

**Trente ans de *Lex Mercatoria*  
Pour une application sélective  
de la méthode  
des principes généraux  
du droit**

par

**Emmanuel Gaillard**

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

---

Extrait du  
**Journal du Droit international, 122<sup>e</sup> année (1995)**  
N° 1 - Janvier-Février-Mars

---

**EDITIONS DU JURIS-CLASSEUR  
DIVISION DES EDITIONS TECHNIQUES  
141, rue de Javel  
75747 Paris Cedex 15**

# DOCTRINE

---

## Trente ans de Lex Mercatoria Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit (\*)

par

**Emmanuel Gaillard**

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

---

1. Il y a trente ans, Berthold Goldman publiait aux *Archives de philosophie du droit* un article devenu célèbre sur la *lex mercatoria* (1). La même année, Clive Schmitthoff lui consacrait une étude, non moins célèbre, dans un ouvrage collectif consacré aux sources du droit du commerce international (2). Depuis lors, la matière a donné lieu à une littérature juridique impressionnante (3).

---

(\*) Le sujet de cet article a donné lieu à une communication de l'auteur au XII<sup>e</sup> Congrès de l'*International Council for Commercial Arbitration* qui s'est tenu à Vienne du 3 au 6 novembre 1994.

(1) « Frontières du droit et "lex mercatoria" » : *Archives de philosophie du droit* 1964, 177. V. également, du même auteur, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives » : *J.D.I.* 1979, 475, et, en dernier lieu, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* » : *Etudes Lalive* 1993, 241. V. également Ph. Kahn, *La vente commerciale internationale*, Paris 1964 et Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz 1965, p. 401 et s.

(2) « The Law of International Trade, its growth, formulation and operation » in *Sources of International Trade*, Londres 1964. V. déjà, du même auteur, « International Business Law : A New Law Merchant », *Current Law and Social Problems*, University of Toronto 1961, 129. Pour une analyse des précédents, notamment des théories universalistes d'E. Lambert dans les années vingt, v. l'excellent ouvrage de F. de Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland 1992, spéc. p. 207 s.

(3) Pour un effort de recensement, v. spéc. F. de Ly, *op. cit.*, p. 217 s. ; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J. 1992.

2. Cette littérature retient d'abord l'attention par son caractère global. Pour suivre l'aventure de la *lex mercatoria*, il faut parler toutes les langues (4). C'est dans les Etats de *common law* qui, traditionnellement, ont été les plus réticents à l'égard de cette méthode, que les études relatives à la *lex mercatoria* sont aujourd'hui les plus abondantes (5).

3. Elle retient ensuite et surtout l'attention par son caractère polémique. En dépit de l'ancienneté relative du sujet et de l'importance des travaux qui lui ont été consacrés, la controverse ne s'est pas émoussée. La *lex mercatoria* continue de susciter des réactions passionnées. Les auteurs semblent se diviser en deux camps, les « mercatoristes » et les « anti-mercatoristes », qui ont chacun leurs extrémistes.

Certains auteurs n'ont pas de mots assez durs pour fustiger la *lex mercatoria*. Les critiques sont d'ordre idéologique, théorique et pratique. Sur le plan idéologique, il s'agirait d'un « caprice pseudo-juridique pas toujours candide » (6), c'est-à-dire, en termes plus modérés, « par essence, une doctrine de laissez-faire » (7). Sur le plan théorique, on lui reproche de ne pas présenter les caractères d'un ordre juridique complet (8). Après avoir posé la question en des termes aussi exigeants, on est assez naturellement tenté d'en déduire que la *lex mercatoria* n'existe pas (9). Sur le plan pratique, la *lex mercatoria* serait à la fois incohérente et décevante. Pour beaucoup, il ne s'agirait que d'un « droit vague » (10), qui abriterait avec une égale hospitalité des principes aussi contradictoires que la force obligatoire des contrats et la théorie de l'imprévision (11). Le coup de grâce est donné par ceux qui, de façon très pragmatique, observent que

---

(4) V. par exemple les études en langue allemande, française, italienne, espagnole, néerlandaise citées par K. P. Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, spéc. p. 525. Pour un aperçu des décisions de justice intervenues à ce sujet devant les juridictions de différents Etats (Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas) v. F. Osman, *op. cit.*, p. 495 s. Adde D. Rivkin, « Enforceability of Arbitral Awards Based on *Lex Mercatoria* », 9 *Arbitration International* 67 (1993).

(5) V. par exemple Draetta, Lake et Nanda, *Breach and Adaptation of International Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria*, New York 1992 et les réf. citées.

(6) A. Zaki, *L'Etat et l'arbitrage*, Alger 1979, p. 225 s.

(7) M. Mustill, « The New *lex mercatoria* : The First Twenty Five Years », in *Etudes Wilberforce*, Oxford 1987, 149, spéc. p. 181, étude reproduite in 4 *Arbitration International* 86 (1988) » ; F. de Ly, *op. cit.*, n° 449, p. 289.

(8) V. spéc. P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » : *Etudes Goldman*, Litec 1982, 125. Adde, du même auteur, note sous CA Paris 13 juill. 1989, *Valenciana* : *Rev. arb.* 1990, 663.

(9) C. W. O. Stoecker, « The *Lex Mercatoria* : To What Extent Does It Exist ? », 7 *J. Int'l Arb.* 101 (1990).

(10) V. par exemple A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, L.G.D.J. 1984, spéc. p. 561 s. ; G. Delaume, « The Proper Law of State Contracts and *Lex Mercatoria* : A Reappraisal » : 3 *ICSID Rev.* 79 (1988).

(11) A. Kassis, *op. cit.*, p. 349 s.

cette immense effort doctrinal n'a conduit à dégager qu'un nombre très limité de principes (12). La montagne aurait accouché d'une souris.

D'autres auteurs, à l'inverse, ont tendance à retenir de la *lex mercatoria* une conception extrêmement large et à en trouver des illustrations dans les situations les plus variées (13). Certaines sentences arbitrales acquises à la cause de la *lex mercatoria* participent de cette tendance en avançant des développements théoriques très élevés pour justifier la conclusion qu'il y a lieu d'appliquer des règles aussi unanimement admises que la force obligatoire des contrats ou la bonne foi (14), ce qui ne fait que nourrir l'idée que l'effort doctrinal considérable déployé autour de la *lex mercatoria*, n'a, en définitive, que bien peu d'intérêt pratique.

4. Ces controverses sont en partie attisées par une terminologie ambiguë. La notion de *lex mercatoria*, à la différence de celle de règle transnationale ou de principe général du droit du commerce international, met l'accent sur le contenu des normes davantage que sur leur mode de formation. En insistant sur la nécessité de dégager un droit adapté à la société des marchands, l'expression paraît postuler *a contrario* l'inadéquation des droits étatiques pour régir les relations commerciales internationales. Pourtant, si elle contient une part de vérité, l'idée que la spécificité des relations commerciales internationales requiert souvent un régime propre, est, dans ce contexte, de nature à engendrer certaines confusions. En effet, cette constatation ne débouche pas nécessairement sur la conclusion qu'il convient de recourir à des normes de source internationale pour satisfaire aux besoins propres du commerce international. Chaque ordre juridique peut parfaitement prendre conscience de ces besoins et y satisfaire lui-même en soumettant les relations internationales à des règles matérielles différentes de celles qui régissent les relations internes (15). La jurisprudence de nombreux Etats en fournirait diverses illustrations (16). Le terme

---

(12) M. Mustill, art. préc., *Etudes Wilbeforce*, p. 181 ; F. de Ly, *op. cit.*, n° 444, p. 283.

(13) V. par exemple l'inventaire dressé par B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », art. préc., et, pour une critique d'une interprétation extensive, les observ. de J. Paulsson sur l'interprétation de l'arrêt rendu par la Cour de cassation italienne du 8 février 1982 (*Riv. dir. int. pub. priv.* 1982, 829), « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI » : *Rev. arb.* 1990, 55, spéc. note 13. Sur la nécessité de retenir des « usages du commerce » une notion spécifique, v. également E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » : *Etudes Bellet, Litec* 1991, 203.

(14) Sur la question, v. P. Mayer, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international » : *Etudes Lalive* 1993, 543.

(15) V. également en ce sens, J. Béguin, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? » : *McGill L.J.* 485 (1985).

(16) L'exemple le plus célèbre reste celui de l'admission en droit international des clauses-or ou valeur-or, prohibées en droit interne, Cass. civ. 21 juin 1950 : *Rev. crit. DIP* 1950, 609, note H. Batiffol, et en dernier lieu, le commentaire de B. Ancel et Y. Lequette : *Grands arrêts de la jurisprudence française et droit international privé*, 1992, n° 23, mais il y en aurait bien d'autres.

de règle transnationale ou celui du principe général du droit du commerce international présente l'avantage sur celui de *lex mercatoria* de ne pas nier que la solution des problèmes de la société des marchands puisse être trouvée, le cas échéant, dans les droits nationaux et d'insister sur le fait que la spécificité de ces règles tient davantage à leur source qu'à leur contenu. A l'inverse du concept de *lex mercatoria*, qui semble postuler la spécificité des normes transnationales, la notion de règles transnationales ou de principes généraux suggère que ces normes se fondent sur les ordres juridiques étatiques avec lesquels elles ne sont pas en conflit mais avec lesquels elles entretiennent des liens de filiation.

L'idée n'est plus celle de l'opposition des ordres juridiques étatiques et d'un hypothétique ordre juridique transnational mais celle d'un recours global à un ensemble de droits nationaux dont la fécondité se trouve ainsi reconnue. En d'autres termes, le postulat de l'inadéquation des droits nationaux fait place au souci, plus légitime, de fonder la solution de certains litiges sur un ensemble de droits plutôt que sur un seul dont les solutions originales pourraient décevoir l'attente légitime des parties.

5. Les observations qui précèdent n'ont pas pour objet de prétendre réduire les réactions passionnées suscitées par la *lex mercatoria* comme par la méthode des règles transnationales à de simples questions de terminologie. C'est en effet toute une philosophie de l'arbitrage international qui se manifeste dans la promotion ou, au contraire, dans la condamnation de l'application de règles transnationales dans l'arbitrage commercial international. Bien que ce rapprochement ait parfois été critiqué (17), il ne nous paraît pas douteux que c'est bien le caractère réellement international — en réalité, physiquement international, de par la nationalité des arbitres, l'origine des parties et des conseils, le lieu de déroulement des audiences — de l'arbitrage qui se trouve à l'origine de l'aspiration des arbitres à ne pas puiser les normes applicables dans un seul système juridique. C'est bien parce qu'à la différence des juges étatiques, les arbitres ne sont pas l'émanation d'un seul Etat, en d'autres termes parce qu'ils n'ont pas de for, qu'ils se tournent plus volontiers vers des règles de source transnationale.

De façon très cohérente, ceux qui voient dans le lieu où siège le tribunal arbitral le point d'ancrage essentiel de l'arbitrage dans un ordre juridique étatique, jouant le rôle d'un for (18), sont également ceux qui éprouvent le plus de difficultés à admettre que les arbitres se tournent vers des règles transnationales.

---

(17) M. Mustill, art. préc., *Etudes Wilberforce*, p. 152.

(18) V. par exemple sur la persistance de cette conception dans la pensée juridique anglaise, F. A. Mann, « *Lex facit arbitrum* » : *Etudes Domke, La Haye 1987*, 197. V. cep., en sens contraire, les conceptions restées relativement isolées de J. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, *Océana* 1978.

A l'inverse, ceux qui estiment que l'arbitrage international puise sa source dans l'ensemble des ordres juridiques susceptibles de donner effet à la sentence (19) admettront tout naturellement que les arbitres puissent rechercher les normes qu'ils estimeront applicables dans plus d'un système juridique, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit de sélectionner, à l'aide de règles de conflit transnationales, la loi étatique applicable (20).

La question de l'application de règles transnationales par les arbitres du commerce international est donc bien plus qu'une simple controverse doctrinale. Elle marque une ligne de partage assez radicale entre deux sensibilités, pour ne pas dire deux philosophies différentes de l'arbitrage commercial international. Ainsi n'est-il pas surprenant qu'après trente ans, la matière continue de susciter autant d'intérêt.

6. Cependant, l'urgence nous paraît aujourd'hui, dans ce domaine comme dans d'autres, de se garder de tout intégrisme et de porter une appréciation nuancée sur la matière.

Cela se vérifie aussi bien à propos de l'examen de l'utilisation des règles transnationales par les arbitres (I) que de celui de la détermination du contenu de ces règles (II).

## I. — L'UTILISATION DES REGLES TRANSNATIONALES

7. Comme toute construction juridique, la méthode des règles transnationales ne peut être jugée que par l'usage qui en est fait. Or l'analyse de la pratique arbitrale révèle que certaines utilisations de cette méthode sont éminemment contestables (A), alors que d'autres apparaissent parfaitement légitimes (B).

### A. — Les utilisations contestables des règles transnationales.

8. La méthode des règles transnationales ou de la *lex mercatoria* a parfois été utilisée à deux fins, diamétralement opposées, mais également condamnables : faire de la volonté des parties la norme ultime, comme l'avait prétendu naguère la théorie du contrat sans loi (1°), ou, à l'inverse, faire échec à la volonté des parties de voir les arbitres appliquer une loi étatique déterminée (2°). Dans l'un et l'autre cas, on aura l'occasion de constater que ce n'est pas la méthode des règles transnationales elle-

---

(19) V. par exemple A. Von Mehren, « To What extent is International Commercial Arbitration Autonomous ? » : *Etudes Goldman*, Litec 1982, 217 ; E. Gaillard, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1994, *Hilmarton* : *J.D.I.* 1994, 701.

(20) Sur cet aspect des règles transnationales, v. *infra*, n° 16.

même qui mérite les critiques parfois adressées à la *lex mercatoria* mais uniquement certaines applications erronées de cette méthode.

1° *Les règles transnationales comme succédané du contrat sans loi.*

9. Dans les années cinquante, la question de savoir si un contrat international pouvait se suffire à lui-même et si, en conséquence, les parties pouvaient décider de le soustraire à l'application de toute loi a été longuement débattue (21). Une possibilité aussi radicale de contrat sans loi est aujourd'hui condamnée dans la plupart des systèmes juridiques (22). On comprendra cependant aisément qu'une certaine présentation de la méthode des règles transnationales réduise celle-ci à un simple succédané du contrat sans loi. Il suffit pour cela de faire du principe *pacta sunt servanda* la clé de voûte de la *lex mercatoria*, l'emportant, en cas de conflit, sur tout autre principe. De fait, la lecture de certaines sentences qui insistent à satiété sur la primauté du principe de la force obligatoire des contrats, est de nature à donner un certain crédit aux craintes exprimées par certains auteurs que la *lex mercatoria* ne soit, sinon un artifice idéologique, du moins une manifestation de la doctrine du « laissez-faire » (23).

10. Pourtant, cette solution n'est pas consubstantielle à la méthode. Le principe de la force obligatoire des conventions fait incontestablement partie des règles qui se retrouvent dans la plupart des systèmes juridiques et il ne serait pas sérieux de nier qu'il s'agit d'un principe que les arbitres doivent prendre en compte lorsqu'ils sont appelés à trancher un litige au regard de règles transnationales. En revanche, il serait tout aussi caricatural de supposer que cette règle est la seule règle du droit transnational des obligations, qu'elle n'est subordonnée à aucune condition d'application ou qu'elle ne souffre aucun tempérament. Pour qu'un contrat produise un effet obligatoire, encore faut-il qu'il ait été légalement formé, ce qui suppose notamment que le consentement des parties ait été éclairé et non

---

(21) On rencontre encore, quoique rarement, des clauses qui expriment une nostalgie évidente pour le contrat sans loi. V. par exemple la clause compromissoire dans l'affaire CCI n° 4474 qui dispose : « The Arbitrators shall solve the dispute in accordance with the wording and the spirit of the contract *and if necessary they may apply the French law* » (souligné par nous, clause inédite).

(22) V. en droit français, Cass. 21 juin 1950, préc. (« tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat »). La formule de la Convention de Rome du 19 juin 1980 selon laquelle « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » (art. 3, § 1, 1<sup>re</sup> phrase) est généralement interprétée en ce sens. V. P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 » : *Rev. crit. DIP* 1991, 287. Sur l'ensemble de la question, v. spéc. J. M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *Economica* 1983, p. 23 s. ; V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, GNL Joly 1990, p. 111 s.

(23) V. *supra* n° 3.

entaché de vices (24). Pour que l'inexécution éventuelle de ce contrat ouvre droit à une action en exécution forcée ou en dommages-intérêts, encore faut-il que l'inexécution ne soit pas justifiée par un événement de force majeure ou par une autre excuse légitime (25). La détermination du montant du préjudice réparable est elle-même soumise à des règles qui ont également une influence sur la solution du litige (26). Dans toutes ces matières, les tribunaux arbitraux statuant en application de principes généraux ont dégagé des solutions qui imposent de conclure que, pas plus que dans un système juridique étatique donné, le principe de la force obligatoire des conventions n'est pas la seule règle au regard de laquelle tout litige de nature contractuelle doit être jugé (27).

En d'autres termes, les préoccupations de protection de la partie susceptible d'en avoir besoin et de moralité des affaires peuvent parfaitement être prises en compte par la méthode des règles transnationales.

11. Le corps de règles qui s'est dégagé dans la jurisprudence arbitrale sur la question de corruption illustre parfaitement le fait que les règles transnationales ne jouent pas nécessairement *in favorem validitatis*. Il n'est guère douteux qu'en dépit de certaines résistances doctrinales (28), une règle transnationale s'est dégagée selon laquelle un contrat obtenu par la corruption de son signataire, qu'il s'agisse de l'organe d'un Etat ou d'un salarié dans un contrat de pur droit privé, est entaché de nullité, ou, à tout le moins, n'est pas susceptible d'exécution forcée (29).

---

(24) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1981 dans l'affaire 3327 : *J.D.I.* 1982, 971, observ. Y. Derains. Sur les règles transnationales dégagées dans ce domaine, v. E. Gaillard, « Droit applicable au fond du litige » : *J.-Cl. Dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991, n° 43.

(25) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1974 dans l'affaire 2142 : *J.D.I.* 1974, 892, observ. R. T. Sur les règles transnationales dégagées dans ce domaine, v. E. Gaillard, « Droit applicable au fond du litige », art. préc., n° 69, et D. W. Rivkin, « *Lex Mercatoria* and Force Majeure », in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Publication CCI n° 480/4, 1993, p. 161 s.

(26) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1968 dans l'affaire 1526 : *J.D.I.* 1974, 915, observ. Y. Derains. Sur les règles transnationales dégagées dans ce domaine, E. Gaillard, « Droit applicable au fond », art. préc., n°s 71 s. ; B. Hanotiau, « La détermination et l'évaluation du préjudice réparable : principes généraux et principes en émergence », in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 209 s.

(27) V. également, en ce sens, l'ensemble des principes dégagés par le groupe de travail constitué sous l'égide d'UNIDROIT in *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome 1994.

(28) B. Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international » : *J.D.I.* 1987, 5.

(29) Sur la question de savoir si la corruption rend la matière non arbitrabile ou si, comme l'estime aujourd'hui à juste titre la doctrine majoritaire, les arbitres doivent retenir leur compétence et constater la nullité de la convention, v. E. Gaillard, « Convention d'arbitrage. Arbitrabilité » : *J.-Cl. Dr. int.*, Fasc. 586-3, 1994, n° 51, et, en sens contraire, G. Wetter, « Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals : The Authentic Text and True Meaning of Judge Lagergren's Award in ICC Case n° 1110 » : *10 Arbitration International* 277 (1994).



Cet exemple permet également de comprendre que la critique selon laquelle les règles transnationales seraient éparses et souvent contradictoires repose sur une conception inexacte. Ainsi, le principe de la force obligatoire des conventions et les divers principes susceptibles d'en limiter l'efficacité ne sont nullement en contradiction. Ils s'articulent au contraire suivant une dialectique de principe-conditions d'application-exceptions que l'on retrouve dans tous les ordres juridiques. De la même manière, l'observation selon laquelle la *lex mercatoria* contiendrait des principes contradictoires tels que *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus* (30) est inexacte. Indépendamment du fait que la théorie de l'imprévision ne semble pas devoir être considérée, en tant que telle, comme faisant partie des principes généraux du droit du commerce international (31), son admission ne serait pas plus contradictoire avec le principe de l'effet obligatoire des conventions qu'il ne l'est dans les différents systèmes juridiques qui admettent la théorie de l'imprévision et qui connaissent naturellement également le principe de la force obligatoire des conventions (32).

12. Bien comprise, la méthode des règles matérielles ne saurait être réduite à un moyen de faire de la volonté des parties la norme ultime et de ressusciter ainsi la théorie du contrat sans loi. A l'inverse, cette méthode ne devrait pas pouvoir être utilisée pour remettre en cause l'efficacité du choix opéré par les parties lorsqu'elles ont entendu faire régir leur différend par un droit étatique déterminé.

2° *Les règles transnationales comme mécanisme d'éviction de la loi choisie par les parties.*

13. La liberté des parties de choisir, en matière internationale, la loi régissant leurs relations est très généralement reconnue. Cependant, diverses théories ont pour ambition de limiter les effets de ce choix, même dans l'hypothèse, qui demeure très fréquente en pratique, dans laquelle les parties ont expressément soumis le règlement de leurs différends éventuels à un droit étatique déterminé. L'une de ces théories consiste à prétendre qu'il y aurait lieu pour les arbitres de compléter, en cas de lacune, l'application de cette loi par la *lex mercatoria*, les principes généraux du

---

(30) A. Kassis, *op. cit.*, p. 349 s.

(31) V. en ce sens, H. Van Houtte, « Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda », in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 105 s., et, dans un sens plus nuancé, les Principes d'UNIDROIT, art. 6.2.1 à 6.2.3.

(32) Pour une analyse de droit comparé sur l'imprévision, v. par exemple D. M. Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruylant 1986.

droit, ou, s'il s'agit d'un contrat d'Etat, les principes du droit international public (33).

Récemment encore, cette manière de voir a trouvé à s'exprimer dans une sentence arbitrale rendue sous l'égide du CIRDI. Dans sa sentence sur le fond du 20 mai 1992 le tribunal arbitral constitué dans l'affaire *SPP c. République Arabe d'Egypte* (34) a en effet estimé que si elle devait être retenue à titre de loi choisie par les parties, comme le soutenait la République Arabe d'Egypte, l'application de la loi égyptienne ne serait en toute hypothèse pas exclusive de l'application des principes de droit international pour en combler les éventuelles lacunes. Poursuivant le raisonnement, le tribunal a estimé que le droit égyptien ne connaissait aucune règle sur la détermination du *dies a quo* dans le calcul des intérêts et qu'il serait en conséquence nécessaire de puiser la réponse à une telle question dans le droit international (35). On se demande, si cela était vrai, comment feraient les juges égyptiens chaque fois qu'ils se prononcent sur le calcul des intérêts. L'exemple est si caricatural qu'il suffit à discréditer la méthode.

A la vérité, l'argument selon lequel les droits étatiques pourraient être lacunaires est tout à fait contestable. Il méconnaît le fait que, lorsque les juridictions compétentes de l'Etat en cause sont saisies de la difficulté, elles ne manquent pas de lui apporter une solution, quitte à puiser dans les principes généraux *du droit en cause* (36). Inutilement vexatoire, l'idée de lacune débouche assez facilement sur celle que certains ordres juridiques contiennent plus de lacunes que d'autres et qu'il existerait ainsi des droits insuffisamment « développés » pour répondre à toutes les questions soulevées par les grands projets internationaux. Les discriminations susceptibles d'en résulter sont connues et le discrédit longtemps porté à l'arbitrage international par la sentence rendue en 1951 par Lord Asquith (37) a été suffisamment commenté pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir (38).

---

(33) Cette conception a été soutenue par certains auteurs lors de la discussion qui a conduit à l'adoption, au Caire en avril 1992, de la résolution de l'*International Law Association* sur l'application par les arbitres des règles transnationales du commerce international (*Rev. arb.* 1994, 211). Elle explique qu'un projet de résolution tendant à la condamnation de l'application de règles transnationales en cas de choix par les parties d'une loi étatique déterminée n'ait pu être adopté, faute de consensus. V. la discussion in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, spéc. p. 86-87.

(34) Composé de MM. Jimenez de Arechaga, Président, Petrowski Jr., et El Mahdi, arbitres, ce dernier ayant formulé une opinion dissidente.

(35) Sentence n° 233 s. : *J.D.I.* 1994, 229, spéc. p. 233, observ. E. Gaillard.

(36) V. également en ce sens, G. Delaume, « The Pyramids Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace » : 8 *ICSID Law Review* 231 (1993) ; l'opinion dissidente de M. El Mahdi : 32 *International Legal Materials* 986 (1993), spéc. p. 1030, opinion n° 88 s. ; E. Gaillard, observ. *J.D.I.* 1991, p. 183.

(37) 18 *ILR* 144 (1951).

(38) Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, « Droit applicable au fond du litige », *J.-Cl. Dr. int.*, Fasc. 586-9-1, 1991, n° 92 et les réf.

Ce qu'il importe ici de constater est que ces applications malencontreuses de la méthode des règles transnationales ne devraient pas conduire à une condamnation globale de cette méthode. En l'occurrence, seule la théorie des lacunes, qui permet de faire appel à de telles règles alors que les parties ont choisi de soumettre leurs différends à un droit étatique déterminé est contestable. Le glissement est malheureux mais il ne remet pas en cause la valeur intrinsèque des règles transnationales du droit du commerce international. Aussi devrait-on éviter, dans toute la mesure du possible, de faire l'amalgame entre ces situations et celles dans lesquelles il est au contraire légitime d'appliquer les règles transnationales du commerce international.

## B. — Les applications légitimes des règles transnationales.

15. Les arbitres du commerce international font régulièrement application de règles transnationales dans trois domaines principaux, dans lesquels cette application paraît parfaitement légitime. Il s'agit des règles de conflit transnationales (1°), des règles matérielles transnationales (2°) et de l'ordre public transnational (3°).

### 1° *Les règles de conflit transnationales.*

16. Lorsque, de la manière la plus classique, les arbitres souhaitent faire usage de règles de conflit pour déterminer la loi applicable au différend qui leur est soumis, ils ont très fréquemment recours à des règles de conflit transnationales pour s'acquitter de cette tâche.

17. Sans doute n'est-ce pas là la seule méthode possible de détermination de la loi applicable et il n'est pas de notre propos de débattre ici des mérites respectifs de chacun des modes de sélection de la loi applicable par les arbitres du commerce international (39).

On observera cependant que le recours aux règles de conflit du siège de l'arbitrage, préconisé par ceux qui voient dans le siège l'équivalent du for des juridictions étatiques (40), est assez peu adapté au caractère international de l'arbitrage (41). Son application peut donner lieu à des

---

(39) Sur l'ensemble de la question, v. par exemple B. Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé* : R.C.A.D.I. 1963, t. 109, 351 s. ; P. Lalive, « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse » : *Rev. arb.* 1976, 155 ; Y. Derains, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *Trav. Comité fr. DIP* 1985, 81 ; E. Gaillard, « Droit applicable au fond du litige », art. préc., n<sup>os</sup> 119 s.

(40) V. par exemple la résolution de 1957 de l'Institut de droit international prise au rapport de G. Sauser-Hall (*Annuaire* 1957, p. 469).

(41) V. *supra* n<sup>o</sup> 5.

résultats surprenants et préjudiciables aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique que l'on met pourtant volontiers en avant pour justifier la méthode conflictuelle. Il suffit pour s'en convaincre de songer à l'exemple du contrat de vente passé entre des sociétés française et nigérienne avec un siège de l'arbitrage au Caire. L'application des règles de conflit de droit commun du siège de l'arbitrage conduirait, dans le silence des parties, à faire régir le litige par la loi du lieu de conclusion du contrat en application de l'article 19 du Code civil égyptien de 1948, alors que l'application de principes généraux du droit international privé conduirait plus vraisemblablement à l'application de principe de la loi de la résidence habituelle du vendeur en raison de l'influence exercée par la Convention de La Haye de 1955 sur les règles transnationales, qui tendent à privilégier le rattachement de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique (42). L'adoption récente par l'Égypte d'une règle de conflit spécifique à l'arbitrage international est de nature à éviter la difficulté.

L'application de règles de conflit spécifiques à l'arbitrage international n'échappe cependant au même reproche que lorsque, comme dans la loi suisse de 1987 ou dans la loi égyptienne de 1994 (43), la règle est suffisamment souple pour permettre aux arbitres de satisfaire aux impératifs de prévisibilité qui sont censés sous-tendre la démarche conflictuelle. Quant à la « voie directe » qui, dans le silence des parties, permet aux arbitres de choisir librement les règles de droit applicables au fond du litige, comme auraient pu le faire les parties elles-mêmes, force est de reconnaître que l'exercice de cette liberté ne fait, le plus souvent, que justifier l'application de règles de conflit transnationales. Les arbitres n'utilisent pas en effet la liberté qui leur est ainsi offerte par le droit de l'arbitrage international d'un nombre croissant d'États (44) de façon arbitraire. Dans leur effort de sélectionner la loi qui leur paraît avoir le plus fort titre à s'appliquer (ou, s'ils siègent en Suisse ou au Caire par exemple, dans leur effort de déterminer la loi ayant la cause « les liens les plus étroits »), les arbitres sont conduits à apprécier la valeur respective des différents rattachements (lieu de conclusion du contrat, lieu d'exécution, résidence habituelle des parties...) qui, dans la situation de fait qui leur est soumise, sont susceptibles de conduire à l'application de l'une ou l'autre des lois en présence. A cet effet, ils se tournent tout naturellement vers les précédents que constituent

---

(42) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1985 dans l'affaire 4996 : *J.D.I.* 1986, 1131, observ. Y. Derains.

(43) V. l'art. 39 de la loi égyptienne n° 27 de 1994 sur l'arbitrage civil et commercial, l'art. 187 de la LDIP suisse ou l'art. 39 de la loi égyptienne précitée, aux termes desquels, à défaut de choix, le tribunal arbitral applique les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits.

(44) V. par exemple l'art. 1496 du Nouveau Code de procédure civile français, l'art. 1054 du Code de procédure civile néerlandais ou l'art. 73 (2) de la loi tunisienne du 26 avril 1993 portant réforme de l'arbitrage.

d'autres sentences arbitrales rendues dans des conditions analogues, ainsi que vers les solutions que les différents systèmes de droit international privé apportent à la même question. Le confort qu'ils trouvent dans la considération de ces précédents arbitraux ou étatiques, par opposition à la redoutable liberté de réinventer tout le droit international privé à l'occasion de chaque litige (ou même de déterminer, au cas d'espèce, les liens les plus étroits), conduit ainsi très généralement les arbitres à faire application de principes de droit international privé généralement admis (45).

18. La jurisprudence arbitrale offre maints exemples de ce que l'on n'ose pas appeler une *lex mercatoria* de droit international privé tant on a pris, à tort, l'habitude d'opposer ces concepts (46).

## 2° Les règles matérielles transnationales.

19. Les arbitres du commerce international font régulièrement application de règles matérielles de source transnationale dans deux situations, dans lesquelles le recours à cette méthode est également justifié. La première est celle dans laquelle ils sont appelés à apprécier l'existence et la validité de la convention d'arbitrage (a). La seconde, relative au fond du litige, est celle dans laquelle les parties ont voulu soumettre leur différend à de telles règles ou n'ont pas spécifié la loi applicable (b).

a) Les règles matérielles transnationales relatives à l'existence et à la validité de la convention d'arbitrage.

20. L'un des cas dans lesquels le recours à la méthode conflictuelle dans le contexte de l'arbitrage commercial international se justifie le moins, même pour faire application de règles de conflit transnationales, est celui dans lequel les arbitres sont appelés à se prononcer sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage sur le fondement de laquelle ils se trouvent saisis.

21. Les principales règles de conflit qui se rencontrent en matière de contrats dans les différents systèmes juridiques sont en effet inadaptées à la convention d'arbitrage. Cela se vérifie qu'il s'agisse de règles largement admises, comme celles qui se réfèrent à la loi d'exécution du contrat ou à la loi de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation

---

(45) En ce sens, v. également P. Lalive, « Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse » : *Rev. arb.* 1976, 155, spéc. p. 181-182 ; A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn, 1988, n° 249 ; E. Gaillard, « Droit applicable au fond du litige », art. préc., n° 134.

(46) Pour une analyse des principales règles de conflit transnationales, v. par exemple B. Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, Cours préc.

caractéristique ou de règles plus minoritaires, et, à la vérité, plus archaïques, comme celles qui désignent la loi du lieu de conclusion du contrat.

L'application de la loi du lieu de conclusion de la convention d'arbitrage soumettrait le sort de cette question essentielle à l'effet du hasard ou à l'habileté des parties, ce qui ne serait ni opportun, ni conforme au but poursuivi par la règle de conflit. La notion de partie qui fournit la prestation caractéristique n'a aucun sens en matière de convention d'arbitrage. Celle de lieu d'exécution de la convention d'arbitrage n'en a guère plus. Sans doute, le siège de l'arbitrage pourrait se prévaloir de cette qualité mais on sait que ce siège est souvent choisi par des considérations de commodité géographique ou de convenance qui n'ont guère de pertinence au regard de la question de la validité de la convention d'arbitrage. Sur un plan de stricte opportunité, l'application de la loi du siège soumettrait, là encore, la validité de la convention d'arbitrage au hasard ou à l'habileté des parties, ce qui n'est pas souhaitable. L'application à la convention d'arbitrage de la loi choisie par les parties pour régir le fond du litige ou de la loi susceptible d'être déterminée par application de règles de conflit conçues pour sélectionner la loi applicable à la convention de fond est également inappropriée. Non seulement cette solution méconnaît le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, désormais acquis dans la plupart des Etats, mais elle est également de nature à produire des effets radicalement contraires à ce que les parties peuvent légitimement attendre des choix qu'elles ont opérés. Une situation fréquente — résultant d'un compromis réalisé entre les prétentions des parties — est celle dans laquelle les parties ont soumis leur convention de fond à la loi de l'une d'elles, par exemple celle de l'Etat dans lequel la convention sera exécutée, mais pour laquelle elles ont prévu un mode de règlement neutre des différends, par exemple en recourant à une institution internationale d'arbitrage ou en stipulant que l'arbitrage se déroulerait dans un Etat tiers. Faire dépendre la validité de la convention d'arbitrage des particularismes du droit choisi par les parties pour régir le fond du litige ne serait sans doute pas conforme à l'équilibre recherché dans une telle situation.

22. La situation de fait qui a donné lieu à l'affaire *Dalico* qui a permis à des arbitres statuant sous l'égide de la CCI, puis aux juridictions françaises saisies d'un recours, de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage par application de règles matérielles transnationales illustre ce propos. L'affaire opposait une partie danoise à une partie libyenne à propos d'un contrat de travaux exécuté en Libye. Les parties avaient soumis le contrat de fond au droit libyen mais fait référence à un document stipulant que les différends susceptibles de les opposer seraient réglés par voie d'arbitrage CCI à Paris. L'existence et la validité en la forme de la convention d'arbitrage a ensuite été contestée devant les arbitres puis devant les juridictions françaises. Plutôt que de faire dépendre la validité de la convention d'arbitrage du particularisme de la loi danoise ou de la loi

libyenne, les arbitres, puis les juridictions françaises, on préféré exercer leur contrôle au seul regard des normes généralement admises par le commerce international (47).

Cela ne signifie nullement que la convention sera systématiquement validée. Son inexistence sera reconnue si l'échange des consentements de recourir à l'arbitrage n'est pas établi. Sa nullité devra également être constatée si le consentement a été extorqué par violence ou obtenu par la corruption du signataire de la convention d'arbitrage, par exemple (48). En revanche, la législation atypique d'un Etat, même présentant certains rattachements avec la cause, exigeant par exemple la réitération de la convention d'arbitrage une fois le litige né (49), ne pourra pas entraîner la constatation de la nullité de la convention d'arbitrage devant les arbitres appliquant la méthode des règles matérielles transnationales.

23. Là encore, un tel résultat, parfaitement conforme à la nature internationale de la situation, mérite d'être approuvé pleinement (50). La solution n'empêchera pas les Etats qui estiment que leur solution particulariste reflète une politique juridique essentielle de refuser de donner effet dans leur ordre juridique à la sentence qui s'en serait tenue à des principes généralement acceptés, mais elle évitera que les aléas de la méthode conflictuelle puissent donner une portée universelle à des règles matérielles qui n'ont pas une assise internationale suffisamment large.

b) Les règles matérielles transnationales relatives au fond du litige.

24. Lorsque, sous une appellation ou sous une autre (principes généraux du droit du commerce international, jurisprudence arbitrale internationale, principes communs à certains systèmes juridiques, *lex mercatoria*), les parties ont choisi de faire régir leur litige par des règles transnationales, les arbitres, quelle que soit leur appréciation de l'opportunité de ce choix, sont tenus de lui donner effet. La plupart des lois récentes sur l'arbitrage international consacrent cette faculté de choix ouverte aux parties (51).

---

(47) V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993, *Dalico* : *Rev. arb.* 1994, 116, note crit. H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit. DIP* 1994, 663, note crit. P. Mayer ; *J.D.I.* 1994, 432, note approb. E. Gaillard et p. 690, note approb. E. Loquin.

(48) Sur les règles transnationales généralement admises en matière d'existence et de validité de convention d'arbitrage, v. par ex. E. Gaillard, « Convention d'arbitrage », *J.-Cl. Dr. int.*, Fasc. 586-1 s. (1994).

(49) Sur la persistance de cette exigence dans la législation de certains pays d'Amérique latine, v. par ex. V. M. Rangel, *International Handbook on Commercial Arbitration*, « Brazil » (1988).

(50) Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, note préc. : *J.D.I.* 1994, 433.

(51) V. par exemple l'art. 1496 du NCPC français, l'art. 1054 (1) du CPC néerlandais, l'art. 187 de la LDIP suisse ou l'art. 28 (1) de la loi modèle de la CNUDCI.

25. La question de savoir si, dans le silence des parties sur le droit applicable au fond du litige, les arbitres peuvent choisir de le trancher par application de règles transnationales, plutôt que par application d'un droit étatique sélectionné à l'aide de règles de conflit classiques, est plus controversée. Certains systèmes n'encouragent pas cette solution. C'est le cas en particulier de la loi modèle de la CNUDCI, connue pour son relatif conservatisme. Celle-ci dispose, en son article 28, paragraphe 2, qu'à défaut de choix des parties, « le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce » et s'abstient, contrairement à l'article 28, paragraphe 1<sup>er</sup> relatif au choix opéré par les parties, de viser les « règles de droit » (52). Il est vrai que l'absence de contrôle de la loi appliquée par les arbitres ou du respect de leur mission au titre des actions en annulation ouvertes au lieu du siège (53) leur laisse en pratique une certaine latitude. D'autres législations récentes permettent au contraire aux arbitres de faire application de règles transnationales, s'ils l'estiment opportun, dans le silence des parties (54).

Cette conception est celle qui a été consacrée par la résolution adoptée au Caire par l'*International Law Association* le 28 avril 1992. Celle-ci dispose en effet que « le fait qu'un arbitre international ait fondé une sentence sur des règles transnationales (principes généraux du droit, principes communs à plusieurs droits, droit international, usages du commerce, etc.) plutôt que sur le droit d'un Etat déterminé ne devrait pas, à lui seul, affecter la validité ou le caractère exécutoire de la sentence (1<sup>o</sup>) lorsque les parties se sont accordées pour que l'arbitre applique des règles transnationales ou (2<sup>o</sup>) lorsque les parties sont demeurées silencieuses sur le droit applicable » (55).

Là encore, sans être la seule voie possible, l'application de règles matérielles transnationales paraît tout à fait légitime. L'essentiel des réserves suscitées par l'application de ces règles par les arbitres dans le silence des parties tient à l'incertitude de leur contenu par opposition à la précision, réelle ou supposée, des solutions puisées dans les droits étatiques. Pourtant, en pratique, lorsque les parties n'ont pas choisi elles-mêmes la loi applicable à leurs relations, il est souvent moins conforme aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique de contraindre les arbitres à choisir entre les droits étatiques en présence que de leur permettre de faire

---

(52) Pour un commentaire, v. Ph. Fouchard, « La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international » : *J.D.I.* 1987, 861 ; H. M. Holtzmann et J. E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer 1989, p. 764.

(53) Art. 36.

(54) V. par exemple l'art. 1496 du NCPC français, l'art. 1054 (2) du CPC néerlandais ou l'art. 187 de la LDIP suisse.

(55) *Rev. arb.* 1994, 211. V. la discussion approfondie de cette résolution in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 37 s.



application de principes généraux puisés dans la jurisprudence arbitrale internationale et le droit comparé (56). Cela se vérifie tout particulièrement lorsque les éléments de rattachement sont partagés de manière équilibrée entre deux ou plusieurs systèmes juridiques. L'affaire *Norsolor* tranchée en 1979 par un tribunal arbitral siégeant à Vienne (57) demeure une bonne illustration de cette situation (58).

### 3° *L'ordre public transnational.*

26. Les juridictions étatiques chargées du contrôle de la sentence au titre d'une action en annulation ou d'une action tendant à la reconnaissance ou à l'exécution de la sentence doivent apprécier la conformité de la sentence à la conception de l'ordre public international de l'Etat qui les a instituées. Sans doute ces conceptions ne se confondent-elles pas avec celles qui sont considérées comme d'ordre public au sens du droit interne de l'Etat en cause mais elles constituent incontestablement un ordre public de source nationale. La Convention de New York de 1958 le reconnaît expressément en évoquant le contrôle de la conformité à l'ordre public de l'Etat dans lequel la reconnaissance ou l'exécution sont demandés (59).

27. Pour les arbitres, la question du respect des exigences de l'ordre public international se pose en des termes sensiblement différents. N'étant pas l'émanation d'un ordre juridique déterminé, les arbitres sont libres de retenir une conception véritablement transnationale de l'ordre public international. Lors du 8<sup>e</sup> Congrès de l'ICCA qui s'est tenu à New York en 1986, Pierre Lalive a développé ce thème de manière très convaincante (60). Il n'est donc pas nécessaire d'y revenir longuement. En revanche, les arbitres n'ont à se préoccuper des exigences de la conception de l'ordre public international du siège de l'arbitrage que dans le souci d'éviter d'encourir l'annulation de leur sentence. Des préoccupations analogues existent à l'égard des conceptions des divers Etats dans lesquels la sentence est susceptible d'avoir à être exécutée. Le souci d'efficacité internationale de la sentence, auquel le règlement d'arbitrage de la CCI fait allusion en son article 26, est une préoccupation légitime des arbitres.

---

(56) V. *infra* n<sup>os</sup> 28 s.

(57) Composé de MM. B. Cremades, Président, Ghestin et Steiner, arbitres.

(58) *Rev. arb.* 1983, 525 (aff. CCI n<sup>o</sup> 3131). Sur les péripéties ultérieures auxquelles cette décision a donné lieu, v. par exemple B. Goldman, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*. L'affaire « *Norsolor* » : *Rev. arb.* 1983, 525.

(59) Art. V, § 2 (b).

(60) P. Lalive, « Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration », *ICCA Congress Series n<sup>o</sup> 3*, Kluwer 1987, 257, et, dans sa version en langue française, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » : *Rev. arb.* 1986, 329. Adde L. Matray, « Arbitrage et ordre public transnational » : *Etudes Sanders*, Kluwer 1982, 244.

Il n'est pas impossible cependant que cette préoccupation purement utilitariste entre en conflit avec la conception que les arbitres eux-mêmes peuvent se faire des exigences essentielles de la morale internationale. Cela peut se concevoir en particulier lorsque l'Etat du siège de l'arbitrage a, sur une matière qui touche au fond du litige, des conceptions très isolées mais qui correspondent à une politique très affirmée. Les lois organisant le boycott d'un Etat sur des considérations raciales ou religieuses en fourniraient des exemples. S'il apparaît irréductible, ce qui ne sera sans doute que très rarement le cas, le conflit entre la conception de l'ordre public international du siège et celle de l'ordre public véritablement international devrait, selon nous, se résoudre, pour les arbitres, en faveur de cette dernière, seule conforme à la nature internationale de l'arbitrage (61). Une sentence arbitrale a déjà eu l'occasion de faire une timide avancée en ce sens (62). Cette solution peut également se prévaloir de la jurisprudence des Etats qui, comme la France, admettent qu'une sentence annulée au siège de l'arbitrage puisse néanmoins être accueillie dans leur ordre juridique si elle satisfait aux conditions qu'il détermine (63).

La légitimité de l'application de règles transnationales n'étant, dans ces diverses hypothèses, selon nous, guère douteuse, il reste à déterminer comment les parties et les arbitres en établissent le contenu.

## II. — LE CONTENU DES REGLES TRANSNATIONALES

28. L'une des principales critiques adressées à la méthode des règles transnationales tient aux difficultés qu'il y aurait à déterminer avec précision leur contenu ainsi qu'à leur caractère fragmentaire et inorganisé. C'est donc autant sur la détermination du contenu de ces normes que sur la légitimité de l'usage qui en est fait que se joue la crédibilité de la méthode.

Sans prétendre épuiser un sujet qui ne peut se résoudre que par d'amples études de droit comparé (64), il importe d'insister sur deux aspects essentiels de la méthode de formation des règles transnationales. Le premier tient au fait que ces règles résultent d'une méthode et non d'une liste (A),

---

(61) V. *supra* n° 5. Cpr. P. Mayer : *Etudes Bellet*, Litec 1991, 379, spéc. p. 390 s., qui, au motif que l'arbitre n'a pas de for, voit dans la seule volonté de l'arbitre le fondement du mécanisme d'éviction de la règle normalement compétente mais contraire aux conceptions morales de l'arbitre.

(62) V. la sentence rendue en 1984 par MM. E. J. de Arechaga, K. H. Böckstiegel et J. H. Pickering dans l'affaire CCI n° 4695 : *Yearbook Commercial Arbitration* 1986, 149.

(63) V. en dernier lieu, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1994, *Hilmarton* : *J.D.I.* 1994, 701, note E. Gaillard.

(64) V. les exemples donnés *infra*, n° 32.

le second du fait que le support de droit comparé qu'elles supposent n'a pas à être absolu (B).

**A. — Les règles transnationales résultent d'une méthode et non d'une liste.**

29. L'important article consacré à la *lex mercatoria* par Lord Mustill à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la notion (65) a donné lieu à un malentendu célèbre. En dressant, sans se prononcer sur leur valeur, une liste de vingt règles transnationales rencontrées dans la jurisprudence arbitrale, Lord Mustill n'avait pas l'intention de faire l'apologie de la *lex mercatoria*. Le propos était bien davantage de faire ressortir la relative pauvreté de la méthode. Vingt principes ? La belle affaire si l'on compare cette maigre collecte à la richesse des droits nationaux. Qu'elle repose sur un véritable quiproquo, ou, plus vraisemblablement, qu'elle soit purement tactique, la réaction de la doctrine favorable à la *lex mercatoria* a consisté à se réjouir du grand nombre de principes ainsi dégagés. La constatation que certains de ces principes portent sur des règles précises (intérêts, dommages-intérêts, ...) a également permis de conforter l'idée qu'il ne s'agissait pas seulement de règles si générales qu'elles ne pouvaient guère avoir d'utilité pratique (66).

Cependant qu'il soit question d'en railler la pauvreté ou d'en louer la richesse, on n'insistera jamais assez sur le fait que la présentation des règles transnationales en termes de liste repose sur une conception erronée.

30. Les règles transnationales ne résultent pas d'une liste mais d'une méthode. Lorsqu'ils se trouvent confrontés à la nécessité de faire application de règles transnationales, par exemple parce que les parties l'ont voulu (67), les arbitres et les conseils doivent procéder à une démarche en deux temps.

Dans un premier temps, ils doivent rechercher si les parties elles-mêmes ont arrêté des directives de méthode sur la manière de dégager les règles qu'il convient d'appliquer. Tel sera le cas par exemple lorsque les parties auront prescrit l'application des principes communs à deux systèmes juridiques ou plus. Ainsi, les arbitres statuant dans l'affaire *Eurotunnel* doivent-ils appliquer « les principes communs au droit anglais et au droit français »

---

(65) Art. préc. *supra*, n° 3.

(66) V. par exemple Ph. Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international » : *J.D.I.* 1989, 305, spéc. p. 325. Pour une réponse à l'argument de la pauvreté de la liste, v. également A. Lowenfeld, « *Lex Mercatoria* : An Arbitrator's View » : 6 *Arbitration International* 133 (1990) et B. Goldman, « Nouvelles Réflexions sur la *Lex Mercatoria* », art. préc., spéc. p. 243.

(67) V. *supra* n° 24.

et, à défaut seulement, « les principes du droit du commerce international tels qu'ils ont été appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux ». De même, les arbitres statuant dans l'affaire CCI n° 5163 ont dû appliquer « les principes communs à la République Arabe d'Égypte et aux États-Unis d'Amérique » (68). Tel sera également le cas lorsque les parties auront restreint la recherche de principes généraux à une région du monde. Ainsi par exemple, les arbitres statuant dans l'affaire CCI n° 6378 ont dû se référer aux « principes généraux du droit applicable en Europe de l'Ouest » (69). Dans d'autres cas, les arbitres sont invités à faire application des principes généraux du droit applicables « en Europe du Nord » (70). Dans d'autres cas encore, les arbitres doivent se référer d'abord à une loi étatique, puis aux principes généraux du droit du commerce international (71). Dans cette recherche de la volonté des parties, les arbitres ne feront pas preuve d'un esprit dogmatique mais s'efforceront de prendre les termes dans le sens dans lequel les parties les ont entendus. Ainsi, par exemple, bien qu'au sens de l'article 13, paragraphe 5, du règlement de la CCI et de l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile français, les « usages du commerce » ne désignent pas des règles transnationales mais des pratiques généralement suivies par les opérateurs du commerce international dans le même secteur d'activité (72), il n'est pas exclu que les parties aient entendu désigner sous ce vocable les principes généraux du droit du commerce international. Cette interprétation s'impose en particulier lorsque l'analyse inverse conduirait à penser que les parties ont entendu conclure un contrat sans loi obligeant les arbitres à rechercher eux-mêmes le droit applicable au contrat (73). Dans d'autres cas, le terme d'usages est utilisé banalement par les parties au sens de l'article 13, paragraphe 5, du règlement CCI (74).

---

(68) Clause inédite. Sur la méthode du « tronc commun » qui est l'une des applications particulières de la méthode des règles transnationales, v. spéc. M. Rubino-Sammartano, « Le tronc commun des lois nationales en présence : réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international » : *Rev. arb.* 1987, 133, B. Ancel, « The "tronc commun" Doctrine : Logics and Experience in International Arbitration » : 7 *Journal of International Arbitration* 65 (1990).

(69) Clause inédite.

(70) Clause inédite.

(71) V. par exemple la clause d'arbitrage inédite rencontrée dans l'affaire CCI n° 5331 : « This agreement shall be given effect and shall be applied and interpreted in accordance with the terms of this Agreement, then with the Federal Law of the United Arab Emirates and then with generally recognized principles of international commercial law ». Sur le sens de cette articulation qui, dans l'arbitrage CIRDI, correspond, dans le silence des parties, au droit commun (art. 42 (1) de la Convention de Washington) v. E. Gaillard, *J.D.I.* 1991, p. 181 s.

(72) Sur la question, v. E. Gaillard, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international », *Études Bellet*, Litec 1991, 203.

(73) V. *supra* n° 9.

(74) V. par exemple dans l'affaire CCI n° 4722 : « the arbitration committee shall take into consideration the terms of the contract and the trade usages » (clause inédite).

Dans un second temps, à défaut de précision de méthode apportée par les parties elles-mêmes, les conseils et les arbitres devront procéder à une analyse de droit comparé de façon à dégager la ou les règles pertinentes. Les précédents résultant de sentences arbitrales rendues dans des circonstances analogues constituent incontestablement une matière appréciable mais les règles transnationales ne se limitent en aucun cas à des précédents. Il incombe aux conseils des parties et aux arbitres, dans le respect du contradictoire (75), de montrer que, sur telle ou telle question en litige, les droits étatiques convergent vers une solution déterminée, de sorte que cette solution peut être retenue au titre des règles transnationales. Lorsque ces études de droit comparé n'existent pas, il appartient aux conseils d'y procéder. Cela ne constitue pas pour eux une charge tellement plus lourde que celle qui consiste par exemple à rechercher, dans le silence des parties sur la loi applicable, quelle serait la solution du litige selon les divers droits étatiques qui présentent des rattachements avec la cause, de façon à mesurer les enjeux d'une démarche conflictuelle classique.

31. Ainsi conçue, la méthode des règles transnationales ne peut être critiquée pour son caractère vague ou lacunaire. Quel que soit le degré de détail de la question posée, la méthode est de nature à fournir une solution, de la même façon que le ferait un droit étatique. L'exemple des délais de prescription, souvent invoqué pour illustrer les limites de la méthode des règles transnationales, est lui-même très éclairant. Supposons que l'on soit en présence d'un vice caché, dans l'exemple d'une vente internationale dans laquelle les parties n'ont pas précisé la loi applicable, et que l'une des parties soutienne que ce vice n'a pas été invoqué en temps utile. Si les arbitres ne veulent pas faire dépendre la solution du litige du droit national de l'une des parties, ce qui peut se justifier, spécialement dans une situation dans laquelle les rattachements sont répartis de manière équilibrée, la méthode des principes généraux est parfaitement à même de répondre à la question. Au-delà de la comparaison des droits en présence, des normes d'origine internationale, telles que la Convention de Vienne de 1980 sur les ventes internationales (76) ou les principes d'UNIDROIT (77) par exemple, fourniraient, dans une telle affaire, des indications précieuses.

32. Les parties et les arbitres ne sont pas, en effet, dans cette recherche des règles transnationales, abandonnés à leur seule aptitude à procéder à de

---

(75) Il importe de souligner à ce sujet que les arbitres ne pourraient, sans méconnaître les exigences du contradictoire, trancher le litige en application d'une règle transnationale précise sans avoir provoqué les explications des parties sur son existence et son contenu. La règle est particulièrement importante dans l'hypothèse dans laquelle, dans le silence des parties sur la loi applicable, les arbitres décident de trancher le litige en application de règles transnationales.

(76) V. spéc. les art. 38 s. de la Convention.

(77) V. spéc. l'art. 7.2.2 des Principes.

vastes études de droit comparé. Diverses sources leur permettent d'établir l'existence de ces règles et de mesurer leur soutien en droit comparé.

La première, et celle qui a sans doute l'autorité la plus forte, réside dans les conventions internationales sur le sujet en cause. Le fait qu'un certain nombre d'Etats ait accepté une règle en signant ou *a fortiori* en ratifiant la convention qui la contient constitue à l'évidence une indication de sa reconnaissance internationale. L'autorité de la règle est d'autant plus forte que le nombre d'Etats parties à la convention est grand et que leur origine est diverse. Aussi ne sera-t-on pas surpris qu'en matière de ventes internationales, de nombreuses sentences se réfèrent désormais à la Convention de Vienne de 1980 (78) ou, en matière de loi applicable, la Convention de La Haye de 1955 dont les solutions ont été généralisées par la Convention de Rome de 1980 (79). Même lorsqu'elle n'est pas entrée en vigueur, une convention possède une certaine autorité en tant qu'elle traduit l'opinion des délégués des divers Etats qui l'ont négociée. Aussi n'est-il pas rare que des arbitres du commerce international se réfèrent à des conventions internationales non encore applicables en tant qu'indice de l'existence d'une règle transnationale (80).

Les monographies de droit comparé constitueront également une source précieuse, spécialement si elles s'attachent de manière spécifique à dégager des règles transnationales (81). Le Comité de l'arbitrage de l'*International Law Association* a apporté sa contribution à ces travaux en consacrant une série d'études à diverses règles transnationales (le changement de circonstances économiques et *pacta sunt servanda*, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, le devoir de coopérer dans les contrats à long terme, l'*exceptio non adimpleti contractus*, la force majeure, la détermination du dommage réparable et les intérêts) (82).

Une mention toute particulière doit être réservée au remarquable travail accompli par le groupe d'étude constitué sous l'égide d'UNIDROIT qui vient de publier, en mai 1994, un ensemble de *Principes relatifs aux*

---

(78) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1992 dans l'affaire 7153 : *J.D.I.* 1992, 1006, note D. Hascher.

(79) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1989 dans l'affaire 5713 : *Yearbook Commercial Arbitration* 1990, 70. Sur l'ensemble de la question, v. la contribution de A. Giardina sur « International Conventions on Conflict of Laws and Substantive Law » au XII<sup>e</sup> Congrès de l'ICCA qui s'est tenu à Vienne du 3 au 6 novembre 1994.

(80) V. par exemple la sentence CCI rendue en 1989 dans l'affaire 5885 : *Yearbook Commercial Arbitration* 1991, 91, spéc. p. 92.

(81) V. par exemple F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préc.

(82) V. les contributions respectives de MM. H. van Houtte, P. Bowden, P. Bernardini, Ph. O'Neill et N. Salam, D. Rivkin, B. Hanotiau et P. Karrer in *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 105 s. V. également, pour de nombreuses illustrations, l'excellent article de E. Loquin, « La réalité des usages du commerce international », *Rev. int. dr. éco.* 1989, 163.

*contrats du commerce international* (83). Ces principes sont précisément destinés à s'appliquer « lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les "principes généraux du droit", la "*lex mercatoria*" ou autre formule similaire » (84). Il s'agit d'un ensemble de 108 principes articulés à la manière d'une codification ou d'un « *restatement* » et accompagnés de commentaires qui explicitent le sens de chaque norme. Nul doute que certains de ces principes seront discutés et controversés mais la publication des résultats de cet immense effort de droit comparé appliqué n'en contribuera pas moins grandement à la formalisation des règles transnationales (85). Il aidera également à comprendre que le support de droit comparé des règles transnationales n'a pas à être absolu.

### **B. — Le support de droit comparé des règles transnationales n'a pas à être absolu.**

33. Sur la question de l'étendue du soutien de droit comparé requis sur la formation d'une règle transnationale, on se propose de montrer successivement que l'unanimité des systèmes juridiques n'est pas requis (1°) et qu'il existe des principes généraux régionaux (2°).

1° *L'unanimité des systèmes n'est pas nécessaire à la formation d'une règle transnationale.*

34. Il a parfois été suggéré que pour établir l'existence d'une règle transnationale, il serait nécessaire de rapporter la preuve du fait que cette règle se retrouve sinon dans tous les droits du monde, du moins dans les principaux ordres juridiques. Ainsi, par exemple, dans le Cours à l'Académie de droit international qu'il a consacré à « l'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », Pierre Mayer met en doute le fait que la séparabilité de la clause compromissoire constitue un principe général du droit de l'arbitrage international au motif que « même si le droit anglais paraît relativement isolé dans son refus, le fait qu'il constitue l'un des systèmes juridiques les plus évolués, joint à l'importance de l'Angleterre comme place d'arbitrage international (au moins dans certains domaines), exclut le consensus sans lequel un principe général du droit ne peut être constaté » (86).

---

(83) Publication UNIDROIT, Rome 1994.

(84) Préambule, p. 1.

(85) Sur l'ensemble de la question, v. les actes du colloque CCI-UNIDROIT qui s'est tenu à Paris les 20-21 octobre 1994 sur « Les principes relatifs aux contrats du commerce international d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria* ? ». Pour un commentaire, v. M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Juris Publication Inc., Irvington 1994.

(86) R.C.A.D.I. 1989, t. 217, p. 432.

Si elle devait prévaloir, cette conception justifierait toutes les craintes à l'égard des règles transnationales. L'exigence d'unanimité, ou du moins le veto octroyé aux systèmes juridiques censés « les plus évolués » — sans parler de tous les risques dont cette notion, cousine de la théorie des lacunes, est porteuse (87) — réduirait considérablement l'intérêt de la méthode et ferait douter de sa neutralité. A quoi bon recourir à la méthode des principes généraux pour dégager des règles qui se retrouvent dans tous les systèmes juridiques ? Pire, si elles devaient être ainsi réduites au plus petit commun dénominateur (dans lequel on retrouverait naturellement la force obligatoire des conventions ou la bonne foi contractuelle) les règles transnationales risqueraient de s'entendre essentiellement de règles tendant à affranchir les parties de toutes contraintes, sans que les limites apportées à cette liberté, qui peuvent ne pas se retrouver dans tous les droits, ne puissent être prises en compte au titre des règles transnationales. Ainsi, les griefs d'inutilité et de parti pris idéologique en faveur de la doctrine du « laissez-faire » (88) se trouveraient-ils pleinement justifiés.

35. Cependant, cette conception caricaturale des principes généraux du droit du commerce international ne saurait être retenue. Toute la philosophie des règles transnationales est en effet, non de minimiser le rôle des normes d'origine étatique, mais d'éviter que des solutions, qui n'ont pas reçu un support suffisant en droit comparé, ne l'emportent sur des conceptions plus généralement admises dans la communauté internationale. Cela nous paraît correspondre très exactement au souci des parties qui se réfèrent à des principes généraux plutôt qu'à des lois étatiques entre lesquelles elles ne sont pas parvenues à choisir. Dans certaines situations dans lesquelles les rattachements sont dispersés, cela nous paraît également correspondre d'assez près aux préoccupations des parties qui n'ont pu s'entendre sur une clause de loi applicable ou qui n'ont pas pensé à la question. Dans toutes ces hypothèses, l'application de la solution la plus particulariste peut être génératrice de surprises, tandis que celle qui correspond aux vues les plus généralement admises peut être, contrairement à une idée reçue, un facteur de sécurité juridique accrue.

L'exemple du principe d'autonomie de la clause compromissoire, au sens de séparabilité de la clause, est très significatif du fonctionnement concret de la méthode. Il n'est guère contestable que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage a reçu, dans les principaux règlements d'arbitrage, de droit comparé et dans les principaux instruments internationaux, une très large consécration (89). Depuis l'adoption de la loi-type

---

(87) V. *supra* n° 13.

(88) V. *supra* n° 3.

(89) Sur l'ensemble de la question, v. E. Gaillard, « Convention d'arbitrage » : *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 586-1 (1994).



de la CNUDCI par les nombreux Etats de *common law*, la position du droit anglais, traditionnellement plus réticent que d'autres à ce sujet (90), était devenue très isolée. En fait, en 1993, le droit anglais lui-même a fini par se ranger à la position communément admise (91).

Dans ces conditions, peut-on sérieusement imaginer que des arbitres estimant devoir trancher la question au regard des principes généraux du droit plutôt qu'au regard d'un droit national déterminé aient pu, même avant la reconnaissance de la règle par le droit anglais, refuser de faire application de la règle d'autonomie de la convention d'arbitrage ? Un tel refus ferait en définitive prévaloir la solution la plus isolée (92) sur la solution la plus généralement admise, ce qui ne peut être conforme ni au vœu des parties, ni à la vocation de la méthode des règles transnationales.

36. A l'évidence, l'exigence d'unanimité en droit comparé reviendrait à vider la méthode des règles transnationales de tout sens. Le Conseil de direction d'UNIDROIT ne s'y est pas trompé en observant, dans la présentation introductive des principes relatifs aux contrats du commerce international, que « les principes d'UNIDROIT reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Etant donné cependant que les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérations du commerce international, ils renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale » (93).

La même problématique se retrouve, à une échelle différente, à l'égard des règles transnationales régionales.

## 2° Les règles transnationales régionales.

37. Il arrive que les parties qui choisissent de soumettre leurs éventuels différends à des normes autres que celles du droit d'un seul Etat se réfèrent à des principes généraux régionaux. Ainsi verra-t-on des clauses prescrire

---

(90) Sur la question, v. par exemple A. Samuel, « Separability in English law » : 3 *Journal of International Arbitration*, 95 (1986) ; J. Steyn et V. V. Veeder, « England » in *ICCA, International Handbook on Commercial Arbitration*, p. 14 (1988) : « The concept of the separability of the arbitration clause has not yet been fully worked out by the English courts ». Comp., pour une présentation beaucoup plus favorable à l'autonomie de la convention d'arbitrage, présentée comme « relatively new but widely recognized », *Redfern et Hunter, International Commercial Arbitration*, 2<sup>e</sup> éd., 1991, p. 174 s., spéc. p. 176.

(91) *Harbour Assurance v. Kansa* [1993] QB 70. V. également le projet de réforme législative de l'arbitrage qui consacre la règle en son article 3 (2) (v. 10 *Arbitration International* 189 (1994), spéc. p. 194).

(92) Sur l'exemple des droits qui exigent la réitération de la convention d'arbitrage une fois le litige né, v. *supra* n° 22.

(93) *Op. cit.*, p. VIII.

aux arbitres de faire application des « principes généraux du droit applicables en Europe de l'Ouest » ou des « principes généraux applicables en Europe du Nord » par exemple (94). Un tel choix, couvert par la liberté très généralement reconnue aux parties de déterminer les « règles de droit » applicables en matière d'arbitrage commercial international (95) est parfaitement licite et doit être respecté par les arbitres. Les principes en cause seront dégagés par les arbitres suivant les mêmes méthodes que celles qui leur permettent de déterminer le contenu des principes généraux du commerce international. Les conventions internationales régionales ou ratifiées par les Etats de la région, les études comparatives des droits des Etats en cause, la jurisprudence des tribunaux internationaux à vocation régionale en fourniront les sources.

38. Dans le silence des parties sur la loi applicable, les arbitres auxquels est reconnue la faculté de déterminer les « règles de droit » applicables au litige peuvent également choisir de recourir à de tels principes. Un tel choix est certainement licite. La seule question que soulève cette hypothèse relève d'une appréciation d'opportunité. Lorsque le litige se rattache exclusivement à des Etats appartenant à une même tradition juridique, à une même « famille de droits », est-il opportun, dès lors que l'on estime devoir s'écarter de la méthode conflictuelle, de le soumettre à des principes généraux régionaux ou est-il préférable de s'en tenir à l'application de principes généraux du commerce international dégagés par une analyse de droit comparé globale ?

A première vue, la solution consistant à recourir à des principes régionaux ou à des principes issus de certaines familles de droits est assez séduisante. Dans une affaire n'ayant de rattachements qu'avec deux Etats arabes par exemple, il serait convenable de s'en tenir à l'application de principes généraux des droits des Etats arabes. De manière analogue, dans une affaire n'ayant de rattachements qu'avec la France et l'Argentine par exemple, il serait possible de recourir à des principes des droits de tradition civiliste.

Cependant, une analyse plus approfondie fait douter que cette solution soit suffisante. En pratique, les arbitres se trouveront confrontés à deux types de situations. La première est celle dans laquelle les droits en présence retiennent la même solution. Dans ce cas, il sera possible d'appliquer les principes régionaux mais il faut bien reconnaître que la solution ne présente guère d'intérêt pratique puisque la méthode conflictuelle aurait conduit au même résultat. Cette première solution ne sera donc vraisemblablement guère débattue par les parties, sinon, peut-être, pour des raisons de susceptibilité nationale. Le second type de situations, qui met véritable-

---

(94) V. *supra* n° 30.

(95) V. *supra* n° 24.

ment en lumière la difficulté, est celui dans lequel les droits en présence, bien que participant de la même tradition juridique, ne coïncident pas. La question de méthode présente alors un enjeu véritable. Il s'agit de savoir, dès lors que l'on a recours à la méthode des règles transnationales, s'il convient de rechercher la solution généralement admise dans les droits appartenant à la famille des droits concernée ou de rechercher des règles ayant une assise plus large ? Sans prétendre épuiser le débat à ce sujet, il est permis de penser que, dans une telle hypothèse, l'application de règles ayant reçu, en droit comparé, dans la jurisprudence arbitrale internationale et dans les principaux instruments internationaux, un soutien très large est plus à même de départager des droits qui, bien qu'appartenant à la même tradition juridique, n'en sont pas moins divergents. Cette divergence même peut être le signe que les principes régionaux ou de la famille de droits en cause ne sont pas très bien fixés et qu'il est, dès lors, nécessaire de recourir à des principes, qui à tous égards, peuvent être qualifiés de généraux. Conformément à l'esprit de la méthode, une approche universaliste l'emportera alors sur les particularismes nationaux.

---