

**LA LEX MERCATORIA,  
« TIERS ORDRE JURIDIQUE » ?  
REMARQUES INGENUES D'UN  
INTERNATIONALISTE DE DROIT PUBLIC**

par

**Alain PELLET**

Professeur à l'Université de Paris X  
Directeur du CEDIN - Membre de la CDI

I. Alors qu'il est, avec Berthold Goldman<sup>1</sup>, son « *spiritus rector* »<sup>2</sup>, l'un des « inventeurs » de la *lex mercatoria*<sup>3</sup>, Philippe Kahn fait figure, dans la véritable guerre de religion qui s'est livrée, et continue de se livrer, autour de la notion, de croyant par raison. C'est qu'il n'est pas facile d'être « progressiste » lorsque l'on est juriste ; or le dédicataire de ces lignes est à la fois l'un et l'autre. Et l'on comprend aisément que le

---

1 V. surtout « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 177-192 et « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », *JDI*, 1979, pp. 475-499 ; dans « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses » (*McGill Law Jl.*, 1992, p. 414), Philippe Kahn fait état d'une « opinion publiée dans le journal *Le Monde* et rédigée par Berthold Goldman au lendemain de la nationalisation du canal de Suez », soit huit ans avant la « théorisation » de 1964.

2 K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer, 1999, p. 82.

3 V. avant tout son apport à la conceptualisation d'une théorie d'une société internationale des commerçants, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, 450 p. et à l'analyse de la dimension contractuelle de la *lex mercatoria*, not. dans « *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux : l'expérience française », in *Le contrat économique international - Stabilité, évolution*, Travaux des VIIes journées d'études juridiques Jean Dabin, Louvain-la-Neuve, 22-23 novembre 1973, Bruxelles, Bruylant/Paris, Pedone, 1975, pp. 171-211 ou « L'interprétation des contrats internationaux », *JDI*, 1981, pp. 5-28.

juriste doit faire violence à l'homme de progrès pour défendre un concept dont le moins que l'on puisse dire est qu'il ne traduit pas une vision vigoureusement « sociale » de la société internationale alors qu'il sert admirablement les intérêts ploutocratiques des pouvoirs économiques privés.

Comme la théorie du contrat sans loi<sup>4</sup> ou celle de l'internationalisation des *State contracts*<sup>5</sup>, avec lesquelles elle n'est pas dépourvue de tout lien, il n'est pas douteux que la « finalité profonde » de la *lex mercatoria* « est de servir des intérêts de type économique »<sup>6</sup> ; « c'est aussi », ajoute Philippe Kahn, « sa limite et sa faiblesse »<sup>7</sup>. Et si, dans un premier temps, il s'est agi de faire échapper l'exploitation des ressources naturelles dans les nouveaux États indépendants du Sud à l'emprise de la réglementation étatique, il est clair que la *lex mercatoria* est devenue un puissant outil de la mondialisation entendue comme l'unification du monde, vu comme un vaste marché régi par des règles uniformes inspirées par l'idéologie capitaliste libérale et tendues vers la maximisation du profit des entreprises privées.

Sauf à faire preuve d'une grande candeur libérale, la perspective de cet ensemble normatif où la loi du profit dicte le droit peut difficilement enthousiasmer l'homme de progrès ; l'homme de science, lui, doit s'en accommoder. Car le phénomène est là : « l'hypothèse de règles transnationales, que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent, et par là-même précisent, voire élaborent à leur intention »<sup>8</sup> est, aujourd'hui, avérée. On peut s'en lamenter ; on ne peut le nier et il n'est sans doute même plus de mise de s'en consoler en y voyant un « accident de parcours dans l'histoire

4 V. not. M. BOURQUIN, « Arbitration and Economic Development Agreements », *The Business Lawyer*, 1960, pp. 860 et s. ou A. VERDROSS, « Protection of Private Property under Quasi-International Agreements », *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1959, pp. 355 et s.

5 V. P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *Rec. cours La Haye*, 1969-III, vol. 128, pp. 93-240.

6 Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 100.

7 *Ibid.*

8 B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », *JDI*, 1979, p. 475.

du droit »<sup>9</sup> tant la théorie forgée au début des années soixante paraît être en profonde symbiose avec le libéralisme ambiant. *Dura lex !*

Tout au plus le juriste peut-il prendre quelque distance en affirmant sa neutralité scientifique face à une réalité dont il ne peut guère que prendre acte et en constatant qu'elle « est le résultat de l'observation d'un phénomène social : les pratiques professionnelles sont un simple objet d'observation comme peut l'être le papillon pour l'entomologiste ou le bégonia pour le botaniste »<sup>10</sup>.

II. A quelques rares et brillantes exceptions près<sup>11</sup>, les internationalistes de droit public ont peu participé aux controverses sur la *lex mercatoria* qui sont restées, pour l'essentiel, confinées aux privatistes, au moins en France.

Il est vrai que, d'essentiellement franco-français qu'il était à l'origine<sup>12</sup>, le débat s'est, aujourd'hui, largement déplacé vers le monde anglo-saxon<sup>13</sup> où la funeste et rigide séparation entre droit public et droit privé est moins marquée que dans l'hexagone<sup>14</sup>. Toutefois, l'approche globale est demeurée majoritairement « privatiste », comme le montre, par exemple, l'obstination des auteurs qui se penchent sur la question à y introduire la problématique des conflits de lois.

Berthold Goldman lui-même affirme, dans ses « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », que « l'application de la *lex mercatoria* doit être décidée comme celle de toute autre loi – autrement dit, par

9 A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, LGDJ, 1984, p. 11.

10 Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », *McGill Law J.*, 1992, p. 427.

11 V. not. M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, pp. 373-385.

12 V. cependant l'apport britannique à la résurrection de la réflexion sur la *law merchant* avec, notamment, les travaux de C. SCHMITTHOFF, réunis dans Chia-Jui Cheng ed., *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, 802 p.

13 Cf. E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995, p. 6.

14 Les prises de position y sont aussi moins radicales ; cf. le scepticisme distancé de Lord M.J. MUSTILL, « The New *Lex Mercatoria* : The First Twenty-Five Years », in *Liber Amicorum for the Right Honorable Lord Wilberforce*, M. Bos and I. Brownlie eds., Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 149-182. V. cependant les critiques très vives de F. MANN, « *Lex Facit Arbitrum* », in *Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, Nijhoff, pp. 157-183 ou de K. HIGHET, « The Enigma of the *Lex Mercatoria* », *Tulane Law Review*, 1989, pp. 613-628.

le jeu d'une règle de conflit... »<sup>15</sup>. De même, après avoir esquissé une autre réponse à la question de l'applicabilité du droit mercatique<sup>16</sup>, M. Stöcker n'en revient pas moins à la vision privatiste classique selon laquelle : « *Even if the lex mercatoria is found to be the substantive law of the dispute and thereby avoids the difficult question which of the several national laws is to be applied (...), then nevertheless (...) there must be some system of conflict of law to determine whether the lex mercatoria or a national law is to govern the relationship between the parties* »<sup>17</sup>. Et, de manière significative, même le Professeur Lagarde, l'un des opposants les plus décidés et cohérents à la *lex mercatoria*, ne conçoit « l'itinéraire intellectuel [de l'arbitre] menant à la [*lex mercatoria* en tant que] loi applicable » que comme l'application d'une règle de conflit<sup>18</sup>.

Ce dernier, il est vrai, « flaire le danger » : comme il le relève, si « le seul fait qu'un contrat mette en jeu les intérêts du commerce international suffit à l'enraciner dans la *lex mercatoria* », « [i]l est clair que, pour un juge étatique, accepter cette volonté d'application (à tout le moins envahissante !) (...), ce serait retirer tout leur sens aux règles de conflit de lois élaborées en matière de contrats par son propre ordre juridique et souvent même par voie de convention internationale »<sup>19</sup>. C'est que, dès lors que l'on admet que la *lex mercatoria* constitue un véritable « tiers ordre juridique » différent et du droit international et du droit interne, il n'y a plus lieu de raisonner en termes de conflit de lois – et ceci vaut non seulement pour les juges étatiques, mais aussi pour les arbitres « mercatiques » ou transnationaux<sup>20</sup> eux-mêmes.

C'est, à vrai dire, tout à fait évident pour ces derniers, dépourvus de for<sup>21</sup> et qui n'ont pas – en tout cas, ils ne devraient pas avoir – à se poser la question : « organes de la *lex mercatoria* » (comme la Cour de

15 *Etudes Lalive*, p. 252. V. cependant les doutes d'E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria* - Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 14-15. V. aussi F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGD], 1992, pp. 367 et s.

16 « *One of the motives to develop a new lex mercatoria is to avoid complicated questions of conflict of law. So why to bother with a choice of law question ?* », Ch.W.O. STOECKER, « The *Lex Mercatoria* : to what Extent does it exist? », *Jl. of Internl. Arb.*, 1990, p. 109.

17 *Ibid.*

18 Note sous CA Paris, 1re Ch. suppl., 13 juillet 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland . Primary Coal*, *Rev. arb.*, 1990, p. 673.

19 « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 145.

20 J'utiliserai ci-après ces deux adjectifs comme étant interchangeables.

21 E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 8.

La Haye est « l'organe » du droit international<sup>22</sup>), celle-ci est – serait – leur loi « naturelle », celle-là même qu'ils ont pour fonction de mettre en œuvre, comme les juges nationaux doivent appliquer le droit interne et les juridictions et arbitres internationaux, le droit international. Mais, même aux juges nationaux, le recours à la méthode des conflits de lois ne s'impose nullement – toujours dans l'hypothèse où nous sommes en présence d'un véritable ordre juridique : si elle est vérifiée, la *lex mercatoria* n'est pas un droit étranger, territorialement situé, mais un *corpus juris*, comparable au droit international public, en cela au moins qu'il est dépourvu d'assise territoriale déterminée, si bien que la raison profonde du recours aux règles de conflit (que le publiciste explique par la souveraineté territoriale) disparaît.

III. L'absence de territorialité de la *lex mercatoria* constitue du reste visiblement pour la doctrine privatiste un motif de perplexité, au point que M. De Ly y voit même *the main problem* s'opposant à sa reconnaissance comme un ordre juridique autonome<sup>23</sup>. Telle semble être aussi la conclusion du Professeur Heuzé qui, adhérant à la thèse de la nécessaire localisation du contrat, y voit la preuve de la « parfaite inutilité » des tentatives visant à ériger la *lex mercatoria* en véritable ordre juridique<sup>24</sup>.

C'est peut-être prendre le problème « à l'envers ». Certes, si le contrat est toujours et nécessairement localisé, tous les efforts tendant à prouver l'existence d'un ordre juridique mercatique sont vains : par essence, la *lex mercatoria* est délocalisée ; sa raison d'être est de faire échapper les rapports des acteurs transnationaux à l'application d'un droit national, quel qu'il soit au prétexte qu'il y serait « inadapté ». Et force est de reconnaître que cette inadaptation n'est peut-être pas une pure invention des opérateurs économiques privés : au-delà de motifs moins avouables<sup>25</sup>, nombre de contrats transnationaux paraissent, en effet, à l'observateur extérieur qu'est l'auteur de ces lignes, difficilement rattachables à un territoire quelconque, soit parce que leur exécution est, par essence, non localisable (« nouvelle

22 Cf. CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise - Fond*, série A, n° 7, p. 19.

23 *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, Amsterdam, Londres, New York, Tokyo, 1992, p. 275.

24 V. *La réglementation française des contrats internationaux - Etude critique des méthodes*, Paris, Joly, 1990, p. 143, n. 142.

25 D'abord, le souci de faire échapper le contrat à l'application des règles édictées, naguère, par les pays contestataires de l'ordre économique international, puis à tout droit national, dont la maximisation du profit des opérateurs privés n'est pas l'unique objectif en dépit du triomphe actuel de l'idéologie capitaliste libérale.

économie », Internet), soit parce que les liens territoriaux sont si nombreux et inextricablement mêlés, qu'il est impossible d'en dégager un lieu de rattachement logique, sauf à postuler abstraitement un lien purement arbitraire, sur lequel la bataille semble faire rage parmi les privatistes.

La perspective change radicalement si, au contraire, on constate que s'est développé durant les quarante ou trente dernières années un corps de règles dont l'une des caractéristiques principales est d'échapper à l'emprise d'un droit étatique (ou interétatique) quelconque en ce qui concerne aussi bien leur formation que leur application. Dans ce cas, foin des modes traditionnels de pensée propres au droit international privé ; le « transnationaliste » ou « mercatiste » doit cesser de raisonner en termes de conflits de lois ou de territorialité et développer des raisonnements nouveaux adaptés à l'ordre juridique, nouveau aussi, dont il constate l'avènement.

IV. Ici, l'internationaliste de droit public peut avoir son mot à dire. Non pas pour trancher la question de savoir si, concrètement, ce *corpus juris* existe et a atteint un degré de maturité suffisant pour mériter la qualification d'ordre juridique<sup>26</sup> : il y faudrait une connaissance approfondie d'un milieu qu'il ne connaît guère et de règles qui lui sont d'autant plus étrangères que le monde des affaires qui les secrète et les applique a, pour le secret, un goût prononcé qui les rend difficilement accessibles à qui n'appartient pas au sérail<sup>27</sup>. Mais pour rappeler, comme Michel Virally l'a fait voici près de vingt ans<sup>28</sup> sans semble-t-il guère être entendu<sup>29</sup>, qu'il n'y a pas de droit qu'interne ; qu'il existe aussi d'autres systèmes juridiques, et que, si ordre mercatique il y a, celui-ci, vu de Sirius, s'apparente sans doute moins aux droits nationaux qu'au droit international public.

---

26 Dans la « guerre de religion » qui met aux prises les tenants et les ennemis de la *lex mercatoria* (v. I, *supra*), le signataire de ces lignes est, personnellement, « tenté par la foi » et le petit pan de réalité qu'il peut observer l'incite plutôt à considérer qu'elle constitue bien un ordre juridique ; mais c'est une impression plus qu'une certitude...

27 Les choses changent pourtant : les sentences arbitrales sont plus largement publiées que naguère et les travaux de codification des règles transnationales constituent un précieux instrument de connaissance. Sur ce point, v. Ph. KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », *op. cit.*, pp. 420-421 ou K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, *op. cit.*, pp. 62 et s.

28 V. *supra*, note 11.

29 Sa très remarquable contribution aux *Mélanges Goldman* n'est guère citée par la doctrine privatiste...

Trois caractères au moins rapprochent la *lex mercatoria* – si, du moins, l'on postule qu'elle existe, ne fût-ce qu'à titre d'hypothèse – de celui-ci :

- comme lui, elle est, décidément, « non territorialisée » ; elle s'applique à des activités, des « espaces juridiques »<sup>30</sup> et non des espaces géographiques déterminés ;

- comme lui, elle est marquée par une forte décentralisation normative ; elle émane des sujets mêmes auxquels elle s'applique et le droit « spontané », qui n'est pas formellement « posé » par leur volonté y joue un grand rôle ;

- comme le droit international public enfin, elle repose sur des mécanismes de sanction imparfaits, et pour la même raison : aussi malmenée que soit le principe de souveraineté, les Etats n'en conservent pas moins le monopole de la contrainte répressive dans le monde contemporain.

Au surplus, mais cela est moins fondamental, l'ordre mercatique partage avec le droit des gens une source commune : les principes généraux de droit, fonds commun aux droits des Etats<sup>31</sup>.

V. Ces principes tiennent du reste dans la *lex mercatoria* une place qu'ils n'ont jamais eue en droit international – au moins contemporain. Et, comme on l'a écrit, « [l]es raisons de l'insuccès des principes généraux de droit dans le droit international pourraient être celles de leur succès dans ce droit transnational »<sup>32</sup>.

Conçus par les rédacteurs du Statut de la CPJI, en 1920, comme devant pousser au maximum la « productivité » du droit international<sup>33</sup>, ils n'ont guère eu à s'y appliquer : tard venus – ou tardivement consacrés – dans la panoplie des sources du droit des gens, ils ne pouvaient plus y avoir qu'une fonction marginale, sinon dans ses domaines nouveaux ou mal stabilisés, comme le droit de la fonction publique internationale ou en matière économique<sup>34</sup>. Mais c'est précisément cette vocation à combler les lacunes apparentes des

30 Sur la notion d'espace juridique, v. not. F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, pp. 408 et s. et 442 et s.

31 « ... des nations civilisées » proclame l'article 38, paragraphe 1.c), du Statut de la Cour internationale de justice. Il paraît que l'expression s'applique à tous les Etats - assimilation que l'on peut juger, selon les cas, abusivement optimiste ou parfaitement hypocrite, mais qui ne semble pas remise en cause par les timides progrès du principe de légitimité démocratique dans le droit international contemporain.

32 M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *op. cit.*, p. 384.

33 Cf. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international public*, trad. Gidel, reproduit in « Les Introuvables », Paris II/LGDJ, 1999, p. 117.

34 V. A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international public*, thèse Paris II, 1974, not. pp. 142-175.

règles existantes qui fait des principes généraux de droit une précieuse « bouée de sauvetage pour juge en difficulté »<sup>35</sup> et qui leur permet de jouer un rôle non négligeable pour trancher, sur la base du droit, les litiges entre acteurs transnationaux.

Car, contrairement à celles du droit des gens, aujourd'hui largement consacrées par une longue pratique (quoiqu'en pensent ses détracteurs), les normes d'origine mercatique sont loin de présenter les caractères de certitude et de complétude, qui seuls permettent au droit de s'acquitter de ses fonctions sociales. C'est que la *lex mercatoria*, si elle constitue un ordre juridique, est un droit jeune, qui se cherche, aux normes mal stabilisées, et qui doit, pour remplir sa mission, emprunter ça et là les principes dont les acteurs des relations transnationales et leurs arbitres déduiront les solutions aux problèmes imprévus qui peuvent surgir.

Il n'y a rien dans ces emprunts, de bien surprenant, ni d'extravagant : ils correspondent à la fois à la tendance naturelle du juriste, qui recherche dans ce qu'il connaît (ici, le droit interne et, au départ, sans doute, son propre droit national) les réponses aux défis nouveaux auxquels il est confronté, et à l'horreur du droit pour les lacunes, incompatibles avec la mission de pacification des relations sociales qui lui incombe. Tel a, du reste, été le mouvement spontané des « pères du droit international », qui se sont, tout naturellement, tournés vers le droit romain, un droit « interne », reflet de la « saine raison » et fonds commun des droits de tous les Etats européens naissants. De même, en l'absence de toute loi expresse, les juges des nouveaux Etats issus de la décolonisation n'hésitent pas à aligner leur jeune jurisprudence sur celle, mieux assise, des tribunaux des anciennes puissances coloniales, auxquelles ils n'hésitent pas à emprunter, non seulement des principes traditionnels, mais aussi des raisonnements plus novateurs, dès lors que ceux-ci leur semblent de nature à résoudre de manière adaptée les problèmes auxquels ils sont confrontés<sup>36</sup>.

Et tout cela est fort légitime. Comme est légitime la pratique des arbitres transnationaux consistant à rechercher dans les jurisprudences internes des directives pour trancher les litiges qui leur sont soumis. Ici, les « internistes » – peu importe qu'ils soient privatistes ou publicistes – peuvent triompher : le droit interne se révèle à travers cette façon d'agir comme la source d'inspiration commune à tous les ordres juridiques.

35 M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », *op. cit.*, p. 382.

36 V. par exemple G. PAMBOU-TCHIVOUNDA, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative du Gabon*, Paris, Pedone, 1994, pp. 68-79 (à propos de l'arrêt TA, 7 février 1962, *Indjendjet-Gondjout*) ou pp. 169-179 (à propos de l'arrêt CA, 9 juillet 1971, *Wojdyla*).

VI. Mais source d'inspiration ne signifie pas identité. Comme l'a souligné Lord McNair à propos des principes généraux de droit visés à l'article 38 du Statut de la CIJ : « Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé, "en bloc, toutes faites et complètement équipées" d'un ensemble de règles »<sup>37</sup>. Pas davantage qu'en droit international, le recours aux principes généraux de droit par les arbitres mercatiques ne permet d'assimiler la *lex mercatoria* au droit interne. Simplement, ils dégagent d'une comparaison empirique entre les grands systèmes juridiques nationaux des principes qu'ils mettent ensuite en œuvre dans l'ordre mercatique à la suite d'une double opération d'abstraction et de transposition<sup>38</sup>.

Et le fait que les principes généraux de droit constituent aussi la « troisième source » du droit international ne saurait justifier non plus une quelconque assimilation de l'ordre mercatique à celui-ci. « Qu'ils aient été, pour beaucoup<sup>39</sup>, élaborés à partir de systèmes juridiques nationaux, par la synthèse de leurs traits fondamentaux communs, n'empêche pas, en effet, qu'ils ne puisent pas leur autorité dans ces systèmes, mais dans la conscience qu'en a prise la société internationale, exprimée par la jurisprudence des deux cours qui se sont succédé à La Haye et des tribunaux arbitraux interétatiques »<sup>40</sup>.

Sur ce point au moins, la critique du Professeur Paul Lagarde ne paraît pas fondée : instruments de la « gestion de la juridicité du commerce international »<sup>41</sup>, les principes généraux de droit ne passent pas, « par une sorte d'osmose, du droit international à la *lex*

37 Opinion individuelle jointe à l'avis consultatif du 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, Rec. 1950, p. 148.

38 Cf. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 423-424 ; A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international public*, op. cit., pp. 272-320 ; F. De LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, op. cit., pp. 279-284 ou E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », op. cit., pp. 26-30.

39 Cette prudence (« pour beaucoup ») n'est pas justifiée : par définition, les principes généraux de droit (au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ) sont déduits des droits nationaux ; les principes qui ne le sont pas constituent une catégorie distincte, les principes généraux non plus « de droit », mais « du droit international », c'est-à-dire des normes coutumières de nature très générale et propres au droit international lui-même.

40 B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », op. cit., p. 487.

41 Ph. KAHN, « Les principes généraux de droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989, p. 324.

*mercatoria* »<sup>42</sup> ; ils sont, simplement des normes communes à l'un et à l'autre, puisées au même fonds commun, « mère de tous les droits », les ordres juridiques nationaux.

Ils n'ont, du reste, vocation qu'à jouer un rôle transitoire : la répétition de leur mise en œuvre dans l'ordre juridique mercatique ou en droit international public finit par faire oublier leur origine exogène. Le corps de droit auquel une opération intellectuelle nécessaire les a intégrés les « digère » et en vient à considérer leur pratique renouvelée (et c'est l'élément matériel) comme étant le droit (élément psychologique), ce qui revient à les envisager comme des normes coutumières propres à l'ordre juridique pertinent, des principes cette fois, selon les cas, du droit international<sup>43</sup> ou de la *lex mercatoria*, des *principia mercatoria* comme on les a nommés<sup>44</sup>.

Ces derniers ne se limitent pas, du reste, aux principes issus, à l'origine, des droits internes, avec lesquels ils ne se confondent pas<sup>45</sup>. Ils peuvent aussi être déduits directement des règles de la *lex mercatoria* elle-même. Comme dans tout système juridique, l'interprète du droit mercatique peut, en effet, déduire de ces règles des principes de nature plus générale et abstraite qui, faute de normes plus précises, fournissent des orientations dont la concrétisation dans chaque cas permet le règlement effectif des différends.

**VII.** Principes généraux de droit et « *principia mercatoria* » ne constituent pas, au demeurant, les seules sources de la *lex mercatoria*. Deux autres modes de formation des règles de droit y jouent aussi un rôle de premier plan : les usages du commerce et les contrats, les uns étant du reste déduits, au moins en partie, de leur répétition dans les autres.

Ici encore, l'analogie avec le droit international public est frappante : les contrats sont, à l'ordre mercatique, ce que les traités

42 « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 131.

43 Un bon exemple de cette mutation est fourni par la règle dite *kompetenz kompetenz* : d'abord appliquée par les arbitres interétatiques en tant que principe général de droit (cf. l'affaire de l'*Alabama*, sentence du 14 septembre 1872, *RAI* II, p. 910), elle a, aujourd'hui, indiscutablement acquis valeur coutumière en même temps qu'elle se trouve souvent conventionnellement consacrée (cf. l'article 36, paragraphe 6, du Statut de la CIJ).

44 V. K. HIGHET, « The Enigma of the *Lex Mercatoria* », *op. cit.*, p. 616 ou Ch. W.O. STOEKER, « The *Lex Mercatoria* : to what Extent does it exist ? », *op. cit.*, p. 125. Sur la formation coutumière des normes mercatiques, v. aussi X, *infra*.

45 Pour un exemple de confusion, v. V.L.D. WILKINSON, « The New *Lex Mercatoria* Reality or Academic Fantasy ? », *Jl. of Internl. Arb.*, 1995, p. 108.

sont au droit international ; et, à leur tour, les contrats contribuent à la formation des usages, comme les traités à celle de la coutume.

Ces affirmations, il est vrai, supposent résolue une question dont la réponse suscite des controverses : est-il légitime de tenir les contrats pour des sources de la *lex mercatoria* ? Le premier réflexe du juriste privatiste, habitué à y voir un moyen de mise en forme des prescriptions de la loi, sera de le nier : le contrat est moins une source *du droit* que *de droits* (subjectifs) et d'obligations, qui tirent leur valeur juridique du droit « posé » par l'appareil étatique. Le publiciste – l'internationaliste en tout cas –, même s'il se réclame du positivisme, n'a pas ces timidités : le traité, que tant de traits apparentent au contrat, est la source par excellence du droit international public<sup>46</sup> ; le fait qu'il soit conclu par ses destinataires premiers et que sa conclusion et son application soient encadrées par des règles générales dont certaines, rares il est vrai, s'imposent aux parties ne constitue pas, à ses yeux, des objections de nature à remettre en cause ce postulat fondamental.

Ceci est l'effet d'un trait essentiel par lequel le droit international se distingue des ordres juridiques nationaux : la décentralisation normative. Alors que, dans l'Etat, le pouvoir d'édicter des règles de droit est monopolisé par un (ou un petit nombre de) législateur(s) spécialisé(s), dans la société internationale, il est diffus, partagé entre des pouvoirs réputés également souverains dont la concordance de vues constitue le moyen le plus commode et le plus fréquent de créer des normes.

La même chose se produit dans la société internationale des marchands : soucieux d'échapper à l'emprise des droits nationaux, ceux-ci se donnent à eux-mêmes les règles ayant vocation à encadrer leurs comportements et cette auto-régulation passe d'abord par le contrat, qui, « *[i]n modern business relationships (...) assumes the genuine function of a source of law* »<sup>47</sup>. C'est que, « *if we continue to conceive of the contract as a mere application of the law, and not as a source of law, we will preclude the possibility of understanding how the law of our times is changing. The contract is*

46 V. cependant *contra* Sir G. FITZMAURICE, « Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law », in *Symbolae Verzijl*, La Haye, Nijhoff, 1958, pp. 153-176, qui considère les traités comme une source de droits et d'obligations, mais non « du droit » ; v. aussi G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *Rec. cours La Haye*, 1987-VII, vol. 207, pp. 194-195.

47 K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex mercatoria*, *op. cit.*, p. 108.

*taking the place of the law, even in the organization of society* »<sup>48</sup>, au moins de la société transnationale<sup>49</sup>.

VIII. Il est vrai que, pas plus que la loi dans l'ordre interne, ou le traité en droit international, le contrat ne saurait, à lui seul, tenir lieu d'ordre juridique, sauf à tomber dans les ornières de la théorie du « contrat sans loi » dont les conséquences néfastes sont connues<sup>50</sup>. Comme le souligne avec force le Tribunal arbitral qui s'est prononcé dans l'affaire *Aramco c. Arabie saoudite* :

« Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister in vacuo, mais doit reposer sur un droit ; ce n'est pas une opération pleinement abandonnée à la volonté des parties ; elle est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des cocontractants. Sans un droit qui préside à sa création, la convention n'est même pas concevable. La volonté ne peut engendrer de rapports conventionnels que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir »<sup>51</sup>.

Mais ces considérations, qui tiennent autant du bon sens que du raisonnement juridique (l'un n'est pas forcément incompatible avec l'autre...), laissent entière la question de savoir quel est ce droit.

La réponse classique de la Cour mondiale est catégorique :

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale »<sup>52</sup>.

Elle est également celle, tout aussi classique, de la Cour de cassation qui, dans le célèbre arrêt *Messagerie maritimes* du 21 juin 1950, déclarait, comme en écho :

48 GALGANO, *Annual Survey of Internl. and Comp. Law*, 1995, p. 102 (cité par K.P. Berger, *ibid.*).

49 Bien qu'il y affleure, le phénomène est, en effet, moins marqué au sein de la société nationale où, de toute manière, l'appareil étatique (ou son succédané - cf. la Communauté européenne) continue à imposer, globalement avec succès, son quasi-monopole dans l'édition de normes juridiques ; v. les remarques de B. OPPÉTI, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Archives de philosophie du droit* 1982, t. 27, Paris, Sirey, pp. 43-53.

50 Pour une critique privatiste, v. par exemple M.-L. NIBOYET, « Contrats internationaux - Détermination du droit applicable ; le principe d'autonomie (sa signification) », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 552-20, § 4 et s. et 10 et s. ; et, pour une vision publiciste, P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *op. cit.*, pp. 181-184.

51 Sentence du 23 août 1958, *RCDIP*, 1963, p. 312.

52 CPJI, arrêt du 22 juillet 1929, *Emprunts serbes et brésiliens*, série A, n° 20/21, pp. 41-42.

« *Tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat* »<sup>53</sup>.

Ce pouvait être vrai durant l'entre-deux-guerres, ou dans les années cinquante, ou même soixante ; on peut difficilement tenir ces formules bien frappées comme la description fidèle d'une réalité contemporaine devenue bien plus complexe. Des facteurs divers conduisent à cette remise en cause : certains sont objectifs (les transactions s'internationalisent et se « délocalisent »<sup>54</sup>), d'autres plus politiques, voire idéologiques (le souci de faire échapper le contrat à l'emprise du droit d'Etats réputés moins fiables ou moins favorables aux intérêts capitalistes, le renouveau du libéralisme). D'où l'essor, dans la doctrine privatiste, les jurisprudences nationales et même les conventions internationales du principe d'autonomie, selon lequel « [l]e contrat est régi par la loi choisie par les parties »<sup>55</sup>.

Mais, par lui-même, le principe d'autonomie ne suffit pas à établir l'existence d'un « droit mercatique » que les parties pourraient choisir en tant que loi régissant le contrat. Le choix pourrait se limiter à celui d'un droit national (« étranger » au sens traditionnel du terme), qu'il soit lié à la formation ou à l'exécution du contrat ou au lieu de l'arbitrage ou non, voire au droit international public<sup>56</sup>.

IX. Pourtant, comme on l'a souvent relevé, les clauses contractuelles de choix de droit sont souvent moins classiquement orthodoxes et les parties s'ingénient à brouiller les pistes des ordres juridiques ayant pignon sur rue (nationaux et international) et renvoient aux « principes généraux de [ou du] droit » ou aux « principes communs » au droit de certains Etats, aux « usages du commerce » ou d'une profession déterminée ou encore à l'équité. Et, dans certains cas au moins, les juges nationaux ratifient ce choix et voient, dans ces formules, l'énoncé suffisant du « droit applicable », parfois expressément appelé *lex mercatoria*<sup>57</sup>.

53 *RCDIP*, 1950, p. 609, note Batiffol ; *JCP* 1950.II.5812, note J.Ph. Lévy ; *Sirey* 1952.1.1, note Niboyet et 1951, p. 749, note Hamel.

54 V. VII, *supra*.

55 Article 3, paragraphe 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

56 Sur « l'internationalisation juridique » des contrats (d'Etat), v. surtout le cours précité de P. WEIL, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *op. cit.*, pp. 93-240, not. pp. 157-188 ; v. aussi l'approche, plus réservée de P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 6e éd., Paris, LGDJ, 1999, pp. 1046-1050.

57 Cf. les exemples les plus probants, toujours cités, que sont les arrêts Cours de cassation française dans les affaires *Fougerolle* (Civ. 2, 9 décembre 1981, *JDI*, 1982, p. 931, note Oppetit, *Rev. arb.*, 1982, p. 183, note Couchez, *JCP* 1983.II.19771, note Level, *Dalloz* 1983, p. 239, note Robert), *Norsolor* (Civ. 1, 9

Cela, au demeurant, ne suffit pas non plus à conférer à cette dernière le caractère de véritable ordre juridique. Après tout, on peut estimer que les parties comme les juges n'agissent qu'en vertu d'une habilitation donnée par le droit national<sup>58</sup> dans lequel le contrat continue de trouver son ancrage. Dans ce cas, « *the national courts will most certainly apply these rules not as the lex mercatoria but as the national law* »<sup>59</sup> et l'on peut logiquement soutenir que « [s]i des usages sont appliqués comme des règles de droit c'est que, en dernière instance, l'Etat y a consenti de par sa législation ou son adhésion à une Convention inter-étatique »<sup>60</sup>

Mais l'argument est neutre et ne prouve pas davantage que le droit mercatique n'est pas un ordre juridique : dans une perspective dualiste ou, mieux, pluraliste, on peut aussi voir dans ces dispositions législatives ou conventionnelles la reconnaissance par les droits internes et le droit international public de l'existence d'un « tiers ordre juridique », dont les principes généraux et les usages professionnels constitueraient les principales sources à côté des contrats eux-mêmes.

X. Cela ramène à la question de savoir si les usages présentent bien le caractère de source du droit. Il n'y a à cela aucune impossibilité logique.

A nouveau, l'internationaliste de droit public est en terrain de connaissance et n'éprouve aucune difficulté pour admettre qu'une pratique répétée qui en vient à être « acceptée comme étant le droit », pour reprendre les termes de l'article 38, paragraphe 1.b), du Statut de la Cour internationale de justice, constitue une norme coutumière,

octobre. 1984, *Clunet*, 1985, p. 679, note Kahn, *Rev. arb.*, 1985, p. 431, note Goldman, *Dalloz* 1985, JP. p. 101, note Robert) et *Valenciana* (Civ. 1, 22 octobre 1991, *JDI*, 1992, p. 456, note Lagarde, *RCDIP*, 1992, p. 113, note Oppetit) et italienne dans l'affaire *Damiano* (8 février 1982, *RDI Priv. Proc.*, 1982, p. 529, *Y.B. Com. Arb.*, 1984, p. 418) et de la Cour suprême autrichienne dans l'affaire *Norsolor* (18 novembre 1982, *JDI*, 1983, p. 645, note Seidl-Hohenveldern, *Rev. arb.*, 1983, p. 379, article Goldman, *RIW*, 1983, p. 868, note Sedl-Hohenveldern).

58 Cf. le célèbre article 1496 du NCPC, qui oblige les arbitres à « tenir compte » des usages du commerce sans mentionner expressément la *lex mercatoria*, mais qui est en général interprété comme y renvoyant (v. aussi l'article 1054 du Code néerlandais de procédure civile). Invoqué par les partisans de la *lex mercatoria*, l'argument est à double tranchant : cette disposition peut aussi s'interpréter comme la « récupération » du droit mercatique par le droit français.

59 Ch. W.O. STOEKER, « The *Lex Mercatoria* : to what Extent does it exist ? », *op. cit.*, p. 108.

60 J. SCHAPIRA et Ch. LEBEN, *Le droit international des affaires*, Que sais-je ?, n° 1465, 4e éd., Paris, PUF, 1994, p. 51 ; les auteurs ne reprennent pas cette affirmation à leur compte.

dont la nature de source du droit, c'est-à-dire de processus de formation des règles juridiques, ne saurait être contestée.

Et force est de reconnaître que les usages du commerce qui, pour certains auteurs, constituent « le noyau dur » de la *lex mercatoria*<sup>61</sup>, paraissent en tous points analogues à des coutumes internationales.

Les contrats transnationaux jouent du reste un rôle éminent dans la formation des usages : encadrés par ces normes coutumières, « contrats-types et conditions générales sont eux-mêmes créateurs de nouveaux usages. Certaines de leurs clauses deviennent de style, certaines solutions d'abord propres à quelques contrats-types deviennent des principes généraux »<sup>62</sup>, exactement comme la répétition de dispositions identiques sur des sujets semblables dans les traités (dont la conclusion et le régime juridique sont fixés par des règles coutumières) donne naissance à de nouvelles règles coutumières du droit des gens.

Deux objections cependant viennent à l'esprit : d'une part, comment établir la « juridicité » et le contenu des usages du commerce ? d'autre part, assurent-ils réellement le rôle unificateur qui caractérise la coutume dans l'ordre juridique international ?

A la première question, la réponse est, à vrai dire, identique à celle que l'on peut se poser en ce qui concerne les règles coutumières internationales : « Le *modus operandi* de la coutume dans l'accomplissement de [sa fonction de source formelle du droit...] reste (...) un processus mystérieux et une des énigmes permanentes du droit international »<sup>63</sup>. Voilà qui n'est guère satisfaisant pour l'esprit, mais, en pratique, le fait est que, dans les deux cas, usages du commerce et coutumes internationales, l'*opinio juris* des destinataires des normes et des juges ou des arbitres chargés de les mettre en œuvre ne fait pas de doute : les uns et les autres ont le sentiment très vif qu'ils sont tenus de les respecter – c'est la marque même du droit. Même les adversaires les plus décidés de la *lex mercatoria* conviennent de la juridicité des usages<sup>64</sup>.

61 Ph. FOUCHARD, « Les usages, l'arbitre et le juge », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 67 ; v. aussi O. LANDO, « The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration », *ICLQ*, 1985, pp. 750-751.

62 Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, *op. cit.*, p. 37.

63 G. ABI-SAAB, « La coutume internationale dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit international général dans un monde éclaté », in *Le droit international à l'heure de sa codification - Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, t. I, p. 58.

64 V. not. P. Lagarde, note sous CA Paris, 1re Ch. suppl., 13 juillet 1989, *Valenciana*, *Rev. arb.*, 1990, pp. 670-674 ; v. aussi un recensement général de la jurisprudence et de la doctrine in F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex*

Quant à leur contenu, deux puissants vecteurs permettent de s'en assurer : les sentences arbitrales qui les appliquent en même temps qu'elles les formulent et les textes de codification.

Sans qu'il soit possible de s'y attarder dans le cadre de ces brèves remarques, ces derniers sont de deux sortes. La codification des usages d'une profession<sup>65</sup> ou du commerce en général<sup>66</sup> peut être réalisée par un traité interétatique ; elle peut l'être aussi, sous forme de contrats-types, de conditions générales ou de codes de conduite par des instances transnationales, comme la Chambre de commerce internationale<sup>67</sup> ou la Fédération internationale des ingénieurs-conseils<sup>68</sup>, ou comme Unidroit<sup>69</sup>.

Ces documents, qui résultent d'un patient travail de recension et de formulation des usages du commerce international, constituent un précieux instrument de connaissance du droit transnational<sup>70</sup>. Ils ne dispensent pas, pour autant, les arbitres de recourir à ce que le Professeur Emmanuel Gaillard a appelé la « méthode des règles transnationales »<sup>71</sup> et de rechercher, à travers la pratique et les manifestations d'*opinio juris* les règles applicables.

---

mercatoria - *Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, op. cit.*, pp. 293-307 et 347-349, ; l'auteur montre aussi à quel point usages et principes sont indissociables - v. VI, *supra*.

65 Cf. le Code de conduite des conférences maritimes du 6 avril 1974.

66 Cf., parmi de très nombreux exemples, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961 ou la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale des marchandises.

67 Cf. les Incoterms adoptés depuis 1953.

68 Cf. les Conditions internationales applicables aux marchés de travaux de génie civil ou le Modèle international de contrat entre le client et l'ingénieur-conseil pour les études d'ouvrages et le contrôle de leur exécution.

69 Cf. les Principes relatifs aux contrats du commerce international adoptés en 1994.

70 Peu importe à cet égard qu'il soit le fait d'organes réellement « transnationaux » comme la CCI ou de négociations interétatiques. Ce sont des « références documentaires pour les praticiens du commerce international » (F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, op. cit.*, p. 264), et non, en tant que tels, des sources du droit mercatique.

71 V. « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 22-26 ; toutefois, l'auteur applique cette méthode à la recherche des principes généraux du droit transnational, non à celle des usages.

Combinés avec les principes généraux de droit<sup>72</sup>, les usages ainsi conçus constituent la trame générale du droit mercatique dont ils assurent l'unité, de même que la coutume internationale est le ciment du droit international public en tant qu'ordre juridique. Et, à vrai dire, la *lex mercatoria* n'apparaît ni plus, ni moins lacunaire que n'importe quel autre ordre juridique. Ou plutôt si ; droit jeune, elle ne comporte sans doute pas toujours des règles aussi précises que les droits étatiques ; toutefois, usages et principes semblent de nature à fournir, au moins par extrapolation et analogie, les solutions que l'on attend du droit<sup>73</sup>, comme les principes généraux de droit et du droit international public ont toujours permis aux juges internationaux d'éviter le *non liquet* malgré l'imprécision fréquente des règles du droit des gens.

**XI.** Sous l'angle des processus de formation des normes de la *lex mercatoria* et de son contenu, rien ne semble donc s'opposer à y voir un véritable ordre juridique apte à remplir sa mission sociale : l'encadrement juridique des comportements des membres de la société des marchands.

Mais, et c'est une autre objection fréquente à l'encontre de la reconnaissance du droit mercatique en tant qu'ordre juridique, cette « société » existe-t-elle ? S'abritant derrière l'autorité d'Edouard Lambert – mais celui-ci écrivait tout de même il y a plus de soixante ans<sup>74</sup>... –, ces auteurs soulignent que les solidarités professionnelles se limitent à des intérêts corporatistes partiels qui ne sauraient se fondre en un système juridique unique<sup>75</sup>. Pour certains Diafoirus de la *lex mercatoria*, celle-ci n'existe pas, car elle ne doit pas exister. Pourquoi ? parce que la société mercatique elle-même, qui est censée en fixer les règles, et à laquelle elle s'applique, ne serait ni suffisamment homogène, ni assez solidaire pour pouvoir être à l'origine d'un ordre juridique véritable.

Certes, les acteurs transnationaux sont, en général, en concurrence ; sans doute aussi leurs intérêts sont-ils souvent

72 Qu'il convient, on l'a souligné (v. VI, *supra*), de ne pas confondre avec les principes mercatiques, qui ne sont guère que des règles générales déduites des usages du commerce dont ils partagent la nature coutumière.

73 En ce sens, v. E. GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 24.

74 V. not. « Sources du droit comparé ou supranational - Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, t. III, pp. 478-510, not. p. 498.

75 V. not. P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *op. cit.*, pp. 135-137 ; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, *op. cit.*, p. 396 ou F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. cours La Haye*, 1989-I, vol. 213, p. 256.

divergents, voire opposés. Mais, après tout, ce phénomène se retrouve dans toute collectivité humaine : un ordre juridique n'est pas le signe d'une société consensuelle ; il l'est, bien plutôt, d'un besoin de règles (souvent – toujours ? – reflets des intérêts des plus forts), gages de stabilité et, dans le cas qui nous occupe, de profits. Il ne vise pas à une harmonie universelle et éternelle, mais à la coexistence d'intérêts divergents aussi longtemps que cela est compatible avec l'évolution de leurs équilibres changeants. Et, après tout, les rivalités entre les Etats, leurs oppositions, les profondes inégalités dont la société interétatique est affligée, n'empêchent pas le droit international d'exister ; elles le rendent, au contraire, particulièrement nécessaire.

Surtout, c'est, à nouveau, prendre le problème à l'envers : le juriste est mal outillé pour « décider » si un corps social constitue une « société » ou une « communauté ». Il lui appartient de partir de ce qu'il connaît (un peu), le droit, et ce n'est qu'à partir de cette réalité familière qu'il peut faire des déductions (prudentes) sur les fondements sociologiques, politiques, économiques, moraux, etc. des normes qu'il analyse<sup>76</sup>. Si l'observation de la réalité (juridique) conduit à constater qu'il existe bien un corps de règles, fonctionnant selon une logique (juridique) qui lui est propre, on ne voit pas pourquoi cette qualification lui serait refusée, ni pourquoi l'on n'y verrait pas le signe qu'il existe une *societas mercatorum*, moins éclatée et inexistante qu'on ne le dit, tant il est vrai que le droit est un révélateur, raisonnablement fiable, de la réalité des rapports sociaux. *Ubi jus, ibi societas*.

Or, comme l'a relevé la Cour d'arbitrage de la CCI dans la sentence partielle n° 5953/1988 : « L'ensemble des usages [et, pourrait-on ajouter, des principes] du commerce international (...) constitue un véritable droit international des affaires », « ce qu'il est convenu d'appeler la *lex mercatoria* »<sup>77</sup>. Et celle-ci semble, de plus en plus<sup>78</sup>, réussir à maintenir « une double cohérence (...), une cohérence interne pour éviter la dispersion de composants disparates, une cohérence externe pour établir son originalité, son autonomie face aux

76 V. les critiques que j'ai adressées à cet égard à la « méthode de Reims » : « Discours et réalité du droit international - Reims : apport et limite d'une méthode », in *Réalités du droit international contemporain 6 - Les rapports entre l'objet et la méthode*, Actes de la huitième rencontre de Reims, Presses universitaires Reims (CERI), 1990, pp. 5-19 ; v. surtout pp. 14-17.

77 Sentence de septembre 1988 rendue par l'arbitre unique Xavier de Mello, *Rev. arb.*, 1990, pp. 711-712.

78 Le mouvement actuel de « mondialisation » et de « globalisation » constitue un puissant ferment d'« homogénéisation » et d'unification idéologique et normative.

autres ordres juridiques, notamment face aux ordres étatiques, et à l'ordre interétatique »<sup>79</sup>.

XII. Dans l'établissement de cette double cohérence<sup>80</sup>, l'arbitrage joue un rôle particulièrement éminent qu'il est à peine besoin de souligner.

On l'a souvent dit<sup>81</sup>, 90 % des contrats transnationaux comportent une clause d'arbitrage et 90 % des sentences transnationales sont spontanément exécutées. Ceci est doublement important : d'une part, cela montre que les acteurs mercatiques s'en remettent, pour trancher les litiges qui les opposent, à des juges privés dont ils respectent les décisions ; d'autre part, se forge ainsi, progressivement, une jurisprudence qui, sans avoir le caractère de « source du droit » à proprement parler<sup>82</sup>, n'en constitue pas moins, progressivement, un corps de doctrine auquel non seulement les futurs arbitres, mais aussi les opérateurs économiques eux-mêmes peuvent se référer, au même titre qu'aux codifications dont il a été question ci-dessus<sup>83</sup>.

Bien sûr, pour que cette jurisprudence conforte la thèse des tenants de la *lex mercatoria*, il faut que les arbitres la mettent en œuvre, point que le caractère nécessairement sommaire de la présente contribution et les compétences, fort limitées, de son auteur ne permettent pas de vérifier. Tel semble néanmoins être le cas, au moins en partie<sup>84</sup>.

En revanche, une chose est sûre : on ne saurait, pour dénier au droit mercatique la qualité d'ordre juridique, s'arrêter au fait que les sentences transnationales ne peuvent tenir leur éventuelle force exécutoire que de l'onction du droit national par le biais de l'*exequatur*. Comme le relève Philippe Kahn, « [i]l arrive fréquemment que la *lex*

79 Ph. KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », *op. cit.*, p. 100.

80 Philippe Kahn ne voit dans le système d'arbitrage qu'un instrument de cohérence externe, *ibid.*, p. 103.

81 Cf. K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, *op. cit.*, p. 70.

82 Comme dans l'ordre juridique international, il s'agit plutôt d'un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » (cf. l'article 38, paragraphe 1.d) du Statut de la Cour internationale de Justice) ; *contra* : P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », *Rec. cours La Haye*, 1989-V, vol. 217, pp. 426-429.

83 V. X, *supra*.

84 V. la démonstration, particulièrement convaincante, de F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *op. cit.*

*mercatoria* fasse appel au bras séculier des Etats pour assurer l'exécution de ses sentences par une demande de reconnaissance et d'exécution forcée des sentences arbitrales, et même pour faire trancher directement ses différends par les tribunaux étatiques et elle se place alors sous le contrôle de l'Etat »<sup>85</sup>. Mais ce phénomène n'est nullement la preuve de l'inexistence d'un ordre juridique mercatique : il ne viendrait à l'esprit de personne de contester l'autonomie du droit italien par rapport au droit français au prétexte que les jugements et arrêts rendus par les tribunaux de la Péninsule ne sont exécutoires en France que s'ils y ont obtenu *l'exequatur* d'un juge français ; l'application du droit international dans son ensemble repose sur la bonne volonté des Etats ; et il n'est pas jusqu'au droit communautaire qui ne dépende, pour l'essentiel au moins, des Etats membres pour sa mise en œuvre effective.

C'est que les Etats demeurent, chacun sur son territoire, les seuls détenteurs du monopole de la contrainte que ni la communauté internationale, ni la société mercatique n'ont su entamer. Dans le second cas au moins, on s'en réjouira : les intérêts privés peuvent être légitimes ; il n'en reste pas moins que l'Etat demeure seul en charge de l'intérêt général et que le pouvoir de contraindre qui n'appartient qu'à lui revient en définitive à donner à l'intérêt général qu'il représente le dernier mot dans les controverses qui peuvent l'opposer aux pouvoirs économiques privés que les ordres juridiques étatiques ont, par ailleurs, pour l'essentiel « renoncé à maîtriser »<sup>86</sup>.

Du reste, la société des marchands n'est pas, il s'en faut de beaucoup, dépourvue de moyens d'agir sur ses membres récalcitrants. « La sanction du monde des affaires est la même que celle de l'Eglise : il peut prononcer une exclusion, un boycottage, dont les effets sont redoutables »<sup>87</sup>.

**XIII.** Si, comme l'a écrit le Professeur François Rigaux, « [p]our mériter la qualification d'ordre juridique un système de relations sociales [doit] se composer de trois séries d'éléments : des règles de conduite observées par leurs destinataires, des règles de décision appliquées par un juge, des mécanismes de contrainte qui assurent l'effectivité du système »<sup>88</sup>, tout semble concourir à reconnaître cette qualité à la *lex*

85 « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », *op. cit.*, p. 107.

86 F. RIGAUX, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », in *Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 279.

87 P. REUTER, *Le droit économique international*, Paris, cours polycopié IHEI, 1952-1953, p. 26.

88 « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », *op. cit.*, p. 262.

*mercatoria*. Au même titre au moins qu'au droit international public. Elle comporte, assurément

- des règles de conduite, usages du commerce et principes généraux, que leurs destinataires respectent d'une manière qui paraît au moins aussi satisfaisante que ne le font les Etats dans l'ordre juridique international ;

- des juges qui appliquent ces règles et dont l'intervention, pour n'être pas aussi systématique que celle du juge national dans la mise en œuvre du droit interne l'est certainement davantage que celle du juge international pour faire respecter le droit des gens ; et,

- dans une certaine mesure au moins, des mécanismes de contrainte, sans doute moins aléatoires que ceux dont le droit international est doté.

Il est, dès lors, naturel pour l'internationaliste de droit public d'admettre que « la *lex mercatoria* est un nouvel ordre juridique, qui se forme au sein d'une communauté internationale d'hommes d'affaires et de commerçants suffisamment homogène et solidaire pour susciter la création de ces normes et en assurer l'application »<sup>89</sup>.

On peut certes ironiser et contester la juridicité du droit international et, par ricochet, de la *lex mercatoria*, qui lui ressemble, la souveraineté en moins. Ce n'est pas le lieu d'entrer dans cette querelle – que l'on voudrait croire dépassée<sup>90</sup>. Il suffit bien plutôt de constater que les principales critiques de l'existence et du droit international et du droit mercatique en tant qu'ordres juridiques viennent de cette partie de la doctrine pour laquelle « le » droit est le droit de l'Etat, hors duquel il n'est point de salut (juridique)<sup>91</sup>.

Néanmoins, si la contestation de l'existence d'un ordre juridique mercatique ne peut surprendre un internationaliste de droit public blasé, habitué qu'il est à la négation de la juridicité de sa propre discipline, la timidité des partisans de la *lex mercatoria* demeure une source considérable d'étonnement. Car enfin, si elle existe en tant qu'ordre juridique, pourquoi s'arrêter en chemin ? Pourquoi, par exemple, concéder que « cet ordre juridique n'est pas, ou n'est pas

89 E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, Litec, 1980, pp. 308-309.

90 V. not. A. PELLET, « Le droit international à l'aube du XXe siècle (La société internationale contemporaine - Permanences et tendances nouvelles) », Cours euro-méditerranéens de droit international, Aranzadi, Pampelune, 1998, vol. I, 1997, pp. 19-112, not. pp. 37-47.

91 La véritable (et respectable) raison de la position de certains négateurs de la *lex mercatoria* tient sans doute aussi, et peut-être surtout, à l'allergie que suscite un ordre juridique privé, concurrent redoutable du droit de l'Etat. Mais le juriste peut-il s'arrêter à ce type de raisons? (v. I, *supra*).

encore complet »<sup>92</sup> alors que tout ordre juridique a vocation à la complétude, faute de quoi le droit ne remplit pas sa mission sociale fondamentale<sup>93</sup>, et que la panoplie des règles et des principes, surtout ceux-ci, paraît tout à fait suffisante pour répondre aux besoins ? Pourquoi prendre tant de précautions pour affirmer la prééminence de l'ordre public des Etats en même temps que l'on affirme, non sans raisons, l'existence d'un « ordre public réellement international »<sup>94</sup> ?

Ces prudences n'ont pas lieu d'être. Il est vrai qu'elles sont peut-être « tactiques », comme l'est aussi sans doute la précaution de plume de Philippe Kahn lorsqu'il écrit qu'il ne s'agit pas « pour ceux qui exposent le système de la *lex mercatoria* de prononcer sur lui un jugement de valeur et de l'ériger en système concurrent ou supérieur aux droits étatiques »<sup>95</sup> Supérieur, non ; mais concurrent, sûrement !

Si l'ordre juridique mercatique existe, il fonctionne selon ses modes propres ; il secrète ses propres règles ; il comporte son propre ordre public ; et il n'a aucune raison de se soucier des autres ordres juridiques<sup>96</sup> qui ne sont pour lui que « de simples faits », comme il n'est à leur égard qu'un « simple fait »<sup>97</sup>. Telle est la conséquence inéluctable de son existence dès lors que l'on raisonne dans une perspective dualiste ou pluraliste, la seule d'ailleurs dans laquelle le problème des ordres juridiques se pose.

---

92 B. GOLDMAN, « Nouvelles réflexions sur la *Lex Mercatoria* », in *Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive*, 1982, p. 249.

93 V. V, *supra*.

94 Pour un exemple, v. F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria - Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, *op. cit.*, pp. 382-383.

95 « *Lex mercatoria* et euro-obligations », in *Law and International Trade, Festschrift für C. Schmitthof*, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1973, pp. 240 et s.

96 Sauf pour des raisons pratiques - mais ceci relève d'une tout autre problématique.

97 De même que, « [a]u regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits... », CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise - Fond*, série A, n° 7, p. 19.