

FRONTIÈRES DU DROIT ET LEX MERCATORIA

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 22/2009 | p. 211 - 230 | Jul - Set / 2009
Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 5 | p. 43 - 61 | Fev / 2012
DTR\2009\775

Berthold Goldman

Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

Área do Direito: Internacional; Comercial/Empresarial
Sumário:

1. On se propose, dans les observations ici réunies, de mettre à l'épreuve d'une expérience contemporaine certains des critères auxquels on peut songer à se référer pour tracer les frontières du droit.

Cette expérience est celle des normes originales du commerce international, étant aussitôt précisé que dans cette expression, le mot "commerce" n'est pas employé, il va de soi, dans le sens très étroit du langage courant, ni même dans celui, déjà plus large, qu'il revêt dans la terminologie du droit français interne. Il couvre en effet - se rapprochant ainsi du commercium des Romains - l'ensemble des relations économiques internationales, à la seule exception de celles qui ne mettent en présence que des collectivités publiques agissant selon les procédés qui leur sont propres. On y englobera, en d'autres termes, les rapports internationaux d'échange auxquels participe au moins une entreprise privée (ou une entreprise publique n'y faisant point usage des prérogatives dont elle est investie comme telle) - l'autre participant pouvant être, soit une entreprise de même nature, soit une personne morale de droit public, comme une organisation internationale, ou plus pratiquement un Etat ou une collectivité publique subordonnée (ainsi dans l'hypothèse fréquente, et de grand intérêt, des investissements dans les pays en voie de développement).

Or on constate, chaque jour davantage, que ces relations paraissent échapper à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation des Etats qui y ont adhéré, pour être aménagées et gouvernées selon des normes d'origine professionnelle, ou des règles coutumières et des principes que des sentences arbitrales révèlent, à moins qu'elles ne les élaborent.¹ Ces "directives de conduite" sont-elles des règles de droit et les comportements qu'elles déterminent sont-ils juridiques? La question vaut la peine d'être posée, non seulement en raison de l'ampleur et de l'importance des activités qu'elle concerne, mais aussi parce qu'elle fait clairement apparaître certaines des difficultés spécifiques de la séparation entre le domaine du droit, et de ce qui lui est étranger. Par leur genèse, comme par leur mécanisme d'implantation, ces "normes" du commerce international pourraient en effet n'être considérées, à premier examen, que comme des usages ou des pratiques spontanées, c'est-à-dire comme des comportements à qui leur simple répétition dans un milieu professionnellement caractérisé (et de la même manière limité) ne suffirait pas à conférer la dignité de règles de droit, voire de règles tout court. D'autre part, s'agit-il même de règles, peut-on les considérer comme juridiques, dès lors que ceux entre lesquels se nouent les relations qui leur obéissent ne forment pas une société humaine politiquement organisée en Etat, mais tout au plus une collectivité elle-même spontanée, assez distendue, et échappant à tout cadre étatique?²

Sinon une *description* exhaustive, du moins le rappel de quelques-unes des manifestations saillantes du phénomène paraît indispensable, avant de rechercher s'il appartient ou non au domaine du droit (I). On tentera ensuite cette localisation, en qualifiant le phénomène au regard de plusieurs des critères proposés pour définir le droit, ou la règle de droit (II), entre lesquels on pourra ainsi se dispenser d'opérer le choix préalable qui eût pu paraître logiquement nécessaire.

I

Internationaux ou non, les échanges économiques trouvent leur principal moule contractuel dans la *vente*; ils s'accompagnent d'opérations de crédit, et se traduisent matériellement par le transport de personnes ou de biens; pour peu qu'ils soient importants, leurs acteurs sont des sociétés, plutôt que des personnes physiques. C'est au regard de ces opérations et de ces "opérateurs" que nous en vérifierons d'abord l'aménagement autonome, lorsqu'ils sont internationaux (A). Puis nous

rappellerons que les litiges qui en découlent sont fort souvent réglés de manière également spécifique, dans le cadre de l'arbitrage commercial (B): constatation importante, car s'il est vrai que le droit dépasse largement le contentieux,³ il est également sûr qu'un ensemble de modes de conduite humaine ne peut former un système de droit que s'il existe une juridiction apte à veiller à leur interprétation et à leur observation.

A - 1.^o On pourrait parfaitement concevoir que la *vente commerciale internationale*⁴ relevât toujours de la loi d'un Etat déterminé, désignée par une règle de conflit. Mais s'il en est bien ainsi, à présent encore, dans des cas probablement nombreux, on constate également que dans le commerce international, vendeurs et acheteurs cherchent très souvent à échapper à l'emprise d'une telle loi, en soumettant le contrat à des normes d'une autre origine. L'inadaptation aux besoins du commerce international de biens des lois commerciales nationales - même celles de grands Etats industrialisés - et l'incertitude de leur désignation par les systèmes de droit international privé (eux-mêmes propres à chaque pays) suffisent à expliquer cette attitude.

Aussi bien le XIXe siècle a-t-il vu, non point à vrai dire naître, mais *renaître* des usages professionnels communs de la vente internationale (car à d'autres époques déjà, le commerce international avait suivi ses propres normes: que l'on songe aux opérations entre citoyens et pérégrins, se trouvant probablement à l'origine des contrats de bonne foi du droit romain, ou au jus mercatorum et au droit des foires de la fin du Moyen-âge et du début de l'époque moderne).

Mais pour s'en tenir à notre temps, on rappellera que la *London Corn Trade Association*, créée en 1877 et refondue en 1886 s'est proposée, entre autres, de "provoquer l'introduction dans le commerce de céréales de l'uniformité dans les transactions, favoriser l'adoption d'usages fondés sur des principes justes et équitables, et cela plus particulièrement pour les contrats, chartes-parties, connaissements et polices d'assurances; établir, provoquer, encourager la diffusion et l'adoption de formules types pour les contrats, les autres documents précités et en général tous ceux dont fait usage le commerce des céréales".⁵

Ce programme a été pleinement réalisé, puisque la London Corn Trade Association a établi et met à la disposition des négociants en céréales plusieurs dizaines de contrats-type, dont la diffusion et l'application sont considérables: on les utilise en effet dans de très nombreuses ventes internationales, indépendamment de toute participation d'entreprises anglaises, voire de membres de l'Association.⁶

Depuis, les contrats-type se sont largement répandus dans d'autres domaines du commerce international: on en rencontre notamment dans le commerce des produits agricoles, forestiers, miniers, pétroliers, sidérurgiques, textiles et des biens d'équipement. Ils émanent d'associations professionnelles, ou de groupements d'entreprises plus étroitement intégrées, voire d'entreprises isolées, mais puissantes; et à la dernière époque, plusieurs ont été élaborés, sous l'égide de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, essentiellement pour servir de cadre aux relations commerciales entre l'Est et l'Ouest.

On se trouve ainsi en présence d'un réseau dense et étendu de documents, couvrant la plupart des pays comme bon nombre de biens échangés dans le commerce international; et à considérer le phénomène sans idée préconçue, on constate que les contrats qui s'y réfèrent ne sont régis ni par la loi d'un Etat, ni par une loi uniforme adoptée par une Convention entre Etats, mais bien par les contrats-type eux-mêmes. Encore faut-il souligner que ceux-ci ne se bornent pas toujours à codifier des usages préexistants: ils consacrent aussi des normes nouvelles, différentes de celles des droits étatiques traditionnels, quelquefois inspirés, il est vrai, par l'intérêt des partenaires les plus puissants, mais dans d'autres cas aussi par l'intérêt commun des contractants.⁷

De prime abord on pourrait, certes, contester la valeur significative de tels exemples; car, pourra-t-on dire, les parties qui se réfèrent aux contrats-type font simplement usage de la liberté contractuelle que leur reconnaissent les systèmes juridiques respectifs des Etats où se situe, pour chacune d'elles, le centre de son activité. Les contrats qu'elles concluent de cette manière créeraient dès lors, comme ceux du commerce interne, des "normes individuelles" (Kelsen), mais ne s'en intégreraient pas moins dans ces ordres juridiques nationaux, et plus précisément peut-être dans celui des ordres juridiques étatiques que désigne la règle de conflit appliquée.

Mais en vérité, pareille objection déborde le domaine de la description du phénomène, pour contester, sinon qu'il puisse être qualifié comme un ensemble de normes juridiques "individuelles", du

moins la spécificité de cette qualification. On la retrouvera, sous cet angle.⁸ Bornons-nous ici à dire que la vue qu'elle exprime ne rend pas compte de l'aménagement *concret* du commerce international; il est certain, en effet, que lorsqu'ils se réfèrent aux contrats-type ses "acteurs" décident de régler - et dans tous les cas non-contentieux, règlent effectivement - leur conduite selon des normes autres que les lois étatiques. Il n'est pas sûr, nous le verrons, que cette décision ne puisse recevoir efficacité que de la liberté contractuelle sur laquelle converge un certain nombre de droits étatiques; mais en serait-il même ainsi, qu'il n'en resterait pas moins que les normes concrètes choisies dans l'exercice de cette liberté sont différentes par leur origine, et souvent aussi par leur contenu, de celles que les parties auraient expressément, ou plutôt tacitement puisées dans un droit étatique, si elles s'y fussent référées.

Ajoutons que du point de vue descriptif qui est pour l'instant le nôtre, il n'est pas davantage possible de considérer de telles normes comme "individuelles". En s'y référant, les contractants n'ont en effet ni l'intention, ni le sentiment de créer des liens juridiques singuliers, mais bien de soumettre une opération particulière et concrète à des règles générales et abstraites. Cela est d'autant plus vrai que pour l'interprétation même des termes employés, des contrats-type en usage à l'Est comme à l'Ouest se réfèrent fréquemment aux *Incoterms* (International Commercial Terms) de la Chambre de Commerce Internationale. Ce document, qui n'est pas du reste, sur tous les points, un simple "glossaire"⁹ fournit ainsi aux cadres généraux que sont déjà les contrats-type, un cadre plus général encore, les soumettant à une méthode uniforme d'interprétation. Il faut donc bien admettre qu'en fait, les opérations du commerce international qui se déroulent dans ces cadres, en quelque sorte concentriques, échappent largement aux lois étatiques, sans préjuger ici le caractère juridique ou non des normes ou des "modes de conduite" qui se substituent à elles.

2.^o Les opérations internationales de crédit permettent la même constatation, en particulier lorsqu'elles revêtent la forme du *crédit documentaire*.¹⁰ Il s'agit, on le sait, d'un mécanisme "triangulaire": l'importateur charge un banquier de payer le prix à l'exportateur, sur présentation par celui-ci des documents constatant l'embarquement de la marchandise. Ce schéma se complète fréquemment par la confirmation du crédit, émanant du banquier et imprimant un caractère abstrait à l'obligation de celui-ci envers le bénéficiaire.

Or, dans bien des pays, dont la France, cette institution complexe, et d'une technique particulièrement "affinée" ne fait l'objet d'aucun texte législatif, et son originalité ne permet pas de résoudre les difficultés qu'elle peut faire surgir par application analogique de dispositions ne la concernant pas directement. En revanche, une codification internationale des normes généralement suivies en cette matière a été élaborée dès 1933, là encore sous les auspices de la Chambre de Commerce Internationale: ce sont les "Règles et Usances uniformes relatives au crédit documentaire", refondues à Lisbonne, en 1951 et révisées en 1962. D'origine purement professionnelle, ces règles n'en sont pas moins très généralement observées par les banquiers, et les tribunaux eux-mêmes s'y réfèrent, notamment en France; elles fournissent ainsi, concrètement, les normes de l'opération de crédit, et à leur sujet encore on peut se demander si elles ne sont pas des normes juridiques, bien qu'elles n'aient pris corps ni dans les lois internes des Etats, ni dans leurs Conventions internationales.

3.^o Les *transports internationaux* forment, eux aussi, l'objet de normes professionnelles très généralement appliquées. On a déjà rappelé les chartes-parties et les connaissements-type de la London Corn Trade Association; dans le domaine du transport maritime, la pratique anglaise en propose d'autres, couramment employées entre des contractants dont aucun n'est anglais, et n'a de lien avec l'Angleterre.

De même, le transport aérien international est effectué, par la quasi-totalité des Compagnies, sous le couvert des contrats-type de l'*International Air Transport Association* (I.A.T.A.). La généralité de leur application rend ici malaisée la distinction entre ces contrats-type et les usages codifiés rencontrés en matière de crédit documentaire; mais quoi qu'il en soit, pour les uns et pour les autres, comme pour les contrats-type utilisés dans la vente internationale, il ne suffit pas de dire que la liberté contractuelle, principe de droit interne, permet de s'y référer pour leur dénier toute spécificité.

4.^o On achèvera ce choix d'exemples par celui de certaines *sociétés internationales*, dont la structure et le fonctionnement sont plus ou moins complètement soustraits au droit étatique interne, comme international.¹¹

Nous ne retiendrons pas, en effet, dans la perspective de la présente recherche, les sociétés qui échappent bien à tout droit national, mais puisent l'ensemble des règles qui les gouvernent dans les traités internationaux qui les ont instituées:¹² car le caractère juridique de leur statut ne pourrait alors être controversé qu'avec celui du droit international public dans son ensemble, qui demeure hors de notre propos.

On se rapprochera davantage de l'objet de notre analyse, avec les sociétés qui bien que créées, elles aussi, par une convention internationale, sont en outre gouvernées par leurs statuts, et subsidiairement par la loi du pays de leur siège social.¹³ Les statuts sont en effet, dans ce cas, l'œuvre d'entreprises associées, distinctes des États dont elles relèvent; quant à la loi de référence subsidiaire, elle ne demeure étatique qu'en apparence, car elle est "cristallisée" en son état au jour de la constitution de la société, et ses modifications ultérieures ne peuvent être imposées à celle-ci. Elle est ainsi ramenée à un recueil de normes supplétives de nature plus proche des statuts d'une société, que de l'acte législatif d'un État souverain.

Mais plus caractéristique encore est le cas de certaines sociétés, créées ou non par convention internationale, qui se réfèrent délibérément, pour combler des lacunes éventuelles de leurs statuts, à des "principes communs" de plusieurs législations, voire à des sources encore plus indéterminées. Ainsi, l'Union charbonnière Sarro-Lorraine (Saarlör) est une société franco-allemande régie, aux termes de l'article 1er de ses statuts, par le Traité franco-allemand du 27 octobre 1956, "par les présents statuts et par les *principes communs du droit français et du droit allemand*". En l'absence de dispositions desdits textes et de tels principes communs, il sera référé, pour l'interprétation des statuts et pour la solution des questions non réglées par ceux-ci, à l'esprit de coopération qui a inspiré la transformation de la société en société franco-allemande". De même, les statuts de la société "Air Afrique"¹⁴ disposent que celle-ci sera régie par le traité l'ayant créée, par les statuts eux-mêmes, et "à titre subsidiaire, et seulement dans la mesure où ils sont compatibles avec les dispositions du traité et des statuts (par) les principes communs à la législation des États signataires du traité".

On rappellera enfin l'exemple du *Scandinavian Airlines System*, "consortium" créé par une convention entre des compagnies de transport aérien, ne se rattachant à aucune loi nationale: les clauses de son contrat constitutif sont peu nombreuses, et l'on ne voit guère pour les compléter que les principes communs aux trois législations scandinaves, et plus généralement peut-être le droit commun des sociétés internationales, si l'on en admet l'existence. Mais de tels "principes communs", qui les découvriront? La question apparaît, pour les sociétés, parce que leurs statuts y font expressément ou implicitement appel, mais elle se pose en réalité aussi pour les contrats du commerce international, dans la mesure où il peut être nécessaire de compléter ou d'interpréter les normes des contrats-type ou des "Règles et Usances", et où l'on se refuserait à puiser exclusivement, pour ce faire, dans un système juridique étatique dont les parties ont entendu se détacher.

C'est au juge du contrat, ou de la structure et du fonctionnement de la société qu'il appartiendra en définitive d'y répondre, car s'il n'est pas saisi, c'est que la lacune des "normes spécifiques" aura été aisément comblée, ou la difficulté d'interprétation résolue sans recours à un appareil d'aspect juridique. Or ce juge est, pour les contrats et sociétés qui nous occupent, presque toujours un tribunal arbitral: c'est l'arbitrage commercial international qui nous mettra dès lors en présence de l'aspect contentieux du phénomène que nous achèverons ainsi de décrire, avant de tenter de le qualifier.

B - Chargés de statuer sur les litiges du commerce international, les arbitres - "institutionnels", c'est-à-dire désignés dans le cadre des grands organismes d'arbitrage (Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, London Court of Arbitration, American Arbitration Association etc.) ou *ad hoc* - s'ils se réfèrent d'abord aux normes spécifiques ayant directement trait au contrat ou à la société en litige (contrats-type, usages codifiés, statuts sociaux), ne peuvent pas toujours s'y limiter: un arrière-plan de règles générales leur est souvent indispensable, encore qu'ils n'y fassent pas toujours appel explicitement.

Or, l'expérience atteste que fréquemment, ils ne le chercheront pas dans une loi étatique, ni dans un traité international, mais dans un "droit coutumier" du commerce international - *lex mercatoria* - dont il serait vain de chercher s'ils la constatent ou l'élaborent, car les deux démarches sont intimement mêlées, comme chaque fois qu'un juge exerce une telle activité.

Quelques décisions arbitrales, publiées ou analysées, illustrent cette tendance. Ainsi, dans sa sentence relative au différend entre *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd.* et le Cheik d'Abu

Dhabi¹⁵ Lord Asquith of Bishopstone, constatant que la loi d'Abu Dhabi, théoriquement compétente pour régir le contrat litigieux, ne contenait pas un "corps établi de principes juridiques utilisable pour l'interprétation d'instruments commerciaux modernes", décida, eu égard également à la volonté des parties, qu'il convient d'appliquer en l'espèce, les "principes puisés dans le bon sens et la pratique commune de l'ensemble des nations civilisées, une sorte de modern law of nature". Cet appel à un "droit commun des nations", ou à tout le moins, l'élaboration et l'application de principes propres au commerce international se rencontrent aussi dans la sentence de MM. Ripert et Panchaud, du 2 juillet 1956,¹⁶ qui décide que la garantie contre la dépréciation monétaire doit être présumée dans un contrat international. De même, dans une sentence non publiée,¹⁷ relative à un litige entre une organisation internationale et une société commerciale, l'arbitre a considéré la présomption que le signataire d'un contrat a pris connaissance des conditions générales auxquelles il y est fait référence, et d'autre part la sanction de l'abus de droit, comme des règles coutumières internationales. Les "principes généraux du droit" et les "usages suivis dans l'industrie pétrolière" ont pareillement été invoqués dans la sentence rendue par MM. Sauser-Hail, Hassan et Saba Habachi, le 23 août 1958, pour trancher le litige entre l'Aramco et le gouvernement de l'Arabie Saoudite.¹⁸

Les exemples pourraient être multipliés, puisés notamment dans des sentences rendues sous l'égide d'une importante institution d'arbitrage, et qui témoignent la recherche constante des arbitres, par-delà le conflit entre les lois étatiques, d'un droit "transnational",¹⁹ réceptacle des principes communs aux droits nationaux, mais creuset aussi des règles spécifiques qu'appelle le commerce international.²⁰ Rappelons enfin que la place qui doit être faite, pour le règlement des litiges en ce domaine, aux "usages du commerce" a également été marquée - encore qu'assez timidement - par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961.²¹

Les contractants, du reste, ne manquent pas d'y inviter les arbitres, en se refusant à choisir une loi étatique pour régir leurs rapports, voire en déclarant expressément qu'ils n'entendent pas s'y référer. Mais en dépit d'une confusion tenace, cela ne signifie pas que dans leur esprit, ils entendent conclure un "contrat sans loi", ni même que le contrat, considéré comme un ensemble de "normes individuelles", doive entièrement se suffire à lui-même; ils sentent, au contraire, fût-ce confusément, la nécessité de le placer dans le cadre de normes générales, mais pensent aussi que ces normes peuvent être trouvées dans le droit professionnel, dans les usages, ou dans les principes généraux dépassant les frontières nationales.

Cependant, ni la constatation matérielle de leur existence, ni la constatation psychologique de la référence qui y est faite ne suffisent pour conférer à ces normes le caractère de règles de droit; il faut à présent rechercher si elles méritent ou non cette qualification.

II

Diverses méthodes peuvent être employées pour cerner le droit, - pour décider, autrement dit, quelles sont parmi les directives qui paraissent déterminer les conduites humaines, celles qui constituent des *règles* (c'est-à-dire qui ne sont pas suivies de manière seulement spontanée, mais que l'on doit suivre) et en outre, des règles juridiques (ce qualificatif ne convenant bien entendu pas à toutes les règles que l'homme considère comme s'imposant à lui, et qu'il traite effectivement comme telles). On peut, en particulier, définir la règle de droit par son domaine ou par son but - ce qui revient, d'une manière ou d'une autre, à s'attacher à sa substance; mais on peut aussi la qualifier au moyen de critères formels, - puisés, faut-il l'entendre, dans son origine, sa portée et sa mise en œuvre.

C'est sous ce double éclairage que l'on placera tour à tour l'expérience précédemment décrite, pour rechercher si elle relève ou non du droit.

A - 1.^o Le *domaine* du droit se sépare de différentes manières de celui du non-droit ou de l'au-delà ou en-deçà du droit.²²

On peut tout d'abord estimer que le droit se compose des règles du jeu économique, - encore que cette conception ne paraisse avoir qu'une valeur statistique: car s'il est vrai que la plupart des normes juridiques concernent des rapports économiques, il est cependant clair que le droit intervient aussi pour protéger des intérêts affectifs ou moraux dont le retentissement patrimonial est nul, ou à tout le moins très indirect. Mais quoi qu'il en soit, les principes, dispositions de contrats-type et usages suivis dans le commerce international se situent sans conteste dans le domaine économique, si bien qu'ils mériteraient, de ce point de vue, d'être considérés comme juridiques.

De manière plus nuancée - et à notre sens plus juste - on a observé que le cercle de la famille et les liens d'amitié, s'ils ne sont pas entièrement imperméables au droit, englobent cependant de larges zones de "non-droit",²³ et qu'il en peut être ainsi même lorsque les situations qui s'y forment ne sont pas dépourvues de toute incidence économique (comme par exemple dans les dispositions testamentaires précatives, ou le transport bénévole). Là encore, de telles limitations ne sauraient évidemment exclure les relations commerciales internationales du domaine du droit, quand bien même une certaine forme "d'amitié" (que l'on devrait plutôt appeler "confraternité" ou "solidarité professionnelle") unit ceux qui y participent, et explique, parmi d'autres facteurs, l'observation spontanée de normes non-étatiques.

Cette dernière constatation n'autorise pas non plus à conclure qu'en se soumettant à de telles normes, les participants au commerce international auraient le sentiment de se placer dans une *situation de pur fait*. L'exportateur de blé qui vend en se référant à un contrat-type de la London Corn Trade Association, ou le banquier qui confirme un crédit documentaire selon les Règles et Usances de la C.C.L pense - s'il est de bonne foi - qu'il devra suivre les prescriptions de ces documents; il ne s'estime pas "en marge" du juridique.

Mais le caractère "amical" des relations commerciales internationales et le règlement par voie d'arbitrage des difficultés qui en peuvent surgir ne justifieraient-ils pas de les considérer, sinon comme des phénomènes de "non-droit", du moins comme se situant au-delà du droit (à moins que ce ne soit en deçà)? M. René David a écrit, à ce sujet,²⁴ que "l'arbitrage est dans son essence, autre chose que le droit"; celui-ci vise à faire régner l'ordre en assurant à chacun son dû (*suum cuique*) tandis que celui-là est une "institution de paix (...) le recours à l'arbitrage ayant pour objet de restaurer l'harmonie entre les intéressés, d'organiser leurs rapports pour l'avenir, autant et plus que de fixer, en se tournant vers le passé, ce qui est dû à chacun". C'est ce qui expliquerait que l'arbitrage intervienne, en particulier, "dans les litiges du commerce international" (où il viendrait) "suppléer à l'absence du droit vraiment international qu'il serait normal en ce cas d'appliquer".

Nous ne pouvons pleinement souscrire à ces observations. L'expérience concrète de l'arbitrage dans le commerce international montre, nous semble-t-il, que bien souvent la sentence tranche un litige, comme le ferait une décision judiciaire; et s'il est vrai qu'après l'intervention des arbitres, les adversaires renouent (ou poursuivent) leurs relations commerciales plus souvent qu'ils ne le font après celle d'un tribunal, c'est d'abord parce que dans le commerce international l'amour-propre joue un rôle moindre que dans certains des rapports dont les juges étatiques ont à connaître, et aussi parce que l'absence de publicité de la sentence accélère la guérison des blessures qu'il en peut recevoir. Il est vrai aussi que lorsqu'ils sont amiables compositeurs, les arbitres statuent en équité, autant ou plus qu'un droit; mais équité n'est pas charité, ni même indulgence, - et particulièrement dans le domaine du commerce international, elle est, précisément, en bonne partie, l'application de coutumes qui corrigent la rigidité des lois étatiques, comme l' *equity* du Chancelier a corrigé d'abord celle de la common law du Banc du Roi, pour se cristalliser ensuite à son tour. Sans doute arrive-t-il aussi que les arbitres concilient les parties, - et on assistera bien, en pareil cas, à un aménagement de leurs relations futures, s'ajoutant, sinon se substituant à la solution des difficultés passées; seulement, on n'est plus alors dans le domaine du contentieux, et l'on sait déjà que le contentieux n'est pas tout le droit.

Il suffit, en définitive, pour ne pas admettre qu'en raison du recours à l'arbitrage, le commerce international devrait être considéré comme dépassant le droit, ou comme s'en tenant à l'écart, de retenir que ce recours n'est pas un *refus du contentieux*; et il nous paraît difficile de faire autrement.

2.º Que le commerce international ne soit pas exclusivement dominé par le *suum cuique* pourrait aussi mettre en doute le caractère juridique de son aménagement, si selon la tradition aristotélicienne, c'est là le but que l'on assigne au droit. Mais on peut se demander si le *suum cuique* n'est pas, encore un coup, un principe de règlement du contentieux, plutôt que d'aménagement de relations contractuelles. Le juge a certes pour mission d'accorder à chacun ce qui lui est dû, mais en s'en tenant, presque toujours, à ce que les parties ont convenu qu'il leur serait respectivement dû, et qui ne correspond pas nécessairement à ce qui devrait, eu justice, leur revenir. La justice positive, c'est le respect du contrat, non le respect de l'équilibre des prestations; et dans la mesure même où l'arbitre peut, plus souvent que le juge, statuer en équité, c'est peut-être sa justice qui atteindra plus facilement le véritable *suum cuique*.

Ajoutons que pour Bentham, par exemple, c'est l' *utile*, plus que le juste ainsi compris, qui est le but

de la règle de droit; or, dans la mesure où il permet que les échanges survivent aux litiges, l'arbitrage commercial international répond à cet objectif, mieux sans doute que le règlement juridictionnel étatique.

B - Ce n'est donc pas le domaine, ni le but des normes du commerce international qui permet de les considérer comme étrangères au droit. Mais répondent-elles également aux critères formels habituellement utilisés pour caractériser la règle du droit? En d'autres termes, s'agit-il de *règles* édictées par une autorité, et comportant une sanction? Tous ceux - dont nous sommes - qui estiment qu'il est difficile de déterminer le domaine du droit à un moment de son histoire, sans tenir d'abord compte de ce qui est généralement, sinon exclusivement considéré, à ce même moment, comme en faisant partie, jugeront que c'est là le test décisif.

1.^o Nous emprunterons, au point de départ, à une communication malheureusement inédite de M. Batiffol ²⁵ la définition de la *règle*: c'est une prescription de caractère général, formulée avec une précision suffisante pour que les intéressés puissent la connaître avant d'agir.

On admettra sans difficulté que les clauses des contrats-type, ou les usages codifiés correspondent à cette définition, du moins en ce qui concerne la généralité, la précision et la publicité. L'hésitation est sans doute davantage permise lorsqu'il s'agit des "règles" coutumières du commerce international, comme celles dont nous avons cité quelques exemples: si l'on peut, notamment, considérer que la sanction de l'abus de droit ou l'opposabilité des clauses imprimées ont bien été tirées par l'arbitre d'un fonds commun préexistant et connu sinon formulé avec précision, il est plus difficile de l'admettre, par exemple, pour la présomption de garantie de change dans les contrats internationaux. Mais à vrai dire, la difficulté n'est pas spécifique aux normes du commerce international. Elle se rencontre chaque fois que le juge passe insensiblement de l'interprétation d'une règle préexistante - écrite ou non, mais certaine et connue, ou du moins connaissable - à l'élaboration d'une règle nouvelle; pour tout dire, à contester le caractère de règles aux normes ou principes dégagés par les arbitres du commerce international, on pourrait aussi le refuser à la "présomption de responsabilité" du gardien, dont nul ne soutiendra qu'elle a été puisée dans le Code civil. Dira-t-on que ces normes ou principes sont moins connus que les solutions constantes de la jurisprudence étatique? L'observation est exacte, mais ne révèle pas une différence fondamentale, car les solutions arbitrales ne sont pas réellement ignorées du milieu professionnel qu'elles concernent.

D'où vient cependant que l'on se résout mal, sous l'angle de la règle, à assimiler entièrement ces normes aux lois ou coutumes dépendant d'un ordre juridique étatique?

a) On peut, tout d'abord, hésiter à admettre qu'elles soient des *prescriptions*, - car cette notion implique celle de commandement. Or, les clauses des contrats-type ou les usages codifiés ne s'imposent aux parties, pourrait-on penser, qu'en vertu de leur libre adhésion; et celle-ci n'est elle-même contraignante qu'en vertu d'une loi étatique - l'art. 1134 du Code civil en France, les textes correspondants dans les autres pays.

On retrouve ici l'objection précédemment réservée, qui refuserait aux normes étudiées le caractère de règles (et partant, de règles de droit) parce qu'abstraction même faite de toute recherche d'une sanction, elles sont, *en soi*, radicalement incapables de commander.

Elle n'est pas sans réplique. D'une part, l'expérience concrète du commerce international paraît bien établir qu'en fait, "les petits sont obligés de suivre les règles établies par les gros" - en d'autres termes, que la plupart des entreprises devront bien, si elles veulent participer au commerce international, adopter les contrats-type élaborés par les organisations professionnelles ou les entreprises les plus puissantes de leur branche d'activité. D'autre part, d'un point de vue moins "terre-à-terre", il n'est nullement certain que les parties à un contrat international en observent les clauses (elles-mêmes empruntées à un contrat-type) parce que chacune estime que la loi étatique dont elle relève l'y contraint, ni que c'est par référence plus ou moins implicite à une telle loi étatique que des arbitres en imposeront le cas échéant le respect; on trouve plutôt, chez les uns comme chez les autres, la conscience d'une règle *commune* du commerce international, très simplement exprimée dans l'adage *pacta sunt servanda*. Et il importe peu, pour notre propos, que l'adage coïncide avec les règles étatiques du type de l'art. 1134 du Code civil; car si c'est à lui que les contrats-type et les usages codifiés empruntent leur force contraignante, ils sont des prescriptions, au même titre que les règles supplétives d'un droit interne.

b) Il demeure cependant que l'existence, supposée admise, d'une règle commune *pacta sunt servanda*

servanda ne suffit pas à conférer à l'ensemble des normes du commerce international, en l'état actuel de leur développement, le caractère d'un système de droit. Ainsi, par exemple, on n'y trouvera point de règles relatives à la capacité des contractants, ou aux vices du consentement - dont la nécessité est du reste assez théorique; mais plus pratiquement, la mesure des pouvoirs des organes ou des représentants d'une société commerciale est déterminée de manière variable par les diverses lois étatiques, sans que l'on aperçoive comment une règle coutumière commune pourrait les unifier; la même observation vaut pour la prescription libératoire, et l'on pourrait sans doute lui trouver d'autres illustrations.

C'est là probablement la seconde explication du malaise que l'on éprouve à vouloir assimiler complètement les normes dont il s'agit à des règles de droit. Elle procède du sentiment plus ou moins défini qu'il n'est de véritable règle de droit que celle qui s'intègre dans un système complet et se suffisant à lui-même. La règle isolée paraît boiteuse, qui doit s'appuyer sur une béquille empruntée à un ordre différent.

Prendre parti sur cette exigence supplémentaire de la définition du droit dépasserait le cadre de ces observations. Notons seulement qu'elle n'empêcherait pas qu'en soi, chaque norme spécifique du commerce international eût bien les caractères d'une règle; c'est seulement leur ensemble qui ne formerait pas un système de droit. Mais observons aussi qu'une conception moniste de l'ordre juridique des relations économiques ferait disparaître l'objection: on admettrait alors qu'un contrat du commerce international est soumis à ses règles propres, dépassant les frontières des Etats, éventuellement complétées par des règles étatiques. Et c'est ici le lieu d'ajouter qu'étant l'œuvre d'arbitres internationaux, la désignation de ces règles étatiques pourrait progressivement être faite en vertu d'un système de solution des conflits lui-même commun, au lieu qu'elle soit fondée sur le droit international privé d'un pays déterminé, mais dont le choix n'est jamais exempt d'arbitraire.

2.° Quoi qu'il en soit, il nous apparaît que le caractère de *règles* ne peut pas être refusé aux éléments constitutifs de la *lex mercatoria*, bien que celle-ci ne forme pas un système entièrement autonome.

Mais ces règles sont-elles juridiques par leur origine, - émanent-elles, autrement dit, d'une *autorité*?

Poser la question, c'est postuler qu'une telle "provenance" est indispensable pour qu'une norme soit juridique, - et ce postulat n'est pas universellement admis. Les écoles historiques du droit voient en celui-ci un phénomène spontané, né de "l'esprit du peuple" (*Volksgeist*); et l'école sociologique, un fait social. Et il semble effectivement difficile d'unir indissolublement droit et autorité: n'aboutirait-on pas ainsi à nier que le droit coutumier soit du droit, ou du moins à ne lui reconnaître ce caractère qu'à partir du moment où il est consacré par une application judiciaire, ce qui serait à nouveau confondre droit et contentieux? La même observation vaudrait pour de larges secteurs du droit international public, - que l'on hésite cependant à toujours considérer comme étrangers au domaine du droit.

Au surplus, les clauses des contrats-type, comme les usages codifiés du commerce international ne sont pas, en leur état actuel, les fruits d'une élaboration spontanée, mais bien d'une "édiction", ou d'une constatation "informatrice". Celles-ci émanent le plus souvent d'organismes professionnels qui ne sont certes pas des autorités *publiques* (encore que dans le cas important des contrats-type de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, ce soit l'institution internationale suprême qui en ait suscité et orienté l'élaboration); mais les "opérateurs" du commerce international ne les en considèrent pas moins comme qualifiés pour en définir les normes. Or, en admettant même que pour mériter sans réserve le qualificatif de "juridique", une règle doit avoir été édictée ou formulée par une autorité - ou du moins qu'un ensemble de règles resterait en marge du droit si aucune d'elles n'avait une telle origine - pareille condition ne se justifierait que parce qu'elle traduirait, avec d'autres (la précision, la généralité, la publicité et la sanction) le besoin de certitude, de prévisibilité et d'effectivité de la règle de droit. Mais il y serait alors satisfait tout autant, que la règle soit l'œuvre d'une autorité professionnelle, ou d'une autorité publique.

Il est vrai, cependant, que de nombreux contrats-type sont l'œuvre d'une seule entreprise, suffisamment puissante pour les imposer à ses cocontractants. Il est exclu de considérer que les clauses de tels documents émanent d'une "autorité" extérieure aux contrats conclus par cette entreprise elle-même; et il demeure difficile de l'admettre, même lorsqu'un tel contrat-type est utilisé dans des contrats particuliers auxquels cette entreprise resterait étrangère. Car aussi puissante qu'elle soit, celle-ci peut en effet être considérée comme une *force* dans la profession, mais non comme une autorité professionnelle. Tout au plus admettra-t-on qu'une large diffusion d'un tel contrat-type pourrait conférer à la longue à ses clauses le caractère de règles coutumières, ~~parant~~

leur effectivité dans le consensus de la profession; mais des exemples d'une telle évolution ne paraissent guère avoir été cités.

De manière plus générale, une autre réserve pourrait être apportée à la qualification "juridique" des normes professionnelles, même émanant d'organes représentatifs ou d'associations: on a affirmé en effet qu'elles ne seraient de toute manière appliquées, dans chaque pays, que parce que l'autorité publique de ce pays en admet l'application. ²⁶ *Fontes juris* originales par leur provenance matérielle, les nouvelles "sources du droit commercial international" ne le seraient pas si l'on considère le pouvoir de commandement qu'elles manifestent.

Au niveau de l'application non contentieuse des formes, cette affirmation paraît fort discutable; elle reprendrait en effet, nous semble-t-il, leur "accrochage", déjà contesté, à une règle de liberté contractuelle dépendant d'un ordre juridique interne. A moins de soutenir que même une règle commune *pacta sunt servanda* ne pourrait être suivie parce que chaque Etat veut bien l'admettre, sur son territoire; mais c'est mal tenir compte de la psychologie de ceux qui l'appliquent, et aussi, refuser l'hypothèse d'un droit commercial international parce que l'on en a exclu, par avance, la possibilité. Il n'est pas sûr que l'observation soit mieux fondée au regard de l'application contentieuse des normes par les arbitres du commerce international; l'expérience enseigne en effet que ceux-ci n'agissent pas à l'intérieur d'un ordre juridique étatique, mais se placent au contraire d'emblée au niveau de la communauté internationale des commerçants.

3.° N'en est-il pas autrement, toutefois, au niveau de la *sanction*, - dernier élément formel que l'on peut juger nécessaire pour qu'il y ait règle de droit proprement dite? Pour assurer, à l'encontre du contractant récalcitrant, le respect des normes du commerce international, - ou plus pratiquement de la sentence arbitrale qui en fait application, il est en dernière analyse indispensable, dira-t-on, d'en appeler à la force publique d'un Etat, et cela suffirait pour ôter à ces règles le caractère pleinement juridique.

Mais l'observation est partiellement inexacte, et sa portée demeure discutable.

L'expérience prouve en effet, ici encore, non seulement que les sentences arbitrales sont le plus souvent spontanément exécutées, ce qui attesterait déjà l'effectivité des règles qu'elles mettent en œuvre, fussent-elles démunies de sanctions applicables par la collectivité des commerçants; mais aussi que de telles sanctions existent. Un remarquable inventaire en a été récemment dressé: ²⁷ on y trouve notamment des sanctions disciplinaires appliquées par les groupements corporatifs, la sanction d'ordre moral (mais à retentissement professionnel et matériel) consistant en la publicité de la sentence, des sanctions directement professionnelles comme l'élimination d'une bourse de commerce ou de certaines opérations commerciales, voire des sanctions pécuniaires garanties par des consignations préalables. Certes - sauf celles du dernier type, pratiquement limitées, semble-t-il, au recouvrement des frais de l'arbitrage - ces diverses "sanctions" sont-elles plutôt des moyens d'assurer *indirectement* l'exécution de la sentence, que des procédés d'exécution forcée proprement dits; mais qu'elles soient d'abord comminatoires ne doit pas dissimuler leur caractère pratiquement coercitif. On conviendra aussi que la licéité de certaines d'entre elles peut être discutée, et a été effectivement déniée par les tribunaux, en particulier en France; mais ces difficultés concernent, le plus souvent, les modalités d'application des sanctions professionnelles, plutôt que leur principe même.

Il reste que dans quelques hypothèses - statistiquement rares - l'exécution de la sentence arbitrale appliquant les normes propres au commerce international ne pourra être obtenue que par l'intervention de la force publique. Mais nous ne pensons pas que cela laisse ces normes elles-mêmes en dehors du droit; car précisément, cette ultime sanction leur est bien accordée, sauf si elles apparaissent, à travers la sentence, comme contraires à l'ordre public du pays où l'exécution est requise. Elles ne restent par conséquent pas dépourvues de sanction, - et l'on peut seulement dire qu'elles doivent quelquefois, pour l'obtenir, faire appel à un ordre juridique étatique par rapport auquel elles se voulaient autonomes.

On retrouve alors la difficulté venant de ce que la *lex mercatoria* n'est pas un système juridique complet, et on ajoutera ici qu'elle ne concerne pas une collectivité politiquement organisée, qui seule peut être dotée d'une force coercitive irrésistible. Mais cela ne nous paraît pas suffisant pour contester que certaines au moins des normes qui la composent - et en vérité toutes, à l'exception des contrats-type émanant d'entreprises isolées - sont bien des règles de droit générales (et non de simples normes individuelles "accrochées à une règle étatique reconnaissant force obligatoire aux

contrats); ni pour méconnaître son mouvement vers une systématisation certes incomplète, mais croissante.

La *lex mercatoria* se situe donc bien, substantiellement comme formellement, dans le domaine du droit; il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ses prescriptions. Mais ceci, aurait dit Kipling, est une autre histoire.

-
1. V. sur cette question, l'ensemble des documents du Colloque sur les nouvelles sources du droit du commerce international, organisé à Londres, en septembre 1962, par l'Association internationale des Sciences juridiques, et notamment le rapport général de M. Clive M. Schmitthoff.
 2. Un auteur récent (Ph. Kahn, *La vente commerciale internationale*) a appelé cette collectivité "la société internationale des commerçants".
 3. V. Carbonnier, L'hypothèse du non-droit, *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 55 et s.
 4. V. Ph. Kahn. Op. cit.
 5. Cité par Ph. Kahn, p. 21.
 6. V. par exemple: Orléans, 15 mars 1961, *Journ. du dr. internat.*, 1962.140 et nos observations; *Rev. crit. dr. internat. pr.*, 1961.778, note Mezger; cf., pour un contrat type de la *London cattle food trade association*, Toulouse, 15 mai 1961, *Rev. crit. dr. internat. pr.*, 1961.803, note Mezger; *Journ. du dr. internat.*, 1963.158, observ. signées J.B.S.
 7. Ainsi, les conséquences du défaut ou du retard de livraison varieront selon qu'il s'agira ou non de biens fongibles, la règle étant conçue en vue de "sauver" le contrat lorsque le remplacement du bien vendu serait malaisé.
 8. V. infra, p. 188.
 9. Les incoterms contiennent, notamment, des règles relatives au transfert des risques.
 10. V. J. Stoufflet. *Le crédit documentaire*. Paris, 1957.
 11. V. B. Goldman: Le droit des sociétés internationales, *Journ. du dr. internat.*, 1963, p. 320 et s.
 12. Par exemple: la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, la société financière internationale, la Banque Européenne d'investissements.
 13. Par exemple: Eurofima, Eurochemic, la société internationale de la Moselle.
 14. La création de cette société a été décidée par le Traité relatif aux transports aériens en Afrique signé à Yaoundé, le 28 mars 1961, par onze Etats africains d'expression française.
 15. V. le texte: *The international and comparative law quarterly*, 1952, p. 247 et s.
 16. *Journ. du dr. internat.*, 1959, p. 1074 et s. et nos observ.
 17. Citée par M. Ph. Fouchard. *L'arbitrage commercial international*, thèse, Dijon, 1963, n. 608.
 18. *Rev. crit. de dr. internat. pr.*, 1963, p. 272 et s., spécialement p. 315 et s.
 19. L'expression est de M. Ph. Jessup, qui en a fait le titre de son ouvrage: *Transnational law*.
 20. Nous avons relevé quelques-unes de ces sentences dans notre cours à l'academie de droit international de La Haye: *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé* (juill. 1963).

-
21. V. art. 7; cf. la chronique de M. Jean Robert, D., 1962, p. 173 et s., avec le texte de la convention.
22. V. Carbonnier. Op. cit. R. David. *Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains*. *Archives de philosophie du droit*, 1963, p. 3 et s.
23. Carbonnier. Op. cit., p. 61 et s.
24. Op. cit., p. 8.
25. Faite le 18 décembre 1962, au séminaire de philosophie du droit de la Faculté de droit de Paris. Archives.
26. V. Clive M. Schmitthoff. Rapport général précité au Colloque de Londres, septembre 1962.
27. Ph. Fouchard. Op. cit., 619 et s.