

LA DISTINCTION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT ET DES USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL

par

Emmanuel GAILLARD

*Professeur à l'Université de Paris XII
Associé, Shearman & Sterling*

1. – Lorsqu'une doctrine naissante est encore insuffisamment ferme pour que les distinctions auxquelles elle pourrait se prêter ne risquent de la remettre en cause, il est tentant, pour lui donner une certaine consistance, d'éviter toute subtilité excessive et, au contraire, de faire masse de tous les éléments susceptibles de s'y rattacher. La confusion — temporaire — susceptible d'en résulter est un facteur essentiel d'évolution. C'est ainsi, au risque — acceptable — de déformation des concepts, que la théorie de l'abus de droit s'est un temps abritée sous celle de la responsabilité civile, la théorie des troubles de voisinage sous celle de l'abus de droit... avant que chacune de ces notions, affermie par une pratique plus nourrie, ne trouve la place spécifique qui devait lui revenir.

2. – La *lex mercatoria* n'a pas échappé à cette évolution. Dans le souci de mieux prouver son existence, ses premiers partisans ont regroupé sous la même dénomination tous les éléments — usages professionnels codifiés, clauses contractuelles répétées, sentences arbitrales appliquant des principes généraux... — susceptibles de manifester la volonté des parties, des juges ou des arbitres de s'écarter de l'application d'une loi étatique désignée suivant la méthode traditionnelle des conflits de lois (1).

(1) V. spéc. B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. de philosophie du droit* 1964.177 et « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », *JDI*, 1979.475. Cette présentation s'est doublée d'une conception plus théorique de la *lex mercatoria* envisagée comme ordre

3. – Il est cependant permis de penser que la *lex mercatoria* est aujourd'hui suffisamment forte pour admettre des distinctions qui, en permettant de la débarrasser de ses aspects excessifs, pourraient contribuer à atténuer les critiques qui lui sont adressées et, en définitive, à la renforcer.

C'est donc sans se départir de la conviction de l'existence et de l'utilité de la *lex mercatoria* que l'on se propose d'insister, dans ces lignes dédiées au Président Bellet avec qui nous avons eu si souvent le plaisir d'évoquer ces questions, sur la différence de nature qui existe entre les principes généraux du droit et les usages du commerce international.

4. – La controverse qui s'est développée à ce sujet est si peu explicite qu'il n'est pas inutile d'en préciser les termes (I) avant d'en montrer les enjeux (II) et de prendre parti (III).

I. – L'existence d'une controverse sur la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international

5. – S'il convient de souligner l'existence d'une controverse sur la nécessité de distinguer les principes généraux du droit et les usages du commerce international, c'est que, le plus souvent, les auteurs ou les sentences semblent tenir la distinction pour acquise ou semblent au contraire la nier, sans discuter la position inverse ni formuler la question en termes théoriques. Par ailleurs, la matière est considérablement obscurcie par de nombreuses hésitations terminologiques. Il convient donc de fixer quelques conventions de langage afin d'isoler la question de fond qui seule mérite que l'on s'y arrête.

6. – Par principes généraux du droit du commerce international, on entendra toutes les règles qui ne sont pas tirées d'un seul ordre juridique étatique mais qui sont dégagées soit de la comparaison de droits nationaux, soit directement de sources internationales telles que les conventions internationales, en vigueur ou non, ou la jurisprudence des tribunaux internationaux. L'expression de principes généraux paraît préférable à celle, parfois utilisée, de règles transnationales, qui ne fait guère

juridique distinct à laquelle les thèses de Santi ROMANO devaient servir de fondement théorique. Il semble cependant que ce renfort d'occasion a davantage contribué à nourrir les attaques, souvent justifiées, contre une vision jusnaturaliste du phénomène minimisant à l'excès la place des ordres juridiques étatiques, qu'à renforcer le crédit d'une doctrine pourtant fondée sur l'observation exacte de la réticence croissante de la pratique à ne concevoir les règles applicables aux opérations du commerce international qu'en termes de choix entre divers droits étatiques internes.

ressortir le mode de formation de ces principes, et surtout à celle de règles a-nationales (2) qui semble nier le fait que, le plus souvent, ces règles se rencontrent également dans les droits nationaux dont elles sont issues (3).

Les principes généraux du droit du commerce international soulèvent deux séries de questions extrêmement délicates et qui mériteraient à elles seules une étude approfondie : celle de savoir quand des arbitres peuvent — ou doivent — faire application de telles règles et comment ils peuvent découvrir leur existence parmi les diverses sources de droit international applicables aux relations de droit privé (4). Sans minimiser l'importance des controverses susceptibles d'exister sur ces questions, on tiendra provisoirement pour acquis qu'il est possible en pratique de dégager de telles règles d'une analyse de droit comparé ou de diverses sources internationales et que ces règles ne se limitent pas à des principes si généraux qu'ils se retrouvent dans tous les droits, telles que la force obligatoire des conventions et la bonne foi par exemple, ce qui les priverait de tout intérêt (5). En d'autres termes, on considérera dans cette étude, les principes généraux du droit du commerce international comme le terme fixe de la comparaison, de façon à pouvoir se concentrer exclusivement sur la nature et le rôle des usages du commerce international.

7. — L'expression usages du commerce international apparaît dans divers règlements d'arbitrage (6), lois sur l'arbitrage (7) et dans certaines conventions internationales (8). En dépit du

(2) E. LOQUIN, « L'application de règles anationales dans l'arbitrage commercial international », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI n° 440/1, 1986.67.

(3) On se gardera par ailleurs de confondre les règles transnationales, ainsi définies, qui constituent des règles matérielles du commerce international de source internationale et le « droit transnational » au sens, très large, où l'entend JESSUP, v. *Transnational Law*, New Haven, 1956. Il est vrai que le terme de principe, qui évoque des normes peu nombreuses et très générales, ne doit pas faire oublier la spécialisation croissante de ces principes, constatée dans la jurisprudence arbitrale. Sur la question v. nos obs. *JDI*, 1987.160. En ce sens, v. aussi E. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », *Rev. générale de droit économique*, 1989.163, spéc. p. 189 et s.

(4) Le Comité de l'arbitrage commercial international de l'*International Law Association (ILA)* a entrepris une étude détaillée des règles transnationales les plus controversées et des conditions de la reconnaissance et de l'exécution des sentences qui en font application, v. la résolution de l'Association prise à Brisbane en août 1990, *Travaux de l'International Law Association*, à paraître.

(5) L'observation de la jurisprudence arbitrale suffirait à justifier cet intérêt. Sur la question, v. nos obs. *JDI*, 1987.158.

(6) Art. 13 par. 5 du Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

(7) Art. 1496 al. 2 du nouveau Code de procédure civile français ; art. 1054 al. 4 du Code de procédure civile néerlandais ; art. 28 al. 4 de la loi-type de la CNUDCI.

(8) Art. 7 par. 1 de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961.

caractère désormais classique de cette notion, une très grande ambiguïté demeure sur la nature des usages auxquels ces textes font référence.

8. – Dans une première conception, que certains jugeront restrictive, les usages du commerce international ne peuvent s'entendre que des pratiques contractuelles habituellement suivies dans une branche donnée du commerce. Il existe ainsi des usages du commerce maritime, des usages du commerce du blé... Souvent très spécialisés, ces usages ne sont pas de nature à susciter un grand enthousiasme doctrinal. Leur importance pratique est pourtant réelle et leur utilisation par les arbitres fréquente. Ainsi par exemple, à propos de l'exécution d'une vente FOB conclue entre un vendeur yougoslave et un acheteur français, un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la Chambre de commerce internationale (CCI), fondant sa décision sur les incoterms promulgués par la CCI en 1953 bien que les parties ne s'y soient pas expressément référées, a pu estimer que les frais de surestaries causés par l'arrivée tardive du navire au port d'expédition devaient être supportés par l'acheteur qui devait désigner le navire (9). De même, les arbitres interprétant un contrat d'affacturage international, ont pu considérer que les usages internationaux imposaient au factor export qui reçoit les fonds en paiement de factures approuvées de les détenir en trust pour le compte du factor import (10). De même encore, des arbitres ont pu déterminer le contenu de l'obligation pour l'entrepreneur de conserver l'ouvrage jusqu'à sa prise de possession par le maître de l'ouvrage par référence aux conditions générales FIDIC bien que les parties n'y aient pas fait expressément référence (11). Ainsi compris, les usages permettent seulement, quelle que soit la loi applicable, d'interpréter la volonté des parties. Leur rôle est donc, au mieux, purement supplétif (12).

9. – Dans une seconde conception, la notion d'usage reçoit une définition beaucoup plus large. Comprenant toujours les pratiques contractuelles habituellement suivies, elle inclurait

(9) Sentence rendue en 1971 dans l'affaire CCI n° 1788, discutée par Y. DERAIS in « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.*, 1973.122, spéc. p. 142.

(10) Sentence rendue en 1978 dans l'affaire CCI n° 3202, *JDI*, 1979.1003, obs. Y. DERAIS.

(11) Sentence rendue le 30 avril 1981 dans l'affaire CCI n° 3288, citée par HORMANS, « L'interprétation des contrats internationaux » in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publication CCI, n° 440/1, 123, spéc. p. 151.

(12) En faveur de cette première conception v. spéc. Ph. KAHN, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *JDI*, 1989.303, spéc. p. 319 et les réf. citées *infra*, note 40. Comp. J. PAULSSON, « *La lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.*, 1990.55, spéc. p. 76. Sur les rapports des usages et de la coutume v. B. OPPETIT, « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, 1986.39.

aussi les véritables règles de droit dégagées de l'observation du droit comparé ou d'autres sources internationales. Les usages se confondraient alors pour partie avec les principes généraux du droit du commerce international.

10. — Pendant longtemps, cette conception est restée implicite. C'est le cas dans les travaux de MM. Goldman (13) et Derains (14) notamment. Ces auteurs incluent en effet dans la *lex mercatoria* aussi bien les pratiques contractuelles répétées que les principes généraux dégagés par la jurisprudence arbitrale sans éprouver le besoin d'insister sur la différence susceptible d'exister entre ces deux composantes. Cette attitude a pu suggérer qu'ils n'y attachent pas de « différence de nature ; ni même de contenu, réserve faite [selon la formule de M. Goldman] « d'usages ou de pratiques de caractère plus spécifique et de domaine plus circonscrit » » (15).

11. — Plus récemment, cette thèse a été affirmée de manière plus explicite (16).

Plusieurs sentences rendues sous l'égide de la CCI ont en effet pris parti en faveur de la conception large des usages du commerce international.

Ainsi par exemple, dans la célèbre affaire opposant la société Framatome et d'autres sociétés françaises à l'*Atomic Energy Organization of Iran*, le tribunal arbitral siégeant à Genève et composé de MM. P. Lalive, Président, B. Goldman et Jacques Robert, arbitres, a estimé pouvoir se référer non seulement au droit iranien auquel les parties avaient soumis le contrat litigieux (17) mais également au « principe général de la bonne

(13) Articles précités *supra* note 1. V. également les obs. sous Paris, 13 juillet 1989, *JDI*, 1990.430, spéc. p. 437, suggérant qu'un « usage général s'imposant à la *societas mercatorum* » puisse parfois « revêtir un caractère d'ordre public transnational ».

(14) V. par ex. les obs. *JDI*, 1981.930 sous la sentence CCI rendue en 1980 dans l'affaire n° 3380. V. également l'article précité, *supra*, note 9. Comp., plus récemment, la distinction entre usages « de portée sectorielle » et règles coutumières qui trouveraient leur origine « dans la répétition d'un *usage général* » exposée in *JDI*, 1990.1056, sous la sentence rendue en 1989 dans l'affaire CCI n° 5953, spéc. p. 1061.

(15) B. OPPETIT, « Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage *Framatome et autres c/AEOI* » *JDI*, 1984.37, spéc. p. 44.

(16) Il n'est pas exclu que la conception décrite — et ici combattue, v. *infra*, n° 19 et s. — ne s'accommode volontiers d'un certain flou. De la même manière que les contractants, conscients du caractère relativement incertain des contours de la notion, ont précisément voulu donner aux arbitres une certaine liberté en faisant référence à la *lex mercatoria*, seule ou combinée avec une loi étatique, comme cela a été le cas dans les contrats pétroliers depuis les années 50 (v. par ex. P. BERNARDINI, « Considérations pratiques sur le règlement des différends relatifs aux investissements : le point de vue des utilisateurs », *Rassegna dell'arbitrato*, 1981, spéc. p. 12), on pourrait être tenté de se réjouir que les incertitudes qui entourent la notion d'usages remplissent la même fonction. Cependant, si la souplesse introduite par des formules renvoyant à des normes au contenu encore mal déterminé est parfaitement légitime lorsque les parties l'ont expressément voulue, elle est en revanche inacceptable lorsqu'elle ne résulte que des ambiguïtés des formules utilisées par une loi ou un règlement d'arbitrage.

(17) V. *JDI*, 1984, p. 38.

foi » et à celui de « la force obligatoire des engagements conclus » qu'il présente comme des « principes qui sont à la base de toute relation contractuelle, notamment dans les rapports internationaux, et qui sont consacrés en particulier par les usages du commerce international et par le droit international » (18). Même si elle n'en tire aucune conséquence en l'espèce (19), la sentence présente ainsi clairement de véritables règles, celles de la bonne foi contractuelle et de la force obligatoire des conventions, comme des « usages du commerce international ».

Ainsi encore, dans une sentence partielle rendue le 3 mai 1988 dans l'affaire *Primary Coal c/ Compania Valenciana de Cementos Portland SA*, M. de Mello, arbitre unique, a décidé à propos d'une situation dans laquelle les parties n'avaient pas arrêté la loi applicable au fond dans leur contrat que le litige serait « réglé selon les seuls usages du commerce international, autrement dénommés *lex mercatoria* » (20). Ici, également, l'affirmation n'a eu qu'une incidence pratique limitée, l'arbitre ayant ultérieurement estimé, dans une sentence rendue sur le fond le 19 décembre 1989, qu'aucun usage particulier au commerce international du charbon n'avait pu être mis à jour au cours des débats et ayant tranché le litige au regard des seuls principes de la force exécutoire des contrats et de la bonne foi (21). Il reste que la sentence affirme l'identité de nature des usages du commerce international et de la *lex mercatoria* et qu'elle admet en conséquence que de véritables règles de droit puissent être recensées parmi les « usages du commerce international » (22).

(18) Sentence CCI n° 3896 du 30 avril 1982. V. aussi le commentaire de B. OPPETIT, « Arbitrage et contrats d'Etat », art. préc., spéc. p. 40. La sentence applique ces règles non seulement à la validité du contrat, c'est-à-dire à une question de fond, ce qui illustre la tendance discutée dans le présent article, mais également à l'arbitrabilité du litige, ce qui, à notre sens, soulève des questions de méthode très différentes. La sentence CCI rendue en 1982 dans l'affaire *Dow Chemical c/ Isover Saint Gobain* avait de la même manière suggéré que l'obligation de tenir compte de la réalité économique du groupe en dépit de l'existence de personnes juridiques distinctes constituait un usage du commerce international, *JDI*, 1983.899, obs. Y. DERAÏNS. La confusion usage-règle se retrouve dans l'arrêt rejetant la demande d'annulation formée à l'encontre de la sentence, Paris, 21 octobre 1983, *Rev. arb.*, 1984.98, note CHAPELLE.

(19) Ces principes étant reconnus « aussi bien en droit iranien qu'en droit français et en droit du commerce international », ainsi que l'admet la sentence à propos du principe de bonne foi, *JDI*, 1984 p. 40.

(20) Aff. CCI n° 5953, *Rev. arb.*, 1990.701. Le recours en annulation formé à l'encontre de la sentence du 3 mai 1988 a été rejeté par Paris, 13 juillet 1989, *JDI*, 1990.430, note GOLDMAN ; *Rev. crit. DIP*, 1990.305, note B. OPPETIT ; *Rev. arb.*, 1990.664, note P. LAGARDE.

(21) *JDI*, 1990.1056, obs. DERAÏNS.

(22) Comp. dans l'affaire *Fougerolle c/ Banque du Proche Orient* les motifs retenus par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 12 juin 1980, *Rev. arb.*, 1981.292, note G. COUCHEZ. Contrairement à la sentence qui se référait aux « principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international », l'arrêt qualifie

12. – En doctrine, la conception large des usages du commerce international a été illustrée avec talent par M. E. Loquin. Dans un article consacré à « la réalité des usages du commerce international » (23), l'auteur parvient à la conclusion qu'« eu égard à leur mode de formation, il est vain, sur le plan terminologique, de vouloir distinguer [les usages du commerce international] des principes communs du droit ou des principes généraux du droit international. Usages ou principes rendent compte d'un même phénomène fondamental : la renaissance d'un droit prétorien largement indépendant des droits nationaux » (24). Rejetant l'idée que les usages se limitent à la pratique contractuelle habituellement suivie dans une branche donnée du commerce (25), M. Loquin procède sous cette qualification à une étude, souvent très fine, de nombreuses règles transnationales (présomption de compétence des parties, inopposabilité du défaut de pouvoir du négociateur du contrat, interdiction de se contredire au détriment d'autrui, obligation de renégocier, de coopérer, inopposabilité des contrats de corruption...).

13. – Le fait de qualifier ces règles de principes généraux du droit ou d'usages du commerce international ne relève pas seulement, comme on pourrait le croire, d'une simple querelle de terminologie. D'importantes conséquences peuvent au contraire s'y trouver attachées.

II. – Les enjeux de la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international

14. – Les enjeux de la distinction des principes généraux et des usages du commerce international dépendent de la structure des dispositions des lois, des règlements ou des conventions internationales qui régiront l'arbitrage en cause. Ces dispositions

« d'usage du commerce international s'imposant avec la force de l'évidence » la règle selon laquelle, en cas d'inexécution partielle à la suite de la résiliation d'une convention, la rémunération due s'apprécie en fonction de la partie exécutée de l'obligation. En revanche, la Cour de cassation observe plus justement qu'« en se référant aux principes généraux généralement applicables dans le commerce international, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient [...] de définir le droit applicable à l'accord conclu », Cass. civ. 2^e, 9 décembre 1981, *Rev. arb.*, 1982.183, note G. COUCHEZ. Sur la question, v. également Ph. FOUCHARD, « Les usages, l'arbitre et le juge », *Etudes Goldman*, 1982.67.

(23) *Rev. générale de droit économique*, 1989.163 ; v. également, du même auteur, « L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international », art. préc.

(24) « La réalité des usages du commerce international », art. préc., p. 195.

(25) Art. préc, spéc. p. 165.

varient, sur la question de la loi applicable, selon deux paramètres qui sont, d'une part, l'utilisation des termes de « loi » ou de « règles de droit » pour qualifier l'objet du choix des parties ou des arbitres et, d'autre part, l'existence ou l'absence de la formule selon laquelle les arbitres doivent tenir compte « dans tous les cas » des usages du commerce international.

Plusieurs modèles doivent en conséquence être distingués.

15. – Le premier est celui que le droit français a adopté en 1981 (26) et qui a été suivi par le législateur néerlandais en 1986 (27). Ces lois donnent aux parties et à défaut aux arbitres, le pouvoir de désigner les « règles de droit » applicables à leur différend et prévoient que les arbitres tiendront compte « dans tous les cas » des usages. Il est admis que la référence aux « règles de droit » et non seulement à « la loi » applicable permet aux parties, et subsidiairement aux arbitres, de soumettre le différend soit à une loi étatique, soit aux principes généraux du droit du commerce international, soit encore à une combinaison des deux. L'article 1496 du nouveau Code de procédure civile français est interprété en ce sens par une doctrine unanime (28). L'article 1054 du Code de procédure civile néerlandais issu de la loi du 2 juillet 1986 a repris l'expression avec la même intention (29).

Dans un tel modèle, la controverse sur le sens du mot « usage » n'a d'incidence que lorsque les parties ont expressément désigné une loi étatique déterminée pour régir leur différend. Si une conception large des « usages » incluant les principes généraux du droit devait être retenue, les arbitres auraient la possibilité de s'écarter des dispositions de la loi choisie par les parties en invoquant l'obligation qui leur est faite d'appliquer « dans tous les cas » les usages. Une conception stricte du terme usage, au sens de pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité, imposerait au contraire aux arbitres de s'en tenir aux dispositions de la loi choisie par les parties et de ne recourir aux usages qu'à titre supplétif.

(26) Article 1496 du nouveau Code de procédure civile.

(27) Article 1054 du Code de procédure civile issu de la loi du 2 juillet 1986 sur l'arbitrage.

(28) V. spéc. Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », *JDI*, 1982.375, n° 39 ; BELLET et MEZGER, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », *Rev. crit. DIP*, 1981.611 ; P. LEVEL, « La réforme de l'arbitrage international », *JCP*, éd. *CI*, 1981 I 9899 ; J. ROBERT, « L'arbitrage en matière internationale », *DS*, 1981, doct., 209 ; M. DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Joly, 1990, spéc. p. 588 ; ROBERT et MOREAU, *L'arbitrage. Droit interne droit international privé*, 5^e éd. Dalloz, 1985 spéc. p. 288.

(29) J.H.C. SCHULTSZ, « Les nouvelles dispositions de la législation néerlandaise en matière d'arbitrage ». *Rev. arb.*, 1988.209, spéc. p. 221 ; P. SANDERS, « La nouvelle loi néerlandaise sur l'arbitrage », *Revue de droit des affaires internationales*, 1987.539, spéc. p. 551.

En revanche, dans ce contexte, la controverse sur le sens du terme « usages » n'a pas d'intérêt pratique lorsque les parties ont choisi de soumettre leur différend à des règles transnationales ou lorsque, dans le silence des parties, les arbitres ont procédé à un tel choix. En effet, cette faculté résulte alors de la seule utilisation, par les lois française et néerlandaise, des termes « règles de droit ».

16. – Le deuxième modèle est celui qui a été adopté par la loi suisse du 18 décembre 1987. En son article 187, la loi nouvelle permet aux parties et aux arbitres à défaut de choix des parties de désigner les « règles de droit » et non seulement la « loi » applicable au différend. En revanche, elle ne fait aucune mention des usages. A défaut d'une telle référence, il ne saurait être question, dans le nouveau droit suisse de l'arbitrage, d'écarter ou de compléter la loi étatique expressément choisie par les parties en recourant aux « usages » entendus comme principes généraux.

La conception large des usages conduirait donc, du fait de la différence de formulation entre les lois, à opposer radicalement le régime de la loi applicable en droit français (ou néerlandais) et en droit suisse en suggérant que les arbitres pourraient s'écarter de la loi choisie par les parties dans un cas et pas dans l'autre.

17. – Le troisième modèle est celui de la loi-type de la CNUDCI. Cette loi permet aux parties de soumettre leur différend à toute « règle de droit » de leur choix. En revanche, à défaut de choix des parties, elle impose aux arbitres de désigner la « loi » applicable. Par ailleurs, elle prescrit aux arbitres de tenir compte des usages du commerce international « dans tous les cas » (30). La conception extensive des usages présenterait ici l'intérêt non seulement, comme en droit français ou néerlandais, de permettre aux arbitres d'assouplir le choix d'une loi étatique fait par les parties (31) mais encore, en l'absence de choix, de leur permettre d'appliquer les principes généraux du droit sous couvert d'usages, alors même que la loi-type leur prescrit d'appliquer une « loi » (32).

18. – On constate ainsi que la controverse sur la distinction des principes généraux et des usages du commerce international

(30) Article 28 al. 4.

(31) V. *supra*, n° 15.

(32) Le règlement d'arbitrage de la CCI contient des dispositions semblables. Aux termes de l'article 13 paragraphes 3 et 5 du règlement, les parties sont libres de déterminer « le droit que l'arbitre devra appliquer au litige ». A défaut, l'arbitre appliquera « la loi » désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée. « Dans tous les cas, l'arbitre tiendra compte [...] des usages du commerce ».

présente un intérêt, variable suivant la structure des règles relatives à la loi applicable, dans deux hypothèses, celle du choix par les parties d'une loi étatique déterminée et celle de l'absence de tout choix. Lorsqu'au contraire, les parties ont expressément choisi de soumettre leur litige à des règles transnationales, il importe peu de savoir quel sens il y a lieu de donner au terme usage. La seule question est alors de savoir si la loi reconnaît aux parties la possibilité de procéder à un tel choix ; si tel est le cas, les arbitres devront s'y conformer, indépendamment de l'obligation qui pourrait par ailleurs leur être faite de tenir compte des usages (33).

III. – Les raisons de distinguer les principes généraux du droit et les usages du commerce international

19. – La distinction des principes généraux et des usages s'impose aussi bien lorsque les parties ont expressément choisi une loi étatique pour régir leur différend que lorsque le choix de la loi applicable incombe aux arbitres dans le silence des parties.

20. – Lorsque les parties ont expressément soumis leur différend à une loi étatique déterminée, la distinction des principes et des usages, qui revient à interpréter le terme « usages » au sens le plus étroit, commande aux arbitres de ne pas recourir à d'autres règles que celles du système juridique choisi par les parties, même s'ils peuvent ou doivent tenir compte « dans tous les cas » des usages. Cette conclusion s'impose pour deux raisons essentielles.

21. – La première, d'ordre général, tient au rôle que la plupart des lois, des conventions internationales et des règlements sur l'arbitrage, reconnaissent à la volonté des parties dans l'arbitrage commercial international. Si la formule qui évoque le caractère « consensuel » de l'arbitrage (34) est à éviter, le consensualisme n'ayant trait qu'à la forme de l'échange des consentements, il reste que, par nature, l'arbitrage repose sur l'autonomie de la volonté. Or il est paradoxal que ceux là même qui

(33) Cela ne signifie pas, naturellement, que les parties, lorsqu'elles ont visé dans leur contrat les « usages du commerce international » n'aient pu vouloir, par une formulation maladroite, se référer aux principes généraux du droit. C'est aux arbitres qu'il appartient, dans chaque cas, de déterminer le véritable sens du choix opéré.

(34) V. par ex. le Rapport des administrateurs de la Banque Mondiale sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, *CIRDI, Historique de la Convention*, vol. III, p. 862, n° 39.

insistent sur la liberté des parties et, à défaut, des arbitres, de soumettre le différend aux principes généraux du droit et qui placent le respect des conventions au premier rang de ces principes, prennent par ailleurs des positions qui les conduisent à atténuer la portée d'un choix clairement exprimé par les parties en faveur de l'application d'une loi étatique donnée.

Il est vrai qu'en pratique, le recours aux principes généraux peut aboutir à faire primer les dispositions du contrat sur celles de la loi, une fois celle-ci combinée avec des règles transnationales. Il suffit de songer aux cas dans lesquels la loi étatique choisie par les parties tolère des exceptions au principe *pacta sunt servanda*, en cas de changement imprévu de circonstances ou pour réaliser certains objectifs d'intérêt général (protection du patrimoine archéologique, expropriation pour cause d'utilité publique...) par exemple. Alors que la conception étroite des usages aboutirait à laisser primer la loi étatique sur le contrat, la conception large pourrait conduire à considérer que, si la loi est supérieure au contrat, les arbitres n'en doivent pas moins appliquer dans tous les cas les usages ... et donc le principe *pacta sunt servanda*, qui imposerait, en définitive, de revenir à l'application pure et simple du contrat. On réalise le bouleversement dans la hiérarchie des normes applicables par les arbitres que la conception large des usages est susceptible d'entraîner.

Un tel résultat évoque la controverse qui oppose les auteurs sur la question de la loi qui annule. Il est parfois soutenu que les parties n'ayant pu faire le choix, par définition absurde et contraire à leur intention de s'engager dans les liens d'une convention, d'une loi qui conduit à l'invalidation de leur contrat, il y aurait lieu de ne pas tenir compte, dans la détermination de la loi applicable, d'une clause de choix de loi conduisant à un tel résultat et de procéder, dans cette hypothèse, à une localisation objective (35). Cette conception, extrêmement abstraite, méconnaît fondamentalement la réalité de l'intention des parties au moment, seul pertinent, où elles concluent leur convention. Sans doute les parties ont-elles à l'esprit que le contrat dans son ensemble et chaque clause en particulier sont valables et devront être appliqués. Cependant, spécialement lorsqu'elles désignent une loi étatique déterminée pour régir leur convention, les parties entendent également se placer sous la protection générale d'un système juridique auquel elles font confiance, parfois il est vrai sans bien connaître son contenu, pour résoudre toutes les difficultés susceptibles de survenir durant la vie du contrat. Si leur solution passe par l'annulation

(35) L'illustration la plus nette de cette position se trouve dans le *Restatement 2nd. Conflict of Laws* § 187, comment b. *Comp.* Y. DERAÏNS, obs. sous la sentence CCI rendue en 1989 dans l'affaire 5953, *JDI*, 1990.1056, spéc. v. 1062.

d'une disposition du contrat (une clause de non concurrence excessive par exemple), voire du contrat tout entier (en cas de lésion par exemple), c'est aussi respecter la volonté des parties que d'annuler la disposition en cause ou le contrat.

Les mêmes considérations conduisent à appliquer, sans aucune altération, les dispositions de la loi choisie par les parties, que cette loi permette aux arbitres de s'écarter des conventions initiales (en cas d'imprévision par exemple) ou qu'elle prescrive au contraire une application stricte de leurs dispositions (36).

22. – La deuxième raison, plus spécifique, de distinguer principes et usages résulte de l'interprétation des textes qui se réfèrent à la notion d'usage. Même si le fait que des expressions analogues se retrouvent dans diverses lois, conventions et règlements d'arbitrage n'exclut pas toute possibilité d'interprétation divergente, il est permis de voir dans la répétition des mêmes formules une présomption d'intention commune, spécialement lorsqu'il est établi que certains de ces textes ont servi de modèle à d'autres. En droit français, la notion d'« usages du commerce » au sens de l'article 1496 du nouveau Code de procédure civile s'inspire clairement de l'article VII paragraphe 1^{er} de la Convention de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international (37). Le fait qu'à cette date la théorie de la *lex mercatoria* n'ait pas été développée (38) permet de penser que le terme d'usage n'a pu être compris qu'au sens étroit de pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée (39). Il doit donc en aller de même en droit français où la formule a été reprise sans qu'à aucun moment son adoption n'ait été considérée comme révolu-

(36) En présence d'un choix explicite de la loi applicable, il serait totalement artificiel de prétendre rattacher l'application de règles transnationales à la volonté des parties au seul motif que celles-ci l'auraient accepté en adoptant un règlement d'arbitrage qui lui-même permet aux arbitres de tenir compte des usages « dans tous les cas » ou en fixant le siège de l'arbitrage dans un pays dont la loi contient une formule analogue. La théorie qui inclut de véritables règles transnationales dans le terme d'usage n'est pas suffisamment établie pour que l'on puisse raisonnablement penser qu'en choisissant le règlement de la CCI ou en fixant le siège de l'arbitrage en France ou aux Pays-Bas par exemple, les parties aient consenti de ce seul fait à l'altération de la loi qu'elles déclarent par ailleurs expressément applicable. Dans le sens de l'interdiction faite aux arbitres de substituer leur propre choix à celui des parties, v. par ex. la sentence CCI rendue en 1971 dans l'affaire 1512 *JDI*, 1974.904, obs. Y. DERAÏNS ou la sentence CCI rendue en 1971 dans l'affaire 1581, *JDI*, 1974.887 obs. Y. DERAÏNS.

(37) BELLET et MEZGER, « L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile », *Rev. crit. DIP*, 1981.611, spéc. p. 633. Comp. FOUCHARD, art. préc., n° 44 et s.

(38) V. *supra*, note 1.

(39) En ce sens, v. P. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa compétence », *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye* 1989-V, tome 217, p. 423.

tionnaire, ce qui n'aurait pas manqué d'être le cas si on avait entendu lui faire produire les conséquences que l'on prétend parfois lui attacher aujourd'hui. Aussi, au regard du droit français de l'arbitrage, la démarche esquissée par la sentence *Framatome*, qui consiste à rechercher l'existence de principes généraux du droit alors que les parties ont désigné une loi étatique pour régir leur convention ne peut être tenue pour légitime (40).

23. – Lorsque les parties n'ont pas spécifié la loi applicable, la distinction des principes et des usages du commerce international s'impose tout aussi nettement.

L'intérêt de la controverse tient ici, on le sait, à la possibilité pour les arbitres de faire application de principes généraux pour trancher le litige. La conception large des usages le permettrait dès lors que les arbitres reçoivent de la loi ou du règlement d'arbitrage la mission de tenir compte des usages dans tous les cas et ce, même si la loi ne l'autorise pas par ailleurs en utilisant la formule « règles de droit ». En revanche, la conception étroite priverait les parties et les arbitres d'un tel argument.

Force est de reconnaître que la conception large du terme usage serait dans cette hypothèse tantôt inutile et tantôt illégitime. Lorsque les textes applicables ont expressément conféré aux arbitres la liberté d'adopter des règles transnationales, notamment en utilisant la formule « règles de droit » pour désigner l'objet de leur choix, le recours à la conception large des usages est inutile. Lorsqu'au contraire, ces textes ont choisi de ne pas donner une telle liberté aux arbitres, il ne serait pas acceptable que ceux-ci puissent néanmoins s'arroger une telle liberté au prétexte d'appliquer les « usages du commerce », entendus pour les besoins de la cause de manière extrêmement large. Les dispositions de la loi modèle de la CNUDCI fournissent un bon exemple du caractère illégitime d'une telle interprétation. Ce texte utilise le terme de « règles de droit » lorsqu'il vise l'objet du choix des parties et de « loi » lorsqu'il traite du choix des parties. Il paraît clair que la loi-type a ainsi entendu limiter l'application des règles transnationales, et donc des prin-

(40) En ce sens, v. également B. OPPETIT, art. préc., p. 41 et, du même auteur, note sous Paris, 13 juillet 1989, *Rev. crit. DIP*, 1990.304. A la différence de cet auteur, il nous semble cependant que les contrats d'Etat doivent être soumis au même régime. Lorsqu'une loi a été expressément choisie par les parties pour régir un contrat d'Etat, les arbitres ne peuvent, selon nous, tirer de la nature des relations en cause la possibilité de recourir aux principes généraux pour altérer les dispositions de la loi applicable. Telle est du reste la solution qui a été, sans ambiguïté, retenue par l'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965.

cipes généraux du droit (41), aux cas dans lesquels les parties l'ont expressément voulu. On voit mal en effet pourquoi les auteurs de la loi auraient pris soin d'utiliser des formules différentes s'ils n'avaient pas entendu leur donner un contenu distinct. La conception large des usages reviendrait à nier cette distinction en permettant aux arbitres d'appliquer « dans tous les cas » les usages et donc les principes généraux, alors même que la loi-type leur impose de s'en tenir à l'application d'une « loi ». On doit en conclure que les rédacteurs de la loi-type n'ont pu vouloir donner au terme « usages » un sens aussi large qui reviendrait à postuler l'incohérence du législateur international.

*
**

24. – L'auteur de ces lignes espère avoir montré la nécessité de réserver le terme « usages du commerce international » aux pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée et de ne reconnaître à cette notion qu'un rôle purement supplétif, à la différence des principes généraux du droit qui constituent de véritables règles transnationales.

Même si, très souvent, la conception large des usages, qui assimile usages et principes généraux du droit ne fait que trahir les flottements terminologiques qui affectent la matière, il serait malheureux pour le développement même de la *lex mercatoria* que l'on puisse y voir l'occasion de ne pas respecter un choix de loi clairement opéré par les parties (42) ou de tourner les limites fixées aux pouvoirs des arbitres par la loi gouvernant l'arbitrage (43). Les sentences qui font référence, même de façon gratuite, à des règles transnationales lorsque la loi applicable a été fixée par les parties (44) ne peuvent que renforcer les craintes résultant de ces incertitudes conceptuelles. Une telle situation est de nature à faire douter, par un amalgame qu'il n'est pas toujours possible d'éviter, de la légitimité de l'applica-

(41) De façon très curieuse, certains auteurs ont soutenu que l'expression « règles de droit » elle-même engloberait certaines règles transnationales telles que des conventions internationales mais qu'elle n'aurait pas pour objet de permettre aux parties de soumettre leurs différends aux principes généraux du droit. V. spéc. HOLTZMANN et NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989, p. 768. V. cep. en sens contraire, les obs. présentées par A. BROCHES au cours de la discussion qui a suivi la présentation du rapport sur l'application de règles transnationales dans l'arbitrage commercial international présenté au 64^e Congrès de l'*International Law Association* qui s'est tenu à Brisbane en août 1990. Adde, SCHMITTHOFF, « Les usages du commerce international », *Publication CCI* n° 440/4, 1987 ; J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.*, 1990.55, spéc. p. 68.

(42) V. *supra*, n° 15.

(43) V. *supra*, n° 17.

(44) V. *supra*, n° 11.

tion des principes généraux dans les hypothèses dans lesquelles les parties l'ont voulu et dans celles dans lesquelles les arbitres, conformément à la liberté qui leur est reconnue par la loi gouvernant l'arbitrage, en ont décidé ainsi dans le silence des parties.

La *lex mercatoria* ne pourra en effet répondre de façon convaincante à la critique tirée de l'incertitude du contenu des règles qui la composent (45) que si elle parvient à imposer l'idée que de telles règles ne trouvent à s'appliquer que lorsque les parties l'ont voulu ou lorsqu'elles n'ont pu — ou voulu — s'accorder sur la loi applicable. A la supposer inéluctable, l'imprévisibilité du résultat naissant de l'application de principes généraux n'est pas plus grande, ni moins acceptable, que celle qui résulterait du choix des parties de conférer aux arbitres des pouvoirs d'amiables compositeurs, dont la *lex mercatoria* peut apparaître comme un diminutif, ou de l'exigence faite aux arbitres de choisir entre des lois que les parties elles-mêmes n'ont pu départager. En revanche, l'argument de l'incertitude résultant de l'interférence de règles transnationales au contenu encore mal défini prend toute sa force lorsque les parties ont expressément choisi de soumettre leur différend à une loi étatique déterminée. En concédant qu'il ne serait pas acceptable, dans une telle hypothèse, de faire application de règles autres que celles de la loi étatique choisie par les parties, la distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international coupe court à cet aspect de la critique et contribue ainsi à renforcer le crédit de la *lex mercatoria*.

(45) V. par ex. MUSTILL, « *The New Lex Mercatoria : The First Twenty Five Years* », *Mélanges Wilberforce*, 1987.