

LES MERCURIALES



REVUE TOGOLAISE DU DROIT DES AFFAIRES ET D'ARBITRAGE

RTDAA

Trimestrielle N°18 | Décembre 2021 | Tiré à part

03

DOCTRINE

Le contrat de commerce international,
source contestable du Droit

Dédji KOUNDE

Docteur en droit privé
Assistant à l'Université d'Abomey-Calavi

Sommaire

3 DOCTRINE

LE CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL, SOURCE CONTESTABLE DU DROIT

Dédji KOUNDE - Docteur en Droit privé, Assistant à l'Université d'Abomey-Calavi

Comité scientifique

PRÉSIDENT :

AKUÉTÉ P. SANTOS Agrégé des facultés de droit

MEMBRES :

ADJITA A. Shamsidine; Maître de conférences (Université de Lomé)

AGBENOTO M. Koffi; Agrégé des facultés de droit (Université de Lomé)

AKAKPO Martial; Avocat à la Cour – Docteur en droit

ALEMAWO komlan; Agrégé des facultés de droit (Université de Kara)

ASSOGBAVI E. Komlan; Magistrat-Secrétaire Général de la Cour d'Arbitrage du Togo

AYEWOUADAN Akodah; Agrégé des facultés de droit

DECKON H. Kuassi; Agrégé des facultés de droit (Université de Lomé)

DEGLI Yaovi Jean; Avocat à la Cour – Docteur en droit

GAMATHO Akakpovi Patrice; Président de la Cour Suprême du Togo

KOKOROKO K. Dodzi; Professeur titulaire (Université de Lomé)

MONTCHO Agbassa C. éric; Agrégé des facultés de droit (Université d'Abomey-Calavi)

OUATTARA Aboudramane; Agrégé des facultés de droit (Université Félix Houphouët Boigny)

SYMENOUH José; Président de la Cour d'Arbitrage du Togo

WOLOU Komi; Agrégé des facultés de droit (Université de Lomé)

LE CONTRAT DE COMMERCE INTERNATIONAL, SOURCE CONTESTABLE DU DROIT

Par Dédji KOUNDE

Docteur en droit privé

Assistant à l'Université d'Abomey-Calavi

RESUME

Une bonne partie de la doctrine juridique semble admettre le contrat de commerce international comme source du droit. Pourtant, plusieurs éléments pertinents intrinsèques et même extrinsèques au contrat de commerce international conduisent à contester sa qualité de source du droit. En effet, s'il est possible de retenir qu'il crée des normes, celles-ci sont en opposition avec les critères habituels et les spécificités de la loi. En recherchant des critères d'acceptabilité auprès de la jurisprudence, l'arrimage reste difficile notamment en raison de ce que les parties se tourneront souvent vers une juridiction arbitrale qui saura leur garantir la non-diffusion du litige et du contrat ; une recherche de confidentialité et de secret qui n'est pas de nature à susciter la naissance d'une force créatrice du droit. Le rôle d'influenceur de la doctrine s'en voit ainsi compromis puisqu'il faut que le contrat établi soit connu pour que la doctrine veuille, par son influence toucher le législateur à ce propos. Bref, dans l'ordre juridique interne, le contrat de commerce international, est contesté en tant que source du droit. La *lex mercatoria* ne semble pas non plus porter un meilleur écho à la thèse du contrat de commerce international comme source du droit. D'ailleurs, de nombreuses controverses remettent en cause sa qualité d'ordre juridique. Et si les pratiques contractuelles internationales organisées ou relativement spontanées sont d'une grande richesse inventive, elles ne semblent pas suffisantes pour alimenter une vraie théorie des sources mercatiques. La juridicité de la *lex mercatoria* étant contestée, il n'est possible d'y trouver une source du droit que dans l'hypothèse d'une juridicité propre à la *lex mercatoria*. Et l'émancipation de la *lex mercatoria* par rapport à l'ordre juridique national et international semble se confirmer.

INTRODUCTION

Dans un article publié en 2003, Rafael Encinas De Munagorri usait de son droit de réponse à un texte intitulé « Du bon usage des introductions au droit »¹ de Jérôme Michel. En effet, dans son texte, ce dernier s'insurgeait contre le choix de Rafael Encinas De Munagorri de classer dans l'ouvrage « Introduction au droit »², le contrat parmi les sources du droit. Dans un autre registre, la même année, un article retraçant des questions posées lors d'une rencontre, mentionne la question suivante de Elie Alfandari : « Si le contrat devient une source de droit, appliquera-t-on encore le principe de la relativité des conventions ? »³.

Les divergences sont donc nombreuses lorsqu'il s'agit d'énumérer ou de hiérarchiser les sources du droit⁴, « l'accord ne règne en vérité, ni sur la nomenclature des sources ni à plus forte raison sur la manière de les classer »⁵. Alors que tel auteur fait entrer dans les sources du droit le contrat, tel autre s'y oppose et fera entrer une autre source⁶. Des débats, voire des polémiques sont nés. La doctrine africaine n'est pas restée en marge de cette valse. D'ailleurs, une partie de celle-ci ne manque pas d'évoquer elle aussi, le contrat comme source du droit, notamment dans ses enseignements.

Si les débats ont porté sur le contrat en général,

1 R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Ecrire une introduction au droit », *Petites affiches*, 16 septembre 2003, n° 185, p. 4.

2 R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, Paris, Flammarion, 2002, p. 92.

3 M. GERMAIN et F. TERRE, « Débats », *Petites affiches*, 27 novembre 2003, n° 237, p. 28.

4 C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit » in *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, Paris, 2006, p. 525.

5 P. JESTAZ, « Source délicieuse », *RTD civ.*, 1993, p. 73 cité par V. LASSERRE-KIESOW dans « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Recueil DALLOZ*, 2006, p. 2279.

6 C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit » in *Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Dalloz, Paris, 2006, p. 525.

ils se sont davantage cristallisés⁷ sur le contrat du commerce international, considéré très souvent comme une source du droit du commerce international. En effet, le droit du commerce international semble être une terre fertile pour admettre le contrat comme une source du droit⁸. Cependant, et même sur ce terrain, cette considération a des limites qui conduisent à dire que le contrat de commerce international est une source contestable du droit.

Pour aborder le sujet, les préoccupations d'ordre sémantique doivent être élucidées et il faut commencer par définir le contrat. Ce qui est difficile⁹ car il n'y a ni « contrat par nature »¹⁰, ni d'« essence contractuelle »¹¹. La définition du contrat renvoie d'ailleurs pour partie au problème à résoudre. Le contrat peut être défini comme source du droit et/ou comme source de droits¹². J. Ghestin définit la notion de contrat comme « un accord de volontés qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets »¹³. C'est le contrat vu comme source de droit, conception quasi unanimement admise de cet acte juridique¹⁴.

Si une opinion majoritaire de la doctrine a toujours

sacralisé l'omnipotence de l'accord de volontés et de l'effet créateur de droits et obligations dans la définition du contrat¹⁵, une opinion non moins minoritaire semble relever une réalité que la place donnée à la création d'obligations tendrait à occulter. Pour cette partie de la doctrine, le contrat serait créateur de normes juridiques, de règles juridiques ; le contrat serait source du droit. Ainsi, pour P. Ancel¹⁶ par exemple, le contrat est un élément créateur de normes juridiques dont les obligations contractuelles ne sont qu'une espèce particulière. Pour cet auteur plutôt, longtemps cet effet du contrat a plus ou moins masqué son effet plus général de création du droit, de normes juridiques.

Plusieurs auteurs sont partisans de cette vision complémentaire du contrat, source du droit et ils ne manquent pas d'arguments¹⁷. Il semble que les arguments exprimés par les partisans du contrat, source du droit, soient environ au nombre de quatre, à savoir l'argument de la loi des parties, l'argument de la capacité d'expansion, l'argument de créateur de normes et l'argument d'application.

Défini comme le contrat « qui présente un élément d'extranéité quelconque »¹⁸, le contrat de commerce international semble être le contrat qui répond le plus favorablement aux arguments tels que présentés d'une part, et bien des auteurs le classent au rang des sources du droit du commerce international¹⁹.

7 B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 58.

8 J-M JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2015, p. 17. Le contrat de commerce international permet de sortir d'une dogmatique classique et de s'ouvrir à d'autres perspectives.

9 C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui », in *Les sources du droit revisitées*, vol 2, Bruxelles, Anthémis, Université Saint Louis, 2012, p. 81 ; J. GHESLIN, « La notion de contrat », *Recueil DALLOZ*, 1990, p. 147.

10 M. H. SIKONDO, « La notion de contrat administratif : acte unilatéral contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », *RTD civ.* 1993, p. 241.

11 D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in *Le droit contemporain des contrats*, Sous la direction de L. CADIET, Paris, Economica, 1987, p. 186.

12 L'article 1101 ancien du Code civil français énonçait : « le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

13 J. GHESTIN, « La notion de contrat », D. 1990. Chron 147.

14 C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui », in *Les sources du droit revisitées*, vol 2, Bruxelles, Anthémis, Université Saint Louis, 2012, p. 802.

15 On peut citer à titre indicatif : Beaumanoir, Domat, Pothier, etc.

16 Voir <https://www.labase-lextenso.fr/ouvrage/9782275051765-36> (page consultée le 30-08-2021 à 15H20)

17 On peut citer R. ENCINAS de MUNAGORRA qui justifie son choix par la nécessité d'une ouverture d'esprit, S. GOTZBERG qui estime que le contrat est source du droit au regard de l'article 1134 ancien du Code civil ; J-M. JACQUET, P. DELEBECQUE et S. CORNELOUP qualifient quant à eux le contrat de source-procédé. P. JESTAZ argumente autour de la propension à se répandre du contrat.

18 Les auteurs P. GOURION, G. PEYRARD et N. SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, pp.168-169, estiment « qu'il ne suffit pas qu'un ou plusieurs éléments d'un contrat échappent à la souveraineté d'un seul Etat pour en déduire que le contrat prend un caractère international ». Ils retiennent, pour définir un contrat international, un critère économique au terme duquel un contrat est international dès lors qu'il entraîne « un double mouvement de flux et de reflux » et un critère juridique au terme duquel la référence au conflit de lois né du contrat est le critère.

19 C'est ce qu'affirme C. KESSEDJIAN, *Droit du commerce international*, Paris, Presse universitaire de France (PUF), p. 26 en parlant de J-M. JACQUET « sources procédés » et « sources règles. », voir J-M JACQUET, P. DELEBECQUE et S. CORNELOUP, *Droit du commerce*

D'autre part, la possibilité de considérer le contrat de commerce international comme une source du droit se renforce d'autant plus au regard de l'indépendance relativement à la loi, à la coutume et à la jurisprudence dont il peut bénéficier et de sa capacité à s'imposer. Le contrat de commerce international est le seul type de contrat capable de se soustraire au « diktat » de la loi et de la coutume d'un ordre juridique national. De fait, ce contrat peut jouir d'un potentiel d'indépendance au même titre que les sources du droit légitimées que sont la loi et la coutume.

Mais cela suffit-il à en faire une source du droit ? Qu'est ce alors qu'une source du droit ? Pour tenter de répondre à la question, il faut comprendre les deux termes de l'expression, puis les mettre ensuite en rapport.

Dans son ouvrage *Théorie pure du droit*²⁰, H. Kelsen mentionne que « la connaissance juridique a pour objet les normes qui ont le caractère de normes juridiques et confèrent à certains faits le caractère d'actes de droit (ou d'actes contre le droit). En effet, le droit, qui forme l'objet de cette connaissance, est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains. Le mot « norme » exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »²¹. Le droit est d'abord un ensemble de normes (système normatif) mais « n'est pas le seul système normatif c'est-à-dire prescrivant aux individus une certaine façon d'agir sous peine de sanction »²². Le droit est un ensemble de normes ayant des caractères leur conférant la juridicité. Le droit est un ensemble de

règles juridiques. Le doyen Carbonnier affirmait : « Il n'y a pas de règle juridique par nature ». Il n'y a pas une institution originaire qu'est la norme juridique²³. Les critères de la norme juridique ne sont donc pas prédéterminés. Qu'est ce qui confère donc le caractère juridique à une norme ?

On pourrait dire comme R. Libchaber que la norme juridique circule à l'intérieur d'un système juridique (ou d'un ordre juridique) et est perçue en tant que telle grâce et en raison de ce système juridique. La norme juridique ne peut donc être définie que par son insertion dans un système juridique ou dans un ordre juridique. Elle ne se définit qu'en référence à un système juridique, ou plus largement à un ordre juridique²⁴. En effet, « si les théoriciens du droit se tournent vers une théorie de l'ordre juridique, c'est parce qu'ils ne parviennent pas à définir la norme juridique isolément. »²⁵. L'intérêt de considérer le droit comme un système permet d'identifier les normes juridiques de ce système à partir de critères qui s'en dégagent.

Les réponses à la question « qu'est-ce qu'une source du droit ? » seront d'autant plus diversifiées que le mot « source » comporte également plusieurs sens tout comme le mot « droit »²⁶. Le dictionnaire Le Larousse donne six définitions du mot « source ». En mettant chacune des définitions en rapport avec le droit, la source du droit devient successivement « principe du droit », « cause du droit », « origine du droit », « documents ou textes originaux du droit », « ce qui produit le droit ».

A bien observer, comme le dit Philippe Jestaz, « Les sources du droit ne coulent pas de source ». C'est

international, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 2015, p. 17.

20 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Franz Deuticke, 1934 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. Fr. H. THEVENAZ, 1998 (1953).

21 Selon l'auteur, les énoncés généraux de la loi tels que « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves » ou encore « compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents » sont dépourvus de toute portée normative.

22 M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, Que sais-je ? Paris, PUF, 2018, p. 14 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 9^e Ed. 2012, p. 32.

23 P. MOOR, *Dynamique du système juridique : Une théorie générale du droit*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2010, p. 5.

24 M. TROPER, « Système juridique et Etat », *Le système juridique*, Paris, Sirey, 1986, p. 29.

25 M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 167 ; voir en ce sens également B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 30 ; J-S BERGE, *Les ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2015, p. 13 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 65.

26 C. THIBIERGE, « Source du droit, sources de droit : une cartographie » in *Libres propos sur les sources du droit : mélange en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 528.

à travers son analyse que nous mettrons quelque peu en rapport les définitions de « source » et du « droit ». Dans son article intitulé « Source délicate (Remarques en cascades sur les sources du droit) », celui-ci commence en effet, par reconnaître que dans le langage juridique, le mot source n'a pas moins de cinq significations²⁷. L'auteur retient enfin que les sources formelles du droit sont celles du sens 4, celles qui portent sur les normes et dont Gény a dressé une liste²⁸.

J. Vanderlinden, dans sa réponse au travail de Jestaz, approuve celui-ci en ce qu'il a retenu que les vraies sources du droit sont celles du sens 4 qui consistent en « normes juridiques dotées de la force obligatoire »²⁹. Selon J. Vanderlinden, l'un des caractères du juridique est le caractère obligatoire. Les différents auteurs retiennent que la règle juridique est celle qui est générale, obligatoire et contraignante et les sources du droit citées sont la loi et la coutume, comme il résulte des travaux de Kelsen et de Gény.

Mais J. Vanderlinden se ravise et en parlant des divergences existantes sur la définition du droit, il

signale que celles-ci sont une différence de points de vue, de perspective au départ de laquelle chacun contemple les sources du droit. Il précise alors : « Pour éviter les ambiguïtés je prendrai soin de préciser, chaque fois que de besoin, le système de référence dans lequel situer mon propos ». Ainsi les critères unanimement approuvés de la source du droit tel qu'habituellement connus sont issus d'un certain ordre juridique, l'ordre juridique hiérarchisé, national dans lequel la norme juridique est la règle de droit³⁰ selon la théorie des sources³¹. Or, la plupart des auteurs qui défendent le contrat comme source du droit ne précisent pas dans quel ordre juridique ils le considèrent en tant que tel. Et c'est le problème que nous entendons soulever et éclaircir. Quels sont les indicateurs permettant d'affirmer ou de réfuter la thèse du contrat de commerce international comme source du droit ?

Notre étude vise ainsi à recentrer le débat autour de la question des sources du droit en mettant notamment l'accent sur le contexte dans lequel tel ou tel élément peut être considéré comme en étant une. Il s'agit d'opposer principalement les critères d'identification du contrat de commerce international aux critères de définition des sources du droit selon que l'on soit dans un ordre juridique national ou a-national. Plus concrètement, l'étude consistera à dégager les critères qui font les sources du droit dans l'ordre juridique national et à les confronter au contrat de commerce international d'une part. D'autre part, sorti de l'ordre juridique national, le contrat de commerce international se retrouve-t-il dans un autre ordre juridique ? Est-il dès lors possible de lui découvrir la qualité de source du droit ? C'est aussi et sans doute, l'occasion pour la doctrine juridique africaine de se saisir du débat et de trancher sur toutes les questions pertinentes qui

27 Le premier sens lorsque le mot est employé au singulier serait

le fondement idéologique d'un système juridique donné. Le deuxième sens lorsque le mot est employé au pluriel, les sources pourraient désigner « les forces créatrices du droit ». Le premier et deuxième sens n'intéresseraient pas les juristes. Le mot désigne dans son troisième sens les supports linguistiques écrits ou oraux à savoir loi et travaux préparatoires, décisions de justice, actes de l'administration ou des particuliers, coutumes etc. Il s'agirait des sources documentaires. La source dans son quatrième sens serait celle qui consiste en normes juridiques dotées de la force obligatoire : règle légale, règle coutumière, précédent judiciaire (dans les systèmes où il a valeur juridique), « principes » (principes généraux du droit, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République). Dans son cinquième sens, la source du droit se rapporte aux activités productrices de droit ou aux creusets dans lesquels s'exercent ces activités comme, par exemple le Parlement et ses commissions, les ministères, les tribunaux, les services juridiques des entreprises et autres organismes privés, etc. Pour JESTAZ, les sources formelles du droit sont celles du sens 4, celles qui portent sur les normes et dont Gény a dressé une liste. Pour C. THIBIERGE, l'expression « source du droit » a jusqu'à huit sens, à savoir la source fondatrice, les forces créatrices, les instruments créateurs, les organes créateurs, les créateurs, les processus créateurs, les activités créatrices et les normes créées.

28 Au XIX^e siècle, seule la loi était considérée comme source du droit. Ce n'est qu'en 1899, avec la publication de son ouvrage *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* par le doyen Gény que la coutume et la jurisprudence ont progressivement été admises comme sources du droit.

29 J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de Mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », *RTD Civ.* 1995, p. 69.

30 Selon P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 2013, p.16, « La norme » ne s'oppose pas à la « règle », elle n'est pas un autre outil du droit, posé à côté. Elle est plus large : elle englobe la règle de droit et y ajoute des dimensions que la définition traditionnelle laissait à la marge. »

31 Selon B. OPPETIT, *La notion de source du droit in Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 53, spéc. PP. 55 : « Une théorie des sources du droit procède d'une construction doctrinale décrivant les modes d'élaboration des modèles de rapports sociaux nécessaires. Cette doctrine devient elle-même une théorie des sources lorsqu'elle a triomphé dans les faits et traduit, dès lors, son aptitude à produire des normes ; en effet, la norme juridique, à la différence de la norme sociale, susceptible de naître spontanément, se spécifie par la nature de sa genèse : c'est elle qui pour s'imposer en tant que telle, suppose qu'elle soit « dite » selon des modalités prédéterminées, définies par la doctrine de ses sources, puis promues par l'action politique. Et c'est son édicition en conformité de la théorie des sources adoptées par le pouvoir qui confère la juridicité de la norme ».

se posent dans les ordres juridiques échappant au contrôle de l'Etat. D'un point de vue pratique, l'analyse ne semble pas non plus dénuée d'intérêt. C'est par exemple l'occasion de vérifier dans quelle mesure le contrat de commerce international peut influencer directement ou indirectement le droit dans les différents ordres juridiques national et a-national.

Il s'agit plus globalement dans cette étude de ne pas rejeter les nouvelles approches qui font du contrat de commerce international une source du droit à partir de considérations nouvelles et disparates sur la théorie des sources mais de se positionner par rapport à un socle ou un existant plus ou moins commun pour mener l'analyse. Ce socle est clairement la conception normativiste kelsénienne de l'ordre juridique. D'où le titre : le contrat de commerce international, source contestable du droit.

Le sujet est d'actualité avec le développement accru de la *lex mercatoria* et ce qu'il peut induire comme réflexions sur sa construction. Dans le monde des affaires internationales, de multiples contrats innovants se mettent en place et il est opportun de s'interroger sur leur portée juridique.

Le contrat de commerce international peut se retrouver soumis à l'appréciation d'un juge étatique autant que les parties peuvent avoir désigné la loi qui lui est applicable³². Dans ce cas, le contrat de commerce international intégré dans un ordre juridique national peut-il être considéré comme une source du droit ? La réponse découlera de la confrontation du contrat de commerce international aux critères de sources du droit dégagés de l'ordre juridique national. L'adhérence à ceux-ci par le contrat de commerce international s'avère impossible (I).

En admettant que le droit peut exister en dehors d'un ordre juridique national, il convient de ressortir les critères de source du droit propre à cet ordre a-national. Soumis exclusivement à un ordre juridique a-national, le contrat de commerce international sera-t-il là source du droit ? Contrairement

au premier test négatif, ici, en l'absence de règles du jeu préétabli, l'écho reçu par le contrat de commerce international dans l'ordre juridique a-national est hypothétique, ce d'autant que les règles du jeu peuvent être fixées de sorte à aboutir au résultat souhaité (II).

I- LA DIFFICILE ADHÉSION DANS L'ORDRE JURIDIQUE ETATIQUE

On admet que compte tenu des nombreuses conventions internationales régissant la matière, un contrat de commerce international se trouvera rarement soumis au droit commun³³. Cependant, dans une telle hypothèse, dans l'ordre juridique national, la règle de droit se définit par des traits précis résultant de la théorie des sources du droit. Dans ce système, la source du droit est ce qui crée les règles de droit. Or, le contrat de commerce international crée des normes qui sont en opposition avec les critères retenus (A) ainsi qu'avec les spécificités des autres sources formelles du droit que sont la jurisprudence et la doctrine (B).

A- L'OPPOSITION DES CRITÈRES HABITUELS DE DÉFINITION DES SOURCES DU DROIT

Selon l'opinion dominante, il existe des critères permettant d'identifier certains éléments comme créateurs du droit, donc comme sources du droit. Mais une confrontation de ces critères principaux avec le contrat de commerce international révèle sa singularité (1). Ce qui amène difficilement à le classer parmi les sources du droit. L'intervention de l'autorité étatique est également un autre critère permettant de retenir l'existence d'une règle de droit. Là encore, l'autorité étatique intervient peu. (2).

1- La singularité du contrat de commerce international

La règle de droit est « un précepte commun, une

32 D'après les statistiques de la Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, les clauses de choix de la loi se rencontrent dans plus de huit contrats internationaux sur dix.

33 P-A. GOURION, Georges PEYRARD, Nicolas SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, p. 167.

norme impersonnelle »³⁴ et générale. Elle est générale lorsqu'elle a vocation à régir un ensemble de sujets³⁵.

La généralité est en effet « inhérente à la notion de règle »³⁶. Le premier trait caractéristique de la règle de droit est d'ailleurs sa généralité. Pour être donc vu comme produisant de la règle de droit ou comme source du droit, selon la théorie dominante, le contrat de commerce international devrait produire des normes ayant un caractère général. Cette généralité s'entend de ce qui est adressé à tous, sans désigner une personne en particulier³⁷ et doit s'appliquer à tous, peu importe que l'on la connaisse ou pas³⁸, exception faite de l'erreur de droit.

La règle de droit générale est formulée de façon abstraite, sans tenir compte de situations particulières, et est faite pour s'appliquer aux cas les plus nombreux, quoiqu'un nombre minimal ne soit déterminé. C'est pourquoi il peut arriver qu'elle ne concerne qu'un groupe d'individus, de personnes³⁹. Pour autant, elle reste une règle de droit dont la généralité ne saurait être remise en cause puisque généralité ne signifie pas universalité. Donc, la règle « reste générale malgré tout puisque tous ceux entrant dans cette catégorie seulement lui seront soumis »⁴⁰.

Aux termes de l'article 1134 du code civil⁴¹, le

contrat est la loi des parties⁴². Et l'article 1165 dispose que : « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ». Par l'effet relatif des contrats, l'activité juridique résultant d'un contrat ne saurait être étendue aux tiers pour les rendre créanciers ou débiteurs. Les effets d'un contrat ne doivent se limiter qu'aux parties contractantes. Le contrat ne peut servir de référence ou de source d'inspiration ni aux tiers, ni au juge pour argumenter. Le contrat ne peut créer des obligations à la charge des tiers et il est impossible de réclamer au tiers l'exécution du contrat et de lui faire supporter une obligation à la charge du cocontractant. Il n'est pas non plus possible d'invoquer l'application d'une clause du contrat au tiers. Un contrat ne peut réduire les droits des tiers. Les parties à un contrat ne peuvent en outre pas limiter leur responsabilité à l'égard des tiers⁴³.

Il en résulte, à l'instar du droit commun des contrats, que si le contrat de commerce international énonce des règles auxquelles les parties - et seulement elles - sont soumises, il serait difficile de conclure à un caractère général desdites règles. La conséquence logique de l'effet relatif des contrats est qu'il ne serait pas opportun d'y voir un quelconque caractère général, d'autant que toute norme contenue dans le contrat de commerce international se limite aux parties et exclusivement à elles.

Si le général peut admettre un groupe d'individus, de personnes, il serait osé de le limiter à deux parties⁴⁴ qui ont, de surcroît, fait le choix de se lier par elles-mêmes d'obligations. C'est d'ailleurs à ce niveau qu'il faut trancher définitivement la question puisque dans l'hypothèse que la loi et le contrat comporteraient des règles générales, il ne faut pas occulter que la loi a vocation à s'imposer à des personnes qui n'ont pas été impliquées dans son processus d'édiction. D'ailleurs, il est clair que même dans le cadre d'un contrat de commerce international, les parties ne peuvent obliger des tiers.

34 J. DJOGBENOU, « Introduction à l'étude du droit », Cours, FADESP-UAC, 2009-2010, p. 11.

35 *Idem*.

36 B. PETIT, *Introduction générale au droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 8^{ème} édition, septembre 2015, p. 27.

37 J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, n° 8 cités par Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, p. 20.

38 « Nul n'est censé ignorer la loi » (*Nemo censetur ignorare legem*). Ce qui reste une fiction juridique conçue pour éviter d'échapper à l'application de la loi sous prétexte de sa méconnaissance.

39 La règle de droit peut s'appliquer à un groupe de personnes : salariés, propriétaires, médecins, employeurs, conducteurs d'automobiles, etc.

40 P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, p. 20 qui se réfère à A. TUNC, « Le droit en miettes », *APD*, tome 22, 1977, p. 31.

41 Nous faisons ici allusion au Code civil de 1804 applicable en Afrique Occidentale Française (AOF).

42 Article 1134 al. 1^{er} : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

43 Voir pour ce développement LexisNexis, *JCP Civil*, Fascicule 20.

44 Selon M. GHESTIN, seules peuvent être nommées « parties au contrat » les personnes qui ont pouvoir de modifier ou d'anéantir le contrat par accord de volontés.

En dehors du caractère général retenu comme critère essentiel de qualification d'une règle juridique, le caractère impersonnel qui s'y rajoute généralement vient clore ici le débat. Le contrat de commerce international (tout comme les contrats internes) ne porte non seulement pas en lui les germes de règles à caractère général, mais ne prévoit que pour les parties qui l'ont signé alors que par exemple, la loi (source du droit par excellence) s'impose d'autorité à des personnes qui y sont directement étrangères.

Le contrat de commerce international n'est donc pas source de normes générales, ni de normes impersonnelles. Il faut toutefois nuancer puisqu'à l'inverse, les contrats collectifs produisent des effets à l'égard des personnes qui ne les ont pas signés et à l'égard davantage de personnes.

Il y a en outre les chaînes de contrat qui peuvent couvrir une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats. Mais à y voir de plus près, l'assimilation des membres de la chaîne de contrats à des parties contractantes n'est pas d'une si grande utilité⁴⁵. En effet, pour les contractants principaux, lors de la conclusion de leur contrat, le sous-contrat n'existait même pas. Il est donc impossible de concevoir qu'ils aient accepté d'y devenir parties lors de la conclusion de leur propre contrat⁴⁶.

Plus présents dans les domaines de l'assurance et du travail, les contrats collectifs⁴⁷ semblent aussi, tout au moins à première vue, déroger au principe de l'effet relatif des contrats de commerce international. Le contrat collectif implique en effet, fréquemment la participation d'une partie qui agit pour d'autres. Le contrat collectif occupe selon C. Delforge une position intermédiaire entre source

du droit et sources de droits subjectifs car il produit des règles générales⁴⁸. Plusieurs législateurs ont clairement consacré les conventions collectives du travail parmi les sources du droit. Celles-ci sont en effet issues tant de techniques contractuelles que de techniques législatives. Il n'est pas exclu que des contrats collectifs soient passés dans le cadre du commerce international. Pour autant, il ne semble pas acceptable de tenir compte d'un cas exceptionnel pour conclure que les contrats de commerce international dans leur globalité, comportent des normes à caractère général.

2- L'intervention relative de l'autorité étatique

La qualification d'un contrat en tant que source du droit nécessite la découverte en son sein d'une structure d'obligations identique à celle contenue dans la loi. Les obligations souscrites par les parties constituent les composantes de cette structure, et l'un des éléments clés de ladite structure reste la contrainte, la sanction.

La règle de droit est en effet obligatoire et contraignante. Mais à proprement parler, le caractère obligatoire « n'apparaît [...] pas comme le critère du juridique »⁴⁹. Au demeurant, la norme issue d'un contrat doit être respectée, peu importe qu'elle soit négociée et acceptée ou imposée. C'est donc le caractère coercitif qui est reconnu comme spécifique aux règles juridiques.⁵⁰

Mais il existe une controverse sur la place de la sanction dans le processus de qualification d'une règle juridique. Pour certains auteurs en effet, la sanction étatique caractérise la norme juridique alors que pour d'autres⁵¹ elle est la conséquence

45 S. SERAGELDIN, *Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats*, Thèse, Université Lyon III, 2014, p.31.

46 Il convient de noter qu'au nom d'une application stricte du principe de l'effet relatif, chaque contrat de l'ensemble ne devrait produire d'effets qu'à l'égard de ses contractants.

47 J. BAUDOUIN, P. JOBIN et N. VEZINA définissent le contrat collectif comme celui par lequel : « [...] tout un groupe de personnes [...] se trouvent liées par un contrat conclu pour elles par un ou plusieurs représentants. Par une sorte de fiction légale, l'effet d'une telle convention dépasse donc les limites normales de la représentation pour s'étendre à des personnes qui n'ont pas donné individuellement le pouvoir de les représenter ».

48 C. DELFORGE, « Le contrat aujourd'hui », *Les sources du droit revisitées*, Volume 2 *normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, ANTHEMIS, 2012, p. 838.

49 S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, *Introduction générale au droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 9^e éd., 2015, p. 29

50 *Idem*.

51 Pour F. TERRE cité par S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, *Introduction générale au droit*, Gualino, 9^e éd., 2015-2016, p. 33, « une conduite juridique n'est pas telle par la vertu de l'autorité étatique, de l'autorité publique mais elle est sanctionnée par l'autorité publique parce qu'elle est une conduite juridique. ». Pour G. MARTY et P. RAYNAUD cités par S. DRUFFIN-BRICCA et L.-C. HENRY, *Introduction*

de la nature juridique d'une norme. Bref, l'on peut retenir que pour être règle de droit dans la conception commune, la norme doit être assortie de sanctions⁵² déterminées par l'autorité publique⁵³. Et cette sanction de l'autorité publique serait, de l'avis général, le critère décisif de la juridicité⁵⁴ d'une norme⁵⁵.

Ce qui importe ici, c'est de savoir si l'autorité étatique intervient pour sanctionner la violation du contrat de commerce international. Déjà, face à la controverse née du positionnement en amont ou en aval de la sanction étatique par rapport à la règle juridique, un autre critère a été proposé. C'est l'intervention du juge. Qu'en est-il de ce critère quant au contrat de commerce international ?

Lorsqu'une des parties au contrat ne respecte pas ses obligations, l'autre partie peut mettre en œuvre un mécanisme de justice privée telle que l'application d'une clause pénale ou l'application d'une clause résolutoire. Cependant, ce choix peut se révéler inefficace et une sanction étatique plus complète peut être nécessaire. Ainsi, la partie qui s'estime trompée peut alors saisir le juge étatique prévu au contrat par une clause de juridiction étatique, soit n'importe quel autre juge dans l'hypothèse de l'absence d'une telle clause.

Le juge saisi vérifiera nécessairement avant tout examen au fond sa compétence par la règle de conflits de juridiction. Finalement, l'hypothèse de l'application de la loi nationale conduira à la condamnation de la partie fautive par une sanction civile qui sera revêtue de l'autorité de la chose jugée après épuisement de toutes les voies de recours et dont l'exécution peut bénéficier du concours de la force publique. Ce schéma est assimilable à celui

applicable à la violation d'une règle de droit en ce qu'il comporte une sanction civile pouvant bénéficier d'une exécution forcée.

La partie au contrat non satisfaite de l'exécution du contrat par son cocontractant peut également saisir une juridiction arbitrale⁵⁶ chargée d'appliquer la loi nationale. Hormis les avantages connus de l'arbitrage, le résultat sera l'obtention d'une sentence arbitrale condamnant la partie fautive à une sanction civile qui pourra également bénéficier du concours de la force publique après *exequatur*⁵⁷ en cas de résistance dans la mise en œuvre⁵⁸. Même si la sanction provient d'une juridiction arbitrale, ce fait seul ne suffit pas à enlever ici le caractère juridique de la règle du contrat qui a sanctionné.

Il faut donc relever que le caractère étatique de la sanction de la règle de droit est relatif puisqu'il existe des règles de droit qui sont sanctionnées par des organes non étatiques, de même qu'il en existe qui n'ont pas du tout de sanction⁵⁹. Au demeurant, en droit interne, de nombreuses règles sont dépourvues de toute sanction sans pour autant qu'elles perdent leur juridicité. En définitive, la norme issue du contrat ne serait-elle pas bien comparable à la règle de droit en ce que sa violation peut être sanctionnée par l'Etat ou par un arbitre ?

Le doyen J. Carbonnier donne une idée de la réponse. Il affirme que « dès qu'une relation entre deux personnes peut faire l'objet d'un débat devant une tierce personne qui tranchera, on doit conclure qu'elle n'appartient plus au domaine des mœurs, mais est entrée dans le royaume incertain du droit »⁶⁰. En d'autres termes, le juge ici n'est pas

générale au droit, Gualino, 9^e éd., 2015-2016, p. 33, « une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique ». G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1972, n° 34.

52 Il faut distinguer deux types de sanctions à savoir, les sanctions civiles ou administratives et les sanctions pénales.

53 *Idem.*, p. 29

54 B. PETIT, *Introduction générale au droit*, 8^e éd. Presses universitaires de Grenoble, 2015, n° 39, p. 34.

55 Notons que la sanction étatique vise trois objectifs qui peuvent être cumulatifs, l'exécution, la punition, et la réparation.

56 La Cour de cassation considère qu'un Tribunal arbitral est une juridiction et qu'un tribunal arbitral international est une juridiction internationale autonome. (Voir Civ. 1, 12 oct. 2011, 11-11058, Sté Elf Aquitaine, *RCDIP* 2012. 121, note H. MUIR WATT).

57 Voir les articles 1559 et suivants du Code de procédure civile.

58 Il faut signaler qu'il y souvent peu de résistance à l'application des sentences arbitrales.

59 En exemple, l'Etat n'intervient pas directement en cas de sanctions disciplinaires par des corps ou ordres professionnels, en cas d'arbitrage et en cas de légitime. Il exerce bien souvent un contrôle de ces sanctions. Son intervention n'est donc pas directe. Il a un contrôle indirect.

60 J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, pp.

obligatoirement le juge étatique. Il peut être un arbitre ou un ordre professionnel. Le critère du juridique serait alors la « justiciabilité »⁶¹. Or, la justiciabilité n'est pas le monopole de la règle de droit. La norme contractuelle est tout aussi justiciable que la règle de droit.

Il convient alors de nuancer le critère de l'intervention du juge selon lequel, seules les normes qui peuvent donner lieu à l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé soient juridiques⁶². L'intervention du juge étatique étant définitivement relative, elle ne saurait être un critère déterminant dans l'identification de la règle juridique.

Des critères de la règle de droit retenus à savoir « général », « obligatoire » et « contraignante », seule la généralité fait défaut à la norme contractuelle du commerce international. Si l'on considère, comme le soutiennent différents auteurs, que le critère déterminant est la sanction étatique directe ou indirecte, le contrat de commerce international aura toute sa place parmi les sources du droit dans l'ordre juridique national. En revanche si l'on considère que les critères sont cumulatifs, on aura alors du mal à retenir que le contrat de commerce international est source du droit. Au vrai, les critères retenus sont exclusivement relatifs à la loi, source par excellence du droit. Les autres sources unanimement admises ne chaussent pas forcément ces critères.

Dès lors, le contrat de commerce international ne peut-il pas s'aligner comme source du droit à partir des thèses soutenues sur la jurisprudence et la doctrine ?

B- LA RECHERCHE DE CRITÈRES D'ACCEPTABILITÉ

La jurisprudence et la doctrine sont citées comme sources du droit, mais au regard de caractères dis-

tingts de ceux de la loi. Ces traits de caractère sont donc déterminants pour détenir cette qualification. Or, en tentant un rapprochement entre ceux-ci et le contrat de commerce international, l'arrimage demeure difficile (1) à une seule différence : le contrat de commerce international jouit tout comme la doctrine d'une autorité (2) qui pourrait également être considérée comme l'élément propre à le qualifier à la fonction de source du droit.

1- Le difficile arrimage à la jurisprudence et à la doctrine

La jurisprudence⁶³ et la doctrine ne se glissent « pas facilement dans les canons des sources du droit »⁶⁴ auxquels répond essentiellement la loi. Et pourtant, en dépit des multiples controverses à leur sujet, elles sont communément citées comme sources du droit⁶⁵. Il semble que ce sont d'autres instruments de mesure qui sont utilisés les concernant. D'ailleurs, le contrat de commerce international n'entre pas non plus dans ces nouvelles moules. La convergence avec la jurisprudence est impossible et la comparaison possible avec la doctrine a bien des limites. La démonstration n'est d'ailleurs pas très complexe.

a) Le difficile arrimage à la jurisprudence

La jurisprudence est reconnue comme source du droit parce que répondant à deux conditions à savoir : « la capacité de passer du particulier au général et la capacité de passer de l'autorité relative de la chose jugée à la force obligatoire »⁶⁶. On en revient aux critères classiques de la source du droit à la différence qu'ils ne sont vérifiés que dans leur potentiel, dans l'aptitude à les atteindre et non pas dans leur existence même. La jurisprudence a cette capacité à passer du particulier au général à cause

192 et s.

61 H. KANTOROWICZ, *The definition of law*, Cambridge, A. H. Campbell, 1978, p. 192, cite par S. DRUFFIN-BRICCA et L-C HENRY, *Introduction générale au droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 9^e éd., 2015-2016, p. 33.

62 S. DRUFFIN-BRICCA et L-C HENRY, *Introduction générale au droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 9^e éd., 2015-2016, p. 33.

63 Comprise par certains comme une science, mieux une prudence, une connaissance pratique du juste et de l'injuste, la jurisprudence est définie, au sens extensif comme la somme de décisions de justice.

64 S. DRUFFIN-BRICCA et L-C. HENRY, *Introduction générale au droit*, Ville, Gualino, 9^e éd., 2015-2016, p. 123.

65 Même les auteurs qui ne les considèrent pas en tant que tel, les étudient tout de même lorsqu'il s'agit d'étudier les sources du droit.

66 S. DRUFFIN-BRICCA et L-C HENRY, *Introduction générale au droit*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 9^e éd., 2015, p. 123.

de la motivation des décisions⁶⁷, de la dissociation entre le fait et le droit devant la Cour de cassation⁶⁸ et à cause du formalisme juridictionnel⁶⁹.

Cependant, la confidentialité des contrats d'affaires et la mauvaise diffusion des sentences arbitrales sont contraires à la naissance et au développement des capacités dont jouit la jurisprudence pour être considérée comme source du droit. La façon dont le secret d'affaire est traité dans les contrats de commerce international en dit long. Le secret d'affaire, ce sont les secrets de fabrication, les secrets industriels, les secrets commerciaux, les méthodes de prospection, de vente, de distribution, de stratégies publicitaires, ce sont les listes de fournisseurs, de clients, les commandes etc. Ce secret « est vital aux affaires »⁷⁰. Reconnu en tant que tel, il est pris en compte au niveau international et protégé.

En matière de propriété intellectuelle, l'accord de l'OMC sur les ADPIC⁷¹ permet une protection des secrets d'affaires qui comprennent ici les secrets commerciaux et les autres types de renseignements non divulgués ayant une valeur commerciale⁷². En outre, les principes UNIDROIT énoncent : « Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas divulguer ni l'utiliser de façon

indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie ».⁷³

Ainsi, dans la plupart des contrats d'affaires, les parties préfèrent organiser une protection conventionnelle du secret à travers la clause de confidentialité encore appelée « clause de secret », de « non-divulgaration », « de discrétion » ou de « non-communication »⁷⁴. Pour éviter de se voir infliger des sanctions, les parties au contrat s'abstiendront de faire connaître l'existence et la teneur de leur contrat. En conséquence, le contrat sera démuné avant même sa signature, de capacité à se répandre. Le contrat est ainsi condamné à ne jamais être connu et exploité par d'autres acteurs que par ceux qui y ont pris part. Lorsqu'un litige survient, les acteurs ne s'adresseront généralement pas à un tiers, juge ou arbitre « sans doute parce que les bénéficiaires ne désirent pas médiatiser le litige et préfèrent des arrangements amiables »⁷⁵. Et s'ils se résolvent à faire trancher le litige, ils se tourneront le plus souvent vers une juridiction arbitrale qui saura leur garantir la non-diffusion du litige et du contrat ; « l'arbitrage étant une procédure confidentielle »⁷⁶.

Sous un autre angle, nombre d'auteurs ne légitiment un élément en tant que source du droit qu'au regard de l'attitude du juge⁷⁷ à son égard. Selon que le juge valide ou non les effets d'une recommandation, d'une clause, elle sera ou non reconnue comme source du droit. La reconnaissance de la validité d'une force créatrice du droit ne pourra se faire que pour autant que la sentence de l'arbitre soit diffusée, que le contrat objet du litige ou la clause objet du litige soit diffusé et qu'ensuite un juge se l'approprie.

67 Le juge ne peut refuser de rendre une décision au motif de l'absence de texte. En effet, aux termes de l'article 4 du Code civil, « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » Le juge est donc contraint de juger. Pour juger, il est obligé de se référer à la règle de droit générale applicable. Lorsque cette règle n'existe pas, il doit en créer une.

68 La Cour de cassation qui prend un arrêt ne le prend pas en tenant compte des faits. L'arrêt se détache des faits et contient une part de généralité.

69 Les arrêts de la Cour de cassation sont rendus au visa d'un texte et d'attendus qui se situent en début de la décision. Ce qui permet de distinguer la règle de droit et les faits de l'espèce. Cela renforce le caractère général de la règle ou du principe édicté. Certains arrêts sont publiés. Le parallélisme peut être établi avec la publication des lois.

70 A. BESSONNET et P. E. LAMY, *Contrats d'affaires internationaux : guide pratique pour négocier et rédiger*, Paris, Pearson, 2^{ème} édition, Pearson, 2008, p. 140.

71 ADPIC : Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce

72 Accord du 15 avril 1994 « sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

73 Commentaire article 2.16 Principes UNIDROIT relatifs aux négociations de contrat du commerce international.

74 C.CASEAU-ROCHE, « La clause de confidentialité », AJ Contrats d'affaires – Concurrence-Distribution, 2014, p. 119.

75 C. CASEAU-ROCHE, « La clause de confidentialité », AJ Contrats d'affaires – Concurrence-Distribution, 2014, p. 119.

76 J-B. RACINE et F. SLIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2011, p. 182.

77 Le juge dans le domaine du commerce international sera remplacé par l'arbitre. Car la plupart des litiges commerciaux sont soumis à l'arbitrage plutôt qu'à un juge étatique.

Au vrai, pour passer de la relativité à la généralité et d'une autorité relative à une force obligatoire, le contrat de commerce international doit passer par l'appréciation d'un juge étatique. Or, tel que nous venons de le démontrer, la confidentialité des contrats de commerce international rend difficile leur arrimage à la jurisprudence.

b) Le difficile arrimage à la doctrine

Le vocabulaire juridique définit la doctrine comme l'« opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent le Droit. En ce sens, doctrine s'oppose à jurisprudence »⁷⁸. Elle a un rôle important dans la mesure où elle propose des constructions cohérentes, elle systématise, elle critique, elle prospecte⁷⁹. Pourtant, la qualité de la doctrine en tant que source du droit ne fait pas l'unanimité.

Sur cette question, les auteurs divergent. Selon certains, plus catégoriques, la doctrine n'est pas une source du droit⁸⁰ mais représente tout de même une autorité⁸¹. Muriel Parquet affirme d'emblée que la doctrine n'a jamais été considérée comme source du droit dans le système français⁸². D'autres, plus souples, la considèrent comme une source du droit. Pour G. Goubeaux, « Doctrine et jurisprudence se sont ainsi confortées mutuellement et ont conquis en fait une place dans les sources du droit qui ne correspond pas à leur position théori-

quement effacée par rapport à la loi »⁸³. S. Goltzberg⁸⁴ soutient ce qui suit : « Sans être une source du droit, la doctrine se classe dans le groupe des sources du droit, dans la mesure où elle contribue à la formation du droit, par exemple, en proposant des interprétations du droit positif et en suggérant l'adoption de nouvelles règles de droit ».

Au fond, peu nient que la doctrine fait autorité ; ce qui signifie qu'elle s'impose qu'on le veuille ou non et qu'elle ne peut être ignorée. On reconnaît presque naturellement l'influence de la doctrine sur le juge⁸⁵ et sur le législateur. En effet, les magistrats se réfèrent parfois à des opinions doctrinales pour se faire leur propre opinion ou pour adopter une position doctrinale. Il arrive qu'une partie à un procès produise une consultation faite par un grand auteur pour pouvoir soutenir son argument. La doctrine incite aux réformes et parfois y participe.

Le contrat de commerce international peut établir une relation innovante entre les parties. Le législateur peut saisir. Mais la distance entre le contrat de type nouveau et le législateur est importante et pas assurée. Il faut d'abord que le contrat établi soit connu. Et l'on se heurte encore au sempiternel obstacle de la confidentialité des contrats de commerce international. Il faut ensuite que le contrat soit largement diffusé lorsque cet obstacle est levé. Or, il n'existe pas de canal de diffusion directe des contrats internationaux⁸⁶. Il faudra enfin que la doctrine veuille bien, par son influence, toucher le législateur à ce propos. En d'autres termes, l'influence du contrat de commerce international sur le législateur reste hypothétique.

⁷⁸ Sous la direction de G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF 9^e éd., 2011.

⁷⁹ La doctrine est également définie comme les opinions émises sur le droit par ses spécialistes que sont les enseignants, les magistrats, les membres des professions judiciaires, les auteurs de thèses. Ses opinions sont publiées par des éditeurs spécialisés sous forme d'ouvrages généraux, d'ouvrages spécialisés, de monographies ou dans des revues juridiques générale ou spécialisées.

⁸⁰ P. MALAURIE, « La révolution des sources », *Petites affiches*, 25 juillet 2006, n° 147, p. 10. Voir aussi D. MAINGUY, *Introduction générale au droit*, Paris, 6^{ème} Ed., LexisNexis, 2013, p. 288.

⁸¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, tome 1, Paris, PUF, coll. Quadrige, Réédition 2004 en 2 volumes, n° 142 et s.

⁸² M. PARQUET, *Introduction générale au droit*, Rosny-sous-Bois, Bréal, 7^e éd, 2013, p. 47.

⁸³ G. GOUBEAUX, « Il était une fois...la Doctrine », *RTD Civ.* 2004, p. 239.

⁸⁴ J. MUMPWENA NSULUNG, « Stefan GOLTZBERG, Les Sources du droit », Questions de communication [En ligne], 2017, mis en ligne le 01 septembre 2017, consulté le 27 septembre 2021. URL: <http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/11326>; DOI: <https://doi.org/10.4000/questionsdecommunication.11326>

⁸⁵ G. CANIVET, « La Cour de cassation et la doctrine », *Mélanges Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 373 et s., P. Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », Dalloz. 2003, chron. 2839.

⁸⁶ Personne n'irait mettre son contrat sur la place du marché.

En toute hypothèse, si l'autorité n'est pas considérée comme un critère suffisant de source du droit, elle a sans doute une relation forte avec celle-ci. Or, on reconnaît au contrat de l'autorité dans l'ordre juridique subjectif. Au demeurant, n'est-ce pas source du droit, tout dispositif de normes suscitant le débat sur sa qualité de source ? Le contrat de commerce international n'est-il pas *a minima* une source d'inspiration du droit ?

2- L'autorité du contrat de commerce international⁸⁷

L. Izac affirme dans sa thèse qu'« au sein de la matière juridique, trois sources se sont toujours disputé le premier rang d'autorité. Si, au fil de l'Histoire, leur importance a varié, loi, doctrine et jurisprudence ont toujours trouvé une place parmi les figures d'autorité du droit. »⁸⁸ Bien plus que l'autorité reconnue pour la doctrine, c'est l'autorité vue en tant que constante des sources du droit qui aurait pu nous intéresser. Ce trait de caractère commun sera mis de côté car son analyse n'apporterait pas grand-chose au sujet étant donné qu'à l'autorité se rajouterait les traits qui ont été déjà analysés et qui distinguent la loi, la jurisprudence et la doctrine du contrat de commerce international. L'autorité intéressante ici est celle spécifique au contrat dans l'ordre juridique.

L'exclusion du contrat en tant que source du droit résulte, si l'on s'en réfère à la théorie kelsénienne⁸⁹, de l'idée qu'aucune forme de subjectivisme juridique ne devrait être prise en compte dans la considération de la norme. Comme le rapporte L. Izac, Hans Kelsen a assimilé toute forme de subjectivisme juridique à une expression résiduelle de jus-naturalisme. Or, il s'agissait pour Hans Kelsen d'en bannir toute forme au sein de sa théorie afin qu'elle puisse atteindre l'objectivité propre à une véritable science juridique⁹⁰. Selon la pyramide

des normes de Kelsen, la norme est qualifiée en tant que telle à cause de l'habilitation reçue par l'organe administratif qui l'a prise par une norme déjà en vigueur. Ce qui fait, selon lui, la juridicité d'une norme, c'est son existence en vertu d'une norme dite supérieure. « Le Droit règle lui-même sa propre création »⁹¹.

En se référant toujours à la pyramide de Hans Kelsen, le contrat de commerce international ne peut être source du droit car non seulement il n'habilite pas, mais ne procède pas non plus d'une habilitation. Raisonner ainsi engendre des inconvénients dans la compréhension du droit comme le démontre L. Izac. Selon lui, la théorie de H. Kelsen rejette les droits subjectifs comme concept propre et nie le sujet de droit. Dès lors, il importe de réparer ces failles en proposant la reconstruction d'un système juridique complété. Ce qui passe par l'élaboration d'une dimension subjective de l'ordre juridique et l'intégration de l'ordre juridique subjectif au sein du système juridique.

Pour ce faire L. Izac montre qu'il y a une hétérogénéité des actes juridiques⁹² qui met déjà à mal la construction purement unitaire de l'ordre juridique kelsien et fait envisager une dualité au sein même des « sources » qui alimentent l'ordre juridique. Cette première étape franchie, l'auteur associe à l'existence de l'hétérogénéité des actes juridiques, une structure dualiste de l'ordre juridique. L'ordre juridique qui se rajouterait serait alors l'ordre juridique subjectif⁹³. L. Izac établit sa conception et relève son identité propre⁹⁴. Le lien entre les contrats, actes-décision est établi avec l'ordre juridique subjectif. En effet, les actes-décisions sont des situations juridiques, objet propre de l'ordre juridique subjectif, cet ordre juridique dont il sera prouvé qu'il est intégré au système juridique⁹⁵. Dès lors,

87 L. IZAC, *L'autorité du contrat. Essai d'une théorie de l'ordre juridique subjectif*, Thèse, Université de sciences sociales de Toulouse 1, 2006, p. 6.

88 L. IZAC, *L'autorité du contrat. Essai d'une théorie de l'ordre juridique subjectif*, Thèse, Université de sciences sociales de Toulouse 1, 2006, p. 6.

89 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Franz Deuticke, 1934 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. Fr. H. THEVENAZ, 1998 (1953).

90 *Idem*, p. 147

91 *Idem.*, p. 158.

92 Selon l'auteur, les actes juridiques contiennent des prescriptions qui peuvent se répartir en deux catégories, celle des règles et celle des décisions selon la théorie et les critères développés par Pierre MEYER. Cette théorie peut s'appliquer au contrat et conduit à retenir que le contrat est la manifestation majeure de l'acte-décision de droit privé.

93 L. IZAC, *L'autorité du contrat. Essai d'une théorie de l'ordre juridique subjectif*, Thèse, Université de sciences sociales de Toulouse 1, 2006, p. 307.

94 *Idem*, pp. 309 à 329.

95 Selon l'auteur de la thèse, les actes-règles et les actes-décisions

l'autorité du contrat ne saurait plus être contestée.

Elle sera d'ailleurs enfin soutenue par la preuve de l'action du contrat sur l'ordre juridique subjectif et la réaction de l'ordre juridique subjectif.

Le contrat de commerce international résulterait alors, selon l'auteur, d'une volonté évidente de création d'une réalité juridique « nouvelle » par la modification de la situation juridique des parties et des choses qui dépendent d'elles. La situation juridique nouvelle créée par la volonté précède la transformation de l'état du monde matériel. La dernière phase du processus contractuel se trouve dans la réalisation de l'acte, dans les résultats matériels obtenus et qui avaient déterminé l'accord. L'ordre juridique subjectif est ainsi déterminé et transformé d'autorité par le contrat. Il réagira à cette transformation en offrant une garantie d'effectivité matérielle.

Récapitulons. « L'article 1134 du Code civil pare l'accord des parties d'un manteau législatif propre à leur rappeler qu'une fois leur engagement scellé par le droit, elles lui devront un respect comparable à celui dû à la Loi elle-même »⁹⁶. Ce manteau législatif crée l'autorité du contrat. Le contrat a de l'autorité parce qu'il doit impérativement être respecté en dehors des risques⁹⁷ du contrat. Son respect est garanti par le système juridique qui offre notamment le droit d'agir en justice en cas d'inexécution et de bien multiples autres mesures de garanties.

Si l'exécution spontanée du contrat est également l'expression de son autorité, c'est bien plus dans la reconnaissance du droit d'action en justice pour obtenir cette exécution que se situe l'autorité que donne le système juridique au contrat. Ce droit qui

semble être latent en raison de ce que l'intérêt de l'action du plaignant doit être né et actuel, ne l'est pas véritablement. C'est un droit qui naît en même temps que le droit subjectif substantiel énoncé dans le contrat car en réalité ce n'est que pour des raisons de pragmatisme judiciaire que d'une véritable contingence liée au fonctionnement du système juridique que la condition de l'intérêt né et actuel a été érigée.

A l'analyse, dans l'ordre juridique interne, le contrat de commerce international est contesté en tant que source du droit. Plusieurs arguments militent en faveur de cette contestation. Toutefois, il semble que le débat ne soit pas fermé. La jurisprudence et la doctrine n'ont-elles pas emprunté le même parcours avant d'être quasiment admises comme sources du droit. Le contrat de commerce international est peut-être une source potentielle du droit dans l'ordre juridique interne ou du moins une candidate aux sources du droit dont l'admission reste à être acceptée.

II- L'ECHO RELATIF DANS LA *LEX MERCATORIA*

Le terme *lex mercatoria* qui signifie lois des marchands a été proposé par B. Goldman⁹⁸ et M. Schmitthoff⁹⁹ dans les années 1960. Le concept est utilisé pour désigner un ensemble de normes marchandes internationales¹⁰⁰ endogènes car créées ou mises en place par les acteurs mêmes du commerce international. La *lex mercatoria* est constituée de principes, de documents, de contract-types et de sentences arbitrales propres aux commerçants internationaux¹⁰¹. Les normes issues de la *lex mercatoria* sont mises en place par diverses organisations, par différents corps en des lieux différents sans qu'il y ait parfois des liens entre eux.

se répartissent respectivement dans l'ordre juridique objectif et dans l'ordre juridique subjectif. Le phénomène juridique ne peut être observé que sous ces deux angles et non sous l'angle objectif uniquement puisque l'un ne va pas sans l'autre et que « l'ordre juridique subjectif se comporte tel un prisme interposé entre les normes et le fait ».

⁹⁶ L. IZAC, *op.cit.*, page 424 qui renvoie pour plus d'éclaircissement sur le caractère métaphorique de la formule et sa signification à J. P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil », *RTDC* 2001, pp. 267 et suivants., spéc. N° 2.

⁹⁷ Nous parlons ici des risques tels que la survenance de la force majeure, l'insolvabilité du débiteur.

⁹⁸ B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Arch. Phil. Droit*, 1963, p. 320.

⁹⁹ C.-M. SCHMITTHOFF, *The source of the Law of International Trade*, International Association of Legal Science, London, Stevens and Sons, 1964 consécutif à un colloque organisé au King's College de Londres.

¹⁰⁰ Il y a une importante bibliographie sur la *lex mercatoria*.

¹⁰¹ V.L.D. WILKINSON, « The New Lex Mercatoria : Reality or Academic Fantasy ? », *12 Journal of International Arbitration* 103, 105 (1995).

Ces normes s'imposent à des degrés divers car leur autorité n'est pas toujours évidente, ni certaine. Dès lors, dans un tel contexte, on peut bien affirmer qu'il y a une absence de repères établis **(A)** pour apprécier la juridicité des normes notamment celles issues des contrats de commerce international. Il est cependant admis que certains contrats de commerce internationaux de nos jours ont une propension particulière à l'expansion, à la prospective **(B)** qui font croire à une nouvelle forme de juridicité.

A- L'ABSENCE DE REPÈRES ÉTABLIS

L'existence, la nature et la portée de la *lex mercatoria* ont fait l'objet de vifs débats en droit du commerce international dans les années 1980 comme le rappellent les auteurs de *Droit international du commerce* sous la direction de J. Beguin et M. Menjucq¹⁰². Les tensions se sont depuis apaisées mais le débat subsiste sur la juridicité de la *lex mercatoria*¹⁰³. Alors que les uns soutiennent que la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique, les autres soutiennent le contraire. Certains auteurs travaillent quant à eux à construire cet ordre¹⁰⁴. Il en ressort que la *lex mercatoria* est un ordre juridique controversé **(1)** et qu'une véritable théorie des sources ne peut exister dans ces conditions **(2)**.

1- Un ordre juridique mercatique controversé

« Il n'y a pas de normes juridiques parce qu'il existe des normes juridiques distinctes de normes non juridiques, mais il existe des normes juridiques parce qu'il existe des ordres juridiques distincts des ordres non juridiques. Le terme « droit », dans son sens le plus courant de « droit objectif », indique un type de système normatif et non pas un type de norme »¹⁰⁵. Si on admet que la juridicité

d'une norme résulte de ce qu'elle provient d'un ordre juridique qui fournit lui-même ses critères de la norme juridique, le droit et la norme juridique peuvent donc être perçus différemment suivant la position dans laquelle on se place pour les observer selon qu'il existe ou non un ordre juridique et selon l'ordre juridique concerné.

Il conviendra dès lors de comprendre ce qui peut être qualifié d'ordre juridique. Puis, de mesurer l'existence ou non d'un ordre juridique mercatique. Finalement, il faudra trouver réponse à la question de savoir si la *lex mercatoria* pourrait être un ordre juridique ou non.

En effet, c'est déjà au début des années 1960 que B. Goldman voit en la *lex mercatoria* un ordre juridique autonome après l'avoir exclu en tant que tel. B. Goldman admet en effet que « la *lex mercatoria* remplit bien la fonction d'un ensemble de règles de droit »¹⁰⁶. Loussouan et Bedin sont également des mercatoristes qui pensent que « le droit du commerce international tend vers la constitution d'un droit matériel dépassant les frontières étatiques, régissant spécialement les relations internationales. »¹⁰⁷. M. Batiffol défend aussi la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique lorsqu'il affirme que « dans la mesure où l'expérience peut révéler l' inadéquation des droits étatiques à régir les relations de cette catégorie qui ne les relient substantiellement à aucun système étatique déterminé, on peut concevoir la formation d'un système juridique. »

M-P. Kahn admettait lui aussi la *lex mercatoria* comme étant un ordre juridique. Cet ordre, selon lui, s'imposait comme un « ordre agressif, dynamique, affrontant directement ses concurrents »¹⁰⁸. Plus récemment, la juridicité de la *lex mercatoria* a été soutenue¹⁰⁹. Un autre auteur a également ad-

naire de la culture juridique, p. 1115.

102 J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Paris, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2011, p. 57.

103 K. JACQUET-SANO, la juridicité de la *lex mercatoria*, Thèse, Université de Nantes, 1998.

104 F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 24, Paris, LGDJ, 1992.

105 N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giapichelli, 1960, § 54, cité par C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Diction-*

106 M. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalités et perspectives*, JDI 1979, p. 499.

107 Y. LOUSSOUARN et J. BREDIN, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 1969, n°5, p.11.

108 M-P. KHAN à l'occasion d'une présentation d'une étude synthétique des éléments de la *lex mercatoria*.

109 K. JACQUET-SANO, *La juridicité de la lex mercatoria*, Thèse, Université de Nantes, 1998.

mis que la *lex mercatoria* est un ordre juridique et a travaillé à son étude en tant que tel¹¹⁰.

Or, comme le souligne le doyen E. Millard, la notion d'ordre juridique est diversement comprise dans la théorie du droit. Cette diversité des compréhensions sur l'ordre juridique a conduit un auteur à proposer une conception plutôt large de cette notion. Selon ce dernier, l'ordre juridique serait « un ensemble de normes - coordonnées et unitaires - applicable dans un ensemble cohérent de sources de normes applicables à une communauté homogène de sujets de droit »¹¹¹. Cette large définition nous renseigne quelque peu par les critères de coordination, d'unité et de cohérence. Selon cette définition, l'ordre juridique s'assimilerait à un système. C'est ce que retient d'ailleurs Charles Leben dans sa définition large de l'ordre juridique dans son étude sur les doctrines de l'ordre juridique¹¹² : « On appelle ordre juridique l'ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté ».

L'ordre juridique est donc avant tout un système. Selon J. Combacau, le système dans son sens assez large est « un ensemble dont les éléments ne s'agrègent pas au hasard mais constituent un « ordre » en ce qu'ils sont reliés les uns aux autres et à l'ensemble lui-même par des liens tels qu'on ne peut envisager l'un de ces éléments isolés de son entourage sans l'analyser faussement »¹¹³.

Dans une approche plus précise, deux types de théories se succèdent s'agissant de la conception de l'ordre juridique : les théories normativistes et les théories post normativistes. Les théories normativistes développées par H. Kelsen, L. Hart et N. Bobbio, Kelsen en étant le précurseur, conçoivent

l'ordre juridique comme un ensemble de normes. Pour Kelsen, l'ordre juridique qui est un ensemble de normes est aussi un ordre de contrainte de la conduite humaine. Ainsi, selon Kelsen, l'ordre juridique est un « système de normes de contrainte efficace »¹¹⁴. Pour Kelsen, la contrainte est le « criterium décisif »¹¹⁵ de l'ordre juridique. La juridicité d'une norme découle du fait que sa violation entraînera une sanction. Hart se distingue de Kelsen en ce qu'il désapprouve la sanction comme critère décisif de la règle juridique. Il pense que la façon dont le droit opère doit être prise en compte. Et Hart n'est pas le seul.

Dans son article sur « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », Jean du Bois de Gaudusson déconstruit l'idée même qu'il y ait un ordre juridique unique étatique. Il estime que l'ordre juridique national ne se résume plus à l'ordre juridique étatique et qu'il devient un ordre pluri-juridique dans lequel se retrouveraient tous les ordres juridiques de l'État, à qui il reviendrait de renégocier son rôle, et ceux non régulés de l'interne par l'État¹¹⁶. Si l'homogénéité de l'ordre juridique national est autant remise en question, ce n'est pas celle d'un hypothétique ordre a-national qui ne sera pas contestée.

Les théories post normativistes soutiennent que l'ordre juridique n'est pas fait ou n'est pas exclusivement fait de normes. C'est le cas de P. Amselek qui démontre que les actes juridiques ne sont pas tous porteurs de normes au sens strict¹¹⁷. C'est aussi le cas de J. Combacau qui pense qu'un système juridique ne saurait être réduit à un système de normes, ou encore de R. Dworkin qui soutient que dans leur raisonnement les juges prennent

110 F. OSMAN, *Les principes de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 24, Paris, LGDJ, 1992.

111 B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 30.

112 C. LEBEN « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, Presses Universitaires de France, 2001/1, n° 33, pp. 19-40.

113 Jean COMBACAU, « Le droit international : Bric-à-brac ou système » in *Le système juridique*,

114 D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Paris, LGDJ, 2008, p. 20 ; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Franz Deuticke, 1934 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. Fr. H. THEVENAZ, 1998 (1953), p. 46.

115 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., Franz Deuticke, 1934 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1^{re} éd., trad. Fr. H. THEVENAZ, 1998 (1953), p. 48.

116 J. De GAUDUSSON, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs. Introduction thématique », in *Afrique contemporaine* 2014/2 (n° 250), paragraphe 31.

117 P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de C. EISENMANN », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris ; Aix-en-Provence, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 30-65, pp. 54, 60 et 65.

également en compte d'autres types de standards comme les « principes » ou les « politiques ».

Cela étant, la question est donc de savoir si la *lex mercatoria* est un ordre juridique ou non. La question a pendant longtemps fait débat et continue encore d'en faire. Il y a deux camps qui s'affrontent, les « mercatoristes » et les « antimercatoristes »¹¹⁸.

Les premiers soutiennent que la *lex mercatoria* est nécessaire et bénéficie d'une autonomie car les lois étatiques sont incapables de régir les rapports du commerce international, n'ayant été créées que pour les rapports internes. Elle constitue pour ceux-ci un ordre juridique complet ou en construction. Les seconds pensent que la *lex mercatoria* n'est qu'une construction idéologique vague sans existence véritable en l'absence de société des opérateurs du commerce international.

Parmi les opposants à la *lex mercatoria* comme ordre juridique, il y a A. Kassis. Il récuse l'autonomie de la *lex mercatoria* parce qu'il pense qu'aucune différence essentielle ne sépare les usages internes des usages commerciaux. Il en déduit que la jurisprudence arbitrale n'est pas une source du droit du commerce international et en conclut que dans le commerce international il n'y a que des usages commerciaux conventionnels mais qu'il n'existe ni *lex mercatoria*, ni droit national, ni droit transnational. C-M. Schmitthoff voit en la *lex mercatoria* un agrégat de normes de source internationale adaptées au droit du commerce international et non pas un ordre juridique¹¹⁹.

Les arguments des uns et des autres sont valables et c'est la synthèse de B. Oppetit que nous retiendrons. Pour B. Oppetit en effet « les diverses positions doctrinales ont en commun, en définitive, de professer une opinion à la fois nuancée et évolutive : la *lex mercatoria* ne constitue pas encore un système juridique complet, mais elle tend à le devenir, ce qui reste subordonné à un certain nombre

de conditions »¹²⁰. La *lex mercatoria* n'est donc pas encore un ordre juridique entier même si elle porte les germes d'un ordre juridique. Dans ces conditions de fortes controverses, il serait difficile de soutenir une théorie des sources du droit dans la *lex mercatoria*.

2- L'absence d'une théorie des sources mercatiques

Selon P. Jestaz, « une théorie juridique est une construction de l'esprit propre à justifier le résultat souhaité au regard de la technique juridique »¹²¹. La construction issue de la réflexion doit être cohérente et solide, de sorte qu'aucun autre raisonnement ne puisse tendre à la conduire à un résultat autre que celui auquel elle est sensée aboutir. Une théorie peut paraître fiable jusqu'à ce qu'elle soit remise en cause ou complétée. En droit, il y a un perpétuel mouvement et comme le souligne C. Delforge, « Rien n'est donné, rien n'est immuable ; nulle règle, nulle compréhension ne peuvent prétendre être « posées » avec la certitude de demeurer indéfiniment « adéquates » à leur objet »¹²².

La métaphore de la « source » évoque les rivières d'où jaillit le droit¹²³. Les sources du droit désignent ainsi les origines formelles ou matérielles des normes juridiques. Le fait d'être une source du droit se rapproche donc du fait d'émettre, de produire ou créer du droit. Et la fonction principale d'une théorie des sources est de permettre de repérer les prescriptions juridiques au sein des multiples productions sociales, de permettre de tracer les frontières du continent juridique sur la carte du monde social.

Les enjeux de la théorie des sources du droit sont liés au pouvoir de tracer les frontières externes du domaine juridique et d'en assurer la mise en ordre interne. La rivalité entre plusieurs théories des sources du droit en atteste. Ces théories véhiculent différentes conceptions de la société à partir d'une

118 Les expressions « mercatoristes » et « antimercatoristes » ont été utilisées par H. KENFACK, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 7^{ème} édition, 2019, p. 14.

119 C-M SCHMITTHOFF, *The source of the law of international Trade*, International Association of Legal Science, London, Stevens and Sons, 1964 consécutif à un colloque organisé au King's College de Londres.

120 B. OPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 61.

121 P. JESTAZ, *Le droit*, Paris, Editions DALLOZ, 2016, p. 109.

122 C. DELFORGE « Le contrat aujourd'hui » in *Les sources du droit revisitées*, tome 2, Bruxelles, Anthémis, 2012, p. 799.

123 R. SÈVE, « Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores », *Arch. phil., droit* 1982, p. 259.

question centrale : qui établit des règles de droit et comment ?

Chacun tend à privilégier une source du droit à partir de ses propres convictions et de l'ordre juridique au sein duquel il entend raisonner. L'Allemand Rudolf von Ihering considérait que la loi était la source principale du droit. Le Français H. Lévy-Bruhl donnait la primeur à la coutume. L'Autrichien devenu Britannique F. von Hayek considérait plutôt au prime abord la jurisprudence et l'ordre spontané des marchés.

Les théories des sources du droit (légalisme, contractualisme, etc.) expriment les courants idéologiques les plus divers. Il en résulte des tentatives visant à déconsidérer les sources concurrentes pour les placer sous l'emprise d'une source considérée comme primordiale.

Il existe toutefois une théorie classique des sources du droit dans l'ordre interne. Cette théorie est le positivisme légaliste du droit aux termes de laquelle, la norme juridique est uniquement définie en référence à un ordre juridique dont la caractéristique principale est l'efficacité et la sanction. De cette construction, il ressort que la loi et la coutume sont sources incontestables du droit. La jurisprudence et la doctrine sont des sources nouvelles du droit sujettes de moins en moins à discussion. Le contrat ou le contrat de commerce international n'est pas quant à lui source du droit même si de nouvelles théories se développent et tendent à en faire une source du droit.

En revenant dans le système mercatique international, si les pratiques contractuelles internationales organisées ou relativement spontanées sont d'une grande richesse inventive, elles ne semblent pas suffisantes pour alimenter une vraie théorie des sources mercatiques.

Il est en effet difficile de retrouver une construction qui réponde aux questions des origines d'un droit mercatique. D'une part, il est admis que la *lex mercatoria* n'est pas un ordre juridique certain. Elle n'a donc pas de juridicité, elle n'est pas du droit. Il ne peut donc y avoir une source du droit. Dans l'hypothèse même où il existerait quelque juridicité dans la *lex mercatoria*, quelles seraient les modalités de

production de ses normes juridiques mercatiques retenues par la doctrine.

Contrairement à l'ordre juridique interne dont la théorie des sources a élaboré que les règles de droit sont édictées par une autorité, une instance qui veille à leur application au sein de la société, les règles de la *lex mercatoria* découlent des usages et des pratiques de la communauté des marchands. Alors que dans l'ordre juridique interne l'élaboration précède l'application, dans la *lex mercatoria*, l'application précède l'élaboration s'il y en a. La création de la règle dans la *lex mercatoria* ne se situe pas au stade de l'élaboration mais à un stade plus diffus, moins visible. La création de la règle n'apparaît qu'avec le temps et son autorité ne découle que de son application sans que la sanction à son inapplication ne soit clairement connue. La plupart des auteurs décrivent la *lex mercatoria* et de cette description, le producteur des règles est la communauté des marchands. La date de production de la règle est inconnue, la sanction qui est applicable à son inapplication est inconnue. La source directe est ici incernable. Une théorie des sources à ce stade se limiterait à la description de la manière dont naissent les usages et pratiques du commerce international.

Mais ceux-ci sont de plus en plus formalisés par différentes organisations et deviennent des principes, des règles uniformes, des contrats-types, des sentences arbitrales, etc. Ce sont là des sources indirectes de la *lex mercatoria*. Leurs modes d'élaboration sont divers et variés de sorte qu'il ne peut se dégager une théorie.

Cependant, en dépit de ce constat, à une théorie générale du contrat international a succédé une tentative de construction plus systématique de la *lex mercatoria* à partir des sentences et des décisions judiciaires. Les auteurs ont alors reconnu et généralisé un certain nombre de règles souvent dénommés principes¹²⁴ et dont la liste diffère. Tous ces principes sont « extraits » de sentences arbitrales plus ou moins confortées par des décisions judiciaires, par des auteurs qui les commentent, et

124 E. GAILLARD, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » dans *Etudes offertes à Pierre Bellet*, 1991, 203 [renseignements supplémentaires disponibles auprès de l'auteur] ; J. PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI » [1990] *Rev. arb.* 55.

sont souvent repris et utilisés par les arbitres dans les sentences ultérieures, à tel point que l'on peut actuellement parler de jurisprudence arbitrale et constater qu'en réalité cette jurisprudence arbitrale est devenue la source principale de la *lex mercatoria*¹²⁵.

Bien que l'on puisse parler de jurisprudence arbitrale dans cette *lex mercatoria*, celle-là demeure imparfaite. La jurisprudence est en effet reconnue comme une source du droit mais parfois encore avec réticence, comme si elle ne pouvait s'épanouir que dans l'ombre d'un texte qui fait office de loi. Le système juridique non étatique n'échappe pas à ces considérations.

D'ailleurs, serait-il réaliste d'évoquer une éventuelle théorie des sources mercatiques alors même que le débat sur l'existence d'un ordre juridique mercatique international n'est pas tranché ? La source du droit demeure une notion incertaine et nécessite que des entreprises de consolidation soient diligentées. Pour ne prendre que les deux exemples qui sont peut-être les plus saillants, si la coutume internationale est considérée comme une source du droit, est-il justifié d'exclure par principe les autres sources privées de normes ? Est-il justifié d'exclure le contrat de commerce international ?

S'il peut y avoir des théories des sources dans la *lex mercatoria*, il ne peut s'agir de théorie des sources d'un droit mercatique. La théorie juridique est celle qui bâtit une construction pour aboutir à un résultat voulu. Le résultat voulu s'agissant de la théorie des sources du droit est l'application, le respect obligatoire de la règle issue de la source. Rappelons que la juridicité découle de la capacité de la règle à s'imposer comme règle à respecter car assortie de sanction. La source du droit est celle qui génère des règles dont le respect s'impose par la contrainte. Une théorie des sources d'un droit mercatique doit expliquer les modes d'élaboration des règles dont l'application est obligatoire. Or, les règles issues de la *lex mercatoria* notamment celles qui découlent des usages et pratiques s'appliquent déjà mais peuvent ne pas s'appliquer puisque non assortie de contrainte clairement identifiée. Il n'y a donc pas de théorie juridique puisque l'atteinte du résultat à viser est dès le départ incertaine. La deuxième

catégorie de sources, celle des sources indirectes ne peut faire elle non plus l'objet de théorie des sources du droit. Elle est soumise à la même fortune que celle des sources directes.

Il faut simplement souscrire au diagnostic que les assises théoriques des sources du droit du commerce international demeurent encore mal assurées. L'on constate ainsi à quel point il est délicat de ficeler une théorie des sources mercatiques. Pourtant, ce ne sont pas les tentatives qui ont manqué.

Malgré les apparences prometteuses, les problématiques que posent les sources du droit sont donc loin d'avoir aujourd'hui trouvé des réponses fermes et définitives¹²⁶. La définition, le nombre et l'identité des sources se discutent. Ces questions devraient ainsi susciter de grandes controverses, joutes et passes d'armes doctrinales, non une inertie doctrinale, *a fortiori* en des temps où le « droit réel » n'a de cesse d'évoluer et de se complexifier. Or, ces débats exerceraient une grande influence sur la recherche juridique puisque de la théorie des sources retenue dépend une part non négligeable des prémisses des sciences du droit. En effet, c'est cette théorie qui sert de carte et de boussole au juriste, qui lui permet de savoir où rechercher ce droit qui est l'objet de ses travaux.

B- L'HYPOTHÈSE D'UNE JURIDICITÉ PROPRE À LA *LEX MERCATORIA*

Chaque système, chaque ordre fournit les critères propres pour définir sa juridicité. Or, la juridicité de la *lex mercatoria* a souvent été évaluée au regard des critères de l'ordre juridique national. C'est d'ailleurs ce qui a été fait tout au long de nos analyses. Envisager une *lex mercatoria* libérée des repères du droit étatique, soit une *lex mercatoria* décomplexée (1) pourrait peut-être permettre de regarder le contrat de commerce international comme une source d'un droit mercatique (2).

1- Un regard décomplexé sur la *lex mercatoria*

B. Oppetit a constaté que la plupart des auteurs

125 Voir M. SCHMITTHOF, note 7, É. LOQUIN, « La réalité des usages du commerce international », (1989) 1 *RIDE* 123.

126 Il faut dire que malgré le conservatisme théorique apparent, les évolutions se poursuivent. Les sources du droit ne sont pas figées.

qui se sont attachés à l'étude de la *lex mercatoria* utilisaient le même vocable que leurs homologues civilistes¹²⁷. Les analyses sur la *lex mercatoria* ne se départissent généralement pas des instruments utilisés en droit interne, du légalisme positiviste. Ce qui induit plus facilement le rejet de la juridicité de la *lex mercatoria*. Or, les critères pour définir la juridicité d'un ordre (juridique) ne doivent en principe être fournis que par cet ordre.

Les juristes se sont donc longtemps attachés à ne considérer comme ordre juridique, l'ordre juridique étatique issu d'une conception légaliste positiviste. Les critères dégagés de cet ordre devraient servir à vérifier l'existence ou non d'un autre éventuel ordre juridique. Ce qui indéniablement conduisait plus facilement à considérer qu'il n'y a point d'ordre juridique, de droit en dehors de celui de l'Etat.

Mais de plus en plus d'auteurs s'écartent de cette tendance et commencent par reconnaître un pluralisme juridique. Différentes définitions du droit sont donc données aujourd'hui. Le droit n'est plus uniquement cet ensemble de règles de conduite à respecter sous la menace d'une sanction. Ce nouveau regard sur le droit porté par les juristes eux-mêmes s'est d'ailleurs manifesté dans une enquête de la *Revue Droits*¹²⁸.

Cette revue a demandé à une quarantaine d'universitaires réputés de donner leur définition du droit. D'une part, certains ont avoué ne pas savoir (tant il y aurait de définitions)¹²⁹, les réponses de ceux qui savaient pouvaient, d'autre part, être aussi différentes les unes des autres. Le droit est autant apparu comme une technique de direction des conduites, un ordre ou une institution, la justice que comme ce qu'approuvent les juges, une manière d'être des choses, une interprétation officielle de la réalité ou même comme une pyramide.

Il a été évidemment beaucoup plus difficile aux juristes qui observent leur matière de l'intérieur de

se libérer de cette conception étatique du droit. D'ailleurs, l'analyse effectuée ici s'est encore donnée pour ligne d'étude le droit défini avec le critère de la contrainte et de la sanction. C'est du côté des autres sciences, celles qui ont le droit comme objet de leur étude, l'anthropologie juridique, la sociologie juridique, et qui l'observent de l'extérieur, que les nouvelles approches viendront plus rapidement.

Dans une ethnographie pionnière, B. Malinowski s'est opposé à une définition du droit en termes d'« autorité centrale, codes, tribunaux et gendarmes »¹³⁰. Selon lui, le droit existe dès lors qu'il existe un ordre social. Ce droit peut découler d'un système de réciprocité, de solidarité, de dénonciation publique, de sanction. Malinowski pense qu'il faut définir le droit de façon minimale, non pas par la forme qu'il arbore et qui peut être différente d'un contexte social à l'autre mais par la fonction qu'il exerce : le contrôle social.

Dans la même rhétorique, Gluckman définit le droit comme « un ensemble de règles acceptées par tous les membres normaux de la société qui définit les moyens justes et raisonnables par lesquels les personnes doivent se comporter les uns à l'égard des autres et par rapport aux choses, en ce compris les moyens d'assurer la protection de ses propres droits »¹³¹. Eugene Ehrlich, sociologue autrichien, a développé une théorie du « droit vivant » à l'encontre de l'idéologie d'un droit exclusivement tourné vers l'Etat. Il écrit : « ce n'est pas un élément essentiel du concept du droit que d'être créé par l'Etat, pas plus que cela ne constitue la base des décisions des tribunaux et autres juridictions, ni d'ailleurs que ce soit la base d'une force de contrainte juridique qui ferait suite à pareilles décisions »¹³².

Il y a eu au départ de nombreuses théories plutôt hétéroclites à l'antipode de la conception centralisée du droit. Mais à partir des années 1970, les théories se sont faites plus homogènes. La défense du pluralisme juridique a été plus claire et plus construite¹³³. Considéré comme identique aux re-

127 B. OPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 59.

128 *Revue Droits* n°10, 1989 et n°11, 1990.

129 Kant disait avec dérision que les juristes en sont encore à chercher une définition pour la notion qu'ils se font du droit : « Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht »

130 B. MALINOWSKI, 1926 : 14

131 GLUCKMAN 1955 : 229

132 EHRLICH, 1936 : 24

133 B. DUPRET, *Droit et science sociales*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 21

lations sociales, le droit a été vu aussi plural que la vie sociale¹³⁴. Ainsi, en 1971, L. Pospisil écrivait : « La société, qu'il s'agisse d'une tribu ou d'une nation 'moderne', n'est pas un amalgame indifférencié de gens. C'est plutôt une mosaïque ordonnée de sous-groupes, appartenant à certains types, généralement bien définis (ou indéfinissables), avec différents [modes] d'appartenance, [formes] de composition et degrés d'intégration. Chaque sous-groupe doit son existence, dans une large mesure, à un système juridique qui lui appartient en propre et qui régule le comportement de ses membres »¹³⁵.

En 1993, J. Vanderlinden affirme que les individus, parce qu'ils appartiennent à plusieurs réseaux sociaux, sont soumis à différents systèmes juridiques. La plupart des auteurs admettent l'existence d'un pluralisme juridique. Si certains d'entre eux pensent que les ordres juridiques alternatifs sont totalement indépendants du droit étatique, d'autres à l'inverse pensent que l'Etat demeure le centre de gravité de ces pratiques.

Les mercatoristes sont partisans du pluralisme juridique car pour eux la *lex mercatoria* est un ordre juridique et les normes au sein de celle-ci sont du droit. Leurs façons de défendre ce point de vue sont différentes. Certains établiront une comparaison avec le droit interne et y trouveront des similitudes alors que d'autres porteront un regard décomplexé en définissant de nouveaux critères propres à la *lex mercatoria* permettant de la considérer comme du droit.

B. Tamanaha affirme que « ce qu'est et ce que fait le droit ne peut être saisi en un concept scientifique unique. Le projet visant à concevoir un concept scientifique du droit basé sur la croyance erronée que le droit englobe une catégorie fondamentale. Au contraire, le droit est un produit culturel de part en part qui est dépourvu de toute nature essentielle universelle. Le droit est ce à quoi nous attachons l'étiquette de droit ».

Il y a des raisons d'attacher à la *lex mercatoria* l'éti-

quette de droit. Il ne s'agit pas ici de démontrer la juridicité de la *lex mercatoria*. Nous ne ferons pas cette démonstration, plusieurs s'y sont adonnés déjà. Nous considérerons ou supposerons la *lex mercatoria* comme du droit pour trois raisons. La première est qu'observée par les sociologues et les anthropologues, la *lex mercatoria* serait du droit. La deuxième raison est que nombre de juristes la considèrent comme étant du droit et admettent un pluralisme juridique. La troisième raison est que le droit est ce à quoi nous attachons l'étiquette de droit. Entrons donc dans l'hypothèse que la *lex mercatoria* est du droit et examinons la place du contrat de commerce international dans ce droit mercatique.

2- Le contrat comme source d'un droit mercatique ?

Considérée dans une hypothèse bien singulière, la *lex mercatoria* comme du droit peut être vu comme une entorse à la règle selon laquelle le droit ne peut émaner que d'une organisation sous-tendue par des règles harmonisées et ordonnées : un ordre juridique ! Or, faut-il le rappeler, la *lex mercatoria* semble difficilement s'accommoder aux carcans de la notion d'ordre juridique ; pourtant, elle est une réalité dont la pratique du droit du commerce international ne peut se passer.

Ne faudrait-il pas alors sortir des sentiers battus pour admettre l'idée d'un droit mercatique international distinct de tout autre, dont les règles et la constitution sont également distinctes, et dont les sources peuvent ne pas être analogues à celles d'un droit national ? L'idée n'est pas nouvelle, et de nombreux auteurs se sont d'ailleurs penchés sur la question.

Selon certains analystes qui ont tenté d'énumérer les éléments constitutifs de la *lex mercatoria*¹³⁶, il y aurait de bonnes raisons de croire en l'existence d'une règle obligatoire qui en fonde la thèse de la juridicité. Pour eux, par exemple, la *lex mercatoria* est constituée de multiples variétés de contrats-

134 *Idem*.

135 L. POSPISIL, *Anthropology of law : A Comparative Theory*, New York, Harper & Row, 1971.

136 J. BEGNIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », in *McGILL LAW JOURNAL*, Vol. 30, p. 484 (<https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/7294451-beguin.pdf>)

types ou de documents destinés à harmoniser voire à uniformiser les pratiques contractuelles du commerce international. Ces documents à audience variable souvent établis par des organismes professionnels de branches ou de secteurs prennent fréquemment la forme de « conditions générales de vente » proposées (ou imposées) soit par des groupements professionnels d'entreprises, soit par des partenaires dominants : telle grande firme multinationale, tel État à économie planifiée, etc.¹³⁷ D'autres documents jouent également un rôle déterminant en ce qu'ils visent à faciliter l'interprétation uniforme des contrats de commerce international. C'est le cas des INCOTERMS, règles internationales pour l'interprétation des textes commerciaux, publiés par la Chambre de commerce internationale¹³⁸.

Pour J. Bégnin, l'idée qui conduit à inclure la masse variée des documents de cette nature dans la *lex mercatoria* est que leur utilisation est si répandue, et leur usage si répété qu'ils finissent par s'imposer à l'instar d'une règle obligatoire¹³⁹. Poussant la réflexion plus loin, certains analystes de la *lex mercatoria* vont jusqu'à inclure dans cette masse de documents, de nouvelles typologies de contrats récemment élaborées et mises au point pour tenir lieu de cadre à des opérations d'implantation de complexes industriels ou d'entreprises multinationales. On parle ici des contrats « clés en mains », « produits en mains », « marchés en mains », etc.

En dehors de ces ensembles contractuels et parfois principaux qui constituent d'une manière ou d'une autre des « contrats nommés » dans le commerce international, il est même possible de considérer comme élément du noyau de la *lex mercatoria*, les pratiques contractuelles qui, indépendamment de la nature, de l'objet ou de la finalité du contrat considéré, tendent à se diffuser dans les relations commerciales internationales. L'idée, c'est toujours qu'à partir du moment où tel document ou telle pratique, inhérent(e) aux contrats internationaux, devient assez général(e) pour que les clauses considérées en viennent à être systématiquement imposées par le milieu aux contractants, on est sans doute en présence d'une norme de type *lex mer-*

catoria.

Mieux, les auteurs qui soutiennent la thèse d'un droit mercatique international affranchi de tout autre et dont les règles et les sources lui sont propres accordent, dans la construction de leurs argumentaires, une certaine importance à la place des arbitres internationaux. Faut-il le rappeler, l'arbitrage est la modalité de résolution de litiges la plus prisée dans la pratique du droit commercial international, et même de plus en plus dans le droit du commerce national. Certes, les sentences arbitrales ont la réputation d'être secrètes mais l'idée qu'une jurisprudence arbitrale se soit constituée avec le temps n'est pas très contestée. Au regard donc des larges prérogatives que confèrent les conventions d'arbitrage et les acteurs du commerce international aux arbitres, il ne serait pas surprenant de considérer les tribunaux arbitraux comme de véritables organes juridictionnels normatifs. Pour parachever la réflexion, on peut voir à travers les organes arbitraux des fonctions étrangement similaires à celles de la jurisprudence dans un cadre étatique : trancher des contestations, consacrer et appliquer des usages et des coutumes propres au commerce international, et faire éclore de nouvelles règles qui se forgeront progressivement une valeur obligatoire par l'effet de la répétition des précédents arbitraux.

Se fondant sur cette analyse, les arbitres internationaux contribueraient donc à une émancipation de la *lex mercatoria* par rapport à l'ordre juridique national et international. Ce qui conduit d'ailleurs J. Bégnin à évoquer dans l'un de ses articles, l'idée d'une menace de la *lex mercatoria* sur l'ordre juridique international. S'il faut s'en tenir à cette réflexion, la pratique du commerce international favoriserait donc l'émergence de nouvelles catégories de sources du droit, propres à la *lex mercatoria*. Il en serait ainsi puisque les règles appliquées par les opérateurs économiques et mêmes les acteurs du droit du commerce international ne sont plus toujours ni nationales, ni internationales, mais souvent dictées par la généralisation de certaines pratiques, de certaines règles, de certains documents, et même de certaines sentences arbitrales.

Pourtant, les réflexions ne sont pas homogènes sur le sujet. L'idée que la *lex mercatoria* autrefois considérée elle-même comme source du droit puisse s'affranchir de ce droit pour adopter sa propre juridicité ne plaît pas forcément. C'est ainsi que P. La-

137 *Op. cit.* p. 485.

138 Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux : incoterms (1983), pub. C.C.I. n° 350

139 J. BEGNIN, *Op. cit.*, p. 486.

garde en vient à considérer qu'il ne faut rien voir d'autre dans les contrats (fussent-ils répétés et généralisés) que « le simple usage par les parties de leur liberté contractuelle »¹⁴⁰. Au demeurant, pour lui, « la répétition n'implique pas l'existence d'une règle de droit »¹⁴¹ dans la *lex mercatoria*.

Dans sa « Théorie générale des usages du commerce », A. Kassis voit dans l'attribution aux usages du commerce international le caractère de sources du droit une « erreur capitale »¹⁴². Il ajoute également que la répétition de contrats-types et d'usages dans un environnement professionnellement caractérisé, « ne suffit pas à leur conférer la dignité de règles de droit »¹⁴³. Il soutient que les parties ou acteurs restent libres de les adopter ou de ne pas les adopter¹⁴⁴.

A l'analyse, les relations entre opérateurs du commerce international sont essentiellement contractuelles, du moins tant que le fondement de l'obligation ultérieure des contractants (de respecter les stipulations résultant de l'adoption des contrats-types ou des clauses d'usage) reste le consentement expresse ou tacite. Cependant, l'obligation de respecter lesdites stipulations résulte bien d'une règle objective qui fait obligation aux contractants de respecter leur engagement. Et cette règle objective découle elle-même du principe de l'effet obligatoire des contrats qu'aucun système juridique ne saurait pour l'instant contester. La volonté des parties reste donc limitée et il serait fictif comme le souligne B. Goldman de ne placer l'ensemble des rapports juridiques gouvernés par la *lex mercatoria* que sous le signe de la liberté individuelle¹⁴⁵.

Notre analyse se rapproche donc de celle de B.

Goldman qui estime que de nombreux pans des stipulations résultent de documents contractuels imposés par une longue pratique des milieux concernés, en des termes qui ne sont plus discutés, tant ils sont habituels, et échappent à la volonté commune concrète des parties¹⁴⁶.

Dans une démarche réaliste et concrète, il faut constater que la loi du milieu est souvent contraignante et que la *lex mercatoria* semble créer des « lois » qui s'imposent d'une manière ou d'une autre. Les lois des plus forts semblent également, dans la *lex mercatoria*, obliger les faibles et s'ériger en règles, au même titre que les coutumes et les habitudes arbitrales.

L'hypothèse d'une juridicité propre à la *lex mercatoria* semble donc se confirmer, même si les controverses à ce sujet ne manquent pas. Ce sont d'ailleurs ces controverses qui nourrissent le droit, en font une science vivante et mouvante, à tel point que l'on ne peut aujourd'hui plus se forcer à rester dans les carcans classiques de la théorie juridique.

140 P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales : Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, note 26, p. 129, N° 9.

141 *Ibid.*

142 A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria)*, Paris, LGDJ, 1984, note 2, p. 308.

143 A. KASSIS, note 508, p. 313

144 *Ibid.*

145 B. GOLDMAN, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177.

146 *Ibid.*



LES MERCURIALES INFOS

27, rue Maréchal BUGEAUD (actuelle
rue KHRA, derrière l'ENA) BP : 62210
Tél : (228) 22 21 57 20 / 22 20 73 56
www.lesmercuriales.info
Lomé - TOGO