasiment universel et s'était répandu grâce, en particulier, au phénomène des foires européennes et à la

²¹Voir le texte de 1964 de Goldman, *supra*, note 3 aux pp. 183-5 ; voir aussi l'étude de 1979 du même auteur, *supra*, note 3 aux pp. 491-7, nos 30-7 ; P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, vol. 2 (1965) aux pp. 401 et ss, nos 576 et ss ; P. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 67.

²²Dans son étude de 1979, *supra*, note 3 à la p. 475, no 1.

communauté des affréteurs maritimes.²³ Et la capacité d'innovation de la pratique commerciale internationale ne cessa ensuite de se manifester. Les pratiques bancaires d'avances ou de crédit sur documents, la modélisation des ventes maritimes internationales (ventes F.O.B., ventes C.A.F., par exemple) précédèrent ou accompagnèrent les codifications étatiques sans susciter d'angoisses doctrinales excessives. On peut donc s'étonner de voir naître le sentiment d'une menace à propos de ce que M. Kassis nomme la « nouvelle *lex mercatoria* », afin de bien marquer, d'une part que le phénomène du droit marchand est aussi ancien que le commerce international lui-même et, d'autre part, que la construction doctrinale édifiée autour des aspects contemporains de ce phénomène lui confère une autre dimension.²⁴

En réalité, cet effort de construction doctrinale n'est pas gratuit et la vivacité de la réaction qu'il suscite est, elle aussi, tout à fait explicable. Le phénomène contemporain de la *lex mercatoria* ne pouvait manquer à la fois d'attirer l'attention et de susciter ces réflexions adverses, pour une pluralité de raisons convergentes.

La première est, tout uniment, le développement quantitatif du volume des échanges internationaux visibles et invisibles, commerciaux et financiers.²⁵ La seconde raison tient au caractère vital que représente pour un État moderne l'équilibre de sa balance des paiements et, par conséquent, celui de sa balance commerciale. La sensibilité politique des États aux exigences de leur commerce extérieur n'a cessé de s'en trouver aiguë.

Parallèlement, le contexte mondial dans lequel se développent ces échanges commerciaux et financiers s'est modifié de telle façon que les problèmes fondamentaux sous-jacents à l'évolution du droit du commerce international lui-même se posent désormais avec une acuité renouvelée et dans des termes différents.

Les marchés étaient largement dominés par les vendeurs. Ils le sont souvent aujourd'hui par les acheteurs. Le milieu commercial international, dont l'acquiescement apparaît si essentiel dans la définition même de la *lex mercatoria*, se transforme et se fragmente, rendant par là même plus aléatoire ce nécessaire « consensus ». Le dialogue économique entre pays développés et pays en développement est difficile, parfois dramatique. Et l'on entend articuler l'idée que la *lex mercatoria* n'est autre que la loi des pays dominants. Le monde s'est divisé en blocs dont l'opposition politique se traduit par des divergences juridiques fondamentales. Et bien que les pays

²³Y. Loussouarn & J.-D. Bredin, *Droit du commerce international* (1969) aux pp. 16-9, nos 12-3.

²⁴Kassis, *supra*, note 2 à la p. 273, no 445.

²⁵Pour 1984, la progression du commerce mondial est encore estimée à 9 ; « Foreign Trade and Current Balances » (1984) 36 OECD Economic Outlook 72 à la p. 72.

à économie planifiée acceptent de pratiquer à l'extérieur selon des règles toutes différentes de celles de leur commerce interne, ils ne peuvent manquer de voir la *lex mercatoria* comme marquée du signe d'une tradition juridique euro-américaine avec laquelle ils ne composent que par nécessité. La question de la *lex mercatoria* se trouve donc presque inévitablement au coeur des principaux débats du commerce international.

Il faut bien dire, enfin, qu'elle ne peut plus être ignorée parce que son développement lui fait prendre des proportions telles que l'ordre juridique étatique et interétatique peut, en effet, apparaître menacé par ce développement même.

La *lex mercatoria*, telle qu'on l'a définie, ne se contente pas d'une place d'appoint. Elle tend, semble-t-il, à occuper une fraction de plus en plus importante du dispositif. Et c'est ce caractère envahissant joint à la prétention intrinsèque de la construction doctrinale édifiée autour d'elle qui achève d'expliquer la vivacité de certaines réactions. D'autant que cet expansionnisme ne semble pas devoir se ralentir à terme prévisible.

Que reste-t-il du financement des opérations de commerce extérieur si l'on en retire des pièces aussi capitales que le crédit documentaire et les euro-émissions ? Quels sont les instruments du développement international si ce ne sont les contrats de réalisation d'implantations industrielles « clés en mains », « produits en mains » ou « marchés en mains » ? Quelle part du trafic de marchandises échappe à l'application des règles essentielles définies par les incoterms ? Comment sont tranchés, enfin, l'immense majorité des litiges du commerce international, sinon par les arbitres internationaux ?

On est fondé, face à cet envahissement, à se demander à quelle part est réduit le droit étatique ou interétatique. Il peut apparaître comme pratiquement évincé.

Face à cette menace, les esprits se divisent.

Certains applaudissent. Rien n'est plus salubre, estiment-ils, que ce développement de la *lex mercatoria*. C'est en effet un ordre juridique différent. Non seulement ils l'admettent. Mais ils le proclament tel. Et ils souhaitent que son règne s'étende. Car cet ordre juridique d'origine marchande leur apparaît comme particulièrement adapté, plus flexible, susceptible d'évolution et beaucoup mieux accepté (donc respecté) par les partenaires du commerce international.

Les autres auraient plutôt tendance à sonner le tocsin et à prêcher la reconquête. L'excessif développement de la *lex mercatoria* leur paraît une intrusion. Sa prétention de concurrencer l'ordre juridique étatique ou interétatique, surtout, leur est intolérable. Ils affirment d'abord que la *lex*

mercatoria n'est pas un véritable ordre juridique. Et ils estiment qu'il est temps de restituer au seul ordre juridique international positif, c'est-à-dire à l'ordre étatique ou interétatique, sa pleine et entière souveraineté. Dans la construction juridique, tout d'abord. Sans délai et impérativement. Dans le champ effectif de compétences, également, chaque fois qu'il convient de canaliser ou de redresser certains excès.²⁶

Pour entrer dans ce débat et se situer par rapport à lui, il semble nécessaire de répondre à deux questions.

La première est de savoir quelles sont la nature et la gravité réelles de la menace invoquée. Le péril est peut-être moins grand qu'on ne le croit ou qu'on ne le dit.

La seconde question est de déterminer, si péril il y a, dans quelle mesure le droit étatique ou interétatique a ou non les moyens de se défendre. Après tout, il ne s'agit peut-être pour lui que d'utiliser ses armes.

Pour répondre à ces deux questions, nous souhaiterions montrer : que la menace, quoique réelle, est relative (I), et que l'ordre étatique ou interétatique a les moyens d'y faire face (II).

I. — La menace est relative

6. Le développement de la *lex mercatoria* peut constituer une menace pour l'ordre juridique international étatique ou interétatique essentiellement sous deux angles.

Il aboutit, en premier lieu, selon certains analystes, à créer — à côté de l'ordre juridique étatique ou interétatique — un deuxième ordre juridique propre aux relations économiques internationales. Un ordre juridique différent, complet, ayant vocation à fonctionner de façon éventuellement autonome et de source privée. Le développement de la *lex mercatoria*, sous cet angle, menace l'ordre juridique international dans son unité (A).

Parallèlement — et indépendamment de la controverse théorique impliquée par le premier aspect — le développement de la *lex mercatoria* risque de porter atteinte à l'ordre étatique ou interétatique en lui « dérobant sa clientèle », c'est-à-dire en lui enlevant de larges segments de son domaine concret. Plus elle étend sa sphère d'application, plus la *lex mercatoria* menace ainsi l'ordre étatique ou interétatique dans son effectivité (B).

C'est de ces deux aspects qu'il convient de prendre la mesure.

²⁶On citera encore face aux études de MM. Goldman, Kahn et Fouchard que l'on a longuement évoquées déjà : P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 125 et Kassis, *supra*, note 2.

A. — Menace contre l'unité de l'ordre juridique

7. Le nombre et la variété des conceptions qui ont été élaborées autour des notions d'ordre juridique ou de système juridique sont, comme on le sait, si considérables qu'il est à la fois impossible de faire référence à chacune, même en s'efforçant de ne retenir que les plus marquantes, et nécessaire de se situer au sein de cette diversité pour assurer à l'analyse un minimum de fondement.

M. Kassis, dans son récent ouvrage, *Théorie générale des usages du commerce*, renonçant à « composer un florilège » de ces diverses conceptions en présente cependant, sous l'angle précis qui nous intéresse ici, de substantiels « échantillons ». ²⁷ Et tout en faisant une place de choix, par exemple, aux importants travaux de Santi Romano, ²⁸ il présente un très utile panorama des principales constructions doctrinales entre lesquelles — avec des divergences et des convergences multiples — se répartissent les nombreux auteurs qui se sont essayés à formuler une théorie générale. ²⁹

Il expose en particulier la distinction possible entre système juridique et ordre juridique. Il analyse la vaste question de la connection entre ordres juridiques internes et ordre juridique international. Il oppose, enfin, les conceptions monistes et les conceptions pluralistes de l'ordre juridique, en montrant bien que les premières ne consistent pas à faire de la source étatique ou interétatique la source exclusive de toute innovation juridique ou même de toute création de normes, mais à poser à la base de la construction un principe de hiérarchie et non un principe de pluralité. ³⁰ Tel est bien, en effet, et notamment pour le problème que pose la *lex mercatoria*, le point fondamental d'opposition, comme le montre clairement l'intitulé donné par M. Kahn à la suggestive synthèse qu'il a publiée dans les Études offertes à Berthold Goldman. ³¹

Puisqu'il faut bien choisir un point de départ, nous poserons que la société humaine, dans son universalité, appelle un ordre juridique ayant lui

²⁷Kassis, *supra*, note 2 à la p. 378, no 590.

²⁸S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. par L. François & P. Gothot (1975) ; sur les thèses de Santi Romano, voir l'introduction par P. Francescakis à l'édition française de l'ouvrage de Romano, *ibid.*, v-xix ; voir également P. Mayer, « Le mythe de l'ordre juridique de base » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 199 ; F. Rigaux, « Souveraineté des États et arbitrage transnational » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 261 ; M. Virally, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 373 ; P. Weil, « Principes généraux du droit et contrats d'État » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 387. Voir d'autre part, W. Wengler, « La crise de l'unité de l'ordre juridique international » dans Mélanges offerts à Charles Rousseau, *La communauté internationale* (1974) 329.

²⁹Kassis, *supra*, note 2 aux pp. 378-91, nos 590-606.

³⁰*Ibid.* aux pp. 384-6, nos 598-9.

³¹Kahn, *supra*, note 7.

aussi un caractère d'universalité (donc d'unicité) dans le cadre duquel « se connectent » de très nombreux systèmes et qui repose sur le concept de souveraineté. L'un des aspects de cette pluralité et de cette connection est l'existence de régimes juridiques internationaux ou de branches de droit ayant pour objet les rapports internationaux, économiques notamment. Nous entendons par ordre juridique international cet ordre juridique universel en tant qu'il est concerné par les problèmes internationaux. Cette conception nous conduit à le considérer comme non détachable du concept de souveraineté étatique ou interétatique. Elle nous amène, d'autre part, tout en soulignant que l'innovation juridique comme la création de normes peut avoir bien d'autres sources que le strict exercice du pouvoir étatique de légiférer, à ne pas admettre qu'il puisse être porté atteinte à l'unité de cet ordre juridique, y compris dans son versant international. Et c'est bien là notre question. La *lex mercatoria*, telle que la révèle une analyse positive, porte-t-elle véritablement atteinte à cette unité ?

Pour répondre positivement, il faut démontrer qu'elle constitue elle-même un ordre juridique. Différent. Concurrent. Et pour savoir si cette démonstration est possible, il faut définir quels sont les traits caractéristiques d'un ordre juridique. Ces traits sont, semble-t-il, au nombre de deux. Un ordre juridique, tout d'abord, génère lui-même des normes juridiques et dispose du pouvoir de les faire observer. Un ordre juridique, en second lieu, est un ensemble cohérent, organisé, complet.

Il est permis de penser que la *lex mercatoria* ne remplit pas ces conditions de façon déterminante et absolue. Les normes qui en proviennent sont des règles de droit, mais leur force intrinsèque est relative (1). Leur rapprochement forme une juxtaposition de règles, beaucoup plus qu'un ensemble complet et cohérent (2).

1. — Les règles de la *lex mercatoria* ont une force relative

8. Une règle de droit objectif présente quatre caractères essentiels. Elle possède un certain degré de généralité. Elle est préexistante, permettant, par là même, la prévisibilité. Son observation s'impose aux acteurs de la vie juridique. Impérativement, si elle est d'ordre public. Facultativement, si elle est supplétive de volonté. Sa violation, selon la même modulation, appelle sanction. Mais lorsque l'on a ainsi énuméré ces quatre caractères, on a encore omis le principal trait qui est à la base de chacun. Une règle de droit objectif possède ces quatre caractères de par sa force originelle. Une règle de droit étatique interne, par exemple, est générale parce que l'ordre juridique lui assigne un domaine d'application, prévisible parce qu'elle fait partie du droit positif régulier préétabli par un État, obligatoire parce que les citoyens de cet État doivent en respecter les lois, et sanctionnée parce que cet État possède le pouvoir de contraindre éventuellement ses citoyens à se plier à

ses lois. Et si cette règle de droit étatique interne possède cette force originelle, c'est parce qu'elle trouve son origine dans l'exercice par un État souverain du pouvoir de légiférer qu'il tient de sa souveraineté.

La question est de savoir dans quelle mesure les règles de la *lex mercatoria* présentent les mêmes caractères, mais surtout dans quelle mesure elles possèdent une force originelle, c'est-à-dire ne devant rien à l'ordre étatique ou interétatique.

Les éléments de l'analyse sont constitués par toutes les situations de droit dans lesquelles on observe que les opérateurs du commerce international ou les arbitres internationaux se réfèrent à des « guides juridiques » qui ne sont pas des règles de droit international étatique mais ressemblent, en effet, à des normes d'une origine différente.

Les promoteurs de la doctrine de la *lex mercatoria* tirent de cette observation une analyse sans ambages : lorsqu'il en est ainsi, estiment-ils, les contractants ou les arbitres appliquent en tant que règles de droit les normes de cet autre ordre juridique que constitue la *lex mercatoria*.

Quand un arbitre international énonce le motif de la décision qu'il va prendre d'accueillir (partiellement) une demande de modification d'un prix contractuel en écrivant : « C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur la plan financier », ³² ne peut-on estimer qu'il entend appliquer une norme tirant sa force et son origine de la seule *lex mercatoria* ? Quand le banquier expose à son client que, bien entendu, le crédit documentaire qu'il accepte de lui consentir sera soumis aux Règles et usances publiées par la Chambre de commerce internationale, les deux contractants n'ont-ils pas le sentiment de placer leur convention sous l'empire d'un ordre juridique professionnel qui se suffit parfaitement à lui-même ? Lorsqu'à la faveur d'un échange de télex, un exportateur et un importateur concluent une vente « F.O.B. » ou une vente « C.A.F. » ne pensent-ils pas appliquer un droit de la vente clairement et totalement formulé par les incoterms établis par la Chambre de commerce internationale ? Et si, un litige étant survenu, leur arbitre les départage en appliquant les usages de leur branche professionnelle, n'auront-ils pas l'impression qu'on leur rend une parfaite justice sans avoir à recourir aucunement à un autre ordre juridique que celui du droit marchand international ?

Dans tous ces exemples, il peut apparaître justifié, au premier examen, d'affirmer que les normes de la *lex mercatoria* sont générales, prévisibles, obligatoires et sanctionnées et tirent leur force comme leur origine de la *lex mercatoria* seule. Elles seraient donc bien des règles de droit et, sous ce

³²Voir le commentaire sur la sentence rendue dans l'affaire no 2291 en 1975 par Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1976) 103 *Clunet* 968 aux pp. 989-92.

rapport du moins, la *lex mercatoria* serait bien un ordre juridique propre. C'est ce qu'exprime M. Goldman lorsqu'il évoque le « processus qui va, dans la formation de la *lex mercatoria*, des clauses contractuelles aux règles coutumières » et écrit qu'il est possible « d'affirmer que ce processus existe ».³³ Cette affirmation signifie que, par la répétition qui conduit à l'universalité de la pratique, la référence aux normes de la *lex mercatoria* leur confère la qualité de coutumes obligatoires et, d'ailleurs, sanctionnées par la communauté internationale des marchands et par les arbitres internationaux. C'est ce qui justifie, dans la perspective de M. Goldman, de les faire accéder à la « dignité » de règle de droit.³⁴

9. Cette qualification, en réalité, repose sur deux affirmations distinctes qui ne sont pas sans appeler des réserves. L'une et l'autre visent à expliquer que les normes de la *lex mercatoria* puissent être considérées comme des règles de droit dotées d'une force originelle. La première est de souligner que les règles conçues pour le commerce international ne peuvent pas ne pas revêtir ce caractère puisqu'elles sont faites pour satisfaire des besoins propres au commerce international qui ne se rencontrent pas dans l'ordre interne. La seconde est d'expliquer que les normes de la *lex mercatoria* trouvent leur force en elle-même puisque ce sont juridiquement des coutumes obligatoires en tant que telles.

La première affirmation trouve fréquemment un écho approuvateur chez les internationalistes. Elle comporte une large part de réalité vécue. Mais il n'est pas certain qu'elle repose sur une certitude théorique. Au surplus, elle n'emporte pas de façon déterminante la conclusion logique que veulent en tirer les défenseurs de la *lex mercatoria*. La question qu'elle pose est la suivante : existe-t-il entre les besoins juridiques du commerce international et ceux du commerce interne une différence de nature — ce qui justifierait deux catégories de règles substantiellement différentes — ou une différence de degré, d'acuité, d'échelle ce qui justifierait de simples adaptations au moment de projeter la règle interne au plan international ?

Beaucoup de traits plaident en faveur de la différence de nature. Les techniques de crédit employées dans le commerce extérieur accusent une spécialisation marquée. Les conditions de la négociation contractuelle sont différentes et la portée juridique des accords préparatoires soulèvent des questions spécifiques. Le rapport entre les contractants et les États, compte tenu des réglementations particulières des transferts interfrontières, n'a pas de correspondant en droit interne. L'ampleur des opérations d'implantation industrielle à l'étranger, les termes dans lesquels se présentent les questions touchant à l'adaptation des contrats de longue durée sont également propres

³³Voir l'étude de 1979, *supra*, note 3 à la p. 502, no 49.

³⁴*Ibid.*

au droit contractuel international. Et l'arbitrage international ne ressemble pas à l'arbitrage interne. Tout cela est vrai. S'agit-il pour autant d'une différence de nature ? Rien ne s'oppose à l'utilisation du crédit documentaire dans le cadre interne, ni à la livraison dans le même cadre d'une usine « clés en mains ». Même si les solutions ne sont pas les mêmes, la conciliation entre sécurité et flexibilité contractuelles se présente en termes identiques dans les contrats internes. Et l'arbitrage interne n'est pas, dans son fondement ou dans son mécanisme, d'une essence différente. Enfin et surtout, à supposer que l'on conclue à des besoins de nature différente, cette différence ne postule pas que les règles destinées à y faire face doivent procéder d'ordres juridiques distincts. Un droit étatique (comme le montre, par exemple, de longue date la jurisprudence française en matière de clauses monétaires ou d'arbitrage) peut parfaitement poser pour le commerce international des règles propres, dites règles matérielles. L'existence d'une telle règle n'exige donc pas qu'elle soit de source non étatique. Si l'on rattache cette règle à la *lex mercatoria*, on ne prouve donc pas pour autant son caractère originel.³⁵

On ne le prouve pas davantage en invoquant la notion de coutume obligatoire. Comme on l'a indiqué, les avocats de la *lex mercatoria* fondent dans une large mesure son caractère de règle de droit sur « la répétition et l'effectivité » qui transformerait ses normes en règles obligatoires. M. Goldman écrit, par exemple, que la *lex mercatoria* est un « *droit spontané* » « [f]ormé d'usages professionnellement codifiés » de « montages juridiques et de clauses contractuelles » et il suggère que c'est leur « répétition » qui les « élève progressivement au rang d'institutions coutumières ». ³⁶ Reprenant la même idée, il explique que

[q]uand des clauses contractuelles, et à plus forte raison des contrats et des ensembles de contrats, apparaissent qui aménagent de manière constante et originale les rapports juridiques entre les partenaires à des opérations internationales, il en résulte [...] par la combinaison de la *répétition* et de l'*effectivité* [...] un système juridique lui-même nouveau et transnational, apte à accéder à l'objectivité.³⁷

M. Lagarde rejette cette analyse. La sienne est toute simple. Elle n'en a que plus de force. Ces « clauses » ou ces « combinaisons contractuelles », écrit-il, sont « intéressantes ». Mais il n'y a pas lieu d'y voir autre chose que « le simple usage par les parties de leur liberté contractuelle ». ³⁸ Et l'auteur ajoute que la « répétition n'implique pas l'existence d'une règle de droit matériel de la *lex mercatoria* ». ³⁹

³⁵Comparer à ce sujet l'étude de 1975 de Kahn, *supra*, note 18 à la p. 185 nos 25-6 et l'ouvrage de Kassis, *supra*, note 2 aux pp. 294-5, no 485.

³⁶Voir l'étude de 1979, *supra*, note 3 à la p. 478, no 5 [en italiques dans le texte].

³⁷*Ibid.* aux pp. 490-1, no 29 [en italiques dans le texte].

³⁸Lagarde, *supra*, note 26 à la p. 129, no 9.

³⁹*Ibid.*

M. Kassis, qui voit dans l'attribution aux usages du commerce international du caractère de règles coutumières une « erreur capitale », pourfend cette analyse à son tour avec une particulière vigueur.⁴⁰ Il souligne lui aussi que la répétition de contrats-types, d'usages même codifiés, dans un milieu professionnellement caractérisé, « ne suffit pas à leur conférer la dignité de règles de droit ».⁴¹ Ce ne sont toujours à ses yeux que « des catalogues, des formulaires ». « [Les] opérateurs du commerce international » restent « libres de les adopter ou de ne pas les adopter ».⁴²

C'est bien là le point clé.

Si le fondement de l'obligation ultérieure des contractants de respecter les stipulations résultant de l'adoption de ces contrats-types, de ces clauses d'usage, est le consentement explicite ou implicite qui a provoqué cette adoption, l'analyse est claire : ces stipulations sont contractuelles. L'obligation de les respecter naît : a) du contrat et b) de la règle objective qui fait obligation aux contractants de respecter leur engagement. Cette règle objective peut parfaitement être contenue dans la loi étatique applicable au contrat. À défaut de toute loi étatique applicable au contrat — si cette éventualité n'est pas rejetée — l'obligation dérivera du principe de l'effet obligatoire des contrats dont la portée déborde largement le champ de la *lex mercatoria*.

Si, au contraire, on évacue l'idée de libre choix du contrat-type ou de la clause d'usage, on est conduit à rejoindre la conception de M. Goldman.

Et toute la question est au fond de savoir si cette idée doit (ou non) être évacuée.

M. Goldman pense que oui dans la mesure où, selon son analyse, de larges pans des stipulations résultant de documents contractuels imposés par une longue pratique des milieux concernés, en des termes qui ne sont plus discutés tant ils sont habituels, échappent, en réalité, à la volonté commune concrète des parties. Un industriel négociant un crédit documentaire ne remet pas en question ses modalités. Elles sont fixées par les Règles et usances. Replacer l'ensemble des rapports juridiques gouvernés par la *lex mercatoria* sous le signe de la liberté individuelle lui paraît largement fictif. Si l'on veut simplifier l'argument, on peut le traduire par trois constatations : 1) les contractants ne peuvent pas faire bande à part car la « loi du milieu » est souvent contraignante ; 2) les forts obligent les faibles ; 3) les milieux

⁴⁰Kassis, *supra*, note 2 à la p. 308.

⁴¹*Ibid.* à la p. 313, no 508.

⁴²*Ibid.*

professionnels possèdent souvent un arsenal de sanctions internes fort efficaces.⁴³

À quoi M. Kassis, reprenant une expression de M. Goldman lui-même, réplique que « l'exportateur de blé qui vend en se référant à un contrat-type et le banquier qui confirme un crédit documentaire selon les Règles et Usances de la C.C.I. » ont le sentiment de se placer « dans une situation de droit » en concluant « un contrat », et ajoute : « le contrat-type ou l'usage est devenu partie intégrante » de leur « contrat » et ils devront le respecter « en tant que tel ». Et non à titre de coutume obligatoire relevant de la *lex mercatoria*.⁴⁴

10. Un bon exemple pour tenter d'affiner le raisonnement est fourni par les différences qui résultent du texte même des codifications offertes dans des secteurs voisins par la Chambre de commerce internationale. La distinction a été mise en lumière par M. Jean Stoufflet qui propose d'en tirer une ligne de partage dans cette discussion.⁴⁵ Rapprochant les Règles et usances en matière de crédit documentaire et les règles uniformes relatives aux encaissements,⁴⁶ il relève dans ces deux documents une stipulation identique sur un point capital : « Les dispositions [...] qui suivent s'appliquent à tout encaissement [...] et lient toutes les parties y intéressées, à moins qu'il n'en soit convenu autrement ». ⁴⁷ C'est un libellé de loi ! Il n'est aucunement nécessaire que les parties aient adopté les dispositions du document. Il peut s'appliquer de lui-même. Les règles uniformes de la même Chambre de commerce internationale pour les garanties contractuelles sont rédigées de façon toute différente.⁴⁸ « Ces règles s'appliquent à toute garantie, [...] engagement [...] qui indique qu'il est soumis aux Règles uniformes ». ⁴⁹ Il faut donc, ici, une adoption expresse. Cette différence est significative. Stratégiquement, elle s'explique par le fait que les deux premiers documents ont recueilli un consensus, ce qui n'est pas le cas du troisième. Mais, juridiquement, la formulation « quasi légale » des deux premières règles et usances ou règles uniformes présente un grand intérêt, sachant que la Chambre de commerce internationale est et « demeure une institution privée ». ⁵⁰ M.

⁴³Voir l'étude de 1979 de Goldman, *supra*, note 3 aux pp. 500-1, nos 44-6.

⁴⁴Kassis, *supra*, note 2 à la p. 313, no 509, reprenant, pour conclure à l'opposé, l'expression et l'exemple employés par M. Goldman dans son texte de 1964, *supra*, note 3 à la p. 186.

⁴⁵J. Stoufflet, « L'oeuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire » dans Études Goldman, *supra*, note 1, 361.

⁴⁶Règles uniformes relatives aux encaissements (1978), publ. C.C.I. no 322.

⁴⁷*Ibid.* à la p. 7.

⁴⁸Règles uniformes pour les garanties contractuelles (1978), publ. C.C.I. no 325.

⁴⁹*Ibid.* à la p. 19, art. 1.

⁵⁰Stoufflet, *supra*, note 45 à la p. 366, no 8.

Stoufflet l'interprète clairement comme signifiant que « le commerce international est doté de son propre système de normes dont relèvent les Règles et Usances » ou ces règles uniformes.⁵¹

Malgré le vif intérêt de cette interprétation, la rigueur oblige à observer que les dispositions mises en lumière précisent toutes les deux qu'elles ne seront pas applicables « s'il en est convenu autrement » par les parties « de façon expresse ». Cette précision redonne toute leur valeur aux objections et aux analyses de M. Lagarde et de M. Kassis.

Le débat est, au fond, celui de savoir si on se réfère à la liberté formelle ou à la liberté réelle. Si l'on ne se réfère qu'à la seconde, on peut être tenté d'entrer dans le raisonnement de M. Goldman et de M. Kahn. Si l'on entend rester sur le terrain du droit, il reste vrai d'affirmer, avec MM. Lagarde et Kassis, que le plus grand nombre des instruments de la *lex mercatoria* sont offerts aux parties et ne tirent leur valeur juridique obligatoire que du contrat qui tire lui-même sa force, en règle générale, de l'ordre juridique étatique ou interétatique.

Le réalisme oblige à reconnaître que la contrainte du milieu est, en fait, largement déterminante. Dans cette mesure, les règles de la *lex mercatoria* sont fortes.

Mais nous disons que cette force est relative parce qu'à ce stade, l'analyse est purement juridique.

Et sous l'angle de cette analyse, les normes de la *lex mercatoria* n'apparaissent pas, au sens précis, comme des règles de droit dotées d'une force indépendante de l'ordre juridique international étatique ou interétatique. Auraient-elles cette nature, encore faudrait-il, pour que l'on puisse parler d'un ordre concurrent, qu'elles forment un ensemble cohérent.

2. — Les règles de la *lex mercatoria* ont une cohérence relative

11. Le droit n'est pas seulement une juxtaposition de règles. C'est un ensemble cohérent. Il est animé par une logique et une dynamique qui, tout à la fois, assurent la légitimité respective de toutes les sources normatives mises en place ou déclarées régulières par les autorités détentrices de souveraineté et garantissent la cohérence rationnelle des règles les unes par rapport aux autres. C'est cette cohérence qu'incarne et assure l'ordre juridique, notamment dans la mesure où il régit les rapports internationaux. L'ordre juridique, et en particulier l'ordre juridique international, possède et réalise cette cohérence parce que les pouvoirs qui procèdent de lui en tirent l'autorité nécessaire et en reçoivent le pouvoir de sanction qui est son

⁵¹*Ibid.*

indispensable prolongement. La *lex mercatoria* possède-t-elle cette cohérence, second trait essentiel du concept d'ordre juridique ?

Ses principaux défenseurs, aujourd'hui, l'affirment. Ils n'ont pas aussitôt franchi ce Rubicon. Dans son étude de 1964, M. Goldman écrivait : « le caractère de *règles* ne peut être refusé aux éléments constitutifs de la *lex mercatoria*, bien que celle-ci ne forme pas un système entièrement autonome. »⁵² Et il reprenait, en conclusion : « la *lex mercatoria* n'est pas un système juridique complet ». ⁵³ Dans son étude de 1979, en revanche, M. Goldman se montre beaucoup plus affirmatif. Il évite d'utiliser expressément le concept d'ordre juridique pour désigner la *lex mercatoria*. Mais il énonce clairement que sa démonstration vise, cette fois, à « montrer que, concrètement, la *lex mercatoria* remplit bien la fonction d'un ensemble de règles de droit ». ⁵⁴

Les auteurs qui contribuent à ses côtés à l'édification de la doctrine de la *lex mercatoria* sont, dans leurs écrits les plus récents, nettement plus affirmatifs encore. Ils n'hésitent pas à qualifier la *lex mercatoria* d'ordre juridique au plein sens du terme et à en assumer la conséquence : la *lex mercatoria* constituant pour eux, à elle seule, un ordre juridique à côté de l'ordre étatique ou interétatique, ils soutiennent qu'il y a donc, pour régir les relations économiques internationales, plusieurs ordres juridiques et non pas un seul. Le phénomène de la *lex mercatoria* « débouche, dans une certaine mesure », écrit M. Philippe Fouchard, sur « le pluralisme des ordres juridiques ». ⁵⁵ M. Kahn va plus loin encore. Le titre de son étude est libellé sous forme d'interrogation : « Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? ». ⁵⁶ Mais la réponse de l'auteur ne fait aucun doute. Utilisant, pour désigner l'ordre juridique que constitue à ses yeux la *lex mercatoria* l'expression frappante d'« ordre mercatique », il écrit, en effet :

l'ordre mercatique doit maintenir une double cohérence sans cesse menacée, une cohérence interne pour éviter la dispersion de composants disparates, une cohérence externe pour établir son originalité, son autonomie face aux autres ordres juridiques, notamment face aux ordres étatiques, et à l'ordre interétatique. ⁵⁷

On ne saurait être plus clair.

⁵²Goldman, *supra*, note 3 à la p. 189 [en italiques dans le texte].

⁵³*Ibid.* à la p. 192.

⁵⁴Goldman, *supra*, note 3 à la p. 499, no 42.

⁵⁵Voir le texte de M. Fouchard publié aux *Études Goldman*, *supra*, note 21 à la p. 80. Pour M. Fouchard également, cette analyse correspond à une évolution relativement récente. Comparer, P. Fouchard, « L'État face aux usages du commerce international » [1973-75] *Trav. Comité franç. dr. int. priv.* 71 à la p. 74.

⁵⁶Kahn, *supra*, note 7 ; voir également E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, vol. 7 (1980) aux pp. 308-18, nos 535-49.

⁵⁷Kahn, *ibid.* à la p. 100.

12. Les adversaires de la *lex mercatoria* contestent l'existence de cet « ordre mercatique ». Leur critique nous apparaît forte au plan de la théorie juridique. Elle n'enlève d'ailleurs aucunement à l'idée de *lex mercatoria* son utilité qui est de rendre compte d'un phénomène juridique réel et important.

Cette critique s'appuie sur la notion d'ordre juridique en insistant sur les aspects institutionnels. L'ordre juridique est le concept qui vise à rendre compte de la prise en charge de la communauté humaine par le droit. Cette prise en charge implique la définition d'une autorité qui sera détentrice de la souveraineté créatrice des normes juridiques et dispensatrice des sanctions. L'échelon de souveraineté est désigné par la notion d'État. L'autorité exerçant cette souveraineté est soit celle de l'État légiférant et sanctionnant pour les rapports internes ou pour les rapports internationaux, soit celle des organisations internationales interétatiques légiférant (conventions internationales) et sanctionnant par délégation des États souverains. L'ordre juridique qui naît de l'exercice (étatique ou interétatique) de la souveraineté est un. Selon les rapports qu'il régit (internes ou internationaux) il est à considérer comme l'ordre juridique interne ou l'ordre juridique international. Cela n'altère aucunement son unité fondamentale. Quel que soit l'aspect considéré, il a pour objet de soumettre une communauté (au sein de laquelle se nouent les rapports de droit) à des autorités instituées ayant et exerçant le double pouvoir de légiférer et de sanctionner. Si l'on éclaire l'ordre juridique sous son aspect international, ses caractéristiques essentielles sont de faire régir la communauté internationale (et en particulier celle des marchands) par des autorités dont la légitimité est étatique ou interétatique et qui tirent de cette légitimité le pouvoir de créer le droit international (celui du commerce en particulier) et d'en sanctionner la violation.

Les auteurs qui affirment que la *lex mercatoria* n'est pas un ordre juridique soulignent qu'elle ne revêt pas — en elle-même — ces caractères. Et ils n'ont pas de peine à le démontrer car cela nous semble juridiquement exact.

La critique porte d'abord sur le défaut d'unité de la communauté internationale dans laquelle l'ordre juridique mercatique trouverait sa seule source. Dans la mesure où elle est source unique d'un ordre juridique (et non seulement objet de l'ordre juridique général), il serait nécessaire que cette communauté internationale des marchands présente un caractère d'homogénéité, d'unité non seulement accidentelle, ponctuelle, mais institutionnelle. Il faudrait qu'elle soit structurée et que son champ d'action soit général et même universel. M. Lagarde⁵⁸ et, à sa suite, M. Kassir⁵⁹ mettent

⁵⁸*Supra*, note 26.

⁵⁹*Supra*, note 2 aux pp. 396-401, nos 617-27.

l'accent sur le fait qu'ils constatent, au contraire, un très grand fractionnement de cette communauté. Il n'y a pas soulignent-ils, une société des marchands, mais, en réalité, des centaines. Chaque branche d'activité a sa propre structure et, si elle y parvient, sa propre cohérence. Aux cartels de producteurs répondent, en des guerres sans pitié, les fronts des acheteurs. Face aux grands pays développés et détenteurs de la technologie, les pays en développement, importateurs de technologie, s'organisent et se concertent pour définir leurs conditions. Quel que soit leur besoin de participer au commerce international et leur nécessité tactique d'en respecter les usages, les pays à économie planifiée ont, eux aussi, leurs propres structures et leur propre communauté et savent, lorsque le rapport de négociation leur est favorable, imposer leurs conceptions. Le monde économique, loin d'évoluer vers plus d'unité, tend, au contraire, à se compartimenter. Il semble bien, donc, qu'à certains égards, l'observation ne révèle pas une *societas mercatorum* mais une juxtaposition de communautés marchandes. Et les constitutions de zones de libre échange ou d'unions douanières (telle la Communauté économique européenne), si elles ont un puissant effet de libéralisation et de convergence à l'échelle de la zone ou de l'union douanière, contribuent également, vues sous un certain angle, à la fragmentation de la communauté marchande mondiale. C'est cette fragmentation qui est la première objection de fond à l'attribution à la *lex mercatoria* de la qualification d'ordre juridique. Le fondement d'un ordre juridique est d'être un principe d'unité. Or on constate, comme l'écrit M. Lagarde, non pas cette unité, mais une « pluralité de sociétés de marchands ». Les « usages [...] de la fameuse *London Corn Trade Association* se limitent au commerce des céréales. [...] [Cet] ordre juridique à vocation limitée [...] n'a pas de rapport organique nécessaire avec un mouvement comparable qui pousserait à s'associer ceux qui pratiquent le commerce du diamant, celui du coton, de la laine ou de la soie. »⁶⁰

Cette pluralité de communautés marchandes apparaît, d'autre part, comme incompatible avec l'existence d'une autorité indépendante de la notion de souveraineté étatique ou interétatique et avec celle d'un système sanctionnateur propre qui sont les deux attributs majeurs, au regard de la communauté qu'il régit, de l'ordre juridique. Les organismes professionnels corporatifs qui ont été constitués à travers le monde sur l'initiative des multiples partenaires du commerce international sont innombrables. Ils ne forment pas un ensemble institutionnel qui correspondrait à un ordre juridique mercatique autonome. L'absence d'un tel ensemble institutionnel fait obstacle à ce que l'on puisse discerner l'autorité apte à édicter légitimement des normes susceptibles de revêtir un caractère impératif au titre de la *lex mercatoria*. Si l'on se place, enfin, sous l'angle de la sanction, on constate qu'il n'existe pas un centre d'arbitrage commercial international,

⁶⁰Lagarde, *supra*, note 26 à la p. 136, no 18 [en italiques dans le texte].

mais des centres très nombreux et très variés. M. Lagarde ne manque pas de le souligner. Les institutions arbitrales, écrit-il, « sont multiples, elles sont [...] enracinées dans des milieux juridiques aussi différents que ceux des pays occidentaux, les pays de l'Est communiste, ou [...] des pays arabes ». ⁶¹

Et, employant la litote, il en tire la conclusion : « [i]l n'est pas sûr que ces institutions se considèrent chacune comme les serviteurs ou les organes d'un ordre juridique unique à vocation générale qui serait la *societas mercatorum* [...]. » ⁶²

Que l'on regarde du côté des communautés concernées ou des structures de pouvoir, on est donc fondé à douter de l'existence d'une société suffisamment organisée des opérateurs du commerce extérieur pour conclure à l'existence d'un ordre juridique mercatique. Tout ce que concède M. Lagarde, c'est l'existence « d'îlots d'organisation » tout à fait insuffisants pour servir de support à un ordre juridique autonome. Et l'on conclura avec lui qu'en effet, en termes de théorie juridique, l'ordre juridique international étatique et interétatique n'est pas menacé par la *lex mercatoria* dans ses prérogatives fondamentales.

13. Et cependant, avant même de changer de registre et de se placer au plan de l'effectivité, et en restant sur le terrain de l'analyse juridique institutionnelle, nous sommes conduits à tempérer cette conclusion. Elle nous semble devoir être maintenue. La *lex mercatoria* n'a pas la cohérence organique absolue qu'il faudrait pour la qualifier d'ordre juridique. Mais on doit constater d'une part que la cohérence de l'ordre juridique international étatique et interétatique, théoriquement non réfutable, est, en pratique, d'une réalisation bien imparfaite. Et force est de reconnaître, d'autre part, que, pour être relative, la cohérence de la *lex mercatoria* n'est pas négligeable.

L'ordre juridique international étatique ou interétatique, tout d'abord, est loin d'offrir, dans la réalité, un visage homogène. Le concept de souveraineté est commun dans son abstraction. Mais l'exercice de la souveraineté est placé entre les mains d'États dont les systèmes politiques et juridiques sont d'une extrême variété. Si leur approche de certains grands problèmes du commerce international vient à se rencontrer c'est souvent sous l'empire de la nécessité qui leur impose un certain comportement dans les relations économiques internationales ou pour ne pas rompre en apparence avec un certain idéalisme que leurs intérêts nationaux les conduit à violer fréquemment. Les États sont, dans une large mesure, politiquement et juridiquement en situation d'affrontement. Et, sous ce rapport, l'unité

⁶¹*Ibid.* à la p. 137, no 19.

⁶²*Ibid.*

organique de l'ordre juridique international autour du concept de souveraineté apparaît juridiquement exacte, mais bien abstraite. Les États et les systèmes juridiques étatiques s'affrontent, dans une large mesure, plus violemment que les multinationales sur leurs marchés ou les organisations professionnelles internationales à l'échelle mondiale.

Quant aux organisations internationales interétatiques, elles offrent aussi, en dépit des remarquables efforts de convergence — incarnés, par exemple par les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international — le spectacle d'une cohérence laborieuse et partielle. Il ne s'agit certes pas de minimiser le travail accompli, précisément pour atteindre à plus de cohérence, au sein des grandes organisations internationales interétatiques au premier rang desquelles : l'Organisation des Nations Unies (O.N.U.), et ses institutions spécialisées, l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T.), le Fonds monétaire international (F.M.I.). Mais on ne peut ignorer ni les rudes difficultés rencontrées au sein de ces grandes organisations pour faire techniquement progresser les contenus de l'ordre juridique international ni surtout l'existence, à la surface du monde, de nombreuses organisations internationales interétatiques diverses et partielles voire superposées regroupant plus ou moins étroitement les États et blocs antagonistes : bloc des États satellites de l'U.R.S.S., bloc des États de la Communauté européenne, bloc de certains États d'Asie du Sud-Est, de certains États d'Amérique du Sud, de certains États arabes. La diversité et l'affrontement sont tels entre ces blocs, qu'il faut faire un vigoureux effort d'abstraction pour affirmer, comme nous continuons de le faire, qu'il y a un ordre juridique et, notamment, sous l'angle des rapports internationaux, un ordre juridique international.

En regard, et toujours en se plaçant sur le terrain juridique, il ne faut absolument pas méconnaître le degré de structuration et le degré d'interprofessionnalisation de certaines grandes institutions corporatives mondiales. Elles sont le fruit d'efforts séculaires accomplis par les professions pour se structurer à l'échelle du marché mondial des produits et d'efforts, également développés de longue date, pour mettre en place de grandes institutions privées internationales, indépendantes des branches précisément pour approcher du but considéré comme atteint par les tenants de la *lex mercatoria*. Car telle est bien la mission qui leur est, parmi d'autres, assignée par leurs promoteurs : a) mettre sur pied, patiemment, progressivement, des règles internationales communes, acceptées par tous, afin, précisément, de fournir aux entreprises et aux banques qui font du commerce international des règles universelles, commodées, adaptées, connues à l'avance, dont tous les opérateurs sentent le besoin ; b) prendre les mesures de persuasion ou d'autorité appropriées pour que la pratique de ces règles se répande et s'impose ; c) prévoir, enfin, des systèmes de conciliation et d'arbitrage pour

résoudre les litiges auxquels peuvent donner lieu l'application de telles normes. Cette mission n'est pas accomplie à cent pour cent. Mais le chemin parcouru est notable. Il a été souligné que les grandes associations de branches, telles que la London Corn Trade Association, étaient, par nature même, diverses. Mais elles ont, dans leur champ d'action, une incontestable audience donc un réel pouvoir. De telles organisations détiennent les clés de diverses possibilités indispensables pour les opérateurs (accès à telle bourse de commerce, telle possibilité de financement, telles catégories d'information, telle part de marché, etc.), ce qui leur permet d'exercer éventuellement d'efficaces sanctions.

À l'échelle inter-professionnelle, une institution telle que la Chambre de commerce internationale, lorsqu'elle met à jour ses incoterms, reprend la rédaction de ses Règles et usances en matière de crédit international, et quand elle propose, à travers ses soixante comités nationaux, son règlement d'arbitrage et les services de sa Cour d'arbitrage, se présente comme une organisation (non étatique ou interétatique) forte, structurée, dotée d'une large fraction des pouvoirs qui seraient nécessaires pour que ses codifications (privées) forment des ensembles de normes reposant sur une institution. Nous ne sommes pas loin, en vérité, des conditions d'existence impliquées par le concept d'ordre juridique.

C'est pourquoi nous avons écrit que la « menace » dirigée contre l'unité de l'ordre juridique international pouvait, elle-même, être qualifiée de réelle. Elle reste relative pour deux raisons essentielles : 1) même lorsqu'elles constituent des ensembles s'appuyant sur une institution aussi forte que la Chambre de commerce internationale, ces normes ne sont reliées aux autres ensembles, par exemple aux conditions générales de vente de telle autre organisation corporative internationale de branche, par aucun ciment organique ou institutionnel tel que le concept de souveraineté étatique ; 2) l'application de ces normes reste juridiquement subordonnée à l'exercice de la liberté contractuelle en conformité avec l'ordre juridique étatique ou interétatique. La vision que nous proposons du rapport entre ce dernier et la *lex mercatoria* est, en somme, la suivante. La seconde serait un sous-ensemble de l'ordre juridique international en concurrence immédiate avec les normes procédant directement de la source proprement étatique ou interétatique. C'est alors sur le terrain de l'effectivité que porterait la menace créée par le développement de la *lex mercatoria*.

B. — Menace contre l'effectivité de l'ordre étatique

14. Pour tenter de mesurer cette menace, il est nécessaire de raisonner moins en termes de théorie juridique qu'en termes d'application concrète des différents types de normes. Si l'on accepte la perspective que nous avons

tracée, il s'agit de savoir dans quelle mesure les normes procédant directement de l'exercice, à l'échelle des États ou à celle des organisations internationales publiques, de la souveraineté étatique doivent céder le terrain devant celles qui sont regroupées sous le nom de *lex mercatoria*. Si l'on entre dans la construction juridique proposée par les auteurs de la doctrine de la *lex mercatoria*, il s'agit de déterminer la place respective de deux ordres juridiques en compétition : l'ordre juridique international étatique ou interétatique et l'ordre juridique mercatique. Quelle que soit la perspective adoptée, le but serait de prendre, en quelque sorte, la mesure physique du phénomène en se demandant comment et jusqu'à quel point des règles de « droit marchand » font, en fait, reculer, dans la réalité concrète du commerce international, l'application effective des règles de droit étatique ou interétatique.

15. Cette appréciation purement quantitative doit bien entendu être absolument dénuée de toute considération péjorative. Il faut ici être bien clair pour que l'emploi des termes utilisés ne se prête à aucune équivoque. L'emploi du terme « menace », en particulier, ne signifie, bien entendu, en aucune façon que toute norme venant directement de source étatique ou interétatique serait techniquement mieux adaptée et que toute norme provenant de la *lex mercatoria* comporterait un risque pour on ne sait quelle éthique. Bien au contraire, les normes proposées aux contractants dans le cadre de la *lex mercatoria* sont le plus généralement d'excellents instruments juridiques dont l'adaptation et l'efficacité résultent d'une longue expérimentation. S'ils sont utilisés, c'est précisément à raison des services qu'ils rendent et de leur qualité. Et les États eux-mêmes n'ont qu'à se louer de leur efficience et de leur généralisation. Les codifications de la Chambre de commerce internationale ont été préparées par d'attentives consultations et elles sont périodiquement mises à jour dans l'esprit le plus moderne. Il en est de même des incoterms. Les formules de contrats-types diffusées mondialement par les organisations de branches sont rodées par une longue pratique et leur objet est de répondre aux besoins des parties. Et l'arbitrage est, à beaucoup d'égards, la méthode jugée la mieux adaptée pour résoudre les litiges nés des opérations de commerce international.

16. Il reste que, concrètement, le développement de ces codifications privées, de ces contrats-types, de ces pratiques arbitrales s'accomplit par non-utilisation, ou moindre utilisation, des droits étatiques et des tribunaux d'État. C'est cette perte d'effectivité qui constitue l'aspect majeur, au regard de l'ordre juridique international, de l'extension de la *lex mercatoria*. Elle se traduit par deux conséquences principales. Dans la mesure où la *lex mercatoria* étend son domaine, la règle « marchande » ou « mercatique » se substitue à la règle « étatique » ou « interétatique » (1) et les arbitres

internationaux trouvent dans son application un moyen efficace de s'affranchir du droit étatique (2).

1. — La règle « marchande » ou « mercatique » se substitue à la règle « étatique » ou « interétatique »

17. Aucune des notations que l'on peut mettre en lumière pour telle ou telle catégorie de règle « marchande » ou « mercatique » n'a de portée absolument générale puisque les normes que l'on fait entrer dans le concept de *lex mercatoria* sont de nature et de précision très variables. Ce que l'on souhaite montrer à l'aide des exemples classiques qui vont être repris, c'est que l'emploi, par les opérateurs du commerce international, des normes proposées par la *lex mercatoria* conduit, dans une large mesure, à l'évacuation pure et simple des normes correspondantes qui auraient pu être empruntées au droit étatique ou interétatique.

18. En matière d'opérations bancaires internationales courantes, par exemple, les codifications professionnelles de la Chambre de commerce internationale jouent un rôle considérable. Mais ce rôle est intéressant à observer car il n'est pas toujours d'une intensité égale. Les raisons pour lesquelles certaines de ses règles et usances se sont imposées d'une façon quasi universelle sont claires. La première est leur qualité. Élaborées par des concepteurs très informés, elles offrent des règles éprouvées correspondant le mieux possible aux aspirations des négociants et de leurs banquiers. Soumises à des rédactions successives, elles sont améliorées à chaque reprise. Les rédacteurs de l'édition 1983 des Règles et usances en matière de crédit documentaire, par exemple, ont tenu compte, note la préface de cette nouvelle rédaction, des « malentendus et problèmes d'interprétation [...] soulevés par le texte de 1974 »⁶³ et introduit, pour y remédier, certains développements ou, au contraire, certaines simplifications. La seconde raison de l'audience exemplaire de ces codifications professionnelles est le caractère interprofessionnel de la Chambre de commerce internationale. Les règles de crédit doivent tenir un compte égal de l'intérêt des banquiers et de celui de leurs clients. En raison de sa neutralité institutionnelle, il est permis de penser que les règles élaborées ne favorisent pas une profession par rapport aux autres. La troisième raison est l'acceptation de ces Règles et usances par les milieux professionnels qu'elles sont appelées à régir. Cette troisième raison est déterminante. Ce caractère déterminant est illustré de façon significative par la différence d'accueil réservé aux trois codifications de la Chambre correspondant aux opérations les plus courantes. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever, les Règles et usances relatives aux crédits documentaires et celles qui ont trait aux encaissements sont effectivement

⁶³Règles et usances, *supra*, note 14 à la p. 6.

d'une application extrêmement générale. En revanche, les Règles et usances en matière de garanties contractuelles ont reçu en pratique un accueil beaucoup plus limité et n'ont pas obtenu une audience quasi universelle. La raison de cette différence tient, très probablement, à ce que les acheteurs qui exigent une garantie bancaire à première demande entendent que, selon l'étendue de la garantie, cette dernière joue mécaniquement sans que le banquier puisse invoquer (hors la fraude) telle ou telle exception — pas même celle qui serait tirée d'un examen de conformité documentaire. Les Règles et usances de la Chambre de commerce internationale confèrent au banquier une plus grande protection. Mais, dans la réalité des négociations internationales, les acheteurs sont souvent en position de faire accepter leurs exigences. Le résultat est que, dans le domaine des garanties contractuelles, les contrats sont le plus fréquemment placés hors de l'empire des Règles et usances. Dans le cas des deux autres codifications évoquées : crédits documentaires, encaissements, la situation est toute différente. Elles ne sont pratiquement jamais rejetées par les contractants. Leur application effective est donc tout à fait générale. Il est à noter d'ailleurs que, pour ces opérations bancaires internationales extrêmement courantes, le droit étatique laisse le champ entièrement libre à la codification professionnelle. Tout se passe comme si l'application de ces Règles et usances bien acceptées par la pratique contractuelle, était si générale qu'il n'y a plus d'espace pour le droit étatique. Il faut citer à cet égard l'arrêt de principe de la Cour de cassation française en matière de crédit documentaire qui en consacre le caractère abstrait.⁶⁴ Cet arrêt du 14 octobre 1981 est tout à fait remarquable en ce sens qu'il appuie son dispositif sur le visa suivant : « [v]u [...] l'article 3 des Règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire ». ⁶⁵ Ce visa doit être souligné à deux égards. D'abord en lui-même. Il consacre le vide du droit étatique sur le sujet. La Cour de cassation appuie son raisonnement technique sur la stipulation de la codification privée. Cela illustre éloquemment la substitution de la règle « mercatique » à une règle de droit étatique éventuelle dont nul n'éprouve le besoin puisque ce dernier est parfaitement satisfait par l'excellente codification (privée) de la Chambre de commerce internationale. Mais il convient d'être tout autant attentif à ce que la Cour de cassation fait précéder ce visa « mercatique » d'un autre visa qui n'est d'aucun secours technique pour trancher la question posée mais qui est d'une importance primordiale pour la théorie de la *lex mercatoria* : « vu »,

⁶⁴Cass. com. 14 oct. 1981, Bull. civ. IV, no 357, 284, *Discount Bank c. Téboul* [ci-après : *Discount Bank*]; M. Vasseur, « Note sous Ch. com. 14 oct. 1981 » D. 1982, 301. Comparer en matière de garantie bancaire à première demande : dans l'arrêt de principe Cass. com. 20 déc. 1982, Bull. civ. IV, no 417, 348, *Banque de Paris et des Pays-Bas c. Société Creusot-Loire*, la Cour de Cassation raisonne en dehors de toutes Règles et usances par référence aux principes juridiques du droit français étatique applicable à l'espèce. M. Vasseur, « Note sous Ch. com. 20 déc. 1982 » D. 1983, 365.

⁶⁵*Discount Bank*, *ibid.* à la p. 284.

tout d'abord, l'article 1134 du Code civil français, c'est-à-dire le texte fondamental qui pose le principe de la liberté contractuelle et assimile la force d'une stipulation contractuelle à celle de la loi elle-même.⁶⁶ Ce premier visa signifie bien que les Règles et usances en matière de crédit documentaire elles-mêmes, c'est-à-dire le parangon des normes mercatiques, n'ont valeur de loi que sur le fondement de leur incorporation au contrat par l'exercice de la volonté commune des contractants. Il montre donc que la généralité d'application des normes mercatiques relève de l'effectivité, c'est-à-dire du caractère universel de leur utilisation effective par les opérateurs. Le phénomène est que, dans le cadre de cette application, le droit étatique cède concrètement le terrain et, en l'occurrence, la totalité du terrain, à la règle mercatique.⁶⁷

19. On observe une substitution d'ampleur comparable si l'on mesure la généralité d'application des normes qui résultent de la fixation par les organismes de branche des conditions générales de vente, de l'emploi quotidien des incoterms et de la référence systématique aux contrats-types.

Les incoterms offrent un excellent exemple de l'ampleur du domaine occupé par la règle mercatique. Présentés par la Chambre de commerce internationale sous le titre modeste de *Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux*,⁶⁸ ils constituent, en réalité, une codification privée d'une importance pratique considérable. Leur nature proprement contractuelle n'est pas discutable. Comme ils offrent une palette de choix entre une série de formules, les contractants doivent au moins fixer par commun accord le standard choisi qu'il leur suffit de désigner par les initiales mondialement connues : F.O.B., C.A.F., F.A.S., etc. Leur portée juridique va très au-delà de la simple sémantique. Les incoterms, en réalité, définissent avec précision les obligations des contractants dans les différents types de ventes commerciales internationales. Établis initialement pour les ventes maritimes internationales, ils ont été progressivement, par rédactions et perfectionnement successifs, diversifiés et modernisés. Ils ont été notamment adaptés aux transformations considérables des techniques de transport : transport par fer, transport aérien, transport multimodal qui permet à un conteneur scellé d'effectuer tout un voyage international en passant d'un vecteur à l'autre sans être déchargé ni ouvert.

⁶⁶Art. 1134 al. 1 C. civ. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

⁶⁷En 1975, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international [ci-après : C.N.U.D.C.I.] en matière de crédit documentaire, s'est contentée de recommander que, dans le monde entier, les contractants utilisent les Règles et usances de la Chambre de commerce internationale, abandonnant consciemment la totalité de cet espace juridique à la norme mercatique.

⁶⁸*Supra*, note 17.

Les incoterms ne constituent pas un droit complet de la vente internationale. Mais ils sont beaucoup plus qu'un petit glossaire pratique. Ils constituent, en réalité, un pan entier du droit de la vente internationale, unifié à l'échelle mondiale. Les règles qu'ils contiennent sont, en particulier, déterminantes pour trancher les questions capitales du transfert des risques. Les premières conventions internationales portant loi uniforme sur la vente internationale⁶⁹ renvoyaient quasi expressément aux incoterms.⁷⁰ La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises n'y renvoie pas directement.⁷¹ Cette restriction volontaire est un des aspects de la lutte d'influence entre droit mercatique et droit interétatique et traduit la réticence d'un certain nombre d'États à l'égard de la *lex mercatoria*. Dans l'une et l'autre des deux conventions, toutefois, les points clés du droit de la vente internationale qui, dans la pratique contractuelle effective, sont en général réglés par le choix d'un incoterm, ne sont traités dans les stipulations de la convention que par référence à ce choix. L'exemple-type est fourni par les articles des deux chapitres traitant, dans l'une et l'autre convention du transfert des risques.⁷² La définition même des différents cas de figure correspondant à chaque incoterm est pour ainsi dire laissée en blanc afin de laisser au mécanisme du choix de l'incoterm toute latitude de jouer. Le droit interétatique uniforme de la vente internationale laisse cet espace vide. La norme « marchande » ou « mercatique » l'occupe.

Les observateurs font la même constatation et la même analyse lorsqu'ils scrutent le contenu des actes passés sur le modèle des conditions générales de vente, notamment de celles qui sont établies à l'échelle des organisations internationales de branche et des contrats dérivés de contrats-types. Les tenants de la *lex mercatoria* insistent sur l'importance du phénomène de reproduction. Cette standardisation serait poussée à un tel point que les standards finiraient par pouvoir être considérés comme des normes. « [E]n face d'un ensemble de règles assez pauvres présenté par les droits

⁶⁹Telle la Convention de La Haye du 1 juillet 1964, *Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, reproduite dans Loussouarn & Bredin, *supra*, note 23, 918-36 [ci-après : Convention de La Haye du 1 juillet 1964].

⁷⁰*Ibid.*, Annexe, *Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, art. 9(3) : « En cas d'emploi de termes, clauses ou formulaires usités dans le commerce, leur interprétation se fait selon le sens que les milieux commerciaux intéressés ont l'habitude de leur attacher. »

⁷¹*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (A/CONF.97/18, annexe I), N.U., Annuaire de la C.N.U.D.C.I., vol. 11 (1980) 161-73 et reproduite dans Y. Guyon, éd., *Les ventes internationales de marchandises* (1981) 419-49, art. 9 [ci-après : Convention de Vienne du 11 avril 1980].

⁷²Convention de La Haye du 1 juillet 1964, *supra*, note 69, ch. 6 ; Convention de Vienne du 11 avril 1980, *ibid.*, Troisième partie, ch. 4.

étatiques » se développerait ainsi « la vaste construction de la pratique portant sur les institutions et les instruments juridiques qui attestent, expriment le dynamisme de la *lex mercatoria* ». ⁷³ Dans toute la mesure, en effet, où le phénomène d'imitation et de standardisation joue à partir de normes élaborées par des sources indépendantes du droit étatique ou interétatique, ce dernier cède son espace. On doit toutefois noter que ce phénomène d'imitation, de standardisation ou de référence systématique n'est peut-être pas aussi universel que tend à le faire apparaître le souffle synthétique de la doctrine mercatoriste. Mme Anne Meinertzhagen-Limpens, par exemple, au terme d'une étude attentive du contenu effectif d'un certain nombre de contrats-types (ou conditions générales de vente) formant un échantillon tout à fait représentatif, conclut : « il existe [...] bien des clauses caractéristiques des conditions générales en matière de vente d'objets mobiliers corporels. L'observateur est cependant frappé par la très grande disparité de celles-ci ». ⁷⁴ Et elle ajoute :

Les sociétés commerciales acceptent plus facilement de se référer à une interprétation uniforme de certains termes [incoterms] plutôt que de modifier [le contenu de leurs propres] conditions générales [de vente]. ⁷⁵

Cette relativisation ne fait pas disparaître le phénomène de normalisation professionnelle des contrats. Son indépendance par rapport au droit étatique ou interétatique se manifeste parfois expressément. L'auteur de l'étude précitée signale, en effet, la fréquence relative des clauses de rejet d'application des conventions internationales relatives à la vente. ⁷⁶

Le phénomène de normalisation des contrats déborde, bien entendu, le cas de la vente.

L'étude des contenus des contrats destinés à réaliser l'implantation à l'étranger d'ensembles industriels et à opérer parallèlement le transfert des technologies correspondantes révèle aussi une assez grande identité de démarches et de contenu à travers leurs trois formes principales : contrats « clés en mains » (usine en état de fonctionnement), contrats « produits en mains » (la production a dépassé le stade des essais et de la présérie : la chaîne de production est montée en cadence) et contrats « marchés en mains » (les débouchés du produit sont identifiés et les conditions d'écoulement négociées avec les acheteurs potentiels). Ces contrats, dont chacun correspond, en général, à une opération de grande envergure, sont négociés dans leur détail et adaptés à chaque cas. L'aspect que l'on entend mettre en

⁷³Kahn, *supra*, note 7 à la p. 100.

⁷⁴A. Meinertzhagen-Limpens, « Typologie des conditions générales dans la vente internationale d'objets mobiliers corporels » dans Guyon, *supra*, note 71, 79 à la p. 96.

⁷⁵*Ibid.* aux pp. 97 et 98.

⁷⁶*Ibid.* à la p. 97.

lumière lorsque l'on souligne le rôle que joue à leur égard la *lex mercatoria* est double. Les opérations auxquelles ils correspondent exigent en réalité la passation et l'exécution de nombreux contrats partiels : entreprise, ingénierie, construction, vente, transport, transfert de propriété industrielle et de technologie, etc. Les droits étatiques offrent des modèles contractuels pour chacun de ces contrats partiels. Mais les contractants ont pour objectif la réalisation d'une opération d'ensemble. Et c'est de la pratique commerciale internationale, source de la *lex mercatoria*, qu'est venu l'effort de conception des « nouveaux types de contrats » globaux, négociés et exécutés comme des ensembles contractuels, désignés par les expressions aujourd'hui courantes que l'on vient de rappeler. Le deuxième aspect qui rattache ces contrats à la *lex mercatoria* est la parenté que l'on observe entre eux lorsque l'on en dresse la typologie.⁷⁷ Et l'on infère de cette parenté qu'ils proviennent des mêmes matrices. Ces matrices qui reflètent notamment l'âpre et difficile dialogue entre sociétés venderesses des pays développés et acheteurs des pays en développement sont, au départ, d'origine privée et relèveraient à ce titre des normes mercatiques. La généralité de leur utilisation traduirait un nouveau terrain conquis par la *lex mercatoria*, faute de modèles contractuels satisfaisants offerts par le droit étatique ou interétatique. Historiquement exacte, l'observation doit être tempérée, comme on aura à le redire, par la réaction récente d'un certain nombre de droits étatiques — et notamment de pays en développement.

Beaucoup plus propices à la démonstration, apparaissent, en revanche, les contrats de crédit ou de prêt tels qu'ils sont pratiqués, par exemple, sur le marché des euro-crédits ou des euro-obligations. On sait que la résonance européenne du préfixe appartient à l'histoire et ne correspond plus à aucune exclusivité du continent européen. Le marché des euro-crédits et des euro-obligations est mondial. L'aspect qui retient ici notre attention est l'homogénéité — très remarquable et purement mercatique, en effet — des modèles contractuels d'une perfection technique très achevée utilisés pour servir de supports juridiques à ces opérations dont on connaît l'importance et l'ampleur. Une euro-émission est réalisée au moyen de plusieurs contrats : entre l'emprunteur et le banquier chef de file ; entre les différents banquiers participant à l'opération, puisqu'il y a toujours syndication ; entre l'emprunteur et l'un des banquiers qui sera chargé du service de l'emprunt ; entre l'emprunteur et le représentant des obligataires ; entre l'emprunteur, enfin, et la globalité des prêteurs. Le dernier contrat, qui est la face émergée de l'opération, est, en général, soumis à une loi étatique. Les autres sont construits, avec beaucoup de soin, conformément à une pratique bancaire concertée et bien rodée, mais sans nécessaire référence à tel ou tel cadre

⁷⁷Voir l'étude de 1979 de Goldman, *supra*, note 3 à la p. 489, no 27 et le texte de 1977 de Kahn, *supra*, note 19 à la p. 435.

législatif étatique. Les États ne l'ignorent aucunement, bien entendu. Ils sont opérateurs eux-mêmes — et souvent emprunteurs — sur le marché des euro-crédits. Mais ils admettent parfaitement que leur droit bancaire — y compris dans ses dispositions impératives — soit ici laissé de côté au profit du droit mercatique.⁷⁸

20. L'évocation de ces exemples majeurs constamment invoqués comme les pièces maîtresses de la *lex mercatoria* avait pour objet de mesurer le champ laissé à cette dernière par le droit étatique ou interétatique. Il faut reconnaître que ce champ est considérable. Derrière les contrats-types et les incoterms, c'est l'immense réseau des importations et des exportations qui se dessine. Derrière le crédit documentaire et les garanties contractuelles bancaires, c'est une bonne part du financement du commerce extérieur qui se profile. Derrière les contrats clés en mains et tous leurs dérivés, c'est une large part de l'industrialisation des pays en développement qui est en question. Derrière les euro-émissions, enfin, et les divers contrats de la pratique bancaire internationale, c'est un volume considérable d'opérations financières internationales qui se trouve concerné. Il faut convenir que, à supposer qu'il s'agisse d'« îlots », ⁷⁹ cela finit par constituer un archipel sérieux. Cela ne correspond pas, bien entendu, à la totalité du commerce international. Mais la proportion recouverte par la *lex mercatoria* est loin d'être négligeable. Il y a là un fait. L'extension de ces règles, de ces usages, de ces pratiques, de ces codes privés soustrait au droit étatique ou interétatique des champs considérables de compétence potentielle. C'est le premier aspect de la limite apportée à son effectivité. Le second tient à la liberté dont le développement de la *lex mercatoria* fournit le moyen aux arbitres internationaux.

2. — Les arbitres internationaux invoquent la *lex mercatoria* pour s'affranchir du droit étatique

21. Il est toujours difficile d'exprimer un point de vue sur la pratique arbitrale internationale. Les sentences arbitrales sont, par nature, secrètes. Et celles qui sont publiées, même choisies avec discernement à des fins scientifiques, ne représentent qu'une très faible minorité par rapport au grand nombre des sentences rendues. Il semble toutefois permis d'inférer des sentences publiées, et en particulier des sentences de la Chambre de

⁷⁸Voir Centre de recherche sur le droit des investissements et des marchés internationaux, *Les euro-crédits : un instrument du système bancaire pour le financement international* (1981) et Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, *Les euro-obligations — Eurobonds* (1972).

⁷⁹Lagarde, *supra*, note 26 à la p. 139, no 21.

commerce internationale,⁸⁰ que certains arbitres internationaux accompagnent de leur propre démarche le mouvement d'idées qui s'est dessiné autour de la *lex mercatoria* et de son développement. Il en tirent argument pour s'affranchir assez librement du droit étatique. Il convient de redire ici que ce constat n'implique aucune appréciation péjorative. Les sentences auxquelles aboutissent les arbitrages répondent le plus généralement aux impératifs d'une justice bien adaptée à son objet. Il s'agit seulement d'observer que le droit étatique ou interétatique lui-même confère aux arbitres une liberté croissante par rapport à ses propres normes et que les arbitres n'hésitent pas à user de cette liberté. Et l'on n'évoque pas ici les arbitres amiables compositeurs. Ces derniers, comme on sait, sont habilités par les plaideurs pour trancher selon le bon sens ou en équité. Il sont affranchis des contraintes de la justification proprement juridique de leur sentence. Mais on se place dans la perspective de l'arbitrage proprement dit. La marge accrue de liberté par rapport au droit étatique que l'on évoque ici concerne l'arbitre qui doit décider en droit.

22. La première question qui se pose à lui pour trancher le litige qui lui est soumis est celle de savoir en application de quelles règles de fond il va rendre sa sentence.

Pour un juge étatique, il n'existe pas d'alternative. Il doit d'abord consulter son propre droit étatique (la *lex fori*) pour déterminer la règle applicable au litige international qui lui est soumis. Sa *lex fori* peut lui répondre soit en désignant une règle matérielle conçue pour régir directement les rapports internationaux, soit, sous la forme d'une règle de conflit, en désignant telle règle de droit étatique interne déclarée compétente pour régir le rapport international concerné. Et le juge doit respecter les directives ainsi formulées par sa *lex fori*.

Mais un arbitre international n'a pas de *lex fori*.

En matière d'arbitrage international, le schéma est le suivant. C'est aux parties qu'il revient, en première ligne, de choisir le droit applicable au fond du litige. À défaut de choix par les parties, c'est l'arbitre qui exerce ce choix. Le point important pour déterminer dans quelle mesure l'arbitrage international contribue à favoriser l'effectivité de la *lex mercatoria* au détriment éventuel de celle des droits étatiques est celui de savoir quelles sortes de règles les parties ou, à leur défaut, l'arbitre peuvent choisir pour régler le litige.

⁸⁰Les juristes de langue française bénéficient depuis 1974 de la publication annuelle d'une précieuse sélection annotée des sentences rendues sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale sous la forme d'une chronique au *Clunet* tenue successivement par MM. Robert Thompson et Yves Derains, puis par M. Yves Derains, et actuellement par MM. Yves Derains et Sigvard Jarvin.

Les modalités techniques du choix diffèrent selon qu'il est effectué par les parties elles-mêmes ou par l'arbitre.

S'agissant du choix par les parties, la Convention européenne du 21 avril 1961 et le *Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale* emploient l'expression : « [l]es parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige ». ⁸¹ Le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international emploie le terme « loi ». ⁸² L'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français élargit franchement la notion en parlant de « règles de droit ». ⁸³ Le projet de loi-type de l'O.N.U. reprend cette expression. ⁸⁴ Elle est indéniablement plus large et plus propice à englober les normes de la *lex mercatoria*. Néanmoins, en ce qui concerne le choix par les parties, les interprètes considèrent que le pas était déjà franchi. Lorsque, en effet, les parties effectuent un choix exprès, la désignation du droit choisi est généralement entendue comme portant directement sur les règles de fond destinées à résoudre le litige. ⁸⁵ D'autre part, à l'exception du projet de loi-type de l'O.N.U., tous les documents évoqués ci-dessus, de la Convention européenne du 11 avril 1961 à l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français, disposent que, quel que soit le choix des parties, l'arbitre doit tenir compte des usages du commerce. ⁸⁶

⁸¹Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, reproduite dans J. Robert, *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*, 5e éd. (1983) 408-15, art. 7(1) [ci-après : Convention européenne du 21 avril 1961] ; *Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale*, reproduit dans Robert, *ibid.*, 440-8, art. 13(3) [ci-après : Règlement de la Cour d'arbitrage C.C.I.].

⁸²Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I., reproduit dans Robert, *ibid.*, 455-68, art. 33(1).

⁸³Nouveau Code de procédure civile français, art. 1496 al. 1.

⁸⁴Projet de loi-type de l'O.N.U., art. 28 al. 1. Le texte de ce projet de loi-type a été soumis à la consultation des gouvernements à la fin de l'année 1984. Voir document C.N.U.D.C.I. A/CN.9/246.

⁸⁵Ce principe est proposé sous la forme d'une présomption par le projet de loi-type de l'O.N.U., art. 28 al. 1 : « sauf indication contraire expresse ». Comparer la sentence rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale dans l'affaire no 4434 en 1983, Y. Derains & S. Jarvin, *Chronique des sentences arbitrales* (1983) 110 Clunet 893.

⁸⁶Le projet de loi-type de l'O.N.U., dans son article 28, ne reprend pas, sur ce point la disposition de l'article 7(1) de la Convention européenne du 21 avril 1961 et de l'article 33(1) du *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* La raison de cette omission est tout à fait significative. La disposition a été supprimée du projet parce qu'elle a été « contestée par tous les détracteurs de la *lex mercatoria* qui y voient seulement la consécration de règles imposées par les nations les plus industrialisées », D. Felder, *Le projet de loi modèle sur l'arbitrage commercial international de la C.N.U.D.C.I.* (LL.M. Université McGill, 1984) [non publié] à la p. 67, qui cite dans les documents C.N.U.D.C.I., A/CN.9/245 par. 99 et A/CN.9/216 par. 91-2.

Si les parties n'ont pas fait de choix exprès, c'est à l'arbitre de l'opérer. Et la question est ici double. Selon quelle méthode doit-il choisir ? Sur quel type de règle peut-il porter son choix ?

À propos de la méthode, la *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international* du 21 avril 1961⁸⁷, le *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.*,⁸⁸ le *Règlement de la Cour d'arbitrage C.C.I.*⁸⁹ et le projet de loi-type de l'O.N.U.⁹⁰ répondent très classiquement en termes identiques ou similaires qu'à défaut de désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit qu'il juge appropriée à l'espèce.

En ce qui concerne le type de règle, cette méthode restreint a priori la gamme de choix. L'arbitre doit, en effet, d'abord emprunter à un droit étatique qu'il estime approprié une règle de conflit, puis il doit la suivre et ne peut que déboucher sur l'application d'une règle de fond également fournie par un droit étatique.

C'est à cet égard que l'article 1496 de nouveau Code de procédure civile français réalise une nette avancée vers la *lex mercatoria*. Il ne dispose pas que « l'arbitre doit utiliser la règle de conflit qu'il estime la mieux appropriée ». Il dispose que l'arbitre applique directement les règles de fond qu'il estime les mieux appropriées.

Cela signifie tout d'abord, au plan de la méthode, qu'il escamote la technique conflictualiste. Quant à la gamme des règles susceptibles d'être choisies par l'arbitre, le principe de choix direct de la règle de fond et l'emploi par l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile du terme « règle de droit » (et non du mot « droit » ou « loi ») aboutissent à reconnaître à l'arbitre toute latitude pour appliquer toute norme relevant de la *lex mercatoria*.

Reprenant les termes de la Convention européenne du 21 avril 1961, comme ceux des règlements d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I. et de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français ajoute que, quel que soit son choix pour déterminer la règle de fond applicable au litige, l'arbitre doit « tenir compte des usages du commerce ».

On constate ainsi que, au total (et spécialement dans le régime de l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français), les arbitres ont une marge de manoeuvre beaucoup plus considérable que les juges étatiques pour jouer avec les droits étatiques et, éventuellement, pour les délaisser au profit de la *lex mercatoria*.

⁸⁷*Supra*, note 81, art. 7(1).

⁸⁸*Supra*, note 82, art. 33(1).

⁸⁹*Supra*, note 81, art. 13(3).

⁹⁰*Supra*, note 84, art. 28 al. 2.

23. Et l'on observe que, dans leur pratique, les arbitres internationaux ont tendance à s'accorder effectivement cette marge de manoeuvre. Aussi bien dans la méthode choisie pour déterminer la règle applicable au fond du litige que dans le type de règle invoquée à l'appui de leur sentence.

Sur la méthode (conflictualiste ou directe), si l'on examine, par exemple, les sentences de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale publiées au Clunet, on peut faire deux constatations. La première est que c'est une question que les arbitres ont assez souvent à trancher. Avant même de statuer, ils doivent déterminer selon quelles règles de fond ils vont le faire. La seconde constatation est qu'il n'y a pas de tendance absolue. Certains arbitres continuent de recourir à la méthode de solution des conflits de lois. Ils déterminent la règle de fond en employant la règle de conflit qu'ils jugent la mieux appropriée.⁹¹ D'autres, en revanche, choisissent directement la règle de fond qu'ils appliqueront au litige, sans le détour d'un raisonnement conflictualiste.⁹² Et s'il faut compter, il semble que les seconds sont nettement plus nombreux que les premiers et que leur proportion tend à croître. La tendance est donc bien chez les arbitres internationaux à s'affranchir des droits étatiques.

24. Les arbitres n'hésitent pas davantage à s'en affranchir en élargissant au maximum l'arsenal des règles de fond dans lequel ils vont puiser pour appuyer leur sentence. On peut discerner trois cercles concentriques.

Les arbitres peuvent puiser, tout d'abord, bien évidemment, dans le corps des règles étatiques et interétatiques. Il peuvent d'ailleurs (dès l'instant qu'il s'agit de choisir des règles et non de déclencher en bloc l'application d'un système juridique étatique) exploiter ces corps de règles d'une manière beaucoup plus souple qu'un juge étatique. Ils peuvent, par exemple, dégager une règle étatique moyenne, élaborée à partir d'un travail de droit comparé, ce qui peut s'avérer très utile, si la sentence doit être exécutée dans plusieurs États, pour garantir qu'elle y soit plus aisément acceptée. Mais ceci ne doit rien à la *lex mercatoria*.

La liaison entre l'étendue des pouvoirs des arbitres internationaux et l'extension d'effectivité de la *lex mercatoria* au détriment des droits étatiques commence avec le deuxième cercle : celui des usages du commerce. Les différents régimes d'arbitrage, on l'a souligné, font obligation aux arbitres d'en tenir compte. Ils peuvent donc s'appuyer sur eux et éventuellement sur eux seuls.

⁹¹Voir par exemple la sentence rendue dans l'affaire no 4434 en 1983, *supra*, note 85.

⁹²Voir par exemple, la sentence rendue sous l'égide de la Cour d'arbitrage dans l'affaire no 4132 en 1983, Y. Derains & S. Jarvis, *Chronique des sentences arbitrales* (1983) 110 Clunet 891.

Ces usages, les arbitres les recueillent aussi bien dans les codifications privées des grandes organisations professionnelles que dans les conditions générales pratiquées dans les grands secteurs d'échange ou dans les habitudes non codifiées mais usuelles de tel secteur de production ou de distribution que les arbitres connaissent souvent très bien par expérience personnelle. Cette deuxième masse de normes se rattache clairement à la *lex mercatoria*. Et sa courante utilisation par les arbitres internationaux est l'une des manifestations importantes de l'effectivité conquise par cette dernière — au détriment éventuel de celle des droits étatiques ou interétatiques.⁹³

Mais la manifestation la plus éclatante du phénomène se rencontre dans les sentences — en nombre, semble-t-il, non négligeable — qui, au-delà des usages proprement dits puisent leur motivation dans un troisième cercle de normes : les principes généraux de la *lex mercatoria*. Il ne faut pas entendre par là des principes qui seraient induits, par exemple, d'une comparaison des droits étatiques dominants. Il s'agit de principes qui — même si on peut les retrouver sous une forme comparable dans les droits étatiques — sont considérés comme propres au droit spécifique du commerce international. On trouve, dans un nombre significatif de sentences, l'invocation de tels principes pour justifier les décisions arbitrales. Sous cette forme, par exemple :

le tribunal arbitral, pour trancher les questions que pose l'instance en cours, appliquera les principes généraux largement admis régissant le droit commercial international, sans référence spécifique à un système de droit particulier.⁹⁴

Certaines sentences vont plus loin encore. Elles s'appuient sur l'autorité même de la *lex mercatoria* qu'elles nomment expressément — apportant à l'expression doctrinale la consécration juridictionnelle — et dont les arbitres interprètent les principes avec une assurance impressionnante. Dans telle sentence, par exemple, on peut lire, pour justifier un ajustement de prix décidé par arbitrage : « [c]'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur le plan financier ». ⁹⁵ Dans telle autre, on relève une volonté de la part de l'arbitre de concilier le recours à la *lex mercatoria* avec le souci de vérifier si la solution qu'il en dégage « serait

⁹³Voir, par exemple, les sentences suivantes rendues sous l'égide de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale : dans l'affaire no 2139 en 1974, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1975) 102 *Clunet* 929 ; dans l'affaire no 2583 en 1976, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1977) 104 *Clunet* 950 ; dans les affaires no 2745 et no 2762 en 1977, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1978) 105 *Clunet* 989 ; dans l'affaire no 3202 en 1978, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1979) 106 *Clunet* 1003.

⁹⁴Sentence rendue dans l'affaire no 3267 en 1979, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1980) 107 *Clunet* 961 à la p. 962.

⁹⁵Sentence rendue dans l'affaire no 2291 en 1975, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1976) 103 *Clunet* 989 à la p. 989.

fondamentalement différente de celle découlant du droit étatique ».⁹⁶ Mais ce n'est qu'une vérification d'opportunité. « [L]a solution retenue [...] [par la] sentence [reste] fondée sur la *lex mercatoria* et l'application de l'adage *pacta sunt servanda*.⁹⁷

Ces exemples, qui ne sauraient être généralisés sans précautions, illustrent la façon dont, en invoquant directement la *lex mercatoria*, d'où ils tirent des principes souvent fort généraux leur laissant une ample latitude, les arbitres internationaux peuvent s'affranchir du droit étatique. Et l'on peut se demander si, par une progressive généralisation de cette attitude, la justice arbitrale ne va pas contribuer à faire reculer plus encore l'effectivité du droit étatique. Mais ce dernier possède tous les moyens nécessaires pour réagir.

II. — L'ordre étatique a les moyens de faire face

25. L'art de la défense peut prendre des formes multiples. Les plus efficaces ne sont pas nécessairement les plus rigoureuses ou les plus fermes. Il ne faut pas, surtout, perdre de vue l'objectif essentiel de l'ordre juridique. Savoir si la règle que l'on va proposer ou imposer aux opérateurs du commerce international relève d'un pouvoir normatif privé expansionniste ou d'un pouvoir étatique ou interétatique en retrait est un objet de discussion juridique ou politique. Mais cette discussion ne doit pas masquer la finalité principale. Cette finalité est de faire en sorte que les règles soient bonnes : c'est-à-dire efficaces pour les opérateurs du commerce international qui ont besoin de clarté, de rapidité et de sécurité, mais aussi justes et saines. Or il faut redire avec force que si les règles de la *lex mercatoria* se sont développées comme on le constate, ce n'est ni par accident ni pour faire systématiquement pièce à l'ordre étatique. Si les milieux professionnels du commerce international ont éprouvé le besoin de se forger un droit international professionnel et, éventuellement, de s'affranchir de l'ordre étatique, c'est qu'ils en ont ressenti la nécessité. Ils ont acquis la conviction, renforcée par l'expérience, que leurs besoins seraient mieux satisfaits par des normes d'origine professionnelle que par un droit purement étatique ou interétatique. Cette conviction correspond à une réalité. Le moteur de la vie économique réside dans la capacité des entreprises d'innover sans cesse pour satisfaire à la demande et à son évolution. L'élan créatif qui provoque l'adaptation des instruments et des normes juridiques aux besoins nouveaux créés par ces innovations est à attendre d'abord des responsables qui sont directement à l'écoute des entreprises : banquiers, conseils, organismes professionnels. Même

⁹⁶Sentence rendue dans l'affaire no 3540 en 1980, Y. Derains, *Chronique des sentences arbitrales* (1981) 108 *Clunet* 914 à la p. 917.

⁹⁷*Ibid.*

les systèmes entièrement planifiés pour leur fonctionnement interne doivent entrer dans le jeu du commerce international qui ne peut, lui, par définition même, être soumis globalement à une planification. Ils ne peuvent donc pas récuser entièrement les règles du jeu d'origine professionnelle. Face à ces règles du jeu et à leur développement, on constate qu'en réalité, l'ordre étatique ou interétatique peut utiliser — et utilise en effet selon les cas — soit une stratégie douce, soit une stratégie dure.

La stratégie douce ou souple consiste à absorber progressivement des fractions entières de normes issues de la *lex mercatoria* ou à en accompagner le développement en les reprenant, plus ou moins canalisées, dans ses propres documents normatifs (A).

La stratégie dure consiste, en revanche, à ne pas laisser faire au-delà d'une certaine limite. Passé cette limite, l'ordre étatique ou interétatique rappelle aux partenaires du commerce international les impératifs qu'il entend imposer. Il possède en effet, juridiquement du moins, les moyens nécessaires pour avoir le dernier mot (B).

Quelques exemples illustreront chacune ces deux stratégies.

A. — *L'intégration de la lex mercatoria dans l'ordre étatique*

26. Il ne s'agit pas, ici, des cas dans lesquels l'ordre étatique ou interétatique s'incline devant la *lex mercatoria* en lui abandonnant le terrain, soit en reconnaissant expressément sa valeur obligatoire par respect de la volonté des contractants — comme la Cour de cassation française, par exemple, pour les Règles et usances en matière de crédit documentaire de la Chambre de commerce internationale —, soit en faisant obligation aux arbitres internationaux de tenir compte des usages du commerce — comme le dispose l'article 1496 de nouveau Code de procédure civile français à la suite de la Convention européenne du 21 avril 1961.

Il s'agit d'une attitude moins passive, mais encore douce. Cette attitude consiste à intégrer, à faire siennes certaines règles de la *lex mercatoria* quitte à les soumettre à un certain criblage ou à les canaliser. Ce procédé est une manière de domestiquer la *lex mercatoria* en se l'appropriant. Mais son résultat est aussi d'en changer la nature. Car, dès l'instant où la substance de certaines normes de la *lex mercatoria* est reprise dans une source de droit étatique ou interétatique, ces normes deviennent à leur tour étatiques ou interétatiques. Cette méthode est aussi vieille que le droit lui-même. Dans le domaine du droit commercial international, on peut en discerner deux principaux types d'application : les codes internationaux de bonne conduite (1) et les différents efforts d'harmonisation ou d'uniformisation des droits étatiques (2).

1. — L'intégration de la *lex mercatoria* par les codes internationaux de bonne conduite

27. Depuis une décennie environ, les grandes organisations internationales témoignent d'une tendance croissante à aborder les problèmes les plus délicats du droit du commerce international non avec des projets ambitieux d'uniformisation qu'il serait probablement trop long et trop difficile de négocier et de faire accepter, mais en publiant des documents normatifs appelés codes de conduite.

L'Organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E.) a ainsi publié en 1976 un code de conduite sur les entreprises multinationales qui est considéré comme un bon exemple de ce type de document. De son côté, l'O.N.U. a mis en chantier un code de conduite sur les sociétés transnationales dont elle publie à intervalles réguliers l'état d'avancement.

C'est sous l'égide de l'Organisation internationale du travail qu'a été préparé le code de conduite publié en 1977 sur les aspects de politique sociale des entreprises multinationales.

En 1980, l'assemblée des Nations Unies a adopté les principes destinés à former un code de conduite sur le contrôle des pratiques restrictives de concurrence.

L'O.N.U., enfin, prépare un code de conduite sur les transferts internationaux de technologie qui est parvenu à un stade avancé et constitue déjà, dans son état actuel, une appréciable référence.

Ces codes de conduite qui peuvent tout autant s'adresser selon le cas aux États ou aux entreprises, et notamment aux entreprises multinationales, ne sont pas en général obligatoires en eux-mêmes.⁹⁸

Le code de conduite de l'O.C.D.E. relatif aux entreprises multinationales, par exemple, énonce d'entrée : « L'observation de ce code de conduite est volontaire ; elle n'est pas susceptible d'exécution forcée ».⁹⁹

Parfois ils visent à mettre en place un mécanisme institutionnel et sollicitent une adhésion génératrice de certaines obligations.

Le projet de code de conduite pour le transfert de technologie stipule, par exemple, dans son chapitre 8 : « Les États qui auront accepté le code

⁹⁸Voir P. Sanders, « Codes of Conduct and Sources of Law » dans *Études Goldman*, *supra*, note 1, 281.

⁹⁹O.C.D.E. *Investissement international et entreprises multinationales* (1976) ; texte anglais reproduit dans (1976) 15 I.L.M. 969.

de conduite [...] devraient prendre les mesures appropriées au niveau national pour faire face à leur engagement à l'égard du Code ». ¹⁰⁰

Mais, même en pareil cas, la tonalité générale du document reste incitative et non coercitive.

28. On peut rapprocher des codes de conduite, tout en soulignant à la fois la différence d'échelle et de portée qui sépare les deux types de documents, les guides publiés par les grandes organisations internationales en vue de faciliter la rédaction des contrats commerciaux internationaux.

L'établissement de ces guides, par exemple sous l'égide de l'O.N.U., sont des efforts intéressants à relever dans la perspective qui est ici la nôtre. Ils constituent, en effet, une tentative typique de l'ordre interétatique pour canaliser l'innovation contractuelle et intégrer dans leur formulation les normes considérées comme relevant de la *lex mercatoria*.

Le texte du *Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*, ¹⁰¹ par exemple, publié par l'O.N.U. en 1973 précise clairement son objet.

Le présent guide [peut-on lire dans son introduction] a pour objet de faciliter la rédaction de contrats internationaux portant sur la réalisation d'ensembles industriels [...]. Le guide ne donne pas de conseils quant au choix des procédés et des dispositions contractuelles à utiliser. Son but est essentiellement descriptif [...]. ¹⁰²

Le document offre ensuite une série de développements pratiques sur les clauses susceptibles de composer un contrat « clés en mains », un contrat de « sous-traitance », etc. De tels documents d'aide à la rédaction de contrats existent, bien entendu, dans la pratique. Ce qui est significatif, c'est que l'O.N.U. a voulu intervenir dans ce processus de fabrication des normes contractuelles. Elle le fait avec son caractère d'autorité interétatique. Et son intervention, en tant que telle, revêt toute sa portée. Mais cette intervention est remarquablement discrète. Le guide emploie sans cesse des formules telles que : « Le contrat clés en mains [...] comprend normalement telle ou telle clause » ; ¹⁰³ « Il arrive que telle stipulation soit introduite » ; ¹⁰⁴ « Il paraît essentiel pour les parties de prévoir telle ou telle stipulation ». ¹⁰⁵ Un document de ce type illustre tout à fait la stratégie douce d'intégration de la *lex mercatoria* par l'ordre interétatique.

¹⁰⁰Doc. N.U. TD/CODE TOT/1, art. 8.1.c.

¹⁰¹*Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels*, publ. N.U., F.73.11.E.13.

¹⁰²*Ibid.*

¹⁰³*Ibid.*

¹⁰⁴*Ibid.*

¹⁰⁵*Ibid.*

Il en est de même des très nombreux modèles de « conditions générales de vente » publiées, par exemple, par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies afin d'exercer une influence de même nature sur les contenus des plus importants contrats d'exportation.

29. Les codes de conduite, comme ces divers documents, ont pour objectif d'inciter, selon leur portée propre, à ce que les États et les entreprises contractantes orientent leurs politiques respectives selon certaines lignes d'harmonisation.

M. Sanders analyse leur rapport avec la *lex mercatoria* en écrivant :

In my opinion the Code-phenomenon [...] may be regarded as supporting [...] [the] « thesis » of the « renaissance » of the *lex mercatoria*. Code provisions [...] may form part of the body of the *lex mercatoria* with which MNE's [multinational enterprises] have to comply.¹⁰⁶ Notre analyse est plutôt de considérer que le contenu des codes de conduite intègre les pratiques et les normes de la *lex mercatoria* du secteur dans lequel veut intervenir l'ordre interétatique, au profit de ce dernier. Le but de l'ordre interétatique est de tenter une normalisation douce en respectant la liberté des opérateurs du secteur concerné. Si, à la suite de la publication du code de conduite, les États ne légifèrent pas et si les entreprises n'infléchissent pas leurs comportements, la *lex mercatoria* continue de régner sans partage. Nettement plus actives sont les méthodes visant à intégrer la *lex mercatoria* à l'occasion d'un effort d'harmonisation ou d'uniformisation accompli à l'échelle des droits étatiques.

2. — L'intégration de la *lex mercatoria* par harmonisation ou uniformisation des droits étatiques

30. Les droits étatiques peuvent, tout d'abord, faire de leur propre mouvement un effort d'harmonisation au bénéfice des opérateurs du commerce international.

Ils élaborent alors une règle matérielle propre au commerce international. On peut considérer qu'en la plupart des cas, c'est pour conformer leur propre règle étatique à la règle commune donc pour intégrer dans leur propre système la norme de la *lex mercatoria*.

31. La Cour de cassation française a, par exemple, décidé, dans son arrêt du 21 juin 1950,¹⁰⁷ que, quelle que soit à cet égard la position de la

¹⁰⁶Sanders, *supra*, note 98 à la p. 298.

¹⁰⁷Cass. civ. 21 juin 1950, Bull. civ. I, no 148, 111, *État français c. Comité de Bourse d'Amsterdam et Mouren* [ci-après : arrêt des Messageries maritimes] ; J.-P. Niboyet, Note, S. 1951, I, 1 ; J.-P. Hamel, Note, D. 1951, 749 ; J.-P. Lévy, Note, J.C.P. 1950, II, 5812 ; H. Batiffol, Note (1950) 30 Rev. crit. dr. int. priv. 609 ; Y. Loussouarn, Chronique de droit international du commerce (1950) 3 Rev. trim. dr. comm. 688 à la p. 698, no 10.

loi du contrat, la clause désignant une monnaie étrangère comme monnaie de compte était valable (pour le droit étatique français) dès lors qu'il s'agit d'un règlement international — alors que cette validité était exclue pour les règlements internes. Par cette décision, le droit étatique français se dotait, à l'intention des opérateurs du commerce international, d'une règle matérielle destinée à leur permettre de se conformer à une pratique commerciale internationale si répandue que sa licéité peut être considérée comme une norme de la *lex mercatoria*. Ainsi, par un mouvement volontaire de sa jurisprudence, le droit étatique français résolvait sa divergence avec la *lex mercatoria* en l'intégrant.

32. Le régime de l'arbitrage commercial international fournit, pour le droit étatique français, une autre illustration majeure de cette politique d'intégration de la *lex mercatoria*. Dès avant le décret du 12 mai 1981, la Cour de cassation française décida, par exemple, dans son arrêt du 2 mai 1966,¹⁰⁸ que la règle de droit interne, selon laquelle il est interdit à l'État de compromettre, « n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ».¹⁰⁹ Il est clair que cette jurisprudence fut instituée pour que le droit français rejoigne la norme de la *lex mercatoria*. Le critère utilisé (« contrat international » conforme « aux usages du commerce ») est d'ailleurs révélateur du réflexe d'harmonisation de la règle française par intégration de la norme commune de la pratique internationale. Et il est possible aujourd'hui, en présence du décret du 12 mai 1981, de généraliser l'analyse. On a déjà constaté la similitude entre l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français, l'article 7 de la Convention européenne du 21 avril 1961 et les dispositions correspondantes du *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* à propos de la détermination des règles de fond applicables au litige. Cette similitude ne doit rien au hasard. Elle procède d'une volonté très claire de l'autorité étatique ou interétatique de rejoindre la pratique arbitrale telle qu'elle était fixée dans des documents d'origine professionnelle tels que, par exemple, le Règlement de la Cour d'arbitrage C.C.I. On a même constaté, à propos de l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile que le législateur français n'avait pas hésité à renchérir encore et à aller le plus loin possible dans le sens souhaité par les milieux professionnels pour être sûr de bien réaliser son objectif d'intégration de la *lex mercatoria*. Cette observation vaut pour l'ensemble des dispositions du décret du 12 mai 1981. Allant très au-delà, sur des points importants, de ce qu'exigeaient de lui les

¹⁰⁸Cass. civ. (1re) 2 mai 1966, Bull. civ. I, no 256, 199, *Trésor public c. Galakis* [ci-après : *Galakis*] ; J. Robert, Note, D. 1966, 575 ; P. Level, Bulletin de jurisprudence (1966) 93 Clunet 648 ; B. Goldman, Chronique de conflits de juridictions (1967) 56 Rev. crit. dr. int. priv. 553 ; voir également P. Fouchard, « L'autonomie de l'arbitrage commercial international » [1966] Rev. arb. 66.

¹⁰⁹*Galakis, ibid.* à la p. 199.

conventions internationales que la France avait signées (et notamment la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères),¹¹⁰ le droit étatique français en matière d'arbitrage commercial international s'est volontairement placé sous le signe d'un ultra-libéralisme déterminé. La motivation du législateur français était tout à fait claire. Désireux de faire en sorte que le régime français de l'arbitrage international inspire aux milieux commerciaux internationaux la plus grande confiance, les auteurs de la réforme ont entendu le rendre le plus proche possible du régime souhaité par ces milieux. Le Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale fournissait un bon modèle. Il s'agissait donc bien de faire en sorte que le droit étatique français de l'arbitrage international s'harmonise avec la *lex mercatoria* en l'intégrant.

33. Si l'on considère maintenant les conventions ou les divers documents interétatiques, on constate maints exemples de la même méthode d'intégration.

Les organisations internationales publiques, et en particulier l'O.N.U. sur la base des travaux accomplis au sein d'institutions remarquablement informées, s'emploient à promouvoir l'harmonisation ou l'uniformisation du droit commercial international, notamment par trois ordres de techniques : les conventions portant lois uniformes, les conventions portant obligation pour les États de mettre leurs législations en harmonie avec les règles conventionnelles et les projets de lois-types. La façon dont ces différents types de documents pénètrent dans le droit étatique ou interétatique positif est très différente.

Les conventions portant loi uniforme visent, comme leur nom l'indique, à l'uniformisation du droit commercial international étatique ou interétatique positif. Lorsque les États les ont signées ou y ont adhéré puis les ont ratifiées en nombre suffisant selon les stipulations fixées par la convention elle-même, le droit matériel qui s'y trouve codifié devient le droit commercial international positif des États concernés pour les questions traitées et selon le champ tracé par la convention.

Les conventions obligeant les États à harmoniser leurs droits et les projets de lois-types procèdent différemment. Ces documents laissent les États définir leur droit international.

S'il s'agit d'une convention obligatoire, les États se sont engagés. Mais ils leur assignent des objectifs. Ils doivent donc harmoniser leurs législations.

¹¹⁰Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, I:4739, N.U., Recueil des Traités, vol. 330 (1959) 39, reproduite dans Robert, *supra*, note 81, 402-7 [ci-après : Convention de New York du 10 juin 1958].

Les projets de lois-types sont moins ambitieux. Une fois adoptés par les instances compétentes de l'organisation internationale publique promotrice, ces projets de lois sont seulement proposés aux États à titre de modèles. Dans toute la mesure où les États veulent ensuite se doter d'une législation étatique en harmonie avec les standards uniformes ainsi proposés, ils sont invités à calquer (plus ou moins étroitement, d'ailleurs), par une réforme de leur propre législation, leurs propres règles étatiques sur le modèle proposé.

Il est intéressant de constater que ces documents tiennent fréquemment largement compte de la *lex mercatoria* au point, souvent, d'en reprendre les normes pour les intégrer.

34. Un exemple majeur de convention portant loi uniforme est offert par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises qui est en cours de ratification.¹¹¹

La rédaction de cet important document, destiné à forger un droit commercial international positif interétatique unifié de la vente internationale de marchandises, fournissait à ses auteurs une occasion tout à fait propice, si telle avait été la volonté des États, pour refouler l'expansion du droit corporatif de la vente. Or, on constate, non seulement qu'il n'en est rien, mais que c'est tout le contraire qui s'est produit. On retrouve, en effet, dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 toutes les solutions (ou presque) qui avaient été dégagées (en particulier par les sentences arbitrales) et rattachées à la *lex mercatoria*.

On relève, tout d'abord, que, selon son article 6, « [l]es parties peuvent exclure l'application de la [...] Convention ou, sous réserve » d'un petit nombre de dispositions limitées, « déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets ». ¹¹² À supposer, par conséquent, que la convention leur paraisse heurter les pratiques admises par la *lex mercatoria*, les parties peuvent écarter le droit uniforme de la convention totalement ou partiellement.

Lorsque, d'autre part, la convention traite de l'interprétation du contrat de vente, de la question de savoir si un contrat de vente peut être considéré comme formé sans indication d'un prix déjà calculé, de l'impératif de bonne foi dans l'exécution, des critères d'appréciation des manquements possibles de l'acheteur et du vendeur, de l'obligation pour la victime d'un préjudice contractuel de limiter le préjudice,¹¹³ les dispositions qu'elle prend — qui

¹¹¹Convention de Vienne du 11 avril 1980, *supra*, note 71.

¹¹²*Ibid.*, art. 6.

¹¹³Voir P. Kahn, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises » [1981] Rev. int. dr. comp. 951.

ne coïncident par exactement, par exemple, avec le droit étatique interne français — sont en général harmonieuses avec celles qui résultent des sentences arbitrales appliquant la *lex mercatoria*. La réaction du droit inter-étatique, en l'occurrence, paraît donc claire : non pas refouler la *lex mercatoria*, mais l'intégrer dans l'ensemble plus systématique, plus précis, mieux ordonné de la loi uniforme.¹¹⁴

Mais la Convention de Vienne du 11 avril 1980 montre bien, également, comment cette réaction d'intégration n'est pas nécessairement une abdication. On l'observe, notamment, dans la manière dont a été rédigé l'article 9(2) de la Convention. Ce texte est important pour l'analyse ici poursuivie puisque c'est celui qui pose le principe de l'incorporation, dans le droit uniforme de la vente internationale de marchandises, des usages marchands. L'objet de l'article 9(2) est de réaliser cette incorporation en conférant à ces usages le caractère de règle juridique. Il dispose que « [s]auf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées [...] à tout usage ».¹¹⁵ Mais pas à n'importe quels usages. En même temps, en effet, que la convention incorpore les usages dans le droit interétatique, elle s'efforce d'en donner une définition rigoureuse afin d'éviter que les juges ou les arbitres ne puissent trancher arbitrairement en prétextant l'existence d'un usage. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 pose trois conditions pour qu'un usage soit ainsi rendu obligatoire, donc reconnu au titre de la *lex mercatoria* et incorporé au droit interétatique uniforme. Il est nécessaire : 1) que la règle qui serait ainsi née d'une pratique répétée soit « largement connu[e] et régulièrement observé[e] par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée » ;¹¹⁶ 2) que la règle soit d'un caractère tel que les parties en aient connaissance ou auraient dû en avoir connaissance en raison de leur professionnalisme ; 3) que les parties n'aient pas écarté cet usage par une clause expresse. Ce texte est assez révélateur de la stratégie des auteurs de la convention : ne pas affronter la *lex mercatoria*, ne pas la rejeter, l'incorporer au contraire, mais, si possible, la canaliser pour éviter que son incertitude ne débouche sur un système juridique non prévisible par défaut de précision.

35. La matière de l'arbitrage commercial international offre à la fois l'exemple de conventions obligatoires et de lois-types. On retiendra la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹¹⁷ et le projet de loi-type sur l'arbitrage commercial international élaboré sous l'égide de la C.N.U.D.C.I.,

¹¹⁴*Ibid.* à la p. 961.

¹¹⁵Convention de Vienne du 11 avril 1980, *supra*, note 71, art. 9(2).

¹¹⁶*Ibid.*

¹¹⁷*Supra*, note 110.

soumis en novembre 1984,¹¹⁸ au nom de l'O.N.U., à l'appréciation des gouvernements et dont la publication peut être envisagée à terme prévisible.

Le processus d'élaboration de ces documents qui, cependant, expriment ou exprimeront les positions du droit interétatique montre bien l'esprit dans lequel les travaux sont conduits et qui est, à la fois, d'aboutir à un dispositif acceptable pour l'ensemble des États (et, en particulier, à la fois par les États à économie planifiée et par les autres) et à une intégration des pratiques arbitrales les mieux accréditées des milieux professionnels. On note en particulier la collaboration qui s'est instituée dès l'origine entre des organismes professionnels comme la Chambre de commerce internationale et les instances de travail dépendant de l'O.N.U. Lorsque les autorités de l'O.N.U. décidèrent, en 1953, de mettre sur le chantier le projet de convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères, ce fût, en réalité, sur la base d'une initiative et d'un projet de document de la Chambre de commerce internationale. Et la Chambre a été conviée, comme une pluralité d'autres organismes corporatifs, à participer — au moins comme observateur — à tous les travaux qui ont conduit à la mise au point du projet de loi-type. Il n'y a pas lieu de s'étonner, dans ces conditions, que les documents interétatiques, d'une part, et les documents d'origine professionnelle, d'autre part, même s'ils présentent des différences, offrent de larges convergences et soient inspirés par la même volonté de favoriser le développement de l'arbitrage international.

Nous avons relevé, en mesurant la latitude offerte aux arbitres internationaux de prendre des libertés avec les droits étatiques, qu'à la différence des autres documents interétatiques ou professionnels, le projet de loi-type ne reprenait pas la disposition enjoignant aux arbitres internationaux de tenir compte des usages du commerce. Sous l'angle de l'intégration de la *lex mercatoria* par le droit étatique ou interétatique, c'est évidemment plus qu'une nuance ... Mais si l'on considère l'ensemble du dispositif arbitral résultant de ce projet de loi-type, on y trouve par ailleurs une véritable synthèse convergente de tous les efforts initiés par la pratique arbitrale professionnelle, confortés par la Convention de New York du 10 juin 1958 et largement consacrés déjà par les stipulations proposées dans les règlements d'arbitrage d'origine professionnelle (tels que celui de la Cour d'arbitrage C.C.I.) ou dans le *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* Ce *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* a déjà atteint une rayonnement effectif très large. Le but du projet de loi-type de l'O.N.U. est d'atteindre à un niveau plus accentué d'uniformisation de la procédure arbitrale à partir des acquis de la Convention de New York et de ce règlement d'arbitrage.¹¹⁹ Ce que

¹¹⁸Projet de loi-type de l'O.N.U., *supra*, note 84.

¹¹⁹Felder, *supra*, note 86 aux pp. 11 et 15.

nous voudrions souligner à cet égard est que cet impressionnant effort du droit interétatique en faveur du développement de l'arbitrage international s'accomplit non pas contre la pratique professionnelle et la *lex mercatoria*, mais à partir d'elles et en les intégrant.

Conscients de la réalité et de l'ampleur de la stratégie douce de l'ordre étatique ou interétatique à l'égard de la *lex mercatoria*, dont les régimes de la vente ou de l'arbitrage ne sont que les exemples, certains internationalistes y voient non un progrès mais un danger plus pernicieux encore que celui qui résulterait d'une lutte ouverte, même vaine. M. François Rigaux, par exemple, y voit la preuve, de la part du droit étatique ou interétatique, non pas d'une stratégie efficace de canalisation mais d'une faiblesse excessive.¹²⁰ Si le droit étatique ou interétatique, estime-t-il, non content d'abandonner à la *lex mercatoria* un champ considérable d'effectivité, intervient, quand il juge possible d'intervenir, à l'aide de codes de conduite purement facultatifs ou de lois uniformes si respectueuses des pratiques suivies par les négociateurs, c'est qu'il est impuissant. Il ne peut rien contre le pouvoir des multinationales.¹²¹ Que l'on estime ce point de vue pessimiste ou réaliste, il exprime une appréciation qui porte sur les rapports de force. À supposer que ceux-ci soient en effet souvent déséquilibrés entre le pouvoir des entités économiques qui dominent les marchés et celui des autorités publiques instituées, il reste que, juridiquement, la souveraineté étatique dispose, si elle a la volonté de les utiliser, d'armes lui donnant le dernier mot.

B. — La limitation de la lex mercatoria par l'ordre étatique

36. La convergence entre les objectifs des grandes entités professionnelles qui s'affrontent sur les marchés internationaux et ceux du droit étatique ou interétatique ne peut pas être totale. La pratique des opérations du commerce international, les réalisations en pays étrangers d'implantations industrielles concourent à l'activité économique et assurent sa croissance. Mais le seul impératif juridique auquel les entreprises qui effectuent ces opérations sont essentiellement sensibles est la recherche des solutions et des techniques leur donnant des garanties d'efficacité et de sécurité permettant de maximiser les profits et de gérer à l'optimum. La *lex mercatoria* repose essentiellement sur un souci : que les institutions juridiques servent au mieux l'intérêt économique des entreprises qui assurent l'expansion du commerce international.

¹²⁰F. Rigaux, « Souveraineté des États et arbitrage transnational » dans *Études Goldman*, *supra*, note 1, 261.

¹²¹*Ibid.* à la p. 279, no 32, où il conclut : « [I]es ordres juridiques étatiques s'adaptent comme ils ne peuvent au droit institué par les pouvoirs privés qu'ils ont renoncé à maîtriser. »

Le droit étatique ou interétatique ne méconnaît en aucune façon cet impératif dominant. Ainsi s'explique la très large convergence qui a été mise en lumière. Mais il est en charge, aussi, d'autres intérêts et doit s'assigner d'autres objectifs. Il doit traduire les impératifs à long terme du développement des économies nationales, ce qui peut impliquer des sacrifices de rentabilité sur l'immédiat. Il est en charge des nécessités de la protection de l'emploi, de l'équilibre géographique des implantations industrielles, de la formation professionnelle, des migrations de population, de la protection sanitaire et sociale, des politiques de défense.

Le respect de ces impératifs et la prise en charge de ces nécessités ne résultent pas spontanément des politiques économiques des firmes. Or, les entreprises multinationales peuvent développer depuis leur société mère des stratégies à l'échelle du monde. Et il n'est pas dans la nature de la *lex mercatoria* de contrer ces stratégies.

L'ordre étatique, en regard, présente une configuration largement fractionnée en États ou en groupes d'États. Il peut en résulter une discutable faiblesse qui n'est compensée que partiellement par le pouvoir financier d'institutions telles que le F.M.I., le fonctionnement du G.A.T.T. ou les mécanismes mis en place par les accords de régulation des marchés des grands produits.

Il reste que, face au développement de la *lex mercatoria*, la souveraineté étatique peut toujours, même si elle est fractionnée par États ou groupes d'États, exercer une action de cantonnement ou de refoulement. On peut l'illustrer à propos des contrats internationaux (1), comme à propos de l'arbitrage international (2).

1. — La limitation de la liberté contractuelle par l'ordre étatique

37. Les normes habituellement rattachées à la *lex mercatoria* se montrent surtout exigeantes pour imposer une éthique des relations entre les contractants. Elles visent à l'exécution fidèle des obligations, à la rectitude du comportement contractuel, à l'adaptation de l'équilibre des prestations . . . Mais il peut être tentant de glisser sous son élégant manteau toutes sortes de pratiques sans doute fréquentes, parfois même imposées par le milieu mais que l'ordre étatique ou interétatique ne peut tolérer sans contrôle.

Le but n'est évidemment pas d'en dresser ici un inventaire, mais seulement de montrer, à l'aide de quelques exemples, que l'ordre étatique dispose — au plan juridique du moins — de tous les moyens nécessaires pour réagir.

Des entreprises peuvent, par exemple, insérer dans des contrats industriels internationaux des clauses ayant pour objet de continger certaines

productions ou de répartir certains marchés dans des conditions nuisibles au jeu de la concurrence. Il n'est pas rare que, dans des accords internationaux, des stipulations, expresses ou occultes, aient pour but de tourner telle législation étatique sur les investissements internationaux ou sur les changes. On sait, enfin, pour s'en tenir à ces trois exemples, que, dans les contrats comportant des transferts internationaux de technologie, les entreprises vendeuses tentent fréquemment de faire adopter des clauses de rémunération, des clauses d'exclusivité ou des clauses limitatives de leurs propres prestations dont l'objectif ne coïncide pas nécessairement avec les impératifs de développement du pays récepteur.

38. Face à des pratiques contractuelles de cette sorte, les droits étatiques réagissent. Ils tentent d'atteindre les contrats internationaux utilisant ces pratiques par des législations adaptées. Les États se dotent ainsi de législations de lutte contre les ententes abusives et les pratiques anti-concurrentielles. De telles législations peuvent, d'autre part, apparaître à l'échelon des unions d'États. On sait l'importance, par exemple, des règles de concurrence posées par le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne¹²² dans ses articles 85 et 86 et de la jurisprudence européenne qui s'est développée à partir de ces textes. Ces législations mettent en place des contrôles et prévoient des sanctions. De la même façon, chaque fois qu'un État (dans les cadres prévus par les accords internationaux qui le lient, tels les accords qui ont créé le Fonds monétaire international ou, pour les États de la Communauté économique européenne, les accords qui régissent le système monétaire européen) est obligé de mettre en place un contrôle des changes, il s'efforce de l'assortir de sanctions propres à en assurer l'effectivité. Enfin, pour s'en tenir aux trois exemples choisis, de plus en plus nombreux sont les États qui se dotent d'une législation spéciale sur les transferts internationaux de technologie, afin, précisément, de faire prévaloir les impératifs du droit étatique contre certaines pratiques internationales des entreprises opérant ces transferts.

Dans quelle mesure ces législations et les sanctions qu'elles comportent peuvent-elles lutter contre les pratiques commerciales internationales donc, éventuellement, s'opposer avec succès à tel ou tel développement jugé abusif de la *lex mercatoria* ?

39. La première réponse est de rappeler que le droit étatique peut avoir à régir un contrat international à titre de loi du contrat choisie par les parties (sous réserve de la correction judiciaire des choix frauduleux) ou déterminée par les tribunaux à l'aide d'un raisonnement de localisation objective confortant l'analyse de la volonté présumée par la recherche des facteurs objectifs

¹²²Traité instituant la Communauté économique européenne, I :4300, N.U., Recueil des Traités, vol. 294 (1958) 17.

de rattachement. Lorsqu'un contrat international est soumis à un droit étatique, si ce dernier comporte des dispositions impératives assorties de sanctions, ces dispositions et ces sanctions sont applicables aux contractants.

Le point à élucider ici, sous l'angle de la *lex mercatoria*, est celui de savoir si un contrat international peut n'être soumis à aucun droit étatique. Est-il possible pour les parties (par un choix exprès) ou pour un arbitre ou un juge (à défaut de choix exprès par les parties) de placer un contrat international directement et uniquement sous l'empire des principes et usages de la *lex mercatoria*? Nous avons déjà cité des sentences montrant que certains arbitres internationaux n'hésitent pas à répondre positivement. L'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français donnant à l'arbitre comme aux parties le pouvoir de choisir librement « les règles de droit » applicables au fond du litige est fréquemment interprété comme autorisant l'exercice de ce choix en dehors du cercle des droits étatiques. C'est une des pierres d'achoppement entre la doctrine favorable au plein avènement de la *lex mercatoria*¹²³ et celle qui considère cet avènement d'un oeil critique. M. Lagarde, par exemple, rejette fortement cette éventualité.¹²⁴ Il ne saurait, selon lui, y avoir de contrat sans loi. Or, pour lui, la *lex mercatoria* n'est pas une loi.¹²⁵ Et M. Kassis insiste sur l'idée que la *lex mercatoria* ne peut pas avoir juridiquement un caractère d'ordre public. Ce défaut intrinsèque d'impérativité interdit de la considérer comme pouvant offrir la possibilité d'être choisie ou désignée comme loi d'un contrat.¹²⁶ La Cour de cassation française, quant à elle, a toujours rejeté la possibilité du contrat sans loi.¹²⁷

40. Mais l'efficacité de la lutte éventuelle d'un droit étatique contre tel ou tel aspect de la *lex mercatoria* suppose qu'il puisse s'imposer, alors même qu'il n'est pas lui-même la loi du contrat en cause.

Les moyens pour un droit étatique d'atteindre ce résultat ne font pas défaut.

Le premier type de moyens résulte tout simplement de la territorialité stricte du droit public et du droit pénal. Dans toute la mesure où les législations étatiques promulguées pour lutter contre certaines pratiques, même éventuellement cautionnées par les milieux professionnels, impliquent des procédures administratives de contrôle ou d'autorisation et appellent, en

¹²³Voir notamment le texte de M. Fouchard aux *Études Goldman*, *supra*, note 21 à la p. 77 et les références à la note 19 de cette page.

¹²⁴Lagarde, *supra*, note 26.

¹²⁵*Ibid.* aux pp. 140 et s., nos 25 et s.

¹²⁶Kassis, *supra*, note 2, ch. 7 aux pp. 473-99, nos 740-81 et notamment la sous-section intitulée : « L'ordre public de la *lex mercatoria*, concept impossible et contradictoire » aux pp. 480-3, nos 752-6.

¹²⁷Arrêt des Messageries maritimes, *supra*, note 107 selon lequel : « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État ».

cas de violation, des poursuites répressives, les critères d'application dans l'espace du droit étatique cessent de relever de la loi d'autonomie ou de la localisation contractuelle pour devenir territoriaux et obéir au principe de souveraineté de l'autorité étatique sur son territoire. Quelle que soit la loi applicable au contrat, le droit de l'État dont le territoire est désigné par la compétence de l'autorité administrative concernée ou le lieu de commission d'une infraction pénale s'applique pleinement et aucune *lex mercatoria* ne saurait y faire obstacle.

Les États disposent, d'ailleurs, fréquemment, de moyens indirects mais efficaces, pour imposer le respect de leurs législations étatiques. Dans un très grand nombre de législations promulguées par les États récepteurs pour réglementer le contenu des contrats de transfert international de technologie, par exemple, on trouve une disposition prévoyant qu'en cas de non-respect de la loi étatique, les autorisations nécessaires pour les implantations industrielles projetées et les aides financières possibles seront refusées. Les négociateurs sont, dès lors, bien obligés de passer par les Fourches caudines de l'État récepteur.

41. Indépendamment de ce premier type de moyens, le droit étatique peut également s'imposer contre la *lex mercatoria*, même s'il n'est pas la loi choisie ou désignée comme loi du contrat dès l'instant qu'il entre dans la catégorie des lois du police.¹²⁸ Cette catégorie regroupe l'ensemble des dispositions de droit privé qui, en raison de l'objectif poursuivi par le législateur d'imposer certains comportements sur son territoire, obéissent pour leur rattachement à des critères « locaux ». Même si le recours au concept de loi de police n'est pas toujours explicite, il nous semble que beaucoup de solutions débouchent sur la prévalence d'une norme étatique déterminée par référence à un critère local reposent sur des raisonnements proches.

Une question difficile en droit international, par exemple, est celle de la détermination du champ d'application dans l'espace des législations prohibant les ententes abusives et les pratiques anti-concurrentielles. Quel est le critère d'application ? En droit interne français, comme en droit européen, la réponse tend à être de se référer à la localisation des effets, c'est-à-dire des restrictions de la concurrence. Ainsi en droit français, on considère qu'il suffit que soit située en France une des entreprises impliquée dans une concentration prohibée, même si les autres sont à l'étranger, pour que la loi du 19 juillet 1977 soit applicable.¹²⁹ De la même façon, en règle générale (et sous le bénéfice d'une jurisprudence européenne très nuancée) il est admis que le lien entre une pratique restrictive et la communauté, condition nécessaire pour que s'applique le droit européen de la concurrence, « résulte

¹²⁸H. Battifol & P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 2, 7e éd. (1983) à la p. 277, no 576.

¹²⁹J.-J. Burst & R. Kovar, *Droit de la concurrence* (1981) à la p. 316, no 533.

[...] de la localisation sur le territoire constituant le marché commun des effets anti-concurrentiels ». ¹³⁰

S'agissant des violations des règles de contrôle des changes ou des investissements internationaux, la Cour de cassation française a, sur la plan du droit privé, adopté une position drastique qui a d'ailleurs suscité de vives critiques de la part des milieux professionnels. Dans son arrêt du 9 mai 1983, ¹³¹ elle a décidé que la réglementation française sur le contrôle des droits et des investissements revêt un caractère impératif et d'ordre public, et que les conventions qui n'y sont pas conformes sont illicites au point que « leur nullité ne peut être couverte ni par la tolérance de l'Administration ni par la volonté des parties ». ¹³² Dans deux arrêts ultérieurs du 22 novembre 1983, ¹³³ la Cour de cassation française a infléchi sa jurisprudence en décidant que si les effets de la convention en cause étaient seulement éventuels (garantie, aval), il n'y avait pas nullité. Mais l'exécution de la convention demeurerait subordonnée au respect de la législation étatique. Du point de vue qui est ici le nôtre, l'analyse n'est pas modifiée par cet infléchissement : le droit étatique subordonne la validité ou la possibilité d'exécuter la convention au respect de ses dispositions. Il impose donc victorieusement sa volonté.

En dernier ressort, un juge étatique peut toujours rejeter toute norme différente de celle de sa *lex fori* s'il considère que son application heurterait la conception étatique de l'« ordre public international ». Cette théorie, essentiellement jurisprudentielle dans son développement, a reçu la consécration du droit écrit en matière d'arbitrage international.

2. — La limitation de la liberté arbitrale par l'ordre étatique

42. L'ordre étatique dispose des moyens nécessaires pour se défendre — s'il estime qu'il y a lieu de se défendre — contre les excès éventuels de l'utilisation de la *lex mercatoria* par les arbitres internationaux.

¹³⁰B. Goldman & A. Lyon-Caen, *Droit commercial européen*, 4e éd. (1983) à la p. 871, no 776 ; voir aussi la jurisprudence européenne citée notamment à la p. 878, no 782.

¹³¹Cass. com. 9 mai 1983, Bull. civ. IV, no 132, 116, *Société civile immobilière « Les Jardins de Grimaud » c. Société d'études juridiques fiscales et financières* [ci-après : *Les Jardins de Grimaud*] ; E. Gaillard, Note, D. 1984, 204 ; J.-P. Eck, Note, J.C.P. 1984, II, 20045 ; F. Gianviti, Chronique de conflits de lois (1984) 73 Rev. crit. dr. int. priv. 460. M. Jean-Pierre Eck a, une nouvelle fois, exprimé les critiques des milieux professionnels : J.-P. Eck, « Le sort de contrats conclus en violation du droit français des relations financières avec l'étranger » (1985) 11 Droit et pratique du commerce international 39.

¹³²*Les Jardins de Grimaud*, *ibid.* à la p. 116.

¹³³Cass. com. 22 nov. 1983, Bull. civ. IV, no 315, 272, *Bellue c. Banque Albert de Bary* et Cass. com. 22 nov. 1983, Bull. civ. IV, no 316, 273, *Société A.C. Scholaert c. État belge* ; Gaillard, *supra*, note 131 ; J.-P. Eck, Note, J.C.P. 1984, II, 20228 ; F. Gianviti, Chronique des conflits des lois (1984) 73 Rev. crit. int. priv. 462 et 463.

Il détient, en effet, deux verrous déterminants.

C'est lui, et lui seul, qui détermine l'arbitrabilité (ou la non-arbitrabilité) des litiges.

C'est lui, et lui seul qui décide de l'éventuelle exécution forcée des sentences.

La question de l'arbitrabilité est celle de savoir, en présence d'un litige, s'il peut, par sa nature, être soumis (ou non) à l'arbitrage. Pour l'ordre étatique, le problème est celui de savoir s'il accepte que le pouvoir judiciaire d'État subisse (ou non) la concurrence de l'arbitrage.

La réponse à cette question ne peut être formulée qu'en termes de souveraineté étatique. Elle relève de la loi du for.

Les grands documents interétatiques relatifs à l'arbitrage sont unanimes sur ce point.

La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères contient deux dispositions relatives à l'arbitrabilité. L'article 2(1) énonce : « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends [...] au sujet d'un rapport de droit [...] portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ». ¹³⁴ Et l'article 5 précise que l'autorité compétente d'un pays peut rejeter la reconnaissance et l'exécution d'une sentence lorsqu'elle constate « que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ». ¹³⁵

La Convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international stipule, dans son article 6(2)(c), que : « [l]e juge saisi pourra ne pas reconnaître la convention d'arbitrage si, selon la loi du for, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage ». ¹³⁶

Le *Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.* s'exprime en termes différents mais son principe est le même. Son article 1(2) dispose « qu'en cas de conflit entre l'une [des] dispositions [du présent Règlement] et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent pas déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut ». ¹³⁷

¹³⁴Convention de New York du 10 juin 1958, *supra*, note 110, art. 2(1).

¹³⁵*Ibid.*, art. 5(2)(a).

¹³⁶Convention européenne du 21 avril 1961, *supra*, note 81, art. 6(2)(c).

¹³⁷*Règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I.*, *supra*, note 82, art. 1(2).

Le projet de loi-type de l'O.N.U., enfin, reprend, mot pour mot, dans son article 34, les termes même de l'article 5 de la Convention de New York du 10 juin 1958 qui viennent d'être cités.¹³⁸

Il est donc clairement admis que la détermination du champ de l'arbitrabilité relève de la loi du juge saisi — lorsqu'un litige s'élève à ce sujet. Le droit étatique est donc souverain à cet égard. Il peut, bien entendu, se montrer favorable à l'arbitrage international en étendant aussi largement que possible, en matière de commerce international, le champ de l'arbitrabilité. On sait que telle est, par exemple, l'attitude générale du droit français, poussée au plus loin par le décret du 12 mai 1981. Le nouveau Code de procédure civile français est, d'ailleurs, muet, dans les deux titres qu'il consacre à l'arbitrage international, sur la question de l'arbitrabilité. Mais rien n'oblige un droit étatique à se montrer aussi favorable. Les droits étatiques détiennent ce verrou. Dans la mesure où l'un d'entre eux soupçonnerait les arbitres internationaux d'être les « chevaux de Troie » de la *lex mercatoria* et où il voudrait leur barrer l'accès à certains secteurs sensibles, ce verrou pourrait se révéler un moyen tout à fait efficace.

La loi française du 6 mai 1982, par exemple, qui décide que, pour les litiges nés pendant la durée d'exécution d'un contrat individuel de travail, les tribunaux étatiques sont seuls compétents, nonobstant toute convention contraire, est généralement considérée comme applicable aux contrats de travail internationaux et constitue un verrou de cette nature. La loi française sur les brevets d'invention du 2 janvier 1968 (modifiée par la loi du 13 juillet 1978) qui décide que l'ensemble du contentieux né de ses dispositions est attribué aux tribunaux d'État et la loi du 31 décembre 1964 (modifiée par la loi du 30 juin 1975) sur les marques de fabrique, de commerce ou de service qui comporte une disposition comparable illustrent également, dans la mesure où elles s'appliquent à des litiges à caractère international, l'utilisation que peut faire un droit étatique de ce verrou.

43. Au-delà de ces textes spéciaux, des textes généraux comme l'article 2060 du Code civil français ou l'article 940 alinéa 2 du *Code de procédure civile* de la province de Québec qui, après avoir exclu l'arbitrage en matière familiale, ajoutent qu'il est également interdit de « compromettre [...] sur les questions qui intéressent [...] l'ordre public » offrent aux juges étatiques un moyen de cantonnement du champ de l'arbitrage qui n'est pas limité à l'usage des litiges de droit interne.

La Cour de cassation française, en ce qui la concerne, semble avoir posé un principe de différenciation à ce sujet entre droit interne et droit

¹³⁸Projet de loi-type de l'O.N.U., *supra*, note 84, art. 34.

international. Il semble résulter de certains de ses arrêts¹³⁹ que le contenu de la notion d'ordre public au sens des dispositions ci-dessus doit s'interpréter de façon plus souple, moins exigeante en droit du commerce international qu'en droit interne. La mise en oeuvre de cette différenciation n'est d'ailleurs pas toujours aisée. Mais le fait que l'arme défensive du refus d'arbitrabilité (soit par le législateur, soit par les tribunaux au nom de l'ordre public) soit peu utilisée par un droit libéral comme le droit français de l'arbitrage international ne l'empêche pas d'exister. La notion d'arbitrabilité est bien à la disposition du droit étatique. Et si ce dernier estime un secteur particulièrement sensible, elle lui permet, en dépit de tout développement de la *lex mercatoria*, d'avoir le dernier mot.

44. La même observation vaut pour cet autre verrou que constitue le régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales à caractère international.

Le cadre juridique, toutefois, pour la plupart des États, est ici différent. Tous ceux, en effet, qui sont liés par la Convention de New York du 10 juin 1958 ne sont plus entièrement libres de la fixation de leur droit international en ce qui concerne le régime selon lequel ils décident de reconnaître et d'admettre à l'exécution forcée les sentences arbitrales étrangères. La Convention de New York qui, désormais, les oblige, les contraint en effet à poser des règles consacrant une large ouverture.

Elle pose notamment en règle de principe que les États contractants doivent reconnaître et admettre à l'exécution forcée les sentences étrangères sans contrôle de fond, c'est-à-dire sans ouvrir de nouveau devant le juge étatique de qui les plaideurs sollicitent l'*exequatur* le débat auquel a donné lieu le litige.

Le Canada, n'ayant pas encore adhéré à la Convention de New York du 10 juin 1958, n'est pas tenu par ses dispositions. Le projet de révision du droit international privé de la province de Québec reprend, d'ailleurs dans son article 83, une partie des dispositions de l'article 5 de la Convention de New York de 10 juin 1958, le paragraphe 1, plus précisément.¹⁴⁰ Mais pour l'immédiat, les tribunaux québécois ont eu à fixer le régime de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Ils ont dû, à cette fin, choisir entre le régime d'exécution des sentences arbitrales internes et le régime d'exécution des jugements étrangers qui comporte le

¹³⁹Cass. civ. (1re) 18 mai 1971, Bull. civ. I, no 160, 133, *Société Impex c. Société Paz Produzione Lavarizione* et Bull. civ. I, no 161, 134, *Société Impex c. Société Malteria Adriatica*; D. Alexandre, Note, D. 1972, I, 37.

¹⁴⁰Québec, Office de révision du Code civil du Québec, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1977), vol. 1, *Projet de Code civil*, Livre neuvième, *Du droit international privé*, art. 83.

réexamen au fond. Ils semblent bien avoir choisi le second.¹⁴¹ C'est un exemple frappant de la réaction forte d'un droit étatique contre l'arbitrage international puisqu'elle revient à faire re-juger le litige par une juridiction de l'État récepteur.

Malgré son libéralisme, la Convention de New York du 10 juin 1958, elle-même, laisse aux États contractants un certain nombre d'armes.

Son article 5 prévoit que l'autorité compétente de l'État récepteur sera fondée à refuser la reconnaissance et l'exécution aux sentences étrangères dans sept cas précis.¹⁴²

Cette grille bride la possibilité offerte au juge de contrer éventuellement quelque application excessive ou légère de la *lex mercatoria* par les arbitres. Elle ne le prive cependant pas de toute intervention. Il peut notamment utiliser le contrôle de la conformité de la sentence avec la convention d'arbitrage (sentence hors compromis), la théorie de l'arbitrabilité et — instrument essentiel — la théorie de l'ordre public.

45. Le nouveau Code de procédure civile français, par son article 1498, restreint cette possibilité puisqu'il ne vise expressément qu'un cas : celui de la violation de l'ordre public international, pour exiger que la violation soit « manifeste ». Malgré la restriction, toutefois, le verrou demeure. Il n'est que de s'en servir.

On le retrouve dans le régime des voies de recours. Le nouveau Code de procédure civile français a mis en place un régime de voies de recours extrêmement favorable à l'efficacité des sentences étrangères ou internationales.¹⁴³ Il subordonne, en particulier, les recours dirigés contre l'efficacité de la sentence¹⁴⁴ quand il ne les interdit pas¹⁴⁵ à une « grille » de cas d'ouverture fixée par l'article 1502. Cette grille comporte cinq cas dont les définitions sont inspirées de celles de l'article 5 de la Convention de New York du 10 juin 1958. Parmi ces cinq cas, figurent celui de la sentence hors

¹⁴¹Howard Edward Audrain c. Aéro Photo Inc. (1982), [1982] C.A. 389.

¹⁴²Ces cas sont répartis en deux groupes. L'article 5(1) vise les cas de refus pur et simple : convention d'arbitrage nulle ; violation du principe du contradictoire ; sentence hors compromis ; irrégularité dans la constitution du tribunal ou la procédure ; sentence invalide. L'article 5(2) vise les cas de refus pour lesquels l'autorité compétente possède une marge d'appréciation : litige non arbitrable ; violation de l'ordre public.

¹⁴³Voir J. Béguin, « La logique des voies de recours en matière d'arbitrage commercial international » dans *Études offertes à Monsieur le doyen Houin* (1985) 241.

¹⁴⁴Les voies de recours dirigées contre l'efficacité de la sentence sont : le recours en annulation de la sentence et l'appel contre l'ordonnance refusant l'*exequatur*.

¹⁴⁵Sont fermés : le recours en annulation contre une sentence rendue à l'étranger et l'appel contre une ordonnance accordant l'*exequatur* à une sentence rendue en France ; art. 1504 C. civ.

compromis, troisième, et la violation de l'ordre public international, cinquième, — sans l'exigence de caractère manifeste, d'ailleurs. À ce niveau encore, par conséquent, le verrou existe. Et les cours d'appel peuvent en user.

Il faut toutefois reconnaître que les juges français en usent peu.

Le droit français est en réalité accueillant aux sentences étrangères. Tel est aussi l'esprit de la Convention de New York du 10 juin 1958. Et l'on sait que, dans les milieux commerciaux internationaux, l'émergence juridictionnelle est l'exception. Le plus grand nombre de sentences sont exécutées spontanément.

46. Et l'on peut généraliser l'observation.

Les principes, les usages, les pratiques de la *lex mercatoria* sont appliqués tous les jours entre négociants qui se font confiance et qui respectent la « loi » même non écrite du milieu parce que, s'ils ne la respectaient pas, ils en seraient écartés.

Cette immense et vivante réalité de la vie commerciale internationale n'est en rien l'« ennemie » de l'ordre juridique international.

Il faut, bien entendu, que le droit étatique ou interétatique puisse lutter pour que les marchés ne soient pas déséquilibrés par trop d'abus de position dominante, trop de supériorité économique de certains pays. C'est pourquoi il est important qu'il puisse faire respecter les règles de la concurrence, assurer non seulement l'équilibre et la sécurité des transactions mais encore la préservation des intérêts généraux dont il a la charge.

Mais il est parallèlement tout aussi important de ne pas contrarier les effets positifs de la création, par la pratique professionnelle, et de l'adaptation continue de toutes les normes rattachées à la *lex mercatoria*.

La conception unitaire (ou moniste) de l'ordre juridique international incarne la nécessité de cet équilibre et de sa constante évolution.
