
La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses

Philippe Kahn*

Dans ce texte, l'auteur présente une synthèse des développements contemporains de la *lex mercatoria*. D'entrée de jeu, il constate que la notion a à l'heure actuelle une importance exceptionnelle. Après un bref historique des événements ayant mené à son émergence, il examine les avenues qu'elle a empruntées pour se développer en soulignant en particulier le rôle joué par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies et l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel ainsi que par un certain nombre de pratiques contractuelles privées. L'auteur dresse ensuite un bilan des travaux portant à ce jour sur la *lex mercatoria* et constate l'importance grandissante de la jurisprudence arbitrale : il met en lumière l'intérêt de cette juridicisation mais en souligne également les dangers. Enfin, l'auteur illustre son propos par un examen des travaux académiques portant sur le monde du sport. Il constate que pour reconnaître un système juridique autonome, ces auteurs retiennent les mêmes critères qui ont été relevés pour aboutir à la *lex mercatoria*. De ce parallèle, il conclut en établissant que deux conditions sont nécessaires à l'élaboration d'une *lex* quelconque : la pratique doit s'insérer dans un milieu suffisamment organisé pour la recevoir et la généraliser, et on doit être en présence d'une certaine défaillance étatique au plan de la régulation des milieux en cause.

In this article, the author summarizes contemporary developments in the *lex mercatoria*, noting the exceptional importance of the concept today. After a short overview of the events which led to its emergence, the author studies the avenues used for the development of the concept, stressing in particular the role played by the Economic Commission for Europe of the United Nations and the United Nations Organization for Industrial Development as well as a number of private contractual practices. The author then summarizes the work being done today on the *lex mercatoria* and points to the growing importance of arbitral jurisprudence. While this growing importance is of interest, certain dangers must also be stressed. Finally, the author illustrates his thesis by looking at work being done today on the sporting world. He suggests that to recognize autonomous legal systems, authors retain the criteria developed in the *lex mercatoria*. Two conditions, the author concludes, are necessary for the elaboration of a *lex*: the practices which emerge in communities where organization and generalization are possible, and a context where states are unable or unwilling to fill the regulatory void.

* Directeur de recherche au CNRS, CREDIMI, Université de Bourgogne.

Sommaire

Introduction

I. Les prolégomènes

II. L'extension du système

III. La connaissance

IV. Le dévoiement

V. Retour en arrière

VI. Comparaison

Conclusion

* * *

Introduction

La découverte contemporaine de la *lex mercatoria* se situe à la fin des années cinquante. L'idée en est apparue en France dans une opinion publiée dans le journal *Le Monde* et rédigée par Berthold Goldman au lendemain de la nationalisation du canal de Suez¹. Il s'interrogeait sur la nature de la compagnie universelle du canal de Suez, société nationale (ou bi-nationale) ou société multinationale soumise à un régime juridique non-national. L'idée a été développée dans trois thèses (doctorat d'État) élaborées sous sa direction : celle de Jean Stoufflet sur le crédit documentaire soutenue en 1955², celle de Philippe Kahn sur la vente commerciale internationale, soutenue en 1961³, et celle de Philippe Fouchard sur l'arbitrage commercial international, soutenue en 1963⁴, et une synthèse en a été présentée par Berthold Goldman lui-même dans une communication au séminaire de philosophie du droit en 1964, sous le titre « Frontière du droit et *lex mercatoria* »⁵. Parallèlement, sans que l'expression soit aussi affirmative, l'idée a dominé deux colloques de l'Association internationale des sciences juridiques, l'un tenu à Helsinki en 1960⁶ sur la force majeure, l'autre

¹Renseignements disponibles auprès de l'auteur.

²J. Stoufflet, *Le crédit documentaire : étude juridique d'un instrument financier du commerce international*, Paris, Librairies Techniques, 1957.

³P. Kahn, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961.

⁴P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965.

⁵B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* » (1964) 9 Arch. phil. droit 177.

⁶« Some Problems of Non-Performance and Force Majeure in International Contracts of Sale » Colloque de l'Association internationale des sciences juridiques, Helsinki, 1961.

tenu à Londres en 1962⁷ sur les nouvelles sources du droit international, l'influence de Clive M. Schmitthoff, rapporteur général du colloque de Londres, étant déterminante. Enfin, la consécration est venue d'un conflictualiste illustre, le Professeur Kegel qui, chargé du cours général de droit international privé à l'Académie de la Haye de droit international en 1964, faisait porter le cours sur la crise du conflit de lois et consacrait quelques développements à la *lex mercatoria*⁸.

Actuellement, la théorie s'est banalisée, les guillemets sont tombés et d'innombrables commentaires lui ont été consacrés sous forme d'études doctrinales, sous forme de commentaires sur des décisions de tribunaux d'État ou sur des sentences rendues par des tribunaux arbitraux et même sous forme de thèses de doctorat. La théorie a de solides et prestigieux adversaires avec Paul Lagarde⁹, des adversaires polémistes avec Antoine Kassis¹⁰, des examinateurs attentifs et sceptiques avec Lord Mustill¹¹, des demi-sédults qui sont peut-être des demi-décus avec Jan Paulsson¹², des thuriféraires sans réserve que l'on ne citera pas, des constructeurs ou des reconstruteurs (Goldman¹³, Fouchard¹⁴, Loquin¹⁵, Oppetit¹⁶ et quelques autres). Si l'on appliquait les méthodes quantitatives d'évaluation des chercheurs d'après le nombre de citations qui sont faites de leurs travaux, on peut affirmer à ce stade que la *lex mercatoria* existe et qu'elle est d'une importance exceptionnelle.

En réalité un tel vacarme repose sur beaucoup de malentendus, d'incompréhensions réciproques et masque un phénomène plus prosaïque : la réponse instinctive d'une communauté professionnelle à des problèmes laissés sans solution satisfaisante par les autorités normalement compétentes d'où il résulte que les acteurs, c'est-à-dire les opérateurs du commerce international, font de la *lex mercatoria* comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. Du coup est apparue une question simple dans sa formulation et complexe dans les réponses à donner. Est-ce que des professionnels ajustant leur comportement juridique en fonction des contraintes qu'ils subissent élaborent de véritables règles de droit autonome ou ne font-ils qu'utiliser, dans un cadre étatique déterminé, la sphère de liberté que ce cadre leur reconnaît ?

⁷C.M. Schmitthoff, éd., *The Sources of the Law of International Trade*, Londres, Stevens, 1964.

⁸G. Kegel, « The Crisis of Conflict of Laws » (1964) 112 RCADI 95.

⁹P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies Techniques, 1982, 125 [ci-après *Le droit des relations économiques internationales*].

¹⁰A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrage internationaux, lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1984.

¹¹Lord M.J. Mustill, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1989.

¹²J. Paulsson, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage » [1990] Rev. arb. 55.

¹³Goldman, *supra*, note 5 ; « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalités et perspectives » (1979) 106 JDI 475.

¹⁴Fouchard, *supra*, note 4.

¹⁵É. Loquin, *L'amicable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Librairies Techniques, 1980.

¹⁶B. Oppetit, *Droit du commerce international*, Paris, P.U.F., 1977 ; R. Rodière et B. Oppetit, *Droit commercial : groupements commerciaux*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1980.

I. Les prolégomènes

Sans remonter jusqu'au droit romain, on sait qu'au Moyen Âge¹⁷, une loi des marchands s'est développée dans les grandes foires pour faire pièce à la territorialité absolue du droit féodal qui présentait trop d'insuffisance et de rigidité pour des relations rapides et fugitives entre marchands relevant de souverainetés diverses. De ce type de relations sont apparues des innovations fort importantes comme la lettre de change. Les raisons qui ont présidé à la mise en place de ces systèmes sont étrangement proches de celles que l'on invoque maintenant pour justifier l'existence d'une nouvelle *lex mercatoria* : des systèmes juridiques normalement compétents inadaptés aussi bien en ce qui concerne leur contenu que leur domaine d'application appellent des réponses de la part des destinataires des règles inadaptées ou inexistantes.

Pour la période contemporaine, on peut dater la réapparition de la *lex mercatoria* comme objet de travaux académiques aux années vingt. À ce point de vue, l'ouvrage le plus significatif est sans doute la thèse d'Ishizaki sur le droit corporatif international de la vente de soies¹⁸, thèse élaborée sous la direction d'Édouard Lambert qui, par ailleurs, a été un des théoriciens les plus sûrs de la coutume comme source du droit, même s'il subordonnait ce rôle à la reconnaissance par l'appareil judiciaire. Ishizaki, lui, a procédé à une recension des contrats de vente de soies sur les différentes places et notamment celle de Lyon et à une analyse très fine des contrats recueillis. La méthode utilisée était nouvelle pour l'époque où l'étude s'inscrit — pour ne pas dire hérétique — puisque, au lendemain des exégèses du *Code civil* et de la révérence retrouvée de la jurisprudence, c'était le document contractuel replacé dans son milieu d'origine qui devenait l'objet principal de l'observation et de la réflexion. L'ouvrage n'a pas eu le retentissement qu'il méritait, et on n'en trouve pas la trace dans les travaux préparatoires¹⁹ des conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, travaux qui étaient très avancés en 1930. Parallèlement, la Chambre de Commerce Internationale (CCI) procédait à un large examen des pratiques suivies par les opérateurs du commerce international, examen qui devait aboutir à la publication de la première version des célèbres Incoterms (1936)²⁰, première version qui constitue la première codification universelle des pratiques et des usages. Il est intéressant de s'attarder quelque peu sur les objectifs poursuivis et la méthode utilisée²¹.

Le commerce maritime avait des traditions anciennes plus ou moins codifiées et unifiées (Ordonnance de Colbert)²², mais les règles de droit présentaient

¹⁷Voir J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F., 1986.

¹⁸M. Ishizaki, *Le droit corporatif international de la vente de soies, les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places*, Paris, M. Giard, 1928.

¹⁹La Haye, Conférence diplomatique de 1951, *Actes de la Conférence*, Rome, Unidroit, 1952.

²⁰*Incoterms 1936*, Paris, Chambre de Commerce Internationale, 1936.

²¹Ceux-ci ont été bien décrits dans l'ouvrage de F. Eisemann (*Usages de la vente commerciale internationale : Incoterms, aujourd'hui et demain*, 2e éd., Paris, Jupiter, 1980) actualisé et amplifié par la suite avec la collaboration de Yves Derains (Y. Derains et F. Eisemann, *La pratique des Incoterms : usages de la vente internationale*, 3e éd., Paris, Jupiter, 1988).

²²Voir Hilaire, *supra*, note 17.

des divergences considérables d'un port à l'autre. L'oeuvre de la CCI a consisté dans un premier temps à rassembler des informations sur la façon dont ces usages et les règles souvent présentés sous un vocable identique étaient appliqués et interprétés²³. Puis, dans un deuxième temps, à élaborer à partir de cette information, un texte unifié et univoque en suivant partiellement une ligne médiane. On remarquera qu'il s'agit d'une part d'un travail de compilation important et d'autre part d'un travail de création juridique, car les textes élaborés sont originaux, même s'ils sont présentés comme une version modernisée des acquis. Et ce travail de création original est encore plus visible dans la dernière version (1990) où sont réglés des problèmes complexes dus à l'évolution des techniques de transport²⁴. Cette approche est celle généralement suivie avec plus ou moins d'ampleur par les organismes professionnels tels que syndicats ou associations. En effet, si ceux-ci ont une mission de service de la profession et un certain pouvoir d'innovation et de commandement, ce dernier, s'il est réel, est limité par le respect dû aux pratiques suivies par les membres composant le groupement²⁵.

II. L'extension du système

La même méthode, mais avec des résultats un peu différents, a été suivie par les organismes internationaux au premier rang desquels il faut placer la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU) et l'Organisation des Nations Unies pour le Développement Industriel (ONUDI).

La CEE-ONU a été un précurseur en la matière en raison d'une conjoncture favorable et de la personnalité de son conseiller juridique, Lazare Kopelmanas.

La conjoncture favorable a été un pressant besoin de rapports commerciaux entre l'Europe de l'Ouest et l'Europe de l'Est dans l'immédiat après-guerre, besoins dont la satisfaction était rendue très difficile par les divergences politiques et juridiques qui opposaient les deux blocs. Le trait de génie du conseiller juridique de la Commission a été de contourner les obstacles politiques en trouvant un terrain d'entente sur un plan très pratique : l'élaboration commune de conditions générales de vente qui ne sont pas directement des composantes des ordres juridiques nationaux de base, et de les élaborer non à partir d'idées abstraites, mais à la suite d'un examen des pratiques suivies par les exportateurs et les importateurs, d'où un équilibre certain des textes élaborés qui, de plus, n'étaient pas obligatoires. Moyennant de légères adaptations (arbitrage, loi applicable), les conditions générales ont pu servir aussi bien pour le commerce Est-Ouest que pour le commerce Nord-Sud, et la condition générale « biens d'équipement » a eu un réel succès.

L'ONUDI créée plus tard s'est plus préoccupée des grands contrats industriels, et a élaboré de nombreux manuels et lignes directrices consacrés à la mise

²³Voir *supra*, note 20.

²⁴*Incoterms 1990*, Paris, CCI, 1990.

²⁵Voir P. Malinverni, *Les conditions générales de vente et les contrats-types des chambres syndicales*, Paris, L.G.D.J., 1978.

en place de capacités industrielles dans les pays en développement, et destinés à servir de documents de référence aux négociateurs de contrats, tels que le *Guide pour l'achat de matériel industriel*, *Check-lists for Individual and Planning States or Used in Project Screening Operations*, et le *Manual on the Establishment of Industrial Joint-Venture Agreements in Developing Countries*²⁶. Ces textes sont très élaborés par rapport aux contrats de vente plus anciens.

Dans une optique voisine, on citera les conditions FIDIC²⁷ d'origine professionnelle privée, qui sont constamment utilisées dans le domaine des contrats de construction d'usines ou de travaux de génie civil.

La comparaison entre les deux groupes de documents — ceux de la filière vente simple et ceux de la filière biens d'équipement — est instructive, car elle permet de comprendre les raisons essentielles qui justifient la résurgence ou l'existence moderne de la *lex mercatoria*.

Les premières grandes codifications privées sous forme de conditions générales de vente et des Incoterms ont pour objet principal des produits de base (minerais, céréales, textiles) donnant lieu à d'intenses échanges internationaux se faisant le plus souvent par la voie maritime. Elles sont contemporaines de deux avancées technologiques fondamentales : la substitution de la navigation à vapeur à la navigation à voile, et le développement des communications télégraphiques et téléphoniques. La vitesse accélérée des communications, les déplacements de cargaisons de plus en plus importantes (développement industriel, augmentation des populations) ont rendu nécessaire une normalisation des instruments juridiques courants. Les États étaient peu préparés à une adaptation de leur législation en ce sens : les codes civils sont récents et on a encore le culte de leurs dispositions, même si le développement de la jurisprudence en a déjà montré les limites. Et surtout, selon une constante que l'on relèvera encore ultérieurement, les systèmes juridiques législatifs sont peu adaptés à régler des situations particulières en évolution rapide. Il est donc compréhensible que les autorités professionnelles, interprétant les volontés (exprimées ou implicites, lucides ou confiantes) des membres des organisations qu'elles représentent, aient pallié cette inertie étatique en élaborant leurs propres textes et en confortant le dispositif par des procédures autonomes de règlement des différends (arbitrage). Et la meilleure façon de faire accepter des modèles, c'est encore de s'abriter derrière une notion aussi imprécise que celle des usages et d'œuvrer pour que ces modèles deviennent des règles de droit.

Parallèlement à cette élaboration par des organismes professionnels qui canalisent et organisent des ensembles flous mais éprouvés par l'expérience, on rencontre des modèles d'élaboration plus individualisés, nés d'initiatives d'entreprises puis recopiés par les entreprises concurrentes parce qu'ils reposent sur des nécessités d'actualité. L'exemple le plus significatif est donné par le système bancaire international qui a créé derrière les euro-monnaies les instruments de financement du commerce international (au sens le plus large), l'euro-marché, avec les euro-obligations et les euro-crédits. On dispose maintenant

²⁶Renseignements disponibles auprès de l'auteur.

²⁷Fédération internationale des ingénieurs-conseils.

d'une trentaine d'années d'expérience et d'observation de ce curieux phénomène qu'on a pu qualifier de système monétaire international privé qui repose sur des contrats (dépôts, emprunts, prêts) qui font la loi des parties et qui contiennent des clauses types permettant de répondre aux principaux problèmes qui se posent ou sont susceptibles de se poser aux parties²⁸. Ce qui caractérise ce système c'est la forte solidarité du monde bancaire, profession à la fois très concentrée et très concurrentielle et la présence des entreprises multinationales comme interlocuteurs des banques. La syndication desancements d'emprunts et des crédits a permis une large circulation de l'information et une interpénétration exceptionnelle des intérêts et entraîné une unification des pratiques et des règles juridiques. Mais contrairement à ce qui s'est passé dans d'autres secteurs, il n'y a pas eu élaboration de conditions générales uniques pour les opérations en cause ; simplement les banques chef de file ont élaboré pour leur compte une formule et chaque banque a reproduit les modèles connus (syndication) en introduisant de temps à autre des innovations expérimentées puis éventuellement reproduites : c'est ainsi que la Kredietbank a introduit les emprunts privés (euro-obligations) libellés en unités de compte (écus)²⁹.

Dans des secteurs très nouveaux du commerce international, on constate l'existence de procédures analogues. C'est ainsi que dans le domaine nucléaire, la plupart des contrats de vente (construction) de centrales nucléaires renvoient à une centrale de référence (d'origine américaine) à partir de laquelle se sont organisés les contrats portant sur une centrale relevant du même procédé. Ce qui conduit à reconnaître l'existence d'une sorte de droit commun régissant les ventes de centrales. De même, dans les contrats de fourniture de gaz naturel liquéfié, l'influence du contrat Alaska (fourniture de gaz au Japon à partir de l'Alaska) sur tous les contrats ultérieurs est certaine. Ces contrats se caractérisent par des livraisons considérables sur une longue période de temps et à partir d'équipements à haute technologie : les usines de liquéfaction du gaz, les méthaniers.

Ce droit issu des pratiques contractuelles organisées ou relativement spontanées est d'une grande richesse inventive afin de faire face à des situations régies par des sources très parcellisées de droits étatiques, ou pour absorber et organiser les innovations techniques sophistiquées. Et contrepartie de la dispersion du milieu, on peut, à l'instar des mathématiques modernes, parler d'ensembles flous et intravertis. En effet les « étrangers » au milieu ont un accès difficile aux systèmes juridiques mis en place et en ont de ce fait une perception réduite. Cet incognito juridique a été encore accru par la notion de confidentialité interprétée strictement par les services intéressés des entreprises et aussi par un certain désintérêt de la doctrine plutôt orientée vers l'analyse de la jurisprudence. Il a fallu attendre les années soixante-dix pour qu'une masse suffisamment importante de documents contractuels soit accessible avec même des publications spécialisées ou générales de contrats³⁰, et attire une attention plus

²⁸Voir J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Paris, La revue banque, 1987 à la p. 184 et s. ainsi que la bibliographie citée.

²⁹Voir Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), *Les euro-obligations : eurobonds*, Paris, Librairies Techniques, 1972.

³⁰On peut consulter par exemple le *International Legal Materials* et Oppetit, *supra*, note 16.

soutenue d'un phénomène déjà ancien. Soumise depuis une décennie à une certaine médiatisation (dans les publications juridiques et dans les colloques), la *lex mercatoria* subit les effets à la fois d'une meilleure connaissance et d'un dévoisement qui, paradoxe, provient de l'arbitrage.

III. La connaissance

Si dans une première étape, les principaux travaux publiés en langue française peuvent être rassemblés autour de Berthold Goldman pris comme chef d'école avec les trois thèses précitées³¹, quelques études des mêmes auteurs, et de la Commission Droit et Vie des affaires de l'Université de Liège avec ses séminaires annuels, les années soixante-dix ont vu une floraison de travaux décryptant en quelque sorte le contenu même de la *lex mercatoria*, soit secteur par secteur (travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (CREDIMI), équipe CNRS, Université de Bourgogne, sur les euro-obligations³², les euro-crédits³³, la monnaie³⁴, les hydrocarbures gazeux³⁵, les transferts de technologie³⁶, les ressources naturelles d'origine agricole³⁷, l'arbitrage³⁸), soit type de clauses par type de clauses avec le groupe de travail sur les contrats animé par Marcel Fontaine³⁹.

Tous ces travaux ont pour commun dénominateur de décrire un corps de règles adopté par les opérateurs du commerce international (ce qui n'exclut pas leur utilisation en droit interne), régulant un milieu très précis. Ils reposent sur une énorme documentation contractuelle complétée par des interventions des opérateurs eux-mêmes dans une coopération de plus en plus fréquente et féconde entre l'Université et les entreprises.

On constatera dans ces travaux la part assez réduite faite au pathologique, c'est-à-dire au contentieux. Les conflits ont certes toujours existé, car on conçoit mal comment les millions de contrats conclus chaque année auraient tous été exécutés à la satisfaction réciproque des parties, mais la plupart de ces conflits ont été tranchés soit à un niveau d'instance judiciaire peu élevé, soit par des arbitrages professionnels de qualité qui les ont laissés dans une pénombre dis-

³¹*Supra*, notes 2-4.

³²*Supra*, note 29.

³³J.-B. Blaise, P. Fouchard et P. Kahn, éd., *Les euro-crédits – un instrument du système bancaire pour le financement international*, Paris, Librairies Techniques, 1981.

³⁴P. Kahn, éd., *Droit et monnaie – États et espace monétaire transnational*, Paris, Librairies Techniques, 1988.

³⁵Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI), *Les hydrocarbures gazeux et le développement des pays producteurs*, Paris, Librairies Techniques, 1974.

³⁶P. Judet et al., éd., *Transfert de technologie et développement*, Paris, Librairies Techniques, 1977.

³⁷P. Kahn et J.-C. Fritz, éd., *La gestion des ressources naturelles d'origine agricole*, Paris, Librairies Techniques, 1983.

³⁸Loquin, *supra*, note 15.

³⁹L'essentiel des résultats de M. Fontaine a été publié sous le titre *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction des clauses*, Paris, F.E.C., 1989, après l'avoir été par tranche dans la revue *Droit et pratique du commerce international*, puis dans la *Revue de droit des affaires internationales*.

crète sauf peut-être dans l'environnement local : le droit international se soucie peu des petites affaires et la non-connaissance a entraîné la non-existence (comme quoi il suffit de paraître pour exister!). Or, l'évolution du commerce international vers des opérations portant sur de grands ensembles industriels, sur des biens d'équipement sophistiqués, sur des investissements, sur des produits de base vendus à long terme, a entraîné non seulement un développement quantitatif des opérations, mais également a multiplié le nombre des contentieux complexes dirigés majoritairement vers l'arbitrage et a changé la nature des juridictions saisies. Aux arbitrages de qualité très localisés dans la profession, se sont ajoutés des arbitrages rendus par des tribunaux arbitraux dégagés de ce cadre limite (Cour d'arbitrage de la CCI, de l'*American Arbitration Association* (AAA), grands arbitrages *ad hoc*, etc.) et composés d'arbitres de grande renommée ; aux juridictions de première instance se sont ajoutées les juridictions d'appel, voire des cours suprêmes, saisies directement ou comme instances de contrôle et d'exécution des sentences. Or d'une part les décisions judiciaires sont publiques, donc publiées et commentées, et d'autre part un accès plus facile aux sentences a été ouvert par la publication périodique d'extraits de sentences commentés⁴⁰, sans compter les publications partielles ou intégrales de sentences dans toutes les revues de droit international et leur connaissance partielle à travers les décisions judiciaires de contrôle⁴¹.

IV. Le dévoiement

Ce volet « arbitrage » de la *lex mercatoria* a eu sur sa reconnaissance et sur sa structuration des effets capitaux. En effet, à une théorie générale du contrat international (sources, typologie, régime) a succédé un examen des problèmes (plus limités) surgis dans le contentieux et une construction plus systématique de la *lex mercatoria* à partir des sentences et des décisions judiciaires. Les auteurs ont alors reconnu et généralisé un certain nombre de règles souvent dénommées principes⁴² et dont la liste diffère selon les auteurs. Le juge Mustill en a dénombré une vingtaine dans une étude parue dans les *Mélanges Wilberforce*⁴³ sous le titre « The New Lex Mercatoria: the First Twenty-Five Years ». Il faut préciser qu'il ne les prend pas à son compte et que sa présentation est plus amusée et sceptique que convaincue et passionnée, mais la liste qu'il a dressée mérite d'être reproduite car elle constitue un excellent bilan de l'approche mercatoriste dans la période actuelle et une synthèse de la jurisprudence à travers les commentateurs :

⁴⁰Voir notamment depuis 1974 la chronique des sentences de la CCI publiées dans le numéro quatre du *Journal du droit international* et les chroniques de *Yearbook: Commercial Arbitration* depuis 1976.

⁴¹Voir en particulier la *Revue de l'arbitrage*.

⁴²Voir encore E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, 203 [renseignements supplémentaires disponibles auprès de l'auteur] ; J. Paulsson, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI » [1990] *Rev. arb.* 55.

⁴³Lord M.J. Mustill, « The New Lex Mercatoria : the First Twenty-Five Years » dans M. Bos et I. Brownlie, éd., *Liber Amicorum for the Right Honorable Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 149 [ci-après *Mélanges Wilberforce*].

1. A general principle that contracts should *prima facie* be enforced according to their terms : *pacta sunt servanda*. The emphasis given to this maxim in the literature suggests that it is regarded, not so much as one of the rules of the *lex mercatoria*, but as the fundamental principle of the entire system.
2. The first general principle is qualified at least in respect of certain long-term contracts, by an exception akin to « *rebus sic stantibus* ». The interaction of the principle and the exception has yet to be fully worked out.
3. The first general principle may also be subject to the concept of *abus de droit*, and to a rule that unfair and unconscionable contracts and clauses should not be enforced.
4. There may be a doctrine of *culpa in contrahendo*.
5. A contract should be performed in good faith.
6. A contract obtained by bribes or other dishonest means is void, or at least unenforceable. So too if the contract creates a fictitious transaction designed to achieve an illegal object.
7. A state entity cannot be permitted to evade the enforcement of its obligations by denying its own capacity to make a binding agreement to arbitrage, or by asserting that the agreement is unenforceable for want of procedural formalities to which the entity is subject.
8. The controlling interest of a group of companies is regarded as contracting on behalf of all members of the group, at least so far as concerns an agreement to arbitrate.
9. « Gold clause » agreements are valid and enforceable. Perhaps in some cases either a gold clause or a « hardship » revision clause may be implied.
10. One party is entitled to treat itself as discharged from its obligations if the other has committed a breach, but only if the breach is substantial.
11. No party can be allowed by its own act to bring about a non-performance of a condition precedent to its own obligation.
12. A tribunal is not bound by the characterization of the contract ascribed to it by the parties.
13. Damages for breach of contract are limited to the foreseeable consequences of the breach.
14. A party which has suffered a breach of contract must take reasonable steps to mitigate its loss.
15. Damages for non-delivery are calculated by reference to the market price of the goods and the price at which the buyer has purchased equivalent goods in replacement.
16. A party must act promptly to enforce its rights, on pain of losing them by waiver. This may be an instance of a more general rule, that each party must act in a diligent and practical manner to safeguard its own interests.
17. A debtor may in certain circumstances set off his own cross-claims to extinguish or diminish his liability to the creditor.
18. Contracts should be construed according to the principle *ut res magis valeat quam pereat*.
19. Failure by one party to respond to a letter written to it by the other is regarded as evidence of assent to its terms⁴⁴.

On voit immédiatement, à travers cette longue liste, comment se dessine la nouvelle problématique de la *lex mercatoria*, car tous les principes, même mal définis, tous les usages, même mal qualifiés, sont « extraits » de sentences arbitrales plus ou moins confortées par des décisions judiciaires, par les auteurs qui

⁴⁴*Ibid.* à la p. 174 et s.

les commentent, et sont souvent repris et utilisés par les arbitres dans les sentences ultérieures. À tel point que l'on peut actuellement parler de jurisprudence arbitrale⁴⁵ et constater qu'en réalité cette jurisprudence arbitrale est devenue la source principale de la *lex mercatoria*⁴⁶. Ce mouvement trouve un puissant appui dans les positions prises par des cours suprêmes reconnaissant l'existence de la *lex mercatoria* en tant que véritable système juridique. Pour la France, on citera la célèbre affaire *Norsolor*⁴⁷ dont on a tiré l'idée que la *lex mercatoria* était du droit.

Et cette prise de position a été confirmée dans l'affaire *Valenciana* par un nouvel arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1991⁴⁸, qui décide qu'en se référant à « l'ensemble des règles du commerce international, dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales, l'arbitre a statué en droit [...] ».

Mais si cette nouvelle évolution, marquée par le sceau judiciaire, renforce l'idée de l'existence de la *lex mercatoria* et précise son contenu, elle a des aspects négatifs dans la perception du phénomène.

En effet, tout contentieux juridictionnel, qu'il soit judiciaire ou arbitral, fait apparaître le pathologique d'une relation et masque les cas (les plus nombreux) où tout se passe bien et surtout occulte un espace relationnel jamais objet de litige. Il en résulte une photographie partielle du champ réel d'application de la *lex mercatoria* et de son contenu à un instant donné. Cette occultation est à la fois quantitative et qualitative. Quantitative dans la mesure où des pans entiers de pratiques contractuelles ne seront pas juridicisés, qualitative dans la mesure où l'expérience montre que dans une période donnée les difficultés soumises au juge, ici à l'arbitre, sont très dépendantes de l'actualité : au lendemain de la crise de l'énergie de 1973, le problème de l'adaptation des contrats ; actuellement, l'arbitrage multi-parties. Ce phénomène n'est pas particulier à la *lex mercatoria*, il est l'expression de tout système juridictionnel dont la saisie est faite par les parties en fonction de leurs problèmes immédiats.

Un deuxième aspect que l'on peut considérer comme partiellement négatif concerne les réflexions doctrinales émises à l'occasion de ces contentieux arbitraux et judiciaires. On constate que les principaux commentaires portent essentiellement sur la méthode utilisée par les arbitres pour déterminer le droit applicable au litige aussi bien quant à la procédure que quant au fond, notamment sur la signification pour l'élaboration d'une théorie des sources du droit des vocables, principes généraux du droit, usages, ce qui engendre par voie de conséquence une discussion passionnée et passionnante sur l'existence d'une *lex mercatoria*, véritable ordre juridique autonome des ordres juridiques étatiques.

⁴⁵CCI, *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Dossiers de l'Institut de droit et des pratiques des affaires internationales (séminaire des 6 et 7 avril 1986).

⁴⁶Voir Schmitthoff, *supra*, note 7 ; É. Loquin, « La réalité des usages du commerce international » (1989) I RIDE 163.

⁴⁷Cass. civ. Ire, 9 octobre 1984, (1985) 112 JDI 679 (note P. Kahn) ; B. Goldman, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*, l'affaire *Norsolor* » [1983] Rev. arb. 379.

⁴⁸Cass. civ. Ire, 22 octobre 1991, (1992) JDI (à paraître).

Comme tout conflit de ce genre, chaque « partie » ou chaque « parti » a ses intégristes et ses modérés et la polarisation du débat autour des décisions arbitrales et judiciaires a relancé une méthode d'analyse éprouvée, l'exégèse des décisions et la construction de systèmes ou de contre-systèmes. Comme on l'a déjà indiqué, le débat s'est resserré autour de la notion de principes de droit ou de principes généraux⁴⁹ ; sur la nature des usages du commerce international⁵⁰ ainsi que sur les limites à la liberté des opérateurs de construire leurs opérations et notamment sur l'existence ou non dans la *lex mercatoria* d'un ordre public transnational jouant le même rôle que l'ordre public international dans les ordres juridiques étatiques⁵¹.

Mais cette concentration du débat sur l'existence de l'ordre *lex mercatoria* et par voie de conséquence sur la mise en cause d'un monopole des droits étatiques pour régir toute situation a conduit à une extension excessive du domaine réel de la *lex mercatoria*, et fait passer d'une description plus ou moins bienveillante des découvreurs contemporains du phénomène à une dogmatique intransigeante des disciples et des néophytes.

V. Retour en arrière

La *lex mercatoria* n'est pas née avec les années cinquante. À partir des ces années, les innovations techniques et le développement du commerce international ont fait apparaître plus clairement les insuffisances des droits étatiques et du système institutionnel international en train de se mettre en place. Les organisations professionnelles, les entreprises, ont donc pallié de façon évidente cette insuffisance en élaborant les règles de jeu dont elles avaient besoin. Et ces règles ne pouvaient être que des règles d'application mondiales puisque les échanges se mondialisaient et que les entreprises elles-mêmes se mondialisaient sous forme d'entreprises multinationales ou transnationales dans la terminologie (plus exacte) retenue par les Nations Unies. Il s'est alors dégagé des usages « locaux », c'est-à-dire propres à un secteur de l'activité économique et des pratiques plus généralisées que l'on a pu appeler des principes structurants formant en quelque sorte l'armature de ces échanges, mais d'application limitée à la volonté des parties (expresse ou implicite), et enfin quelques principes d'ordre public (très peu nombreux), qui brisent les volontés individuelles. Mais ce système ne fonctionne que si une solidarité forte existe entre ceux qui s'en réclament ou à qui on l'applique. C'est bien pourquoi il ne suffit pas que quelques contrats ou quelques sentences soient bien frappés en ce qui concerne les formulations qu'ils contiennent pour appartenir à la *lex mercatoria*. Au

⁴⁹Voir B. Oppetit, « Les principes généraux du droit en droit international privé » (1987) 32 Arch. phil. droit 179.

⁵⁰Voir Kassis, *supra*, note 10 ; P. Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge » dans *Le droit des relations économiques internationales*, *supra*, note 9, 67 ; Gaillard, *supra*, note 42 ; Loquin, *supra*, note 46 ; C. Schmitthoff, *Les usages de commerce international*, Publication CCI n° 4414, Paris, CCI, 1987.

⁵¹Voir notamment P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » [1986] Rev. arb. 329 ; J.-H. Maitry, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* ? » [1989] Rev. arb. 3 ; P. Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » (1989) 116 JDI 313.

mieux ils la préfigurent, le plus souvent ce ne sont que des manifestations sans lendemain.

VI. Comparaison

Un phénomène analogue a été récemment décrit dont on peut se demander si c'est un nouveau domaine de la *lex mercatoria* qui se dessine (secteur économique) ou si c'est un autre type d'activité que l'activité commerciale (au sens large) qui, ressentant les mêmes besoins, donne les mêmes réponses que les opérateurs du commerce international : il s'agit du domaine sportif. Dans une thèse de droit administratif récente intitulée *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, l'auteur (Gérald Simon)⁵², transposant la célèbre formule de Malraux sur le cinéma, art et commerce, fait une démonstration très convaincante de l'autonomie du droit sportif en partant de l'analyse des appareils administratifs du sport et de leurs activités : définition des statuts, homologation des contrats, des équipements, enregistrement des résultats, autorisation d'exercer la profession :

Il est vrai que tout phénomène institutionnel tend à secréter [*sic*] ses propres règles et sa propre activité que régit l'institution — en d'autres termes un ordre et une puissance juridique propres qui sont la marque de toute souveraineté.

À ce titre en effet, la « puissance sportive » fédérale ne se distingue pas des autres institutions.

Elle mérite cependant une étude particulière dans la mesure où, comparée à la plupart des autres institutions, elle réalise à son point le plus achevé un système complet d'une rare cohérence interne et surtout dans la mesure où l'activité sportive est d'une singularité telle par rapport à l'ensemble des autres activités humaines (auxquelles elle ne peut être réduite) que, nécessairement, l'institution fédérale apparaît à bien des égards comme une institution sui generis.

Le système sportif se présente en effet comme un « ordre juridique » à part entière, dans le double sens du mot « ordre » à la fois « agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible, synonyme d'ordonnement, et un certain mode d'action et d'emprise sociale, synonyme de commandement, l'ordre traduisant alors une manifestation d'autorité »⁵³.

Dans le même ordre d'idées et en partant d'une réflexion plus générale sur les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, F. Rigaux consacre quelques pages⁵⁴ à l'ordre juridique transnational du football professionnel. Si cet auteur conteste l'existence d'un ordre juridique sportif transnational, il constate cependant que chaque sport particulier est régi par un système autonome et que si on relève une grande convergence entre les règles et les pratiques observées par chacun des systèmes particuliers, ils sont cependant tous indépendants les uns des autres⁵⁵. On notera également la constatation faite par l'auteur du désintérêt des États à l'égard de l'activité des fédérations sportives localisées sur leur territoire⁵⁶, sauf en ce qui concerne les recettes fis-

⁵²*Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris, L.G.D.J., 1990.

⁵³*Ibid.* à la p. 5.

⁵⁴« Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale » (1989) 213 RCADI 9 à la p. 283 et s.

⁵⁵*Ibid.* à la p. 284.

⁵⁶*Ibid.*

cales tirées de l'exploitation économique du sport. F. Rigaux de conclure la partie de son cours consacrée au sport par cette remarque désabusée :

Force est de constater l'effectivité d'un système juridique qui n'est pas seulement parallèle au droit étatique, mais qu'un tribunal étatique devrait sans doute tenir pour incompatible avec ce droit. Pareil jugement est toutefois soustrait à la science du droit : celle-ci se borne à observer la coexistence des systèmes sans que ceux qui s'efforcent de la pratiquer puissent s'instituer en organes du droit positif⁵⁷.

Si des citations d'auteurs écrivant sur le sport ont été faites, c'est pour deux raisons, l'une subjective, l'autre objective.

La première raison subjective repose sur la personnalité des auteurs. G. Simon est un jeune auteur parti sans idée préconçue, sauf peut-être sur la force de l'État et la nécessaire positivité de son droit, et il découvre au fur et à mesure du développement de ses recherches une certaine réalité, un état de fait dont l'existence ou l'ampleur tout au moins n'était pas soupçonnée au départ. F. Rigaux, lui, a toujours observé le phénomène, mais en manifestant une hostilité certaine aux pouvoirs privés⁵⁸. Dans son cours général de droit international privé, professé à La Haye, si sa méfiance et son hostilité se maintiennent, l'auteur laisse apparaître une certaine résignation devant un phénomène dont l'ampleur dépasse sans doute les prévisions faites naguère et qui ne peut être que reconnu, même à contrecœur.

La deuxième est objective. On remarquera que les auteurs en examinant le domaine sportif, retiennent pour reconnaître un système juridique autonome (total ou par branche sportive), les mêmes éléments que ceux qui ont été relevés pour aboutir à la *lex mercatoria* : l'organisation, l'élaboration de documents contractuels ou réglementaires, l'existence d'un pouvoir disciplinaire ou coercitif sur les personnes et institutions gravitant autour de l'organisation. Une place modeste est faite à l'arbitrage dans l'ordre sportif comme mode de règlement des litiges, alors que F. Rigaux consacre de longs développements à l'arbitrage international en général. Certes l'arbitrage dans l'ordre sportif existe, mais il joue un rôle encore modeste. Ce qui tendrait à faire penser que si le système sportif est fortement juridicisé, il n'est pas encore organisé du point de vue des recours et des droits de la défense.

Conclusion

On constate donc un ensemble de facteurs communs qui aboutissent à la construction d'une *lex mercatoria* et d'une « loi sportive » soit par sous-ensemble, soit pour un ensemble suivant les auteurs ou suivant la maturité du système.

Le facteur principal et, pourrait-on dire la condition essentielle, est l'existence d'une cohésion réelle du milieu en cause. Il ne suffit donc pas qu'un contrat émane d'un praticien pour conduire à un élément de la *lex mercatoria* (ou

⁵⁷*Ibid.* aux pp. 290-91.

⁵⁸Voir notamment *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977 ; « Des dieux et des héros, réflexions sur une sentence arbitrale » (1978) 67 *Rev. crit. dr. int. privé* 435.

de la loi sportive, ou de la loi x...). Ce n'est qu'un comportement individuel. Il faut encore que cette pratique s'insère dans un milieu suffisamment organisé pour la recevoir et la généraliser. Et c'est bien dans les secteurs les plus cohérents et les plus solidaires que l'on rencontre les formules les plus élaborées et les mieux reçues dans le milieu : le secteur bancaire avec les euro-marchés mais aussi, appuyé sur la CCI, le crédit documentaire (règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires), le commerce traditionnel (Incoterms), construction et travaux publics (contrats FIDIC). On est en présence d'une véritable structure, structure partiellement révélée et organisée par l'intervention des tribunaux arbitraux. Mais il ne faut pas se laisser abuser par la qualité des sentences et l'intérêt suscité par elles. La source profonde des droits corporatifs est ailleurs.

L'organisation ou la cohérence du milieu ne suffirait sans doute pas à engendrer des systèmes juridiques autonomes aussi importants si l'on n'était pas en présence d'une certaine défaillance (volontaire? involontaire? forcée?) des États qui, affrontés comme les opérateurs à des mutations de tous ordres et faute d'expérience préfèrent encore s'en remettre aux intéressés plutôt que de prendre l'initiative de régulations prématurées ou jugées sans utilité sociale immédiate.

Enfin, reprenant la remarque de F. Rigaux, on doit affirmer que la constatation de l'existence d'une source professionnelle du droit se veut neutre. En effet, elle n'implique pas un jugement de valeur sur l'intérêt et la qualité du système. Elle est le résultat de l'observation d'un phénomène social : les pratiques professionnelles sont un simple objet d'observation comme peut l'être le papillon pour l'entomologiste ou le bégonia pour le botaniste. Il appartient à d'autres que le juriste-observateur d'en tirer les conséquences qu'ils voudront (ou qu'ils pourront), pour contenir ou refouler l'application d'un ordre juridique non issu d'un processus étatique ou encore pour essayer d'accroître son champ d'application.
