

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ HOLISTIQUE :
DROIT UNIFORME
ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

par

CHARALAMBOS P. PAMBOUKIS

ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

Tiré à part du *Recueil des cours*,
tome 330 (2007)

HORS COMMERCE

2008

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS
Leiden/Boston

CHAPITRE III

LE NIVEAU TRANSNATIONAL : LA PLURINORMATIVITÉ
ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ SOCIÉTAL⁹⁰⁶

322. Comme on l'a déjà vu, l'hypothèse contemporaine est caractérisée essentiellement par *le changement radical de notre rapport avec le lieu et le temps*, suite et conséquence principale de la révolution communicationnelle.

En fait, sont ici regroupés et seront traités trois thèmes différents. D'abord, la société cybernétique vivant dans un lieu virtuel⁹⁰⁷, correspondant à la nouveauté (section I); ensuite, les organisations sociales utilitaires, dans le sens de la compétition normative en vue de produire des normes flexibles et adaptées (section II) et, enfin, le cas des marchés financiers, qui sont un exemple d'efficacité économique, de la course vers les meilleurs résultats (section III).

Ces trois catégories expriment, toutefois, me semble-t-il, une même réalité qu'on dénommera de façon simpliste *les sociétés civiles*, qui s'inscrivent en dehors ou en marge du politique et souvent de l'organisation interétatique, au niveau horizontal pour suivre la dénomination choisie.

S'agissant des organisations sociales, leurs manifestations sont nombreuses et variées et il est impossible de les regrouper de façon satisfaisante. Leur action est, toutefois, dominée par le culte du pragmatisme dans l'action. Leur but est d'utilité sociale (dépassant et se différenciant ainsi de l'individualisme), mais concret. Elles répondent à une nouvelle exigence, celle de la resocialisation. Les organisations non gouvernementales en constituent l'exemple le plus connu.

323. On va, donc, exposer sommairement ces formes horizontales⁹⁰⁸,

906. Couvrant à la fois les règles, principes et procédures nés par des communautés sociétales comme les marchands, les négociants, les cybernautes, les gens de sports, les financiers, etc.

907. Le terme virtuel ne me semble pas tout à fait exact, car il décrit de façon erronée le nouveau phénomène de la dimension cybernétique. Internet confère, en fait, une autre forme ou une autre consistance de la réalité qui participe à la (nouvelle) unité et identité humaines.

908. Bien que d'autres manifestations de rapports juridiques à l'instar de la *lex mercatoria* auraient pu être évoqués, comme la *lex sportiva*. La faveur montrée est fondée sur l'importance et la généralité de ces catégories de rapports en comparaison à d'autres.

qui caractérisent l'hypothèse contemporaine : la société cybernétique, Internet (section I) et les sociétés marchandes (*lex mercatoria*⁹⁰⁹) (section II), bien que les marchés financiers constituent l'exemple pionnier du transnationalisme⁹¹⁰ (section III).

La première forme horizontale illustre l'hypothèse nouvelle de la réglementation juridique d'un nouvel espace selon un mode d'organisation sociale original, les réseaux (*nets*), tandis que la deuxième illustre le paradigme individuel et les rationalités marchandes, répondant essentiellement à un souci d'uniformisation en raison du condensement du temps constituant un paramètre essentiel des échanges contemporains.

Nous sommes ici en présence du noyau contractuel⁹¹¹, fondé sur l'autonomie de la volonté conduisant à une modélisation-standardisation se rattachant au mimétisme et à l'utilité (*fonctionnalité*).

Section I. Le paradigme d'Internet et de la société cybernétique

324. Il est essentiel d'essayer de comprendre⁹¹² quels sont les changements que la révolution communicationnelle et surtout Internet ont introduits. Les technologies de communication et surtout Internet ont provoqué le changement du modèle de la gouvernance internationale⁹¹³. En d'autres termes, la gouvernance internationale traditionnelle a été

909. Qui, en fait, constitue un attrape-tout de toutes les versions spécialisées des droits nationaux, tissé autour de l'autonomie de la volonté, voir E. Loquin et L. Ravillon, «La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé», dans Loquin et Kessedjian (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 91 ss. En effet, ce phénomène se constate dans plusieurs domaines comme les opérations de service (Ph. Kahn, «Les contrats internationaux de coopération scientifique et technique inter-entreprises face aux Principes d'UNIDROIT», *RDU*, 1998, pp. 519 ss.), de sous-traitance (Seppala, «Le nouveau modèle FIDIC de contrat international de sous-traitance relatif aux marchés de travaux de génie civil», *Rev. dr. aff. int.*, 1995, pp. 659 ss., d'agence commerciale (Bortolotti, «Vers une nouvelle *lex mercatoria* de l'agence commerciale internationale? Le modèle de contrat d'agence de la CCI», *Rev. dr. aff. int.*, 1995, pp. 685 ss.), faisant état d'une *lex electronica* (Gautrais, Lefebvre, Benyerklef, «Droit du commerce international et normes applicables, l'émergence d'une *lex electronica*», *Rev. dr. aff. int.*, 1997, pp. 547 ss.; Caprioli et Sorial, «Le commerce international électronique, vers l'émergence des règles juridiques transnationales», *JDI*, 1997, pp. 323 ss.), d'une *lex sportiva*, etc.

910. Voir D. Carreau, «Le système monétaire international privé», *op. cit.*

911. E. Loquin et Ravillon, *op. cit.*, pp. 108 ss.; adde A. Martin-Serf, «La modélisation des instruments juridiques», dans E. Loquin et C. Kessedjian (dir. publ.), *op. cit.*, pp. 179 ss.

912. Voir à cet égard l'ouvrage fondamental de M. Castells, *The Internet Galaxy (Reflections on the Internet, Business and Society)*, Oxford University Press, 2001.

913. J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Pinter, 1999, p. 101.

bouleversée justement par la révolution communicationnelle et nécessite une réflexion. Surgissent de nouveaux problèmes ? Doivent-ils être réglementés ? Comment et par qui ?

Par. 1. Internet : une nouvelle dimension sociétale ?

325. Comme Castells le note, Internet évoque une culture de liberté, grâce à laquelle il est né en dehors de toute considération « entrepreneuriale », de profit. Mais il possède deux caractéristiques originales : la capacité d'« autoévolution », à l'instar des organismes biologiques, et l'autonomie maximale de chaque réseau. C'est un instrument qui peut servir à maximaliser la liberté et l'autonomie individuelle, mais en même temps il peut se retourner contre les libertés comme un instrument de contrôle ou de surveillance, évoqué notamment par Kafka et Orwell.

326. Il est souvent affirmé qu'il s'agit de la culture et de la société du *virtuel*. Cependant, cela ne paraît pas tout à fait exact. Ces formes communicationnelles s'inscrivent dans la société réelle en conférant, cependant, une dimension supplémentaire qui participe pour autant à la réalité. Il n'est dès lors pas possible de soustraire totalement le cyberspace virtuel aux lois et aux valeurs des sociétés réelles, car le monde réel et le monde virtuel ne peuvent pas être séparés radicalement⁹¹⁴. Les actions dans l'espace cybernétique se localisent dans la plupart des cas dans un territoire donné, se matérialisent et, par conséquent, les problèmes posés présentent certes des particularités mais n'obligent pas à une rupture radicale⁹¹⁵.

Mais il est aussi vrai qu'Internet crée un nouveau paradigme social : celui de l'individualisme des réseaux, fondé sur des valeurs correspondant à cette nouvelle révolution communicationnelle et à une culture internautique propre.

A. La culture internautique

327. Trois caractères qui caractérisent la culture internautique sont évoqués par Castells : d'abord, le mérite de la *science et de la connaissance*, qui passe en haut de la pyramide, la créativité technologique, la faculté de produire de la technologie, qui est la valeur dominante. Cette

914. Salah, *op. cit.*, p. 69.

915. Kessedjian, synthèse dans Boele-Woelki et C. Kessedjian (dir. publ.), *Internet : Which Court Decides ? Which Law Applies ?*, Kluwer Law International, 1998, p. 149.

valeur s'inscrit dans la suite du courant des Lumières et se fonde sur la croyance que la science et le progrès sont par essence positifs pour l'évolution de l'humanité⁹¹⁶. Cela a une conséquence importante quant à la culture entrepreneuriale: la transformation de la puissance intellectuelle en tant que source pour l'acquisition de l'argent (*brain reign*).

Le deuxième caractère est le *caractère ouvert*, qui crée une symbiose communicationnelle. Cela crée non seulement une culture de l'ouvert, non xénophobe, mais en plus une nouvelle forme de socialisation. Comme le montre l'exemple de Linux, la source ouverte, les améliorations technologiques issues de la collaboration internautique sont à la disposition de toute la communauté internautique. Cela, d'ailleurs, crée un élément de croyance subjectif d'appartenance à la communauté. Le caractère ouvert, en fait, implique la liberté de la communication horizontale et la capacité autonome de participation aux réseaux. Chacun peut, en effet, non seulement participer à des communautés virtuelles, mais créer aussi sa propre communauté.

Le troisième caractère est la *polarisation*. Le réseau n'abolit pas l'espace, mais il entraîne une forte polarisation aux deux extrêmes, le local réel et le global virtuel⁹¹⁷. Il est créé un espace «*glocal*», qualifié justement d'ininterrompu sans territoire ni frontières⁹¹⁸.

B. Les implications

328. La première remarque concerne sans doute la conséquence quant à *mode* de production et du commerce. Le «e-commerce», la nouvelle économie se fonde sur un modèle différent par rapport au modèle traditionnel. Flexibilité quant aux rapports de travail, développement du capital technologique, etc.

La deuxième conséquence porte sur le modèle des connaissances. Il est devenu impératif en raison de l'augmentation du volume des connaissances de porter l'attention non sur le contenu, mais sur le moyen (*learn how to learn*). D'apprendre comment apprendre, ce qui implique un grand changement quant à l'objet de l'enseignement. Mais aussi comment transformer les informations à des connaissances.

916. Castells, *op. cit.*, p. 66; Tuomi, *Internet, Innovation, and Open Source: Actors in the Network*, thèse multicopiée, Université de Kansas, 2000.

917. P. Soriano, dans A. Finkelkraut et P. Soriano, *Internet, l'inquiétante extase*, Paris, Mille et une nuits, 2001, p. 63. L'observation (p. 80), que le monde virtuel ressemble plus au monde de Platon, tandis que le monde réel à celui d'Aristote, n'est pas dépourvue d'intérêt.

918. Soriano, *ibid.*

La troisième est la transformation de la sociabilité qui est fondée sur l'interaction. La sociabilité n'est plus seulement liée à l'espace, elle n'est plus territoriale. Mais une autre conséquence est aussi la libéralisation de l'individu dans l'espace horizontal. L'espace naturel et l'espace virtuel en interaction fondent de nouvelles formes de sociabilité, de nouvelles formes de vie en commun et d'organisation sociale. La culture Linux crée une nouvelle forme de communautarisme, mais aussi de nouvelles formes de communautés, les réseaux.

Par. 2. Comment régir les rapports internautiques ?

329. Faut-il réguler Internet⁹¹⁹ et la société cybernétique de façon plus large ? Et dans l'affirmative, comment ? Et cette réglementation révèle-t-elle un caractère original ?⁹²⁰ Hormis le niveau philosophique entre ceux qui sont partisans de la réglementation hétéronome et ceux qui préfèrent la réglementation autonome, il faut constater que des litiges sont nés dans l'espace ou à l'occasion de l'espace Internet, dans lequel il convient de les résoudre⁹²¹. Et la question est : comment ?

Ceux qui sont contre la régulation du cyberspace, comme J. P. Barlow⁹²², soutiennent que le cyberspace peut créer ses propres institutions, ses usages et ses règles juridiques en raison du fait qu'il n'a pas de frontières⁹²³. Ils avancent trois arguments : l'indépendance du cyberspace peut mieux garantir la création de normes effectives, adaptables, flexibles qui lui seront plus appropriées. Ils font valoir, ensuite, que la

919. John Perry Barlow dans sa déclaration d'indépendance du cyberspace proclamait :

« You [governments] have no moral right to rule us, nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear » (<http://www.eff.org/>).

920. Voir E. Clerc, « La gestion semi-privée de l'Internet », dans *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 333 ss., où elle fait état d'une régulation originale *bottom-up* et non pas *top-down*, qui a au centre une société semi-privée à but non lucratif et d'intérêt public, ayant son siège à Los Angeles, en Californie, et soumise au droit des sociétés de Californie (ICANN). Voir aussi L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999, sur le problème de la régulation et de son évolution.

921. Sur cette question voir l'ouvrage intéressant de K. Lynch, *op. cit.*, pp. 370 ss., qui relate les diverses approches de la solution des litiges cybernétiques par l'utilisation surtout des procédés ADR qui sont mieux adaptés, comme par exemple l'ICANN et les règles UDRP en matière de litiges portant sur les noms des domaines.

922. *Op. cit.*

923. D. G. Post et D. R. Johnson, *The New Civic Virtue of the Net: Lessons from Models of Complex Systems for the Governance of Cyberspace*, 1997, *passim*.

réglementation étatique d'un espace sans frontières est, en dernier lieu, futile. Enfin, ils considèrent que de la sorte vont se propager les idées de la démocratie libérale⁹²⁴. Ainsi, la liberté internationale, dans l'espace international est apparue comme le *grand défi au territorialisme*, car au bout du compte c'est précisément là l'enjeu.

330. Malgré la force d'impulsion de la thèse autopoétique, est vite apparu le besoin — inhérent, nous semble-t-il, à toute communauté — de régulation. Cette évolution de la liberté absolue vers la régulation est aussi apparue quant à l'architecture même du cyberspace⁹²⁵. Ainsi des voix pour la régulation du cyberspace se sont progressivement élevées, qui semblent, d'ailleurs, plus convaincantes. Ceux qui soutiennent la régulation du cyberspace avancent trois arguments essentiellement : d'abord, que les différences entre les opérations réelles et virtuelles ne doivent pas être exagérées, car toutes les transactions ont besoin d'un support territorial⁹²⁶. Ensuite, ils soulignent que la présence des règles étatiques impératives ne peut pas être ignorée de toute façon. Enfin, ils soutiennent que les outils juridiques traditionnels permettent de réguler les problèmes originaux issus de l'activité cybernétique⁹²⁷. Et il est vrai que le territoire, auquel s'identifie l'Etat, reste maître de l'exécution matérielle⁹²⁸ et la territorialité à la fin résiste bien.

La liberté individuelle en principe sans bornes sur Internet provoque le besoin d'une régulation. Le premier bien social, qui se trouve mis en péril par la société internationale, est la liberté, la valeur fondatrice de cette société virtuelle. C'est l'antinomie d'Internet même. La liberté provoque la perte de l'autonomie et de la vie privée. On perd le contrôle de sa propre vie au profit d'une vie rapide vers des fins inconnues ou indéterminées. Etant un lieu de liberté, le Web est devenu l'espace des « cybercrimes » aussi⁹²⁹. Mais même en dehors de cela des droits tradi-

924. Voir K. Lynch, *The Forces of Economic Globalization — Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, p. 357.

925. L. Lessig, *The Future of Ideas*, 2001.

926. J. L. Goldsmith, « The Internet and the Abiding Significance of the Territorial Privacy », *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1998, pp. 475 ss.

927. Voir Lynch, *op. cit.*, p. 358.

928. Car il y a des contraintes immatérielles, comme les sanctions portant sur la mauvaise réputation commerciale. Voir, cependant, sur l'importance de l'exécution forcée territoriale, le cours classique de F.-A. Mann, « Conflict of Laws and Public Law » *Recueil des cours*, tome 132 (1971), pp. 107-196.

929. Voir la Convention du Conseil de l'Europe du 18 novembre 2001 sur la cybercriminalité, ETS 185 (<http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>).

Un cas d'espèce des problèmes qui apparaissent est l'affaire *Yahoo!* Les tribunaux français (TGI Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra c. Yahoo! Inc. et*

tionnels, comme la confidentialité de la correspondance, nécessitent une protection juridique appropriée. Mais, cette réglementation a des caractéristiques originales, parmi lesquelles l'une consiste dans le dépassement des Etats. La réglementation ne peut pas être organisée de façon satisfaisante par les Etats unilatéralement. La coopération internationale s'impose et le droit uniforme paraît la seule voie méthodologiquement satisfaisante. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si toutes les organisations internationales ont proposé la régulation du cyberspace ou des aspects de certaines opérations qui s'y découlent, ou même y ont contribué. Il en est ainsi d'UNCITRAL (avec les deux lois modèles sur le commerce électronique et la signature digitale), de l'Union européenne (avec les directives sur les signatures électroniques, le commerce électronique, la vente à distance, etc.), la CCI, l'OCDE, etc.

331. Le cyberspace⁹³⁰, cependant, invite à réfléchir sur ses particularités, car, étant par essence un espace extérieur les actions qui s'y passent sont forcément transnationales, et posent donc un problème de régulation internationale au sens du droit international privé, même dans le domaine pénal⁹³¹.

En outre, l'espace cybernétique fait appel à une autoréglementation fondée sur des règles uniformisées par une *lex cybernetica* en matière substantielle, aussi bien qu'en matière procédurale. D'ailleurs, il a été pour cette raison maintes fois proposé d'adopter une approche internationale⁹³², voire même globale sur la base du modèle de l'espace extra-atmosphérique⁹³³.

Yahoo France, www.lapres.net/html/yahweb.html) ont ordonné à Yahoo! de prévenir ses usagers français qu'ils participaient à des ventes aux enchères de «souvenirs» nazis. Yahoo! avait plaidé en faveur de l'impossibilité technique de parvenir à cette fin et il semblerait d'après l'avis des experts que seulement soixante pour cent des cas peuvent être repérés par la technologie des filtres et des IP. Voir par exemple D. A. Laprès, «L'exorbitante affaire Yahoo», *Clunet*, 1992, pp. 975 ss.

Le Conseil de l'Europe a élaboré une convention multilatérale contre les crimes cybernétiques.

930. Ce terme, qui fut introduit par W. Gibson dans son roman «neuromanicien» (voir P. Trudel, *op. cit.*, p. 221), semble aujourd'hui désigner l'espace dématérialisé, «virtuel», électronique, qui résulte par les raccordements des ordinateurs et autres outils informatiques interconnectés créant des réseaux de communication, dépourvus d'un seul centre de direction, et une communauté comportant son propre langage et sa propre culture globalisée.

931. Comme l'observe A. Huet, «Droit pénal international et Internet», *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. A propos de trente ans de recherche du CREDIMI, Mém. Ph. Kahn*, pp. 663 ss.

932. J. Huet, «Quelle culture dans le cyberspace et quels droits intellectuels pour la cybiculture?» *D.*, 1998, p. 186.

933. Salah, *op. cit.*, p. 71.

Le terme *lex electronica*, synonyme de celui de *lex cybernetica*, a été justement mis en avant pour rendre compte du concept de *régulation* (et plutôt, à vrai dire, pour emphatiser l'aspect d'autorégulation) dans ce domaine, qui comprend les différents phénomènes normatifs encadrant les participants à la communication électronique comme celle se déroulant sur Internet⁹³⁴.

332. Il est vrai que la régulation dans ce domaine a des traits originaux⁹³⁵. La régulation est de façon inhérente internationale, et si le droit étatique ne suffit pas, n'a pas la capacité juridique d'englober le cyberspace et, par conséquent, d'assurer une réglementation hétéronome, il est complété par l'autorégulation, dont l'instrument privilégié est le contrat et l'autonomie de la volonté, le mimétisme assurant la répétition et conférant une juridicité pratique aux clauses contractuelles, actuellement pleinement répétées et observées. C'est en ce sens que la *lex electronica* rassemble à la *lex mercatoria*⁹³⁶.

Enfin, un dernier aspect important est la *normalisation*, la *canonisation* de la technologie⁹³⁷, cet aspect comprenant le fait que plusieurs comportements sont réglés par l'usage des technologies (par exemple les technologies *antispam*) et moins par des règles et la voie normale du litige. En outre, la normativité internautique s'inscrit dans une logique adaptée aux réseaux et se conçoit en fonction de la réalité virtuelle proposée aux usagers. C'est une *normativité tierce*. C'est, d'ailleurs, par ses éléments normatifs informels, applicables au commerce électronique international, que certains définissent la *lex electronica*⁹³⁸. On y trouve des règles adaptées, qui sont d'origine étatique, qu'on dénommera *politiques*, mais aussi des règles de *soft law*, ne résultant pas de la volonté des autorités étatiques⁹³⁹, qu'on dénommera *sociétales*. Leur trait original est qu'elles puisent leur force juridique non pas dans la *contrainte de la sanction*, mais dans la *raison*, de la *rationalité pratique*, elles sont effectives car utiles (normes utilitaires).

934. P. Trudel, « La *lex electronica* », dans C.-A. Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 221 ss.

935. Les sources — toujours les sources — sont multiples : le contrat type du Conseil de l'Europe de 1992, contrats modèles, l'EDI (type Incoterms), le TEDIS et le FINPRO, la loi modèle sur le commerce électronique de la CNUDCI, la Convention du Conseil de l'Europe de 1981 pour la protection des personnes à l'égard d'un traitement automatisé des données à caractère personnel, etc.

936. Comme c'est d'ailleurs le cas dans d'autres domaines comme les sports, où il a été fait état de l'apparition d'une *lex sportiva*.

937. Un exemple topique est la norme P3P qui explicite l'effet régulateur technologique, voir Trudel, *op. cit.*, p. 235.

938. Voir Trudel, *op. cit.*, p. 235.

939. Trudel, *ibid.*

333. Une troisième remarque s'impose : comme dans l'espace réel, dans l'espace virtuel plusieurs domaines sont concernés, comme le droit pénal, les droits intellectuels, la responsabilité, le commerce électronique⁹⁴⁰, etc.

En un seul mot, le Web met en cause le fondement territorial du droit international privé. Ce sont la territorialité et la souveraineté, qui sont mises en cause par les caractéristiques de la société cybernétique. Et ces caractéristiques pertinentes au sein d'une analyse juridique sont la tendance, dans la nouvelle dimension cybernétique, à la *dématérialisation*⁹⁴¹, à la *déterritorialisation*⁹⁴², à la *dépersonnalisation*⁹⁴³ et à la *détemporalisation*⁹⁴⁴ du droit⁹⁴⁵, quoique de façon différente et de degré variable.

En fait, la question ainsi posée s'analyse en une question d'adéquation des moyens juridiques actuels⁹⁴⁶. En d'autres termes, cela traduit la

940. T. Hoeren, «Electronic Commerce and Law — Some Fragmentary Thoughts on the Future of Internet Regulation from a German Perspective», dans Basedow et Kono (dir. publ.), *Legal Aspects of Globalisation*, Kluwer Law International, 2000, pp. 35 ss.; E. Cprioli et R. Soreuil, «Le commerce international électronique: vers l'émergence des règles juridiques transnationales», *Clunet*, 1997, pp. 323 ss.

941. Dans le sens que le net, étant intrinsèquement immatériel, crée de nouveaux biens intangibles, conséquence de la société d'information comme les bases des données, les domaines, etc.

942. Probablement, le trait le plus marquant et le plus intéressant quant à la mise en cause du droit international privé «territorial». Voir par exemple R. Michaels, «Territorial Jurisdiction after Territoriality», dans Slot et Bulterman (dir. publ.), *Globalisation and Jurisdiction*, 2004, pp. 105-130. On sait que la plupart des points de rattachement en droit international privé comme la majorité des bases juridictionnelles sont localisés dans un territoire, dans un lieu — le lieu du dommage, le lieu de formation du contrat, etc. Et cela en raison de l'héritage de la doctrine souverainiste du XIX^e siècle. Il semble que, dans l'espace cybernétique avec les contrats en ligne, ces critères ne sont pas toujours satisfaisants, ne pouvant pas rendre compte de la nouvelle réalité technologique. Bien qu'une solution satisfaisante entièrement nouvelle n'ait pas, à notre connaissance, été formulée, cette nouveauté invite à réfléchir soit sur l'adaptation des points de rattachements existants au sein des règles de conflit et des juridictions classiques, soit à la création de points de rattachements entièrement immatériels dans certains cas.

943. Comme Hoeren (*op. cit.*, p. 43) l'affirme, toutes les règles qui ont été créées en vue d'une personne doivent être reconsidérées, car on peut créer de nouvelles personnes dans l'espace internautique, changer des identités, fonder des sociétés en matière de commerce électronique.

944. Le problème de la forme électronique et la signature digitale sont topiques à cet égard.

945. T. Hoeren, *op. cit.*, pp. 36 ss.

946. Voir pour le droit des Etats-Unis l'étude complète de D. Loundy, «E-Law 2.0: Computer Information Systems Law and System Operator Liability Revisited», <ftp://infolib.murdoch.edu.au/pub/subj/law/jnl/elaw/refereed/loundy.txt>, qui pose le problème de la maîtrise et de l'évolution rapide de la technologie par

réflexion qui se pose et qui est celle de savoir si les procédés actuels suffisent pour régler les implications réelles nées de problèmes nouveaux du monde virtuel d'Internet ou s'il faut une réglementation uniforme et spécifique.

En effet, les procédés traditionnels sont-ils adéquats pour régler les aspects de la propriété intellectuelle⁹⁴⁷, le commerce électronique, les questions afférentes à la responsabilité délictuelle, pour ne pas inclure les aspects de droit pénal, tout aussi importants, relatives à la pornographie des mineurs, les délits commis par ordinateur et de procédure civile relatifs essentiellement à la preuve ?⁹⁴⁸ Quel droit régira les différends de *copyright* provenant des transmissions internautiques ?⁹⁴⁹ Et surtout, cette relativisation du lieu ou des lieux, comment se répercute-t-elle dans le droit international privé qui, hormis la règle de l'autonomie et la nationalité, reste un droit assez territorialisé du point de vue des points de rattachements ?⁹⁵⁰

334. En somme, les réponses peuvent être classées dans deux catégories dénommées par un auteur⁹⁵¹, pour la première tendance, *les conservatives*, qui se regroupent autour de l'idée de la suffisance des procédés traditionnels, et, pour la deuxième, *les révolutionnaires*, qui estiment que

rapport au monde juridique (juges, avocats, qui nécessitent un temps complémentaire pour comprendre l'« autre » monde de la technologie et les habitudes et la façon de penser dans le cyberspace).

947. Plusieurs questions ont été controversées devant les tribunaux, d'abord l'identité de celui qui a commis l'infraction du *copyright*. Le service fournisseur est-il aussi responsable des actes illégaux de l'utilisateur, comme le montre l'affaire *Chubby, Inc v. Compuserve Inc.* (776 F. Supp. 135 SDNY 1991), qui a cependant décidé dans le sens négatif.

948. Sans omettre de souligner que les nouveaux problèmes n'apparaissent pas seulement sur le terrain de la régulation juridique, mais aussi sur le terrain de l'établissement du fait ou de l'acte illégal. Ainsi, il est particulièrement difficile de repérer et d'identifier les traces d'une violation de *copyright*, voir J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Pinter, 1999, p. 109. Voir aussi sur ces aspects L. Edwards et C. Waelde, *op. cit.*

949. J. C. Ginsburg, « The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change », *Recueil des cours*, tome 273 (1998), pp. 239 ss. ; S. C. Symeonides (et autres), *Conflicts of Laws: American, Comparative, and International*, 1998, pp. 894 ss.

950. En particulier, quel est le titre d'application de la *lex fori* (de l'Etat de la réception) à des pages Web qui sont établies à l'étranger ? Le tribunal de grande instance de Paris, 26 février 2002, dans la fameuse affaire *Yahoo!* (www.droit-technologie.org) l'a appliquée au titre du droit du lieu d'accès, ce qui constitue une évolution par rapport au rattachement retenu avant par la cour d'appel de Paris du 10 novembre 1999 (www.juricom.net), qui avait retenu le lieu de l'établissement du serveur.

951. S. Hayakawa, « Private Law in the Era of Internet », dans Basedow et Kono (dir. publ.), *Legal Aspects of Globalisation*, Kluwer Law International, 2000, p. 30.

de nouvelles règles spécifiques devront naître et régir ce phénomène nouveau. Ceux qui soutiennent que le cyberspace est un espace qui ne peut pas être régulé par le droit national, un *no law land*, s'inscrivent en faveur d'un droit global ou international⁹⁵². Ils soutiennent que de nouveaux problèmes originaux apparaissent⁹⁵³, comme en matière de *copyright*, qui rendent la régulation nationale inadéquate⁹⁵⁴, mais il en est de même des problèmes classiques comme la formation des contrats en commerce électronique⁹⁵⁵, l'imposition⁹⁵⁶ ou même la diffamation⁹⁵⁷. Il est parfois avancé que dans certains cas il paraît qu'Internet a été conçu dans le but de tester le droit international privé⁹⁵⁸. Et, en effet, le droit international privé est une branche privilégiée, qui est agitée, sinon bouleversée par Internet tant au plan de la compétence internationale qu'au plan du droit applicable.

En plus, il faut noter que l'espace internautique, la régulation d'Internet est nécessairement plus complexe, car on y trouve, hormis les règles nationales, des règles émanant des organismes non gouvernementaux (CCI, WIPO), des règles transnationales et des règles uniformes des conventions internationales. Il faut tout de suite remarquer que l'autorégulation par des règles nationales, bien qu'utile, ne peut pas

952. L. Edwards et C. Waelde, *Law and the Internet, Regulating Cyberspace*, Hart Publishing, 1997, p. 4, qui tendent une analogie du cyberspace avec la haute mer.

953. C. Waelde, «Domain Names and Trade Marks: What's in a Name?» dans Edwards et Waelde, *op. cit.*, pp. 45 ss.

954. Voir l'affaire *Shetland Times v. Wills*, dans H. L. Mac Queen, («Copyright and Internet», dans Edwards et Waelde, *op. cit.*, p. 70), dans laquelle le journal *Shetland Times* a poursuivi un individu, Dr Wills, qui a créé sur son site Web un journal cybernétique appelé *Shetland News*, qui était lié par un hyperlien au *Shetland Times*. Lord Hamilton par sa décision a interdit par des mesures provisoires la suite de cette pratique. Le problème de la violation de copyright par la création d'un hyperlien est très commun et d'usage très répandu. Dans une autre affaire, aux États-Unis, appelée *Total News*, qui a été transigée, les parties ont décidé d'accepter le simple «lien» mais d'interdire la reproduction (*framing*). Dans toutes ces affaires il y a violation des droits intellectuels du deuxième site Web, qui est reproduit par le premier.

955. L. Davies, «Contract Formation on the Internet: Shattering a Few Myths», dans Edwards et Waelde, *op. cit.*, pp. 97 ss., qui souligne d'une part l'inexistence d'un *lieu de formation*, mais qui analyse aussi comment le fameux *postal rule*, qui régit la formation des contrats entre absents, peut fonctionner, ou le problème de la signature ou du paiement dans le cas du cyberspace.

956. S. Eden, «The Taxation of Electronic Commerce», dans Edwards et Waelde, *op. cit.*, pp. 153 ss.

957. L. Edwards, «Defamation and the Internet», dans Edwards et Waelde, *op. cit.*, pp. 183 ss.

958. L. Edwards et C. Waelde, *Law and the Internet, Regulating Cyberspace*, Hart Publishing, 1997, p. 6: «The Internet, however, sometimes seems to have been set up purely to test the rules of IPL to destruction.»

totalemment substituer le droit national, qui reste le système de référence pivot. Il faut organiser plutôt une collaboration que résoudre un conflit⁹⁵⁹.

335. Il y a aussi l'autre tendance : ceux qui soutiennent que les règles existantes, adaptées au besoin, peuvent parfaitement réguler les rapports internautiques⁹⁶⁰.

Il semble que la vérité se situe plutôt du côté de la deuxième conception, bien que de façon moins catégorique qu'on ne l'affirme souvent. Il est vrai qu'Internet est un médium global et en ce sens les droits nationaux n'ont pas la capacité de régir tout Internet. Par conséquent, il y aura des problèmes qui pourront être résolus par les droits nationaux, mais si on parle de régulation, dans ce cas, il est certain que les droits nationaux ne suffisent pas chacun séparément à régir un phénomène global, un espace congénitalement transnational⁹⁶¹.

Il est aussi important de noter que dans l'espace d'Internet, du *Web*, des régulations spontanées se manifestent, et le mot d'ordre est l'*auto-régulation*. Et cela, non seulement s'agissant de la production des règles substantielles, mais aussi s'agissant des règles juridictionnelles. Les différends dus à Internet sont résolus de plus en plus par l'usage des *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*) et par des tribunaux virtuels⁹⁶².

336. L'hypothèse de la régulation plurielle invite à vérifier les relevances possibles avec les autres ordres juridiques et spécialement l'ordre étatique pivot, afin de reconnaître, contrôler et adapter les règles transnationales dans le but d'atteindre la justice⁹⁶³.

Il convient de noter, cependant, certains efforts de réglementation internationale comme celle du Conseil de l'Europe (quarante et un États)

959. Hoeren, *op. cit.*, p. 47.

960. Voir à propos des délits et contrats la démonstration de H. Kronke, « Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace », dans Boele-Woelki et C. Kessedjian, *op. cit.*, pp. 65 ss., et dans le même sens M. Dogauchi, « Law Applicable to Torts and Copyright Infringement through the Internet », dans Kono et Basedow, *op. cit.*, p. 50.

961. Qu'il faudra régler par unification internationale pour la formation d'un droit global sectoriel qui suppose, par exemple, en matière de copyright, la fusion de la Convention de Berne et de la Convention universelle de copyright, voir C. J. Meyer, « National and International Copyright Liability for Electronic System Operators », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1995, <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol2/no2/meyer.html>.

962. Edwards et Waelde, *op. cit.*, p. 6. Voir aussi pour un exemple de solution des différends autopoétiques, www.umass.edu/dispute/. Il faut, cependant, noter que de tels tribunaux même s'ils fonctionnent, ne peuvent pas s'affranchir de la territorialité liée aux juridictions étatiques et inhérentes, au stade de développement actuel du monde virtuel, à la territorialité.

963. Hayakawa, *op. cit.*, p. 32.

sur le cybercrime, les règles de OCDE sur le « e-commerce »⁹⁶⁴, la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁹⁶⁵.

*Section II. Les leges mercatoriae*⁹⁶⁶ :
*les règles transnationales*⁹⁶⁷ *utilitaires et soft*
des affaires internationales

337. S'agissant du problème de la régulation de la gouvernance internationale, est parfois proposée une version *soft, exclusivement privée*, se fiant à la convergence des pratiques des acteurs de la société civile internationale⁹⁶⁸, une véritable gouvernance privée internationale.

Parmi les sources informelles du droit transnational privé il faut faire une place à part aux principes d'UNIDROIT, qui gagnent en reconnaissance non seulement dans le monde des affaires, mais aussi par rapport aux ordres juridiques nationaux, même les plus réticents⁹⁶⁹.

Relativisme notionnel de la lex mercatoria

338. Quand on essaie de contourner la *lex mercatoria*, on se trouve en présence d'un double embarras. D'abord, son caractère volatile, qui se prête à l'expression d'un subjectivisme doctrinal très riche, au point de pouvoir affirmer que presque chaque auteur se fait une idée différente de la *lex mercatoria*⁹⁷⁰ — très peu objectivée, même en doctrine. Ensuite,

964. « The Internet and the Law. Stop Signs on the Web », *Economist*, 13th January, 2001.

965. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), sur <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:FR:NOT>.

966. Le texte qui suit est quasiment identique dans ses deux premiers paragraphes, tout au moins, dans notre étude « La *lex mercatoria* reconsidérée », *Mél. P. Lagarde*, pp. 635 ss. Il nous a semblé, cependant, que l'analyse n'était pas inintéressante et cadrerait bien aussi pour la présente étude.

967. Malgré le fait qu'on avait naguère utilisé le terme « normes anationales » pour désigner les normes non étatiques et non conventionnelles, on préférera les termes « normes transnationales » et « droit transnational », qui désignent de façon positive le propre de cette catégorie, celui de transcender les ordres juridiques étatiques et d'évoluer dans le niveau horizontal.

968. J. Wiener, *Globalization and the Harmonization of Law*, Londres, Pinter, 1999, p. 10.

969. M. J. Bonnel, « UNIDROIT Principles: A Significant Recognition by a United States District Court », *RDU*, 1999, pp. 651 ss.

970. Voir à cet égard l'ouvrage de F. De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, 1992, pp. 207-247, qui présente un panorama exhaustif des opinions doctrinales.

son caractère flexible, qui permet son adaptation aux circonstances modernes, au premier titre desquelles il convient de mentionner un autre concept également fugitif, la globalisation⁹⁷¹ et, partant de là, le renouveau constant du débat. Il est, par conséquent, permis de reconsidérer le phénomène, en empruntant, cependant, un angle franchement pragmatique, tout en respectant la richesse et la grande subtilité du débat doctrinal. Car il faut le noter d'emblée, l'effectivité, qui se trouve au départ de la justification de son existence et qui sert de titre de juridicité, se retrouve aussi à l'arrivée et constitue le talon d'Achille de cette construction.

L'existence des normes afférentes à la *lex mercatoria*, ou plus exactement aux *leges mercatoriae*, n'est plus aujourd'hui sérieusement contestée en tant que telle (paragraphe 1). Il y a des raisons qui expliquent cela.

Leur juridicité, leur positivité reste néanmoins relative, en raison de leur application par le juge étatique ou par l'arbitre international.

Ce qui importe plus pour éviter un débat futile, et aujourd'hui largement dépassé, est de préciser leur utilité en tant que concept unitaire, mettre en évidence leur contenu variable et en fin de compte révéler leurs fonctions diverses et variées en droit positif (paragraphe 2).

Mais, en définitive, l'existence juridique des règles transnationales ne faisant pas de doute, de nouveaux problèmes apparaissent, s'agissant de l'articulation de leurs sources multiples et variées et s'agissant de régler des problèmes de choix et d'hierarchie entre eux (paragraphe 3).

*Par. 1. La notion de la lex mercatoria :
un débat doctrinal dérisoire*

339. La proposition doctrinale de la *lex mercatoria*, bien que relativement ralentie de nos jours⁹⁷², continue pourtant son chemin, malgré les

971. F. De Ly, «Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation», *Diritto del commercio internazionale*, vol. 14 (2000), pp. 555 ss.; *id.*, «Uniform Commercial Law and International Self-Regulation», *Diritto del commercio internazionale*, 1997, pp. 519-547; K. Lynch, *The Forces of Economic Globalization, Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003; E. Loquin, «Où en est la *lex mercatoria*?», *Mél. Ph. Kahn*, 2000, p. 23.

972. Voir Klaus-Peter Berger, *The Creeping Codification of Lex Mercatoria*, 1999; F. De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, 1992; Ch. Pamboukis, *La lex mercatoria en tant que droit applicable aux obligations contractuelles internationales*, Athènes, 1996 (en grec).

critiques pertinentes qui lui ont été adressées, au premier plan desquelles figure l'étude classique de Paul Lagarde⁹⁷³.

Le concept et la définition de la *lex mercatoria* sont fugitifs et changent selon l'approche adoptée. Il convient, alors, d'exposer, en lignes générales seulement, les principales approches proposées par la doctrine.

A. Les diverses approches doctrinales de la *lex mercatoria*

On peut distinguer trois approches principales, qui seront exposées par la suite: l'approche pragmatique, l'approche dogmatique et l'approche fonctionnelle.

1) L'approche pragmatique: la *lex mercatoria* en tant qu'ensemble de règles polymorphes ayant pour objet spécifique la réglementation substantielle des rapports internationaux

340. Une première tendance pragmatique est celle qui fut proposée, en premier, par Clive Schmitthoff⁹⁷⁴. Cet auteur met l'accent sur les sources et l'objet en faisant entrer dans le concept de la *lex mercatoria* les règles qui régissent les relations économiques internationales et les règles qui proviennent des sources internationales visant à l'uniformisation du droit des affaires internationales. Il convient de noter que cet auteur ne prône pas l'autonomie de la *lex mercatoria*, mais souligne sa spécificité au sein même des ordres juridiques nationaux. Ce même auteur définit la *lex mercatoria* comme un ensemble de règles sans caractère systémique, complexe et multiforme⁹⁷⁵.

Lord Mustill, dans un article remarquable⁹⁷⁶, suivant la même voie, a

973. P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 125-150.

974. « The Law of International Trade, Its Growth, Operation and Formulation », *The Sources of the Law of International Trade*, Londres, Stevens and Sons, 1964, pp. 3-38. La proposition de Schmitthoff fut suivie par d'autres auteurs, comme K. Siehr, « Sachrecht im IPR, transnationales Recht und Lex mercatoria », *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht*, Holle et Klinke (dir. publ.), Cologne, Heymanns, 1985, pp. 115 ss., et avec des nuances importantes N. Horn, « Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts », *The Transnational Law of International Commercial Transactions, Studies in International Commercial Law*, t. 2, Deventer, Kluwer, 1982, pp. 13 ss.

975. « The Unification of the Law of International Trade », *J. Bus. L.*, 1968, pp. 112 ss.

976. « The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years », *Arb. Int.*, 1988, pp. 86 ss.

mis en évidence son caractère anational et spontané, en notant qu'il y a plusieurs notions de la *lex mercatoria* et mettant l'accent sur la technique de son application par l'arbitre.

On ne peut que constater que cette tendance se trouve plus proche de la réalité et elle est largement suivie par la doctrine anglo-saxonne⁹⁷⁷, bien qu'il convienne de noter qu'il y a un grand nombre d'auteurs anglo-saxons plus circonspects à l'égard de la *lex mercatoria*⁹⁷⁸. Elle doit être approuvée dans sa partie qui consiste à étendre le champ matériel des droits nationaux, dans lesquels les règles transnationales sont incorporées.

2) *L'approche dogmatique : la lex mercatoria en tant qu'ordre juridique ayant vocation de remplir la fonction du droit applicable*

341. Une deuxième approche plus audacieuse fut proposée par B. Goldman. Sa proposition fut construite progressivement⁹⁷⁹. Dans un premier temps, l'accent a été mis sur le caractère spontané et anational des règles de la *lex mercatoria*⁹⁸⁰. Dans un état plus développé, pour cet

977. Lowenfeld, «Lex Mercatoria: An Arbitrator's View», dans T. Carbonneau (dir. publ.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Dobbs Ferry, 1990, p. 50; Juenger, «The Lex Mercatoria and the Conflicts of Laws», *Lex Mercatoria and Arbitration*, op. cit., p. 224; id.; «The Lex Mercatoria and Private International Law», *RDU*, 2000, pp. 171 ss.; De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, op. cit. Sont critiques, cependant, Delaume, «The Myth of Lex Mercatoria and State Contracts», et Highet, «The Enigma of Lex Mercatoria», *Lex Mercatoria and Arbitration*, op. cit., pp. 98 ss. et pp. 108 ss. Cf. Goode, «The Adaptation of English Law in International Commercial Arbitration», *Arb. Int.*, vol. 8 (1992), pp. 1 ss.

978. Il en va ainsi de Mann et de Delaume, qui s'interrogent sur l'existence et le contenu de la *lex mercatoria*, mettant l'accent sur son caractère indéfinissable. Voir Ning Jin, «The Status of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», *The American Review of International Arbitration*, 1996, pp. 1192 ss.; S. Shackleton, «The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996», *Arbitr. Int.*, 1997, pp. 375 ss.

979. Goldman a longtemps hésité entre le point de vue de Schmithoff (considérer la *lex mercatoria* comme un ensemble de règles — voir «La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», *Clunet*, 1990, pp. 480 ss., avec cependant des hésitations, p. 502) et sa propre thèse de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique — voir «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire *Norsolor*», *Rev. arb.*, 1983, pp. 407 ss.

980. Goldman, «Les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international», *Clunet*, 1979, p. 748; id., «Réalité et perspectives», op. cit., pp. 477 ss. Dans cette étape l'effort de cet auteur est dirigé, d'une part, vers la précision de sa spécificité, qui la trouve en son caractère anational et spontané et, d'autre part, sur la précision de son contenu, la *lex mercatoria* comprenant des collections des usages, des codes de conduites et des règles régissant les entreprises multinationales. Il a ultérieurement précisé («The

auteur la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique, quoique elliptique, comprenant des usages⁹⁸¹, des codes de conduite, des ensembles contractuels et des sentences arbitrales.

Son analyse est fondée sur l'hypothèse pluraliste de droit, même s'il ne mentionne pas expressément Santi Romano. Suivons les traits principaux de cette construction doctrinale progressive.

342. L'hypothèse de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique est fondée sur l'existence d'une *societatis mercatorum*, globale et cohérente⁹⁸². Cette société internationale des marchands spécifique produit son propre droit, la *lex mercatoria*, qui joue, tout au moins dans sa fonction, le rôle d'un ordre juridique étant capable de régir à lui seul des transactions internationales⁹⁸³. Notons en passant le saut intellectuel dans le raisonnement de l'éminent auteur: si chaque institution produit du droit, inversement est droit l'ensemble des règles qui régissent une société existant *de facto*. Par conséquent, l'existence d'une société des marchands conduit à accepter la juridicité des règles de la *lex mercatoria*. La juridicité de cet ordre juridique se trouve soumise à son existence, selon un argument tiré de l'effectivité. Or, l'existence de cette société des marchands reste à démontrer.

Pour répondre à la critique du caractère elliptique de cet ordre

Applicable Law: General Principles of Law — Lex Mercatoria», dans (J. M. Lew, dir. publ.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Martinus Nijhoff, 1987, pp. 114 ss.), que la *lex mercatoria* comprend des règles, dont l'objet est surtout transnational et leur origine coutumière et spontanée. Voir aussi, Loquin, «L'application des règles nationales dans l'arbitrage international», *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, CCI, n° 440-1, 1986, p. 69, mettant aussi l'accent sur un trait négatif commun: leur caractère et origine nationales, n'émanant pas des Etats.

981. La distinction entre usages et coutume restant ambiguë dans l'esprit des partisans de la *lex mercatoria*, voir Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1962, p. 414; *id.*, «L'Etat face aux usages du commerce international», *Trav. Com. fr. dr. int. pr., 1973-1975*, p. 73, transformant les usages en coutume par un raisonnement fondé sur le caractère procédural de la distinction.

982. Goldman, «Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*», dans Dominicé, Patry et Reymond (dir. publ.), *Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Bâle, 1993, p. 247. D'autres auteurs ont souscrit à cette analyse: Kahn, «L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi», *L'hypothèse du non-droit*, Liège, 1978, p. 233; Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Paris, Litec, 1980, p. 332.

983. Goldman, «Réalité et perspectives», *op. cit.*, p. 249: «la *lex mercatoria* peut remplir la fonction sinon d'un système complet, du moins d'une collection des règles de droit...»; *id.*, «Une bataille judiciaire...», *op. cit.*, p. 406:

«l'ordre juridique est un ensemble de règles spécifiques et d'organes aptes à les appliquer ... qui émerge de la formation de l'activité d'un groupe social lui-même spécifique...»

juridique, B. Goldman est obligé de procéder à un deuxième saut intellectuel en deux étapes. La *lex mercatoria*, si elle n'est pas un ordre juridique, elle remplit tout au moins la fonction d'un ordre juridique⁹⁸⁴.

Cette position est complétée par un éclatement de la notion même de l'ordre juridique. L'ordre juridique étant complet, à savoir capable de régir toute situation de droit, B. Goldman procède à un éclatement du concept même de l'ordre juridique, affirmant qu'il y a des ordres juridiques en voie de formation, qui dans un certain stade de leur développement sont elliptiques tout en étant fonctionnellement des ordres juridiques⁹⁸⁵.

L'effet pratique de cette construction est celui de pouvoir affirmer que la *lex mercatoria* est capable de régir *en tant que droit applicable* un rapport juridique d'essence contractuelle.

343. L'hypothèse d'une *lex mercatoria* ordre juridique en voie de formation a été suivie par de nombreux auteurs, dont chacun a contribué à sa formation. On peut distinguer deux tendances: la première se charge de la construction de l'hypothèse dans ses éléments fondateurs, tandis que la deuxième se charge de l'enrichissement de son contenu par des règles et des principes.

Dans la première tendance, il convient de faire brièvement mention de MM. Kahn, Fouchard, Loquin et Lalive.

M. Kahn a essayé de démontrer l'existence d'une *societatis mercatorum*⁹⁸⁶ dans le domaine de la vente internationale⁹⁸⁷. Le regretté Fouchard a essayé de mettre en évidence la relation étroite entre l'arbitrage international et les besoins spécifiques du commerce international⁹⁸⁸, dans le sens que l'arbitrage est la voie juridictionnelle la plus adaptée pour les satisfaire. Dans la même voie, M. Loquin a soutenu que

984. «Réalités et perspectives...», *op. cit.*, p. 499; *id.*, dans *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, *op. cit.*, p. 249. Analyse reprise par M. Gaillard, «Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?» *op. cit.*, pp. 66 ss.

985. Goldman, «Une bataille judiciaire...», *op. cit.*

986. Il a été correctement observé que cet auteur suit une analyse sociologique du droit, voir F. De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, 1992, p. 215.

987. *La vente commerciale internationale, passim*, Paris, Sirey, 1961; *id.*, «*Lex mercatoria* et euro-obligations», *Law and International Trade*, Francfort, 1973, pp. 215-242; *id.*, «*Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux: l'expérience française», *Le contrat économique international, Stabilité et évolution, Travaux des septièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1975.

988. *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 24 ss.

l'application de la *lex mercatoria* est une application en droit et non pas en équité⁹⁸⁹, en lui conférant ainsi sa juridicité débattue.

M. P. Lalive⁹⁹⁰ a soutenu la thèse que la *lex mercatoria* a un ordre public qui lui est propre réellement international, qui se définit comme l'ensemble des principes supérieurs et fondamentaux pour le droit du commerce international, exprimant les principes d'une société internationale des marchands⁹⁹¹.

344. Dans la deuxième tendance, il convient de mentionner surtout Oppetit, Gaillard, Berger et Osman.

Oppetit a surtout contribué à enrichir le contenu de la *lex mercatoria* par des principes généraux et en procédant à un classement et il a mis en exergue les principes généraux du commerce international en tant que source de la *lex mercatoria*⁹⁹². M. Osman a essayé de systématiser les principes généraux en matière de formation, d'exécution et d'interprétation du contrat tout en emphasiant le rôle des précédents arbitraux⁹⁹³. M. Berger⁹⁹⁴ a essayé de mettre en évidence la construction progressive du contenu de la *lex mercatoria* en systématisant son contenu et en utilisant des sources variées, afin de démontrer l'existence des ensembles des règles régissant spécifiquement les transactions internationales. Avec ses collègues du Center for Transnational Law il a entrepris un vaste effort de codification⁹⁹⁵. Il convient de noter que M. Berger se

989. *L'amiable composition*, *op. cit.*, pp. 314 ss.; *contra*, J.-D. Bredin, «La loi du juge», dans *Etudes offertes à B. Goldman*, p. 21 : «il se pourrait ainsi que la meilleure fonction de la *lex mercatoria* soit de flatter l'arbitre...» (p. 27 *in fine*).

990. «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international», *Rev. arb.*, 1986, pp. 329 ss.; Derains, «L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international», *Rev. arb.*, 1986, p. 375; Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préface de Loquin, Paris, LGDJ, 1992, pp. 381 ss.; Matray, «Arbitrage et ordre public transnational», *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum P. Sanders*, Kluwer, 1982, p. 241; Stuycken, «La *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux», *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier*, Paris, PUF, 1986, p. 206; Moitry, «Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria*?» *Rev. arb.*, 1989, pp. 3 ss.

991. Voir aussi Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983, pp. 276 ss.

992. «La notion de source du droit et le droit du commerce international», *Arch. phil. dr.*, t. XXVII, Sirey, p. 50; *id.*, «Les principes généraux en droit international privé», *Arch. phil. dr.*, 1987, pp. 179-187.

993. *Les principes généraux de la lex mercatoria* (préface de E. Loquin), Paris, LGDJ, 1992, *passim*.

994. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, *passim*.

995. Voir K.-P. Berger (dir. publ.), *The Practice of Transnational Law*, Kluwer, 2001.

range plutôt du côté de la théorie de Goldman, considérant la *lex mercatoria* comme un système juridique transnational.

M. E. Gaillard a examiné la *lex mercatoria*, à juste titre, du côté de son application⁹⁹⁶ et de sa méthodologie⁹⁹⁷ d'application, tout en considérant que la *lex mercatoria* se définit plutôt par ses sources. M. Gaillard s'opposant à M. Berger considère que la *lex mercatoria* s'affirme dans la méthodologie de son application et non pas par des listes consistant en une analyse comparatiste, qui guidera l'arbitre à appliquer la règle plus largement reconnue, en d'autres termes, la règle la plus effective. Mais, s'agit-il d'une véritable méthode ou bien, s'agit-il d'une opération concrète, liée au subjectivisme inhérent à l'arbitre, comme cela sera expliqué plus loin ? Selon quels critères des règles de droit seront-elles éligibles à l'opération comparatiste, si ce n'est pas au moyen des liens de rattachement ? Si on comprend bien la logique de la technique proposée par M. Gaillard, celle-ci consiste à contrôler l'effectivité de la règle, si, en d'autres termes, elle est réellement suivie. Mais où chercher cette effectivité, si ce n'est pas dans le judiciaire arbitral faute de publication de la pratique juridique ? Il s'ensuit que les règles de la *lex mercatoria* doivent subir le test de leur application. Ce qui sera examiné par la suite, pour déterminer si précisément l'arbitre international recourt à la *lex mercatoria*.

L'approche dogmatique n'a pas connu un succès remarquable en dehors de la doctrine française, à l'exception de Wiese⁹⁹⁸ et en partie de A. T. von Mehren⁹⁹⁹.

Il est vrai que l'approche dogmatique a provoqué de loin le plus de contestations, fondées sans aucun doute. Et la raison principale en est une ambition sans rapport avec la réalité et l'utilité du phénomène. Elles seront exposées sommairement dans leur substance sous forme de questions liminaires¹⁰⁰⁰.

996. «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», *Etudes P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203, et surtout «Trente ans de *lex mercatoria*: pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Clunet*, 1995, pp. 1 ss.

997. E. Gaillard, «Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?», *Arbitration International*, vol. 17, pp. 59 ss.

998. *Lex mercatoria, Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Francfort, Land, 1990.

999. «To What Extend Is International Arbitration Autonomous?», *Etudes B. Goldman, op. cit.*, p. 226.

1000. Voir aussi, pour un exposé sommaire des diverses critiques à l'encontre de la *lex mercatoria*, K. Lynch, *The Forces of Economic Globalization — Challenges to the Regime of International Commercial Arbitration*, Kluwer, 2003, pp. 321 ss.

345. *La lex mercatoria constitue-t-elle un phénomène autonome quant à ses sources par rapport aux droits nationaux ?* En fait, dans cette conception les règles anationales puisent leur juridicité indirectement, et non pas directement, comme c'est le cas des règles nationales. En réalité, ce sont des règles flottantes (*floating rules*), leur juridicité restant soumise à leur rapport de *relevance* avec les divers ordres juridiques. Les règles nationales ne peuvent pas, par conséquent, participer à cette conception de la *lex mercatoria*¹⁰⁰¹, car elles ne proviennent pas de sources de la *lex mercatoria* considérée comme ordre juridique autonome et anational.

346. *L'arbitrage international constitue-t-il l'expression juridictionnelle de la lex mercatoria ?* Si on part de l'affirmation exacte de Santi Romano, qu'il ne peut pas exister un ordre juridique sans juge¹⁰⁰², la prétention de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique a conduit certains auteurs à affirmer que l'arbitrage international constitue son expression juridictionnelle et une de ses sources¹⁰⁰³. Cette affirmation paraît mal fondée. L'arbitrage international ne constitue pas l'organe juridictionnel de la *lex mercatoria*, car l'arbitre ne rend pas la justice en son nom¹⁰⁰⁴ et n'a pas l'obligation de maintenir la cohérence et la normativité de cet ordre juridique. L'arbitre constitue un organe juridictionnel privé *concret*, ayant comme fondement de son pouvoir la volonté des parties, qui l'ont investi du pouvoir juridictionnel. Son pouvoir n'est pas général, mais spécial, cantonné au différend précis qui lui a été soumis et, par conséquent, son activité normative présente des différences importantes par rapport à l'activité du juge national¹⁰⁰⁵. En réalité, il ne constitue pas une forme parallèle de justice par rapport à la justice étatique, mais une *autre* justice à plusieurs égards différente dans son fonctionnement, sinon dans sa finalité. Son objectif est plus concret et il ne se

1001. P. Lagarde, « Approche critique... », *Etudes offertes à B. Goldman*, p. 128, n. 5.

1002. « On a maintes fois relevé qu'il était possible de concevoir un ordre juridique dans lequel il n'eût pas place pour le législateur, mais pour le juge seulement », *L'ordre juridique*, traduction de François et Gothot, introduction de Francescakis, Paris, Dalloz, 1975, p. 14.

1003. Loquin, « L'apport de la jurisprudence arbitrale... », *op. cit.*, p. 93; Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 602; Goldman, « Réalité et perspectives... », *op. cit.*

1004. P. Mayer, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Recueil des cours*, tome 217 (1989), pp. 426 et 427.

1005. M. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrats et arbitrage internationaux*, *lex mercatoria*, Paris, LGDJ, 1984, p. 505. A juste titre M. Robert (*Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ, 1988, pp. 19 ss.) préfère les termes précédents.

trouve pas soumis aux limitations institutionnelles du juge. Cela se reflète dans l'autorité des sentences. Comme il a été mis en lumière par M. P. Mayer¹⁰⁰⁶, l'autorité des sentences arbitrales est *auctoritate rationis*. Elle est investie d'un *jurisdictio* concret et spécial et elle se trouve dépourvue d'*imperium*. Cela ressort également d'une plus grande liberté de l'arbitre, mais aussi d'une absence de cohérence quant aux précédents arbitraux faute d'une instance supérieure d'unification. C'est dire, en d'autres termes, que l'arbitre se trouve libéré du souci du maintien de la cohérence normative de l'ordre juridique auquel il appartient, ce dernier faisant par hypothèse défaut. Ainsi, il n'a pas besoin d'appliquer un *droit* — contrairement au juge étatique — mais des *règles de droit* appropriées au litige concret, qu'il a la responsabilité de résoudre. Par conséquent, tout le débat portant sur la prétendue fonction de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique devient superflu. Il en ressort également qu'il ne saurait y avoir discussion d'une méthode à proprement parler, mais de techniques d'application variées et liées au subjectivisme inhérent à l'arbitrage international. C'est le concret qui guide l'applicabilité d'une règle, et non le contraire. On peut tout au plus faire état de la formation lente, progressive et dynamique — dans le sens d'une prise en compte — d'un droit substantiel offert à l'arbitre dans le but de l'accommoder dans le souci de rendre la justice dans le cas concret. Cela répond à un véritable besoin, celui d'une uniformisation exigée de fait par les données contemporaines de la rapidité, de la complexité et de la spécialité des affaires internationales et des données du cas litigieux concret et donc à une véritable fonction de complémentarité et d'émancipation par les règles étatiques qui nécessitent des opérations complexes et parfois hasardeuses quant à leur applicabilité liée, en partie, au caractère de la règle de conflit.

Il en ressort, également, une autre conséquence, qui met en porte à faux tout effort de généralisation au niveau de la méthode d'application des règles transnationales. L'effectivité juridique, fondement mis en avant correctement par les zéloteurs de la *lex mercatoria*, n'est pas d'une aide décisive. On dira même que son utilité est extrêmement limitée. La raison en est qu'au niveau de l'arbitre tout effort de généralisation — en dehors, bien entendu, de la volonté des parties qui domine la matière — est vain. Autrement dit, l'effectivité nécessitant par définition une reconnaissance élargie — d'application¹⁰⁰⁷ —, donc, un certain degré de

1006. «L'autonomie de l'arbitre...», *op. cit.*

1007. Voir Gaillard, «Transnational Law...», *op. cit.*, p. 65.

généralité, est inappropriée à servir comme fondement à l'arbitrage, lié de par sa nature, évoquée plus haut, au concret¹⁰⁰⁸. Cette effectivité, au contraire, peut servir, et sert en fait, s'agissant de la formulation des règles ou des principes, mais se trouve là absorbée par l'élément institutionnel.

347. *La lex mercatoria contient-elle des règles et des principes généraux spécifiques ?* Certains précédents arbitraux ont été mis en avant par M. D. Bureau¹⁰⁰⁹, entre autres auteurs, pour supporter l'allégation de l'existence des principes généraux de la *lex mercatoria*. Deux objections peuvent être adressées à cette affirmation. La première a été adressée par M. Lagarde¹⁰¹⁰, qui a observé que la positivité des principes généraux provient de l'ordre juridique auquel ils appartiennent. Pour disposer de principes généraux, il faut au préalable admettre que la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique et non pas l'inverse. La deuxième objection consiste en l'absence de caractère spécifique et général. Or, ces principes généraux se trouvent répandus dans la majorité des ordres juridiques nationaux et on peut, par conséquent, conclure que ces principes constituent en réalité un *tertium gentium*, la somme des principes généraux, connus par le tribunal arbitral¹⁰¹¹. Ils puisent leur utilité non pas dans leur énoncé normatif, mais dans l'opération de leur application. Par ailleurs, leur caractère de généralité fait défaut, puisque, comme il a été montré plus haut, les précédents arbitraux ne peuvent être considérés que comme normes individuelles, concrètes, ne participant pas à la construction d'un système jurisprudentiel cohérent ayant le caractère d'un ensemble.

Il en ressort que la *lex mercatoria*, faute d'organe juridictionnel propre, ne saurait constituer un ordre juridique et, en tout état de cause, ne saurait constituer un ordre juridique complet, son contenu est elliptique et se compose de règles disparates, obéissant à des finalités diverses, n'ayant aucune cohérence interne.

348. *Une societas mercatorum existe-t-elle ? La lex mercatoria pro-*

1008. Voir P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, LGDJ, 1973.

1009. *Op. cit.*, pp. 308 ss. Ainsi, la sentence CCI n° 4761/1987 (*Clunet*, 1987, pp. 1012 ss., obs. Jarvin) fait référence au principe de *rebus sic stantibus* ou bien la sentence CCI n° 3540/1980 (*Clunet*, 1981, pp. 914 ss., obs. Derains) se réfère au principe de *exceptio non adimpleti contractus*, tandis que la sentence CCI n° 1512 (*Clunet*, 1974, pp. 905 ss.) donne effet à la théorie de l'imprévision.

1010. «Approche critique...», *op. cit.*, p. 131.

1011. Mustill, *op. cit.*, p. 157: «but I suggest that in reality this meant the majority of States with laws the tribunal was familiar...»

cédant de la théorie institutionnelle de l'ordre juridique¹⁰¹² et non pas de la théorie normative de Kelsen, son existence suppose celle d'une société au sens institutionnel du terme, à savoir une entité distincte d'individus qui la composent et constituent de façon concrète une unité, même d'un point de vue formel et extrinsèque. B. Goldman¹⁰¹³, pour fonder sa théorie de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique, a soutenu que :

« La règle de droit est une norme qui gouverne effectivement une collectivité, parce que les membres de celle-ci ont conscience qu'en transgressant, ils entrent en conflit non seulement avec le bien, mais aussi avec l'organisation, les structures et le fonctionnement de cette collectivité; de même, une institution juridique est celle qui fournit le cadre des relations qui se déroulent conformément à des normes ainsi définies. »

La critique décisive a été une fois encore faite par M. P. Lagarde. Partant d'une analyse approfondie de la thèse de Santi Romano, il en conclut que l'existence d'un ordre juridique est fondée sur l'existence d'une société et sur son organisation interne¹⁰¹⁴. Ce que M. Reimann¹⁰¹⁵ dénonce en d'autres termes comme l'absence d'autonomie interne et externe de la *lex mercatoria*, comportant la nécessité d'avoir un nombre satisfaisant de règles et de principes qui lui donnent, d'une part, une certaine homogénéité interne et, d'autre part, la capacité d'« autosuffisance juridictionnelle » — la capacité de résoudre un litige sans avoir besoin de recourir à d'autres normes externes. On ajoutera pour notre part l'exigence d'une société *démocratiquement* — quant à la création du droit la régissant — *et collectivement* organisée, comportant des règles afférentes nécessairement à cette organisation — souvent qualifiées de droit public — qui font à l'évidence défaut dans le cas de la *lex mercatoria*.

349. Qu'est-ce que la *lex mercatoria* signifie à la fin de ce périple doctrinal ? On ne peut que conclure à deux possibilités : la première — pré-

1012. Santi Romano, *L'ordre juridique*, *op. cit.* : « le droit n'est pas, du moins n'est pas seulement, la norme posée mais bien l'entité qui la pose » (p. 13); « l'institution est en réalité un ordre juridique objectif » (p. 18); « nous entendons par institution tout être ou corps social » (p. 25); « une entité distincte des individus qui la composent et constituant de façon concrète une unité, même d'un point de vue formel et extrinsèque... » (p. 18). Voir aussi, Mac Cormick-Weinberger, « An Institutional Theory of Law, New Approaches to Legal Positivism », dans Gregorcyck, Michaut et Troper (dir. publ.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 150.

1013. « Réalité et perspectives... », *op. cit.*, p. 252.

1014. « Approche critique... », *op. cit.*, pp. 133 ss.

1015. *Zur Lehre vom « rechtsordnungslosen » Vertrag*, p. 30; De Ly, *op. cit.*, p. 270.

féralable — des ensembles de règles matérielles ayant pour origine des sources variées, destinées à régir de façon substantielle les transactions internationales à travers la volonté des parties et à travers les droits étatiques aux sources desquelles elles s'intègrent en les enrichissant. Dans cette conception, la *lex mercatoria* ne prétend bien entendu jouer ni le rôle ni la fonction d'un ordre juridique. On peut y voir un raisonnement privatiste, car à sa base on retrouve le souci de la réglementation d'un rapport privé par une règle. Elle se contente de participer à la tendance d'uniformisation du droit. C'est dans ce cadre général qu'il convient alors de l'examiner. Etant en réalité des ensembles de règles, des *leges mercatoriae*, la dénomination «règles anationales ou transnationales» semble préférable. Il convient également de noter qu'il s'agit par définition d'ensembles hétérogènes du point de vue de leur source, de leur effectivité, mais aussi de leur valeur juridique, allant de simples règles à la collection de règles (comme les Incoterms) jusqu'au principe représentant un système de règles d'origine institutionnelle plus affirmée. Ce qui est important, reste, néanmoins, le souci d'uniformisation pour des raisons, d'ailleurs, hétérogènes.

La deuxième vue assimile, tout au moins fonctionnellement, la *lex mercatoria* à un ordre juridique anational, un ordre juridique *no space, no land*. C'est une vue publiciste à supposer que l'organisation d'un ordre juridique en tant que phénomène social est par nature et par essence publique. On a vu pourquoi cette vue ne peut pas être admise.

En guise de conclusion, on peut ajouter que toute la discussion de savoir si la *lex mercatoria* est un ordre juridique ou non peut paraître superflue et inutile. Elle est aussi inexacte, car de toute façon personne ne fait état de l'*institution*, de laquelle émane le droit mercantique. Il y a, au contraire, une multitude d'institutions, concurrentes, complémentaires dans leurs objectifs et dans leurs fonctions. Elle pêche, en d'autres termes, par un excès de simplicité affreusement réductrice de la complexité et de la polycentricité du monde contemporain. La *lex mercatoria* a servi surtout pour familiariser la société juridique internationale sur le fait de l'existence de normes transnationales, sur le fait qu'il y a d'autres sources de production du droit dans l'échelle internationale. Un rôle pédagogique peut lui être dévolu, car pour le reste la *lex mercatoria* semble être comme l'héroïne de la pièce d'Alphonse Daudet, *L'Arlésienne*, tout le monde en parle, mais personne ne la voit!¹⁰¹⁶

1016. N. Hatzimihail, «The Many Lives — and Faces — of the Lex Mercatoria», *Law and Contemporary Problems*, vol. 70 (2007) (à paraître).