

3) *L'approche fonctionnelle: la lex mercatoria en tant qu'émanation de la fonction juridictionnelle particulière de l'arbitre international*

350. Une troisième approche ontologique est l'approche fonctionnelle et juridictionnelle fondée sur une méthode inductive. Notons d'emblée que c'est une voie qui nous semble prometteuse, dans le sens que seule cette approche permet, en fait, de circonscrire la véritable fonction du phénomène et, par conséquent, de lui attribuer sa dimension pertinente.

Cette voie trouve, en principe, quelques partisans, entre autres Lando, P. Mayer et F. De Ly.

M. Lando<sup>1017</sup> a mis en relief le lien entre la théorie de la *lex mercatoria* et la fonction juridictionnelle arbitrale. Cet auteur reconnaît que, durant l'exercice de la fonction juridictionnelle par les arbitres, de nouvelles règles peuvent graduellement être développées, mais l'élément clé étant non pas un débat sur les sources, mais sur les méthodes de solution des litiges. La *lex mercatoria* est alors liée et ne peut être expliquée qu'en dehors du procès juridictionnel qui permet l'application des règles. M. De Ly conclut dans le même sens, que le problème de sources est étroitement lié à la fonction juridictionnelle.

Une vue similaire a été défendue par M. P. Mayer<sup>1018</sup>, qui met l'accent sur le fait de l'autonomie juridictionnelle arbitrale par rapport aux droits nationaux. En conséquence, soutient-il, les arbitres n'appliquent pas la *lex mercatoria*, mais la créent.

*B. Les assises du phénomène*

351. Le développement des règles substantielles est lié au besoin d'uniformiser le droit des affaires internationales. Les règles nationales, rassemblées sous le vocable *lex mercatoria*, en constituent une expression possible. Essentiellement, il y a deux justifications: l'une objective, l'autre, dira-t-on, idéologique.

La raison objective souvent avancée est le caractère inapproprié de la règle de conflit aux affaires internationales, qui nécessitent rapidité et expertise spécifique.

La spécificité des affaires internationales, conjuguée avec la préten-

1017. «The Law Applicable to the Merits of the Dispute», *Essays on International Commercial Arbitration*, dans Sarcevic (dir. publ.), Londres, 1989, pp. 147 ss.

1018. «L'autonomie de l'arbitre...», *op. cit.*, pp. 453 et 454.

due crise de la règle de conflit — dont il a été largement question dans un contexte plus large — se recoupe, en partie, avec la théorie de la *lex mercatoria*<sup>1019</sup>.

En effet, dans les affaires internationales on note au moins une différence notable par rapport aux affaires internes : l'exigence de déterminer le droit applicable. Et l'inadéquation de la règle de conflit provient d'une double exigence. Celle d'une part de la prévisibilité aisée du droit applicable et celle d'autre part de la rapidité avec laquelle ces opérations souvent se déroulent. Il y a un besoin d'uniformisation plus affirmé. Mais, est-ce que la *lex mercatoria* pourvoit à ce besoin de manière satisfaisante ? Rien n'est moins sûr, vu son caractère imprécis aussi bien au plan du concept qu'au plan du contenu. C'est dire, en d'autres termes, que ce besoin d'uniformisation se trouve sans lien nécessaire avec la *lex mercatoria*.

352. A cela, il convient d'ajouter un autre argument parfois avancé. L'inadéquation des réglementations de droit interne<sup>1020</sup>. Mais, il s'agit là d'une affirmation quasiment gratuite. Existe-t-il une différence de nature entre la vente interne et la vente internationale ? Existe-t-il une différence de taille entre un contrat de construction interne ou international ? La seule explication rationnelle est celle, comme il a été mis en avant par M. V. Heuzé<sup>1021</sup>, du besoin d'une liberté absolue, néolibérale dans le commerce international.

On en vient, ainsi, à la raison idéologique. Cet argument trouve son fondement dans la doctrine de Hayek, la *lex mercatoria* n'étant pas autre chose que l'expression juridique dans le domaine du *nomos*, dans le sens qui lui est attribué par cet auteur<sup>1022</sup>. C'est une doctrine néolibérale, constituant une expression extrême du pluralisme juridique, qui est fondé sur l'idée que le droit est né par la société pour la société. Or, pré-

1019. D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992, pp. 159 ss.

1020. Goldman, « Frontières de droit et *lex mercatoria* », *Arch. phil. dr.*, t. IX, *Le droit subjectif en question*, Paris, Sirey, 1964, p. 179.

1021. *La réglementation française de contrats internationaux*. Paris, GLN, 1990, p. 102, n. 35.

1022. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (vol. 1 : *Rules and Order*; vol. 2 : *The Mirage of Social Justice*; vol. 3 : *The Political Order of a Free Society*), Londres, 1973, qui soutient la distinction fondamentale entre le *nomos* (pp. 94-123), droit de la liberté individuelle absolue, et la *thesis* (pp. 124 ss.), activité normative contraignante de l'Etat. Il faut garder, toutefois, de cette approche le bipolarisme fondamental du droit entre le souci de la liberté et de l'organisation. Et, en effet, en droit transnational privé on rencontre deux pôles : un pôle dispositif et un pôle impératif, le tout étant leur interaction dans l'hypothèse pluraliste contemporaine. Voir *infra* n<sup>os</sup> 473 ss.

cisément, comme il a été montré plus haut, cette société fait défaut dans le cas de la *lex mercatoria*.

Et il convient à ce stade de noter que le pluralisme juridique prospère de pair avec ce qui a été souvent appelé la crise du droit étatique. C'est M. Loussouarn qui, le premier, a suggéré le lien entre la crise du droit étatique et la *lex mercatoria*<sup>1023</sup>. Par ailleurs, Oppetit, dans une étude très intéressante<sup>1024</sup>, a mis en relief la tendance contemporaine de l'individualisme avec la « désinstitutionnalisation » de l'Etat (désengagement, selon la belle formule de P. Lagarde<sup>1025</sup>) et de sa réorganisation sur la base des fondements d'interventionnisme limité.

353. En définitive, l'imprécision notionnelle de la *lex mercatoria* provient du fait de son abstraction (trop générale comme notion, pêchant par excès de généralisation<sup>1026</sup>) et son ambition (prétendant être un ordre juridique régissant les affaires internationales). La *lex mercatoria* est une approche finalement simpliste et erronée, car elle ignore le pluralisme institutionnel quant à la création des normes du droit des affaires internationales. A cet égard, il est plus correct de parler de *leges mercatoriae* ou encore mieux appeler les choses par leur propre nom : Incoterms, principes d'UNIDROIT, etc.

Son mérite hormis l'intérêt doctrinal accru est finalement pédagogique, car toute cette discussion a sensibilisé le monde juridique au phénomène des sources de droit non étatiques.

Les *leges mercatoriae* prises sous cet angle, il convient maintenant d'examiner leur effectivité (existent-elles, en fait ?) et leurs fonctions possibles (à quoi servent-elles ?).

#### Par. 2. L'effectivité relative et les fonctions de *leges mercatoriae*

354. Bien que la définition du concept de la *lex mercatoria* laisse encore aujourd'hui à désirer quant à sa précision, il n'y a pas de doute que des manifestations du phénomène désigné sous le vocable peu éloquent de *lex mercatoria* existent. Les partisans de cette théorie tirent même une conclusion discutable d'ordre ontologique : Le fait de l'appli-

1023. « Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, tome 139 (1973), p. 287. Adde Ferry, *La validité de contrats en droit international privé — France et Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1989, p. 5.

1024. « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mél. D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 317.

1025. « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 2004, pp. 225 ss.

1026. On détecte d'ailleurs là une contradiction : née du pluralisme juridique, elle omet d'analyser le pluralisme de ses propres sources.

cation de la *lex mercatoria* démontre et suffit à démontrer son existence<sup>1027</sup>. On reconnaît là le rôle créateur de l'effectivité<sup>1028</sup>. Il convient, alors, d'exposer sommairement les domaines de prédilection de ces manifestations (A), avant d'examiner les manifestations d'application de ces règles (B). Sous forme de conclusion, nous ferons un état des lieux en rassemblant nos conclusions sur l'étude de la fonction des règles transnationales (C).

A. *Les manifestations en tant que textes-règles :  
la lex mercatoria juridique*

355. De façon générale on peut affirmer que le domaine de manifestation du phénomène de la *lex mercatoria* est celui des affaires internationales, domaine par excellence, notons-nous, où les parties ont la libre disposition de leurs droits, en principe. On trouve, d'abord, des ensembles de règles sous diverses formes, guides, clauses contractuelles pour divers types de contrats, contrats modèles, codes de conduite.

Ainsi, l'exemple le plus significatif reste toujours les Incoterms, qui est celui le plus notoire<sup>1029</sup> des ensembles des clauses types codifiées par des organisations professionnelles privées, en l'occurrence la Chambre de commerce internationale en matière de vente internationale.

On inclut souvent — à tort croyons-nous — la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 dans la *lex mercatoria*<sup>1030</sup>, surtout ceux qui suivent la vue de Schmithoff. Cette inclusion non seulement n'apporte rien de plus, si ce n'est combler le contenu lacunaire de la *lex mercatoria*, mais au contraire provoque un brouillage supplémentaire.

Des telles règles ou de tels ensembles des règles sont proposés dans

1027. Voir O. Lando, dans *Contemporary Problems in International Arbitration* (J. M. Lew, dir. publ.), Martinus Nijhoff, 1987, p. 101.

1028. H. L. Hart (*Le concept du droit*, traduit par van de Kerchove, Bruxelles, 1976, pp. 256 ss.) enseigne, justement, qu'il ne faut pas mesurer l'effectivité du droit avec l'effectivité de la sanction; adde F. V. Kratchowil, *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge University Press, 1989.

1029. Il y a d'autres organisations professionnelles (GAFTA, FOSFA, CAL, CTF, SAOL, RSA, LRBA, TTF, Bremer Baumwollbörse) spécialisées dans le commerce et la vente de certains produits comme l'huile, le cacao, le café, le sucre, le riz, le coton, le bois. Voir Johnson, *International Commodity Arbitration*, Londres, 1991; Slabotzky, *Grain Contracts and Arbitration*, Londres, 1990; Bernstein et Wood, *Handbook on Arbitration Practice*, Londres, 1993.

1030. Voir par exemple Lando, «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration», *ICQL*, vol. 34 (1985), p. 750.

diverses branches de droit, comme le contrat d'ouvrage<sup>1031</sup>, les contrats de services<sup>1032</sup>, le financement international, les contrats de transport et d'assurance, mais aussi s'agissant de l'arbitrage international. Par ailleurs, par une sorte d'effet d'entraînement de la *lex mercatoria*, d'autres domaines sont envahis et apparaissent des règles similaires comme les Editerms, la *lex sportiva*, la *lex mediatica*<sup>1033</sup>.

356. Malgré leur utilité pratique incontestable, il convient néanmoins de mettre en évidence le caractère lacunaire et partiel, évolutif et dispositif de ces normes. Ce sont des normes-produits, « offertes » aux utilisateurs des affaires internationales et elles constituent à cet égard ce qu'on peut appeler des *normes flottantes*, n'appartenant à aucun ordre juridique, qui puisent leur force juridique exclusivement dans la volonté des parties. Elles n'ont aucune hétéronomie<sup>1034</sup> — qui est le propre d'une règle de droit<sup>1035</sup> — ni l'ambition d'être appliquées en dehors de cette volonté. Cantonnées à cette fonction dispositive, leur utilité paraît incontestable et leur qualification juridique claire.

357. On trouve aussi des principes. En effet, la tendance actuelle, beaucoup plus intéressante, est celle de l'uniformisation informelle (*soft*) par des principes qui constituent des *restatements* semi-institutionnels. C'est une voie plus fructueuse, car fonctionnelle, les divers principes (UNIDROIT<sup>1036</sup>, Lando<sup>1037</sup>) constituant un concept intermé-

1031. Modèles proposés par FIDIC et par le guide d'UNCITRAL, *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for Construction of Industrial Works*, 1988.

1032. Voir les contrats modèles de la CCI en matière d'agence et de distribution internationale.

1033. Voir E. Loquin et C. Kessedjian (dir. publ.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

1034. Il convient de noter que selon qu'une règle émane ou non d'une institution elle sera dotée ou non d'hétéronomie, cette dernière reflétant en définitive la valeur sociale et générale de la règle.

1035. A. Boggiano, *International Standard Contracts, The Price of Fairness*, Graham and Trotman, 1991, p. 14.

1036. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNCITRAL, 1994; Bonnell, « A "Restatement" of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need? » *Rev. dr. aff. int.*, 1988, pp. 873 ss. Voir aussi sur la relation entre droit international privé et principes, Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources de droit des contrats du commerce international: les principes proposés par UNIDROIT », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 641-670; Storme, « Applications possibles et caractères généraux des principes de droit uniforme des contrats », *Rev. int. dr. comp.*, 1995, n° 4; CCI, *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, publication CCI n° 490/1, 1995; K.-P. Berger, « The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », *Law and Policy in International Business*, 1997, pp. 943-990.

1037. Lando et Beale (dir. publ.), *Principles of European Contract Law — Part I: Performance, Non-Performance, Remedies*, Martinus Nijhoff, 1995.

diaire d'ensembles de règles comportant une certaine cohérence normative interne. La question qui surgit dès lors est celle de savoir s'ils font partie de la *lex mercatoria*, s'ils sont la *lex mercatoria* et, enfin, si cette tendance tautologique sert un but autre que la vanité doctrinale. Et, disons-le en passant, un nouveau problème apparaît.

Comment, en effet, régler le conflit potentiel, dans lequel se trouvent ces principes et en général les règles ayant vocation à régir la situation en cause? On passe, ainsi, d'un conflit entre ordres juridiques à un conflit entre règles ou principes juridiques<sup>1038</sup>, fondés nécessairement sur des critères de localisation non territoriale.

358. Les *leges mercatoriae* juridiques restent éparses avec une valeur normative limitée à l'adoption des règles par la volonté des parties. On dira que la *lex mercatoria* est dotée d'une prénormativité. En outre, ces normes-produits ne disposent pas d'hétéronomie juridique et, en tout état de cause, en dehors de la volonté des parties leur application serait incertaine faute de critères de préférence de telle règle-usage au lieu de telle autre. La *lex mercatoria* juridique ne peut en définitive prétendre à rien en dehors de la volonté des parties, cela dit sans contester sa valeur pratique et sa participation au phénomène plus vaste de l'uniformisation du droit. En définitive, il n'existe pas de *lex mercatoria juridique* en tant que système, mais bien des ensembles de règles offertes, des ensembles de règles servant des finalités différentes dans des contextes divers et variés. La *lex mercatoria* juridique en tant que concept unitaire succombe au pluralisme juridique trouvant son expression à la diversité des sources de règles transnationales.

*B. Les manifestations en tant que produit d'application juridictionnelle : la lex mercatoria judiciaire et sa positivité relative en raison du for*

359. Il convient de distinguer l'application par l'arbitre et par le juge en raison de leur différence organique profonde au sein de l'activité juridictionnelle<sup>1039</sup>.

*1) L'application par l'arbitre international*

360. La positivité de son application se trouve sérieusement contestée *en fait* ou du moins marginalisée par la rareté de son application à en

1038. Voir Gaillard, *op. cit.*, p. 64.

1039. Pour des cas d'application voir M. J. Bonnell, «The UNIDROIT Principles and Transnational Law», *RDU*, 2000-2, pp. 199 ss.

croire les spécialistes de l'arbitrage international pourtant propices en théorie à supporter son application. Sur un total de mille deux cent vingt-huit sentences moins d'une trentaine, soit moins de 2,5 pour cent du total, mentionnaient expressément la *lex mercatoria* comme règle de droit applicable au contrat, les sentences rendues sur la base d'un contrat désignant expressément la *lex mercatoria* étant d'une rareté notable, nous apprend M. E. Jollivet, qui a entrepris une recherche spécifique à ce sujet<sup>1040</sup>.

Ce constat se trouve corroboré par le témoignage d'un grand praticien de l'arbitrage, M. W. Park. Cet auteur note que le contenu incertain de la *lex mercatoria* en fait un instrument hautement problématique entre les mains d'un arbitre intelligent et intellectuellement honnête<sup>1041</sup>. C'est dire, en d'autres termes, que la *lex mercatoria* ne constitue pas un instrument, ni efficace ni — par conséquence — effectif.

L'explication, qui se trouve dans une confusion, souvent voulue, entre la *lex mercatoria* et l'arbitrage international a été dénoncée plus haut. Ainsi, le fait, que quelques tribunaux arbitraux aient appliqué la *lex mercatoria* ne signifie pas que l'arbitrage international constitue son expression juridictionnelle<sup>1042</sup>. L'application de la *lex mercatoria* s'enracine dans la logique de l'arbitrage international, comme un choix possible, et plus particulièrement dans la tendance de sa dénationalisation<sup>1043</sup>. M. Grigera-Naon a expliqué, lui aussi, que l'application de la *lex mercatoria* est guidée par une approche téléologique, fondée sur un souci de concret. C'est un outil au sein d'une approche *result oriented*, finaliste<sup>1044</sup>.

Une revue rapide des sentences qui ont prétendument appliqué la *lex mercatoria* confirme cette hypothèse<sup>1045</sup>.

1040. « La jurisprudence arbitrale de la CCI et la *lex mercatoria* », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 653, spéc. p. 654. Même en matière maritime, elle est d'une grande rareté, malgré les efforts de soutenir le contraire, voir A. Fall, « Defence and Illustration of Lex Mercatoria in Maritime Arbitration — The Case Study of Extra-Contractual Detention in Voyage Charter-party Disputes », *Journal of International Arbitration*, 1998, pp. 83 ss.

1041. W. Park, « Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria », dans (T. Carbonneau, dir. publ.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 1990, p. 109.

1042. Grigera-Naón, *op. cit.*, p. 190, qui dans un sens similaire met l'accent sur l'approche pragmatique et concrète — la recherche de la solution la mieux adaptée au litige en cause — de la démarche arbitrale.

1043. Voir, en dernier lieu, Grigera Naón, *op. cit.*, p. 183.

1044. *Op. cit.*, pp. 183 ss.

1045. J. Wiener (*Globalization and the Harmonization of Law*, Pinter, 1999, pp. 180 ss.) considère aussi que la *lex mercatoria* a gagné en force de coercition, car elle a été reconnue par diverses sentences arbitrales.

361. On trouve, d'abord, la confirmation de la domination de la volonté des parties. C'est le cas de l'application *autonome*. La *lex mercatoria* est appliquée par ce que les parties l'ont réellement ou prétendument voulu. Et ce sous diverses formes, comme les cas du choix exprès des parties<sup>1046</sup> ou par application de leur convention même<sup>1047</sup> ou par incorporation des règles dans leur contrat<sup>1048</sup>. C'est un cas d'application matérielle, directe, de la prétendue *lex mercatoria*.

362. Dans d'autres cas les arbitres suivent un raisonnement de «localisation», fondé sur la volonté implicite des parties, du fait du non-choix d'un ordre juridique national en tant que droit applicable<sup>1049</sup> ou même fondé sur la volonté hypothétique<sup>1050</sup> des parties.

363. Viennent, ensuite, les cas de l'application *hétéronome* de la *lex mercatoria*. Elle se trouve appliquée, parce que l'arbitre s'est prétendument senti obligé de le faire en dehors de la volonté des parties. Au sein de cette hypothèse, on peut ranger des cas d'application directe en raison de la nature commerciale du différend<sup>1051</sup> ou en raison du caractère international du rapport<sup>1052</sup> ou en raison du caractère «neutre»<sup>1053</sup> de la *lex mercatoria*. On note, aussi, les cas d'application indirecte parce que la localisation du rapport dans un ordre juridique national s'avère difficile<sup>1054</sup> ou impossible<sup>1055</sup>. On trouve aussi des cas d'application pure.

1046. Sentence CCI n° 5904/1989, *Clunet*, 1989, pp. 1107 ss., obs. Derains.

1047. Sentence CCI n° 1675/1969, *Clunet*, 1974, pp. 895 ss., obs. Derains; sentence CCI n° 2103/1972, *Clunet*, 1974, pp. 902 ss., obs. Derains, et, pour un cas dans lequel les arbitres ont statué *ex aequo et bono*, sentence CCI n° 5103/1988, *Clunet*, 1988, pp. 1206 ss., obs. Derains.

1048. Sentence CCI n° 4131/1982, *Dow Chemical v. Isover Saint-Gobain*, *Clunet*, 1983, pp. 899 ss., obs. Derains; voir aussi la belle analyse de M. P. Mayer, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *Recueil des cours*, tome 217 (1989), pp. 376 ss.

1049. Sentence CCI n° 2152/1972, *Clunet*, 1974, pp. 889 ss.; sentence CCI n° 1641/1969, *Clunet*, 1974, pp. 888 ss.; sentence CCI n° 3267/1979, *Clunet*, 1989, pp. 962 ss., obs. Derains, bien que l'interprétation du silence des parties en faveur d'un choix semble arbitraire.

1050. Sentence CCI n° 1654/1970, dans Derains, «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales», *Rev. arb.*, 1973, pp. 134 ss.

1051. Sentence CCI n° 4338/1984, *Clunet*, 1985, pp. 982 ss., obs. Derains; sentence CCI n° 2583/1976, *Clunet*, 1976, pp. 951 ss., obs. Derains.

1052. Sentence CCI n° 2321/1974, *Clunet*, 1975, pp. 983 ss., obs. Derains.

1053. Sentence CCI n° 2375/1975, *op. cit.*, voir aussi les sentences mentionnées par Grigera Naón, *op. cit.*, p. 235, n. 249.

1054. Sentence CCI n° 5466/1988 et sentence CCI n° 5881/1989, dans Grigera Naón, *op. cit.*, p. 234, n. 247, p. 235, n. 248.

1055. Sentence CCI n° 2321/1974, *op. cit.*; sentence CCI n° 3540/1980, *Clunet*, 1981, pp. 915 ss., obs. Derains; Stockholm Chamber of Commerce, sentence n° 117/1999, *Stockholm Arbitration Report*, 2002, pp. 59 ss., obs. H. Kronke. Pour un cas d'application négative conduisant au choix des Principes d'UNIDROIT

fondés sur le fait que les règles transnationales sont reconnues comme le droit le plus approprié pour satisfaire les besoins du commerce international<sup>1056</sup>.

364. Pour les cas d'application autonome l'explication est aisée. Ils sont fondés sur la volonté des parties, qui s'impose à l'arbitre, car elle constitue son fondement juridictionnel, elle lui confère son pouvoir juridictionnel.

Mais les cas d'application hétéronome ne posent pas de difficulté non plus. Ils s'expliquent par le pouvoir de l'arbitre fondé sur la volonté des parties qui ont choisi des règlements d'arbitrage applicables en l'espèce. Or, il s'avère que la tendance la plus moderne est de consacrer la liberté de l'arbitre, dans le sens qu'il est libre d'appliquer directement le droit substantiel qu'il juge approprié<sup>1057</sup>. Le titre juridique de son application doit être alors recherché dans les divers règlements choisis par les parties<sup>1058</sup>. Il en va, ainsi, des règles de l'American Arbitration Association (article 28) de la CCI (article 17), de la London Court of International Arbitration (article 22.3), de la Chambre de commerce de Stockholm (article 24). Cette tendance — dénommée « la voie directe » — est également suivie par divers droits étatiques, comme le droit français (article 1496 du Code de procédure civile), le droit hollandais (article 1054 de la loi de l'arbitrage), la loi fédérale suisse sur le droit international privé (article 187), la loi italienne de droit international privé de 1994 (article 834), le droit allemand de façon limitée (ZPO, art. 1051)<sup>1059</sup>.

Il en résulte que le fait de l'application de la *lex mercatoria* ne saurait s'expliquer en dehors de la volonté des parties, qui soit l'ont bien vou-

---

comme droit applicable en dehors de la volonté des parties, voir aussi P. Mayer, « The Role of Unidroit Principles in ICC Arbitration Practice », et Lew, « The UNIDROIT Principles as *Lex Contractus* Chosen by the Parties and without an Explicit Choice of Law Clause: The Perspective of Counsel », *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, supplément spécial 2002.

1056. Sentences CCI n° 4131/1982, *op. cit.*, p. 899; CCI n° 3226/1979, *Clunet*, 1980, pp. 959 ss.; CCI n° 3031/1977, *Clunet*, 1978, pp. 921 ss.; CCI n° 2583/1976, *Clunet*, 1977, pp. 950 ss.; CCI n° 3202/1978, *Clunet*, 1979, pp. 1003 ss.

1057. Voir Grigera Naón, *op. cit.*, pp. 183 ss., qui associe correctement l'application de la *lex mercatoria* au mouvement plus vaste de la dénationalisation du choix du droit applicable par les arbitres. Voir, pour l'illustration de cette approche, sentences CCI n° 9914/2001 et CCI n° 9875/1999 dans Grigera Naón, *op. cit.*, p. 237, n. 250 et 251.

1058. Voir Grigera Naón, *op. cit.*, p. 225, qui souligne que les règles d'arbitrage favorisent cette approche de la règle la plus appropriée.

1059. La possibilité d'appliquer la *lex mercatoria* par la voie indirecte — par l'intermédiaire d'une règle de conflit — est plus contestée en raison de l'incapacité congénitale de la règle de conflit de désigner des règles nationales.

lue soit ont conféré une liberté à l'arbitre, qui en usant de cette dernière l'a appliquée. Il s'ensuit que le fait de son application ne résulte pas de la norme même, de sa force juridique et que, par conséquent, sa valeur normative est limitée au cas concret<sup>1060</sup> et n'acquiert pas le niveau du droit objectif. Par ailleurs, si le recours à la *lex mercatoria* n'est pas d'une utilité pratique évidente, elle fait surgir, au contraire, un danger: celui de voir que les arbitres ont agi comme d'amiables compositeurs sans en avoir l'autorité nécessaire accordée par les parties<sup>1061</sup> ou de voir un résultat peu attendu à cause de l'imprécision du contenu de la *lex mercatoria*<sup>1062</sup>.

## 2) La reconnaissance de la *lex mercatoria* par le juge étatique

365. Devant le juge étatique la *lex mercatoria* peut se prévaloir de l'application soit au stade direct — application en tant que droit applicable — soit au stade indirect, celui de la reconnaissance ou du recours en annulation d'une sentence qui a prétendument appliqué la *lex mercatoria*. Dans ces hypothèses le juge étatique crée par son application une relevance juridique de la *lex mercatoria* par l'ordre juridique, dont il constitue l'expression juridictionnelle.

Il convient de constater que s'agissant de l'hypothèse de l'application directe — dans des exemples dont la rareté est frappante — la tendance sous-jacente des tribunaux nationaux est de considérer la *lex mercatoria* sous diverses formes au sein du principe de l'autonomie de la volonté substantiel, reconnu par l'ordre juridique étatique<sup>1063</sup>.

1060. Voir aussi *supra* n<sup>os</sup> 359 ss., sur l'analyse de la fonction de l'arbitre par rapport au juge étatique.

1061. Grigera Naón, *op. cit.*, p. 243.

1062. Kessedjian, «Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable (analyse de la jurisprudence française et des sentences arbitrales)», *RIDC*, 1995, pp. 379 ss. Il est, en effet, peu rationnel pour des parties ayant été mises d'accord sur le choix du droit applicable — recherchant donc une solution prévisible — d'y introduire le doute en raison du contenu imprécis de ce droit.

1063. BGH, 18 juin 1975, *RIW/AWD*, 1975, p. 578, dont le fondement fut la présumée tacite volonté des parties, Hoge Raad, 12 mars 1982, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1985, p. 131; Hoge Raad, 26 avril 1985, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1985, p. 607, mentionnées par Struycken; «La *lex mercatoria* dans le droit des contrats internationaux», *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Paris, PUF, 1986, p. 227, n. 40; Com., 14 octobre 1981, *Dalloz*, 1982, pp. 301 ss., note Vasseur; *JCP*, 1982, II, pp. 19815 ss., note Gavalda et Stoufflet; *Banque*, 1982, pp. 524 ss., note Martin; Com., 7 octobre 1987, *JCP*, 1988, II, pp. 20298 ss., note Stoufflet; et sur les interprétations proposées voir Béguin, «Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international?» *McGill LJ*, 1985, pp. 507 ss.; Kassis, *Théorie générale des*

366. Les choses se présentent différemment s'agissant de l'hypothèse de l'application indirecte. Quelques affaires célèbres, peu nombreuses aussi, montrent une tendance plus affirmée, plus nette vers la reconnaissance de la *lex mercatoria*.

Elle a été reconnue expressément comme source de droit par la Cour de cassation italienne<sup>1064</sup>, s'agissant d'un cas d'application de la Convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage international en tant que *lex mercatoria*, bien que cette convention n'était pas ratifiée par l'Italie.

En Angleterre, dans un premier temps, la *lex mercatoria* n'a pas été reconnue — grâce à l'influente opinion de Lord Mustill<sup>1065</sup> —, alors que, maintenant, l'ordre juridique anglais semble approuver des sentences arbitrales ayant appliqué la *lex mercatoria*<sup>1066</sup>.

*usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984, p. 329; Goldman, «Lex mercatoria», *Forum International*, Kluwer, 1983, p. 14; Robert, *Le phénomène transnational*, Paris, LGDJ, 1988, p. 31. Wengler, correctement, a mis aussi l'accent sur l'impossibilité du choix d'un droit vague, «Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat», *Rev. cr. dr. int. pr.*, 1982, pp. 467 ss. Dans ce cas, il convient d'y voir dans ce choix une norme de production des normes pour utiliser la terminologie de Hart et non pas un choix des normes de comportement. On se trouve, en fait, très près de l'équité.

1064. Corte di cassazione, 18 février 1982 (n° 722), *Ditta Fratelli Damiano SNC*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1982, pp. 829 ss.; *Riv. dir. int.*, 1983, pp. 470 ss.; *Clunet*, 1990, pp. 680 ss., note T. Treves; adde Giardina, «Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di cassazione», *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1982, pp. 754 ss., qui la considère comme un cas isolé, expliqué surtout par un souci de faveur pour la partie italienne.

1065. *Czarnikow v. Roth, Schmidt & Co*, 1922 2 KB 478 (1922), *Lloyd's Rep.*, pp. 195 ss.; le juge Bankes a procédé à une affirmation nuancée: «[the arbitrator must decide] according to law or not according to law, as he or they think fit, in other words to be outside the law...», *Orion Compania Espanola de Seguros v. Belfort*, [1962] 2 *Lloyd's Rep.* (QB Com. Ct) le juge Megaw a posé la règle clairement:

«It is the policy of the law in this country that, in conduct of arbitration, the arbitrators must in general apply a fixed and responsible system of law...»

Voir aussi Mustill-Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Londres, Butterworths, 1991, pp. 80 ss.; Rivkin, «Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria», *Arb. Int.*, 1993, pp. 73 ss.; Weinberg, «Equity in International Arbitration: How Fair Is Fair? A Study of Lex Mercatoria and Amiable Composition», *Boston U. Int. LJ*, 1994, pp. 237 ss.; Kerr, «Equity Arbitration in England», *Amer. Rev. Int. Arb.*, 1991, pp. 377 et 388.

1066. *Rakoil*, XIV, *YBCA*, 1989, pp. 111 ss., note Hunter, [1990] *Lloyd's MCLQ*, pp. 278 ss.; le juge Donaldson a décidé que

«the parties can validly provide for some other system of law to be applied to an arbitration tribunal... [their legal relationship] should be decided by the arbitral tribunal on the basis of a foreign system of law, or perhaps on the basis of principles of international law...».

mais surtout *Home and Overseas Insurance Co v. Mentor* [1989] 1 *Lloyd's Rep.*, pp. 473 ss. (CA), considérée, à tort semble-t-il, comme la première décision

La même tendance est observée s'agissant de l'évolution du droit des Etats-Unis<sup>1067</sup>.

Il convient, toutefois, de faire une place à part au droit français, dont l'évolution<sup>1068</sup> est la plus intéressante par la fameuse trilogie des affaires *Fougerolles*<sup>1069</sup>, *Norsolor*<sup>1070</sup> et *Valenciana*<sup>1071</sup>.

367. La portée de la première affaire fut contestée. L'accent ayant souvent été mis non sur le fait de la reconnaissance indirecte de la «juridicité» de la *lex mercatoria*, mais plutôt sur celui de la libéralisation de l'arbitrage international en matière du contrôle de la loi applicable<sup>1072</sup>.

reconnaissant la *lex mercatoria* en droit anglais par respect de la volonté des parties. Voir l'affirmation du juge Hirst:

«the parties have freely chosen arbitration as the forum for the resolution of their disputes. And have also freely chosen the relaxed criteria provided by the clause. It would be thus unjust to deprive the defendants of their chosen forum, and of those chosen criteria.»

1067. L'affaire maîtresse est incontestablement la *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 478 US [1985], pp. 614 ss.: «the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states...», p. 636; Born, *op. cit.*, pp. 358 ss.; Weinberg, *op. cit.*, p. 241; *Robby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d, pp. 1353 ss., 2nd Cir. 1993, dans Born, *op. cit.*, pp. 369 ss.

1068. L'évolution du droit français est incertaine, car la Cour de cassation dans l'affaire *Plateau des Pyramides* (Civ., 7 janvier 1987, *Clunet*, 1987, pp. 638 ss., note Goldman; *Rev. arb.*, 1987, pp. 469 ss., note Leboulanger) avait pris une position négative — bien que vivement débattue — s'agissant d'une affaire portant, il est vrai, sur l'annulation d'une sentence: «attendu qu'il n'appartient pas à la Cour de cassation de contrôler l'existence et l'application des principes et usages du commerce international...» (voir, sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris (12 juillet 1984, *Clunet*, 1985, pp. 129 ss., *Rev. arb.*, 1986, pp. 75 ss.), Leboulanger, «Etat, politique et arbitrage, L'affaire du Plateau des Pyramides», *Rev. arb.*, 1986, pp. 3-28.

1069. Paris, 12 juin 1980, *Rev. arb.*, 1981, pp. 292 ss., note Couchez; *Clunet*, 1982, pp. 931 ss., note Oppetit; Civ., 9 décembre 1981, *Rev. arb.*, 1982, pp. 193 ss., note Couchez; *Clunet*, 1982, pp. 931 ss.; *JCP*, II, pp. 19771 ss., note Level; *Dalloz*, 1983, pp. 238 ss., note Robert.

1070. Sentence ICC n° 3131/1979, *Clunet*, 1981, pp. 922 ss., obs. Derains; *YBCA*, 1984, pp. 109 ss. Sur l'arrêt du tribunal de Paris, *Clunet*, 1981, pp. 836 ss., note Kahn, ayant approuvé que les principes généraux du commerce international sont des règles de droit conformément à l'article 13 du Règlement (ancienne édition) CCI, et, sur l'ensemble de l'affaire, Goldman, «Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*, l'affaire *Norsolor*», *Rev. arb.*, 1983, pp. 379 ss.

1071. Sentence ICC n° 5953/1988, *Rev. arb.*, 1990, pp. 702 ss.; adde sentence ICC n° 5953/1989, *Clunet*, 1990, pp. 1056 ss., obs. Derains; Berger, «Lex mercatoria in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit: "Der Fall Compania Valenciana"», *IPRax*, 1993, pp. 281 ss.; Paris, 13 juillet 1989, *Clunet*, 1990, pp. 430 ss., note Goldman; *Rev. arb.*, 1990, pp. 663 ss., note Lagarde; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 305 ss., note Oppetit; Civ., 22 octobre 1991, *Clunet*, 1992, pp. 177 ss., note Goldman; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 113 ss., note Oppetit.

1072. Fouchard, «Les usages, l'arbitre et le juge», *Etudes Goldman, op. cit.*, p. 84; adde Kasir, *Etude critique du contrat sans loi, Réflexion sur le droit des relations contractuelles internationales*, thèse, Paris I, 1992, p. 416.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel, qui avait décidé que les arbitres ayant fait valoir les principes généraux des contrats généralement applicables au commerce international ont statué en droit.

368. Dans l'affaire *Norsolor*, l'intérêt porte incontestablement sur la position prise par la Cour de cassation autrichienne, qui a approuvé la «juridicité» de la *lex mercatoria* dans le cadre du contrôle d'un recours en annulation<sup>1073</sup> et sa reconnaissance indirecte, bien que d'autres auteurs l'inscrivent dans le cadre de la restriction du contrôle du juge étatique quant à la liberté de l'arbitre s'agissant du choix du droit ou des règles applicables<sup>1074</sup>.

369. La troisième affaire, *Valenciana*, est la plus marquante, car le tribunal arbitral a appliqué la *lex mercatoria* en expliquant de façon dogmatique ce choix en excluant toute possibilité de doute. Dans le cadre d'un recours en annulation devant la cour de Paris, la «juridicité» de la *lex mercatoria* — en tant que droit applicable équivalant aux droits étatiques — fut reconnue indirectement<sup>1075</sup> et l'arrêt fut ensuite approuvé par la Cour de cassation.

Il convient, néanmoins, de préciser le sens de cette «application» ou de cette «reconnaissance», pour être plus précis, dans les affaires citées plus haut.

370. Cette évolution s'inscrit dans le cadre plus général de la libéralisation du droit de l'arbitrage international et de son émancipation plus affirmée de la tutelle des droits étatiques. Ce qui est reconnu, en effet, c'est la liberté de la volonté des parties en matière d'arbitrage international<sup>1076</sup>. L'aspect de la liberté juridictionnel absorbe l'aspect du droit substantiel, dans le sens que ce qui intéresse c'est la sentence même en tant que produit juridictionnel concret et non pas le droit ou les règles de droit qui ont été appliquées<sup>1077</sup>. La *lex mercatoria* est reconnue, ainsi, «indirectement»<sup>1078</sup>, mais dans le sens d'un «désintéressement» de l'ordre juridique concerné. Si, en effet, on accepte la possibilité de sta-

1073. Voir Goldman, «Une bataille...», *op. cit.*, pp. 398 ss.

1074. De Ly, «Lex Mercatoria...», *op. cit.*, p. 258.

1075. B. Oppetit, note *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 314 ss.; P. Lagarde, note *Rev. arb.*, 1990, pp. 674 ss. *Contra*: B. Goldman, note *Clunet*, 1990, pp. 434 ss.

1076. Dans ce sens Weinberg, *op. cit.*, pp. 237 ss.

1077. La présomption d'efficacité de la sentence ne peut être renversée que pour des raisons afférentes à son élaboration — respect des droits de la défense, impartialité procédurale, etc. — et non pas pour des raisons ayant trait au choix des règles applicables.

1078. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer, 1994, p. 135.

tuer en équité, pourquoi refuserait-on l'application des règles transnationales, si les parties l'ont voulu ou si les parties y ont autorisé les arbitres par un règlement d'arbitrage? Clairement, la reconnaissance de la *lex mercatoria* judiciaire est expliquée par le phénomène plus vaste de la libéralisation du contrôle de l'arbitrage international par le juge étatique.

### C. Les fonctions de la *lex mercatoria*: le vrai enjeu

371. Si la *lex mercatoria*, concept confus et vague, ne peut prétendre au support de la science du droit et de l'effectivité, tout au moins dans une large mesure, comme on l'a déjà vu, peut-elle au moins prétendre à l'utilité? La question essentielle devient alors de circonscrire l'utilité de la *lex mercatoria*. A quoi sert la *lex mercatoria*? Voilà l'hypothèse qu'on va explorer maintenant.

On peut, ainsi, observer que les règles attribuées à la *lex mercatoria* peuvent être rangées en raison de leur fonction dans trois catégories: elles peuvent remplir soit une fonction normative, hétéronome, soit une fonction contractuelle, autonome, soit enfin une fonction interprétative.

372. La première fonction ne peut trouver sa source que dans le fait de son application en dehors de la volonté des parties disposant d'une hétéronomie juridique propre. La *lex mercatoria* dans cette hypothèse remplit la fonction du droit applicable sous la forme de règles éparses et variées et, en conséquence, l'hétéronomie concerne par définition la *lex mercatoria* judiciaire par essence.

Mais à quel titre? Il a été soutenu, en effet, qu'en matière d'affaires internationales il n'y a pas lieu de distinguer entre usages et coutume commerciaux<sup>1079</sup> et en effet la Convention de Vienne de 1980 autorise de supporter en droit positif ce point de vue<sup>1080</sup>.

373. Or, l'hétéronomie est liée à la nature de l'organe juridictionnel et non pas à la qualité de la norme en question.

Ainsi, pour le juge, la prétendue hétéronomie de la *lex mercatoria* n'a

1079. Fouchard, «L'Etat face aux usages du commerce international», *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, p. 71; Pedamon, «Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial?» *Rev. trim. dr. comm.*, 1959, pp. 335 ss.; De Ly, *op. cit.*, pp. 135 ss. Voir pour une réflexion renouvelée R. Goode, «Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law», dans (Ziegel et Lerner, dir. publ.), *New Developments in International Commercial and Consumer Law*, Oxford, 1998, pp. 3 ss.

1080. Surtout l'article 9, paragraphe 2, de la Convention de Vienne. Il est, toutefois, à noter, que même cette reconnaissance de la normativité hétéronome des usages se cache sous la volonté tacite des parties.

aucun sens et aucune utilité. Le juge ne cédera jamais le pas à la *lex mercatoria* au mépris des règles de l'ordre juridique qu'il exprime<sup>1081</sup>.

L'arbitre quant à lui est libre. Mais, cette liberté n'est pas absolue. Il y a des contraintes, liées au bon fonctionnement de la mission juridictionnelle arbitrale, qu'il juge de façon subjective. Parmi ces contraintes se trouve, d'une part, le souci de rendre une sentence prévisible et, d'autre part, de rendre une sentence pouvant être reconnue<sup>1082</sup>. L'application de la *lex mercatoria*, en tant que telle, ne sert pas ces buts. Elle conduit à des résultats incertains à cause de l'imprécision de son contenu et peut, comme il a été affirmé plus haut, soulever des doutes quant à la reconnaissance de la sentence. Cela est, d'ailleurs, le cas des affaires qui y ont été effectivement portées devant les juridictions étatiques.

Il faut dès lors constater que l'application hétéronome de la *lex mercatoria* est liée à la liberté de l'arbitre. La tendance à lui conférer une hétéronomie par le jeu habile de la confusion entre usages et coutume au plan privé international n'est pas convaincante, car artificielle<sup>1083</sup>. Elle participe à une tendance plus vaste de la création d'une *lex arbitrii materialis*<sup>1084</sup> — liée à l'arbitrage en tant qu'ordre juridictionnel hétérogène — au sein d'un espace de désintéressement des droits étatiques. Plus rarement, elle assume une fonction de « correction » du droit étatique applicable pour créer un *tertium gentium* arbitral. Plus souvent, la *lex mercatoria* assume devant le for arbitral une fonction de confirmation, de support, de complément en allant de pair avec un droit étatique. Cela est lié au besoin éprouvé par l'arbitre, en dehors de la volonté des parties, de « solidifier » et d'« objectiver » sa sentence, car il ne faut pas sous-estimer que sa sentence a surtout une valeur de raisonnable en

1081. On ne peut pas contester, toutefois, une autre fonction de la *lex mercatoria*: celle d'élargir le concept et le contenu des usages et, à cet égard, l'affirmation qu'elle peut constituer une source nationale d'origine internationale nous paraît exacte.

1082. Voir Grigera Naón, *op. cit.*, p. 28, qui soutient, à juste titre nous semble-t-il, que l'approche de l'arbitre quant au choix du droit applicable est fonctionnelle, dans le sens qu'il essaie de tenir compte de la volonté des parties, de leurs attentes légitimes, de la possibilité de reconnaissance et d'exécution de sa sentence.

1083. Fouchard, *op. cit.*, *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1973-1975, p. 71; Pedamon, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. com.*, 1959, pp. 335 ss. Bien qu'il soit exact que certains ordres juridiques ne connaissent pas la distinction usage et coutume, ce qui fait en tout état de cause défaut est l'*opinio necessitatis*.

1084. A. T. von Mehren, « Substantive Rules for Multistate Problems », *Harvard Law Review*, vol. 88 (1974), pp. 347-371, et, dans un sens similaire, L. Mistelis, « The UNIDROIT Principles Applied as Most Appropriate Rules of Law in a Swedish Arbitral Award », *RDU*, 2003, pp. 631 ss., spéc. p. 632.

absence de tout *imperium* et en dehors de toute relevance par un ordre juridique. La référence en plus aux usages renforce l'autorité de sa sentence. Et il faut constater que ce sentiment se trouve renforcé davantage en raison de l'origine institutionnelle de la norme appliquée.

En définitive, la *lex mercatoria* est liée à la liberté de l'arbitre et à la spécificité de sa fonction juridictionnelle. Mais en raison de défaut d'utilité, même dans ce cadre, elle reste un phénomène résiduel au niveau de l'application. Ce qui est, alors, important, ce n'est pas la prétendue hétéronomie de la *lex mercatoria*, mais l'utilité que chaque arbitre y voit — de façon du reste tout à fait subjective — dans son application, dans le cadre de sa liberté. Ce n'est pas l'hétéronomie de la *lex mercatoria*, qui force son application, mais le bon gré de l'arbitre. Il s'ensuit, que cette hétéronomie s'évapore devant la liberté de l'arbitre et que son utilité est surtout d'ordre psychologique.

374. Une deuxième fonction importante en pratique est celle du choix par les parties de la *lex mercatoria* pour former leur contrat. C'est l'hypothèse de la fonction autonome de valeur contractuelle de la *lex mercatoria*. Cette hypothèse ne présente aucune difficulté, pourvu que la *lex mercatoria* se trouve intégrée au contrat des parties par incorporation<sup>1085</sup>. La *lex mercatoria*, sous ses diverses formes — clauses, principes, modèles contractuels, etc. — sera le *contrat même des parties*. C'est une fonction légitime et utile, par ailleurs courante en pratique dans divers domaines. Le fondement et le titre de son application dans cette hypothèse reste l'autonomie de la volonté des parties.

Ce qui, au contraire, se trouve exclu et ne présente aucune utilité pratique est l'hypothèse du choix de la *lex mercatoria* par les parties en tant que droit applicable. Dans cette hypothèse la *lex mercatoria régira* le contrat des parties, elle ne sera pas le *contrat des parties*.

La question a été débattue à propos de la Convention de Rome et, plus précisément, si la *lex mercatoria* peut constituer un choix valable en application de l'article 3. La réponse négative s'impose, car la *lex mercatoria* est congénitalement incapable de constituer l'objet de désignation d'une règle de conflit en dehors de toute volonté des parties et, en conséquence, ne peut pas constituer non plus un droit au sens de l'article 3. Cela équivaldrait à une absence de choix et conduirait à l'application de l'article 4<sup>1086</sup>. La *lex mercatoria* ne peut pas constituer un

1085. Qui peut revêtir deux formes : *texto (verbatim)* ou par référence.

1086. P. Lagarde, «Le nouveau droit international privé des contrats», *Rev. crit. dr. int. pr.*, p. 301. M. Kassis va encore plus loin, refusant même la possibilité d'incorporation de la *lex mercatoria* (Kassis, *Le nouveau droit européen des*

choix de droit applicable, ce choix se trouvera toujours subordonné à la loi applicable désignée par la règle de conflit du for. En passant, on peut aussi constater que cette dernière n'a pas été dessinée pour désigner la *lex mercatoria* et de façon générale des ordres juridiques non étatiques. L'utilité d'une telle fonction est douteuse et juridiquement erronée.

375. Une dernière fonction possible est celle de l'interprétation. Cette fonction n'est plus contestable. La volonté des parties peut être interprétée à la lumière des usages aussi bien nationaux qu'internationaux.

A quoi sert, alors, en définitive la *lex mercatoria*? Comme on l'a vu, elle confirme le raisonnement de l'arbitre sans fonder sa *jurisdictio*, elle enrichit les concepts et le contenu des usages à finalité interne, elle peut être incorporée au contrat des parties et elle sert pour interpréter la volonté des parties. A cela, il faut ajouter qu'elle constitue un champ privilégié d'exercice doctrinal. Ce n'est pas peu de chose et le bilan reste positif. A une double condition: d'être précis et de désigner ce phénomène pluriel par un concept pluriel, *leges mercatoriae* ou règles transnationales, et de ne pas avoir l'ambition de leur faire jouer le rôle ou la fonction d'un ordre juridique.

*Par. 3. Le pluralisme des sources, leur articulation possible  
et les relevances des règles transnationales*

376. S'il est un domaine d'expérimentation dans lequel se manifestent de long en large tous les problèmes de la gouvernance internationale privée, c'est celui de la *lex mercatoria*. Et peut-être, y trouve-t-on là sa fonction la plus intéressante. En effet, la *lex mercatoria* constitue un domaine de croisements des sources multiples, de plusieurs niveaux, de la réception des règles transnationales par des ordres juridiques, etc.

*1) Sources*

La question essentielle, la réponse à laquelle est conditionnée l'admission ou non du pluralisme juridique international, est celle de savoir

*contrats internationaux*, p. 382). *Contra*, admettant la possibilité d'un tel choix, Kappus, «Lex mercatoria als geschäftstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht», *IPRax*, 1993, pp. 139 ss. Voir aussi l'article 9 de la Convention de Mexico portant sur le droit applicable aux obligations contractuelles, qui semble autoriser cette possibilité, car il inclut, aux facteurs permettant de déterminer le droit applicable en dehors de la volonté des parties, les «principes généraux du droit du commerce international reconnus par des organisations commerciales internationales».

si le droit peut être créé seulement par des Etats-nations, car, si on admet cette hypothèse, il va de soi que les normes issues par d'autres communautés ou institutions qui transcendent les ordres juridiques étatiques ne peuvent pas être considérées comme du droit autonome<sup>1087</sup>. Ce seraient des normes soumises à la source légale de l'ordre juridique étatique, qui leur confèrerait leur juridicité tout au moins eu égard à lui-même.

Les Principes d'UNIDROIT constituent un exemple type d'uniformisation informelle (*soft*), bien que certains auteurs refusent<sup>1088</sup> qu'ils constituent une source autonome de droit.

377. Il me semble, cependant, qu'il faut distinguer entre les sources de droit à proprement parler, qui correspondent aux normes formelles, et les facteurs de création du droit<sup>1089</sup>, qui correspondent, en règle générale, aux sources informelles. Dans cette nouvelle géométrie, on trouve d'ailleurs en premier le pôle impératif, légal, et au second le pôle dispositif ou contractuel.

## 2) Nouveaux problèmes

378. Deux problèmes apparaissent concrètement de cette nouvelle réalité:

- a) un problème de critères de choix entre des règles transnationales de la même valeur, de même rang, en d'autres termes un problème d'hierarchie entre les sources informelles du droit transnationales (conflit entre les différentes sources), et
- b) un problème de relevance, qui consiste à déterminer les rapports avec les autres espaces et ordres juridiques. A cet égard, comme il a été justement observé<sup>1090</sup>, la possibilité pour les parties de choisir valable-

1087. H. J. Berman et F. J. Dasser, «The "New" Law Merchant and the Old: Sources, Content, and Legitimacy», dans Th. E. Carbonneau (dir. publ.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., 1998, pp. 53 ss.

1088. B. Fauvarque-Cosson, *verbo* «France», dans M. J. Bonnell (dir. publ.), *A New Approach to International Commercial Contracts*, Kluwer, 1999, p. 117.

1089. Voir A. Ligeropoulos, *La jurisprudence comme facteur de formation du droit privé*, *op. cit.* (en grec).

1090. F. K. Juenger, «The Lex Mercatoria and Private International Law», *RDU*, 2000-1, pp. 171 ss., qui critique la méthode conflictuelle, partageant l'avis d'autres auteurs, comme Jitta (*La méthode du droit international privé*, 1890, p. 44), René David et Alfonsin, que la localisation n'est pas toujours aisée, la relativité du droit applicable en raison du for et la grande complication de la méthode conflictuelle. Etant un (néo)internationaliste et non un conflictualiste, il propose la construction d'un droit privé international au lieu d'un droit international privé, comme c'est le cas aujourd'hui (voir *id.*, «Private International Law or International Private Law?», *Kings C. Law Journal*, vol. 5 (1994-1995), pp. 45 ss.).

ment au titre du droit applicable un ensemble ou un système de règles transnationales constitue non seulement un problème pratique qui comporte certaines conséquences, mais aussi un *moyen, un procédé de relevance*, l'ordre juridique étatique reconnaissant et vivifiant des règles *extranationales, provenant des sources extranationales*.

### 3) Une nouvelle science de conflit (choix) privée

379. La concurrence normative ne se cantonne pas seulement aux normes législatives, mais comprend les règles transnationales. Un nouvel horizon de la science de conflit s'ouvre, circonscrit par la notion de normes appropriées, une sorte de science de conflit en dedans du pôle dispositif et cela parce que lorsque les parties désignent un système non étatique soit cette désignation est vague du point de vue du contenu (par exemple les principes généraux du droit) soit cette désignation est sujette à des interprétations (par exemple quel type de règles appartient à la prétendue *lex mercatoria*), soit, enfin, il s'agit de normes issues des différentes institutions qui entrent potentiellement en conflit (par exemple les principes d'UNIDROIT et les Incoterms).

Comment dès lors, sur la base de quels critères et de quels facteurs déterminer l'adoption d'une solution appropriée ? Quels sont les *canons* possibles pour faire face à ce nouveau problème, conséquence du pluralisme juridique ?

### 4) For étatique

380. Comme il a déjà été exposé, cela dépend du for. S'agissant d'un for étatique, il est normal que ce dernier pose les critères de la relevance, prenant plusieurs formes d'ailleurs. A cet égard, il convient de noter une évolution importante, qui se dessine actuellement vers l'autonomie à l'occasion de la communautarisation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles.

La proposition de règlement Rome I offre un exemple topique de cette tendance vers la reconnaissance de l'autonomie (option dénommée souvent libérale), lors de la discussion en vue d'une éventuelle et future modification de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Lors de ladite discussion, un document de réflexion<sup>1091</sup> a été préparé (fondé sur plus de quatre-vingts contributions,

1091. Daté du 17 février 2005.

suite au *Livre vert Rome I*<sup>1092</sup>, dans lequel, à l'article 3 est ajouté le texte suivant :

«Le choix des parties peut également porter sur des principes et règles de droit des contrats reconnus au niveau international et communautaire. Toutefois, dans l'hypothèse où les dispositions de ces principes ou règles ne réglementent pas tous les aspects du droit des contrats, ceux-ci seront réglés conformément à la loi applicable, à défaut de choix en vertu du présent règlement.»

La discussion en théorie, est-ce que précisément le choix de la *lex mercatoria* vaut choix du droit ou non, est connue<sup>1093</sup>. Le vrai sens de cette option est de soumettre, en fait, la *lex mercatoria* à un droit étatique, et non de rendre invalide ce choix. C'est un choix matériel et non pas un choix de droit applicable.

Avec la proposition de règlement, il semble que c'est pourtant la position inverse qui sera consacrée, permettant le choix des principes et règles de droit matériel des contrats reconnus au niveau international ou communautaire.

381. En faveur d'une telle possibilité militent les arguments de la familiarité, à savoir que le droit ainsi applicable risque d'être plus familier que le droit d'un Etat tiers et en plus cette possibilité conduit probablement à un dispositif normatif plus moderne et plus adapté.

En outre, par la possibilité d'appliquer un droit transnational ou anational (ou mieux non étatique, selon l'heureuse formule de M. Lagarde<sup>1094</sup>), on évite la discrimination entre le for arbitral et le for étatique.

382. Contre cette possibilité militent les arguments de l'imprécision quant au contenu des règles anationales ou transnationales, bien que le dispositif des Principes d'UNIDROIT et des Principes *Lando*, bien qu'incomplets à certains égards, évitent ce grief.

1092. On peut consulter toute la discussion relative à la modification de la Convention de Rome de 1980 sur le site [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/news/consulting\\_public/rome\\_i/news\\_summary\\_rome1\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm).

1093. A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 373; P. Lagarde, «Le nouveau droit international privé des contrats», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, p. 299; Ch. Pamboukis, *La lex mercatoria en tant que droit applicable aux obligations contractuelles internationales* (en grec), Athènes, A. Sakkoulas, 1996, pp. 234 ss.

1094. P. Lagarde, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006, pp. 335 ss.

L'argument tiré de la non-application des dispositions impératives n'est pas convaincant, car ces dispositions s'appliqueront en tant que lois de police si elles méritent cette qualification aux yeux du juge du for<sup>1095</sup>.

Il semble, pourtant, que la direction actuelle<sup>1096</sup> est de consacrer la thèse libérale, voire même ultralibérale<sup>1097</sup>. Il semble, en effet, que la possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique (comme les Principes d'UNIDROIT ou les Principes du contrat européen élaborés par la commission dite Lando) se justifie par le souci de renforcer l'autonomie de la volonté, qui constitue le principe clé de la convention, tandis que la formule utilisée par la proposition de règlement se trouve alignée sur celle de l'article 7, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1980<sup>1098</sup>.

A notre avis, l'explication cachée est la vague intégrationniste qui portera dans le futur sur le terrain de l'unification substantielle européenne du droit des contrats en produisant un instrument optionnel communautaire (de plus!), suite aux travaux de la commission présidée par M. O. Lando.

#### 5) *Le sens et la portée du choix du droit (et non plus de la loi)*<sup>1099</sup> *applicable*

383. Dans une telle possibilité, voire même forte probabilité, il convient d'examiner brièvement la portée d'une telle solution.

D'abord, il faut noter, à la suite de l'auteur le plus autorisé en la matière<sup>1100</sup>, que la voie choisie est modérée en évitant les excès de la Convention interaméricaine de Mexico du 17 mars 1994<sup>1101</sup>.

1095. Sur ces aspects, voir la réponse d'UNIDROIT à la question n° 8, préparée par B. Libonati, H. Kronke et M. J. Bonell.

1096. Tel est, par exemple, le cas de la Convention inter-américaine sur le droit applicable aux contrats, Convention du Mexique de 1994, art. 9 (2) et 10, des divers modèles de la CCI comme l'article 13 (1) du « Model Occasional Intermediary », l'article 24.1 A du modèle de contrat d'agence commerciale et celui du contrat de la distribution, mais aussi tel est le cas de l'article 14 du « Model Contract for the International Commercial Sale of Perishable Goods » émanant d'un effort conjoint de l'UNCTAD et du WTO de 1999, etc.

1097. J.-P. Béraudo, « Faut-il avoir peur du contrat sans loi? », *Mél. Paul Lagarde*, 2005, pp. 93 ss.

1098. P. Lagarde, *op. cit.*, pp. 335 ss.

1099. Il nous semble, en effet, que l'intitulé de la proposition de règlement (sur la loi applicable) est erroné, car il serait en harmonie avec cette innovation de changer l'intitulé en droit applicable.

1100. P. Lagarde, *op. cit.*, p. 336.

1101. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, n° 84, pp. 173-177.

### 6) *Objet du choix*

384. Le choix peut porter alors sur des *principes* (comme les Principes d'UNIDROIT ou les Principes Lando) ou sur des *règles* (notamment des collections de règles comme les divers types d'Incoterms). De ce point de vue, il n'y a pas de difficulté majeure, car les textes et les règles codifiées sont assez connus et ne méritent pas de développements supplémentaires.

En revanche, la condition de reconnaissance pose un problème. Le choix des principes ou des règles ne devrait pas concerner n'importe quels principes ou règles, mais répondre à la condition qu'ils soient *reconnus*. En fait, la reconnaissance concerne les sources de droit non étatique à condition qu'elles soient *objectives* ou autrement dit à condition qu'elles aient été « *objectivisées* ». Que veut dire alors « *objectivisation* » ?

Le cas des conventions internationales non ratifiées ne devrait pas poser de problèmes. Il en va de même des principes ou des règles qui ont été développés par des institutions à vocation mondiale ou régionale et qui sont régulièrement suivis ou observés. Suivis par les précédents arbitraux et observés par la pratique des parties.

Il y aura, pourtant, des cas limites : des règles trop spécialisées, trop sectorielles, comme celles de la vente de café ou de cacao, des règles trop nationales, des règles aussi trop marginales, ne seront pas nécessairement considérées comme du droit objectif. Dans ces cas le choix ne sera pas invalide, mais vaudra, comme c'est le cas de l'article 3 de la Convention de Rome, comme un renvoi matériel soumis au droit applicable.

Il en va de même du problème des lacunes. Les principes et a fortiori les règles sont lacunaires. Et, en conséquence, l'exercice de détermination du droit applicable ne sera pas évité.

Enfin, une dernière limite hormis le cas classique de la violation manifeste de l'ordre public international, sont les lois de police. Cela ne prête à aucun doute s'agissant des lois de police du for. En revanche, on peut s'interroger sur la valeur des lois de police du droit qui aurait été applicable si les parties n'avaient pas effectué un choix au profit d'un droit non étatique.

### 7) *Choix clair*

385. Mais, hormis le fait que l'objet du choix doit être suffisamment objectif, il faut, en outre, que le choix des parties soit suffisamment clair.

Ainsi, un choix au profit de la *lex mercatoria* ou au profit des principes régissant les contrats internationaux, quelle valeur aura-t-il ?

L'exemple de la proposition du règlement «Rome I» montre comment peuvent être articulés les droits étatiques et les droits non étatiques et quel genre de problèmes naissent.

#### 8) *For non étatique*

386. S'agissant d'un for non étatique (arbitral ou ADR), la question devient plus difficile en raison de la liberté de l'autorité privée saisie, qui ne dispose pas de for. Face à telle situation, y a-t-il des critères qui peuvent guider tout au moins le choix des normes nationales pertinentes ? Il ne s'agira pas de facteurs verticaux dans le sens pyramidal normatif, mais de facteurs horizontaux. Sans vouloir approfondir ce nouveau champ d'investigation, on peut citer dans l'ordre, qui nous a paru le plus pertinent, quelques-uns de ces facteurs qui peuvent orienter le choix d'un for non étatique, libre par essence, par rapport au for étatique.

Il convient avant tout de respecter la volonté des parties en vertu du principe de l'*autonomie*, qui fonde en partie leur pouvoir. Ensuite, il faut mesurer le degré d'*effectivité*, si la norme en question est effectivement appliquée. Selon les circonstances de l'affaire, il convient, aussi, de prendre en considération le degré de *spécialité* de la norme en question par rapport au différend né. En d'autres termes, il faut prendre en considération le degré d'*adaptabilité* de la norme au cas concret.

#### 9) *Principes d'UNIDROIT et lex mercatoria*

Prenons comme exemple le rapport entre les Principes d'UNIDROIT et la *lex mercatoria*<sup>1102</sup>, et cela en dehors du débat futile de savoir si les Principes appartiennent à la *lex mercatoria* ou non, ce qui ne présente qu'un intérêt limité (et précisément de savoir s'il est autorisé à l'arbitre ou au juge<sup>1103</sup> d'appliquer les Principes *au titre de la lex mercatoria*).

1102. K. P. Berger, «The Relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria», *RDU*, 2000-1, pp. 153 ss. Voir aussi *id.*, «The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts», *Law and Pol. Int. Bus.*, 1998, pp. 943-990; G. Baron, «Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?», *Arb. Int.*, 1999, pp. 115-130; Bonell, «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Towards a New Lex Mercatoria?», *Rev. dr. aff. int.*, 1997, pp. 145 ss.

1103. Voir en ce sens l'évolution avec le projet de changement de la Convention de Rome, qui permet la désignation comme droit applicable de la *lex mercatoria* par accord exprès des parties.

Les Principes mêmes précisent dans leur préambule qu'ils peuvent être appliqués quand les parties ont choisi comme droit applicable les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou des ensembles semblables de règles.

### Conclusion

#### 1) *Un constat : la confirmation de l'hypothèse pluraliste*

387. Le phénomène des règles transnationales ne peut pas être ignoré par le droit international privé moderne. Il confirme l'hypothèse pluraliste d'un droit international privé fondé à la conception de Santi Romano. C'est une des pistes de renouveau du droit international privé postmoderne de l'ère de la globalisation, fondé sur le pluralisme juridique et sur le conflit des normes. Les conflits modernes ne devront pas être analysés en conflits de lois, mais bien en conflits de normes<sup>1104</sup>. Les hypothèses à résoudre ne seront plus que des conflits, mais aussi il conviendra de développer des règles de relevance, afin de lier les divers ordres juridiques. Les *leges mercatoriae* participent à ce développement et méritent à ce titre une réflexion renouvelée.

Au sein de cette réflexion il convient de faire une place à part au conflit interne de *leges mercatoriae*. Il s'agit d'un autre débat, qui sera à son tour pris en considération, nous en sommes certains, dans quelques années.

#### 2) *Une nouvelle division. Les deux pôles du droit transnational privé : dispositif et impératif*

388. On a soutenu qu'il y a une géométrie sous-jacente dans la régulation internationale des rapports privés internationaux.

Il paraît, que le droit évolue autour de deux pôles : un pôle dispositif à dominance contractuel — auquel correspond aussi la majorité des normes évoluant au niveau horizontal, dans lequel domine l'autonomie de la volonté, des normes hors la loi en principe —, et un pôle impératif à dominance étatique — qui correspond à une bonne partie des normes appartenant au niveau vertical et qui est dominé par le principe de la souveraineté.

1104. J. Basedow, «The Effects of Globalization on Private International Law», dans Basedow et Kono (dir. publ.), *Legal Aspects of Globalization*, Kluwer, 2000, p. 6.