

Le contrat international et le concept lex mercatoria

YESSAD Houria

Maître de conférences (A)

Faculté de droit et des sciences politiques
Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou

A. Introduction

Les contrats internationaux peuvent être, sans aucun doute, différenciés des contrats nationaux de plusieurs manières.

Dans un contrat international l'éloignement des parties ainsi que la diversité culturelle et linguistique créent une relation plus complexe que ne l'est une relation contractuelle de droit interne.

Ensuite, les contrats internationaux impliquent des sommes d'argent plus importantes et engendrent des obligations plus longues que celles des contrats nationaux.

Enfin, la relation contractuelle internationale est considérée différemment d'une relation purement nationale par les législateurs et les juges en ce qui concerne le choix de la loi applicable.

Mais comment tracer la frontière entre contrat national et contrat international ?

Les critères ou la hiérarchie des critères varient, selon les pays. Deux conceptions du contrat international peuvent être tour à tour adoptées et qui ne manquent pas de justesse ⁽¹⁾.

I: La détermination de l'internationalité du contrat :

Selon la première conception, le contrat international ne serait qu'une figure particulière du contrat « interne » correspondant. Un contrat connu et pratiqué dans les relations

¹ Jacquet (J.M.), Le contrat international, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999, pp.2 et suiv.

internes, qui serait affecté d'un élément d'extranéité.

Cette première conception du contrat international procède chez celui qui l'adopte, d'une certaine vision du droit, qui privilégie à sa base le rôle de l'Etat.

En effet, le droit se développe, d'abord, dans le cadre des sociétés étatiques qui façonnent pour leur propre compte, leurs institutions. Ainsi entendu, le contrat international n'a pas en soi davantage d'existence que la société que régit le droit international privé de chacun des Etats.

Donc dire qu'un contrat est international, c'est mettre l'accent sur les particularités qui résultent de son caractère hétérogène découlant du fait qu'il se trouve dans la mouvance de plusieurs systèmes juridiques.

Cette conception du contrat international comporte des conséquences importantes.

La première et principale conséquence est relative à la détermination de la réglementation du contrat international, c'est-à-dire du droit qui lui est applicable. Il reviendra au droit des conflits de lois d'effectuer cette désignation. Mais, il est probable que certains contrats internationaux échappent à tout système juridique, lorsqu'on arrive à la détermination de la loi applicable.

La seconde conception du contrat international parle, dans ce cas, d'un contrat sans loi. Tout de même, le contrat existe en soi, l'expérience et la pratique l'ont démontré ⁽²⁾.

Et dans bien de systèmes juridiques, le contrat international, même soumis au droit interne d'un Etat, se voit appliquer des règles qui sont conditionnées par son seul caractère international. Ainsi, un contrat tenu pour international en raison du conflit de lois que provoquent les éléments d'extranéité qu'il comporte, peut être tenu pour international si, à l'intérieur même du système juridique qui lui est applicable, il cesse d'être en tous points traité comme le contrat interne correspondant. Pour mieux illustrer ces cas de figure, il est impératif de comprendre ce qui suit :

² - Baalouk Benachir, La loi applicable aux contrats en droit international privé marocain, thèse, Paris II, 1984, pp.78-79.

A : Contrat international et conflit de lois :

Pour que la règle de conflit entre en jeu, il faut qu'un conflit de lois existe. Intervient la définition simple que la doctrine propose, est international le contrat qui présente des liens avec plus d'un système juridique. C'est ainsi qu'un contrat conclu à Paris entre un français résidant en France et un algérien résidant en Algérie impliquant la livraison des machines en Italie et un paiement en France peut être tenu pour international car il présente des liens avec trois pays et donc trois systèmes juridiques. Le recours à la notion de contrat international qui résulte de cette définition conduit à recenser les différents éléments d'extranéité qui se présentent sans distinguer selon que ceux-ci sont relatifs à la personne des contractants ou à la formation ou à l'exécution du contrat lui-même. Il suffit en principe qu'un élément d'extranéité apparaisse pour que le contrat soit considéré comme international.

B : Le contrat international et règles spécifiques :

La jurisprudence est venue progressivement à considérer qu'est international un contrat « qui met en jeu les intérêts du commerce international ». Cette définition, souvent présentée comme la définition économique ou substantielle du contrat international, met l'accent sur le ressort profond de l'internationalité d'un contrat ⁽³⁾.

Le recours à la définition économique se présente comme le point de départ du recours à la définition juridique, car le plus souvent, elles se convergent.

Selon le critère juridique, le contrat est international dès qu'il produit « comme un mouvement de flux et reflux au dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre ».

Dans ce cas de figure les parties résident dans des Etats différents, ce critère, plus simple est préféré au critère économique.

³ - Chatillon (S.), Le contrat international, Vuibert, 2001, pp.8-10 ; Karim Medjad, Droit international des affaires : le contrat international, édition Nathan, 1999, pp.60-62.

a : Le critère juridique :

Le critère juridique a commencé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 juin 1970⁽⁴⁾.

Le critère juridique qui définit un contrat d'international s'il se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats. Il se base sur le fait que le contrat s'attache à plusieurs systèmes juridiques. Les liens de rattachement peuvent être des liens personnels comme la nationalité des parties contractantes et leurs domiciles, ou bien des liens objectifs comme le lieu de la conclusion du contrat et le lieu de son exécution.

L'approche juridique a connu son heure de gloire, mais elle est de plus en plus devancée par l'approche économique.

b : Le critère économique :

Le critère économique a commencé par deux arrêts de la cour de cassation française du 19 février 1930 et du 27 janvier 1931, et qui ont été suivis par d'autres décisions⁽⁵⁾.

Le critère économique se base sur les liens entre le contrat et les affaires du commerce international et crée un mouvement de change, de services et de marchandises à travers des pays concernés même si les parties contractantes sont de la même nationalité ou habitent le même territoire. Pour cela, qualifié le contrat comme un contrat interne ou international ne résulte pas des éléments matériels ou juridiques comme le lieu de la conclusion du contrat ou de la nationalité des parties, mais des circonstances de la relation contractuelle et des liens avec une opération internationale qui concerne l'échange en matière du commerce international, même si le contrat original est un contrat national selon tous ses éléments⁽⁶⁾.

Donc, le critère économique qualifie d'international tout contrat qui « met en jeu les intérêts du commerce international ».

⁴Cour d'appel de Paris, arrêt du 19 juin 1970, revue critique du droit international privé, 1971, p. 692, Note Level.

⁵ - Cassation civile française, arrêt du 19 février 1930 et 27 janvier 1931, revue critique, Sirey, 1931, p. 514.

⁶ Jean- Christophe Pommier, Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, éd. economica, Paris, 1992, p.143.

Le qualificatif « international » n'est pas moins mystérieux, lorsqu'il est appliqué au commerce, plutôt qu'à la vente. Et les expressions « affecter », « intéresser » ou « mettre en jeu » sont dépourvues de valeur explicative. Car après tout, un contrat purement domestique n'affecte –t-il pas, au moins, le commerce de façon négative, le commerce international (selon le professeur Vincent Heuzé) ⁽⁷⁾

C'est pourtant, la définition majoritairement retenue par la jurisprudence qui permet une appréhension souple et large de la notion : sera international le contrat qui emporte un flux transfrontière de biens et de valeurs.

c : Application des critères juridique et économique :

Que le caractère international du contrat soit entendu largement, de manière à donner corollairement un vaste champ à la loi d'autonomie, pose le problème de savoir quel est d'entre le critère juridique et le critère économique le plus large ⁽⁸⁾.

Le critère juridique de l'internationalité du contrat privilégié par le droit conventionnel quand il est expressément exprimé sur ce point (Conventions de Vienne 1980 relative aux contrats de vente internationale de marchandises et de la Haye de 1986 relative à la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises) peut-il être reconnu comme le moins restrictif ?

Au regard de la jurisprudence française, le critère économique détermine une « internationalité matérielle » en donnant directement le caractère international ou non au contrat, dès lors qu'il est nécessaire de donner à une relation contractuelle internationale des règles matérielles particulièrement adaptées au commerce international et de la plus favorable à ses opérateurs. Ce critère s'oppose à l'« internationalité conflictuelle » du critère juridique retenu dans la matière pure des conflits de lois pour, notamment, déterminer si les parties au

⁷ - Vincent Heuzé, La vente internationale de marchandises, Dalloz, Paris, 2000, p.5.

⁸ - Sandrine Chaillé de Neré, Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé, Presses universitaires d'Aix Marseille, PUAM, 2003, p.18.

contrat peuvent user du principe de l'autonomie de la volonté.

Une « préférence traditionnelle » pour le critère économique, s'est ainsi manifestée dans deux domaines. D'une part, au sujet des clauses de protection contre les variations monétaires, le principe de la liberté du choix de la monnaie de compte n'est admis que lorsque le contrat est international, c'est-à-dire lorsqu'il entraîne un « double mouvement de flux et reflux de marchandises et de capitaux au delà des frontières », voire encore lorsque l'opération dépasse le cadre de l'économie interne.

Or, ce critère de nature économique est retenu pour des raisons de crédit ou de règlement international ⁽⁹⁾.

D'autre part, le critère économique du contrat international se relèverait quand il permet de valider les clauses compromissaires incluses dans un contrat « mettant en jeu les intérêts du commerce international ». Fondant l'internationalité de l'arbitrage sur l'internationalité de l'objet du litige (c'est-à-dire du contrat), les dispositions de l'article 1492 du code de procédure civile français et l'article 1039 du code de procédure civile et administrative algérien (loi n°08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative) consacrent avec éclat le critère économique.

Les deux articles disposent, en effet, qu' « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ou intérêts économiques ».

Néanmoins l'internationalité de l'arbitrage n'est pas l'internationalité du contrat, « s'il y a dualité des définitions du contrat international, c'est parce qu'il y a dualité des effets produits par ces définitions », aussi le critère juridique devrait-il être réservé à caractériser le contrat au regard du conflit des lois.

Le critère juridique apparaît plus large que le critère économique, car un contrat économique international, l'est aussi juridique ⁽¹⁰⁾.

⁹ - Pommier (J. Ch.), Principe d'autonomie..., op.cit., p.50.

¹⁰ - voir à ce propos l'article 1, alinéa a de la convention de La Haye 1986 (retenant un critère juridique) pour qu'un contrat passé entre un acheteur et un vendeur établis dans un même pays n'est pas international, alors même qu'existerait un mouvement de capitaux ou

Comme l'a bien déterminé M. Goldman, « Lorsqu'un contrat est l'instrument des échanges ou de la production internationale, il comportera nécessairement aussi des rattachements juridiques multinationaux, notamment parce que le vendeur et l'acheteur seront domiciliés en des Etats différents ou que l'investisseur relèvera d'un Etat autre que celui où il investi ou encore que la marchandise vendue proviendra d'un pays autre que celui où elle est livrée »⁽¹¹⁾.

Or, le critère économique n'est pas obligatoirement plus étroit que le critère juridique. Aucun critère ne peut en effet, à priori, être considéré le plus large ou le plus étroit. La volonté d'étendre la faculté des parties de faire élection du droit ne peut donc être assurée par la prééminence d'un critère sur l'autre.

Le critère économique doit être associé au critère juridique pour pouvoir qualifier le contrat comme un contrat international, or le critère juridique existe en présence du critère économique car tout contrat qui s'attache aux affaires de commerce international (intérêts économiques en droit algérien) est un contrat qui s'attache à plusieurs systèmes juridiques, mais le contraire n'est pas vrai.

La convention de Vienne du 11 Avril 1980 (dénommée CVIM) a suivi une autre méthode dans la qualification du contrat comme un contrat international. La CVIM n'est pas applicable à toutes les ventes internationales de marchandises, elle contient, en effet diverses exigences pour son application dans l'espace.

C'est ainsi, qu'elle subordonne son application à la condition selon laquelle les parties soient établies, ou à défaut d'établissements, qu'elles aient leur résidence habituelle dans des Etats différents.

Ce critère de l'internationalité du contrat est le seul qui est pris en considération, à l'exclusion de tout autre critère, peu

de marchandises au dessus des frontières (critère économique) qui aurait caractérisé l'internationalité de ce contrat.

¹¹ -B. Goldman, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, Clunet, 1979, p. 475.

: Le concept de lex mercatoria a été initialement développé en Europe continentale notamment en France au début des années 1960, son père spirituel est le professeur Berthold Goldman.

importe la nationalité des contractants, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat ou encore celui de la situation des marchandises qui font l'objet de la vente. La convention ne sera applicable que si l'établissement des parties se trouve sur le territoire d'Etats différents. Pour cela, il n'est pas nécessaire d'avoir un transfert de marchandises d'un pays à l'autre pour qu'il y ait vente internationale.

II : Le concept « Lex mercatoria »:

Un certain nombre de principes coutumiers et de règles détaillées s'appliquant généralement aux contrats internationaux sont présumés exister. Ce corpus de règles et de principe, la *lex mercatoria* ou nouvelle loi des marchands, a été qualifié de système juridique naissant, distinct et autonome des droits nationaux⁽¹²⁾.

Il est fréquemment admis que les usages et les pratiques de commerce international ont largement contribué au développement du droit des affaires. Mais, quand et comment un usage ou une coutume de commerce international se transforme-t-elle en droit ? Ce « droit » est-il vraiment indépendant des droits internes eux-mêmes influencés par les relations commerciales internationales ? Comment ce droit est-il ensuite appliqué au commerce international ?

A : Les origines de la *lex mercatoria* :

Il n'y a pas longtemps, les relations commerciales internationales ont commencé à s'éloigner du contrôle et de la dominance des lois internes, pour s'organiser selon les règles à caractère professionnel ou coutumier ayant comme source un fait appelé « la société des commerçants ».

Ces règles coutumières peuvent être définies comme étant « un ensemble de normes ayant pour objet de s'appliquer à divers aspects de l'activité économique internationale, indépendamment des systèmes juridiques étatiques »⁽¹³⁾.

¹² - B. Goldman, La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux, op.cit, pp. 475 et suiv.; Paulsson Jan, La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI, revue de l'arbitrage, 1990, pp.55-100.

¹³ - Carducci (G.), La spécialisation des sources du droit des contrats internationaux, thèse, Paris I, 1998, pp.450 et suiv.

La *lex mercatoria* serait, donc, un droit transnational ou a-national, directement issu des usages du commerce international, un peu à la manière du droit marchand médiéval ⁽¹⁴⁾.

Le phénomène n'est pas nouveau. Le *jus gentium* de Rome était fait de règles conçues par les peuples pour régir leurs relations commerciales internationales et était perçu par Rome comme une coutume commerciale internationale. Il existait aussi au moyen- âge des normes jurisprudentielles créées par les tribunaux consulaires, chargés de trancher les litiges naissant au sein de la corporation marchande. Les juridictions les plus connues à l'époque étaient les consuls mercatorum de Florence et le tribunal de Rote de Gênes. Ce *jus mercatorum* médiéval a d'ailleurs fait l'objet d'une compilation dans des recueils, comme les rôles d'Oléron, les consulats de la mer ou encore les règles de Visby.

Le débat autour de la *lex mercatoria* est redevenu actuel du fait du développement considérable dans la seconde moitié du XXème siècle des échanges commerciaux internationaux ⁽¹⁵⁾. C'est d'ailleurs pourquoi on parle de la nouvelle *lex mercatoria*, de la « *New Law Merchant* ». C'est ainsi, que dès 1928, des auteurs ont alors fait la synthèse de cette nouvelle *lex mercatoria* et les questions qu'elle pose. C'est notamment en France, Berthold Goldman qui en a fait une synthèse retentissante et remarquée ⁽¹⁶⁾.

Selon Mr Berthold, la *lex mercatoria* est un droit coutumier transnational, un droit spontané formé d'usages professionnellement codifiés, de montages juridiques, de clauses contractuelles, d'ensemble de contrats et de rapports juridiques

¹⁴- Philippe Kahn, *La lex mercatoria et son destin sur l'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, éditions Panthéon-Assas, Colloque, 2004, pp. 32 et suiv

¹⁵ --Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, L.G.D.J., 1992, pp.10-12. Voy. Notamment Hassan Nagui, *Les usages commerciaux dans les contrats internationaux, contribution à l'étude critique du rôle des normes a-nationales en matière de contrats*, thèse, Lille, 1993, pp. 2-12

¹⁶- Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, p. 427.

entre les partenaires des opérations internationales. C'est à partir de là qu'est née la controverse doctrinale sur la *lex mercatoria*.

Berthold Goldman admit en 1964 que la *lex mercatoria* n'est pas un système complet de normes, entièrement autonome, mais il constate qu'il y a une systématisation croissante. En effet, il existe une institution, la société mercatique, qui crée des règles de droit, des sanctions et qui a des juges propres qui sont les arbitres du commerce international et que certains ont pu appeler l'ordre juridique mercatique ⁽¹⁷⁾.

De nombreux principes précédemment énoncés résultent des décisions de tribunaux commerciaux de l'époque médiévale en Europe. La *lex mercatoria* du moyen âge est née grâce aux commerçants insatisfaits des lois édictées par leurs gouvernants.

Le concept de la *lex mercatoria* a été, donc, initialement développé au début des années 60, par le professeur Berthold Goldman qui y voit « un ensemble de règles applicables aux relations commerciales internationales qui ne trouvent leur source ni leur autorité dans le droit des Etats mais qui ont été élaborées par et au sein de la communauté internationale des commerçants sous formes d'usages et de principes généraux dégagés notamment par les sentences arbitrales » ⁽¹⁸⁾.

Les coutumes commerciales n'ont cessé d'évoluer depuis la « loi de Rhodes » de la méditerranée au troisième siècle avant Jésus-Christ, Ciceron a été cité par les tribunaux Américains pour avoir affirmé que certaines pratiques commerciales n'étaient pas, sans commune mesure, une loi pour un seul Etat, mais un droit commercial international.

A ces débuts, le droit des marchands était bâti sur les concepts d'« équité », les consuls de Bologne exigeaient que les affaires soient jugées selon la bonne conscience. Le gouvernement de Venise décréta que la coutume devait gouverner les rapports et que la bonne conscience devait être secondaire.

La rapidité de résolution des litiges était en outre

¹⁷ - Voir Philippe Kahn, *La lex mercatoria et son destin....*, op.cit, pp.33 et suiv.

¹⁸ - B. Goldman, *La lex mercatoria dans les contrats internationaux*, op.cit, pp. 480 et suiv.

importante pour le droit commercial de cette époque (époque médiévale). La justice était, paraît-il, rapide, les tribunaux commerciaux spécialisés dans certains domaines furent leur apparition ⁽¹⁹⁾.

Exemple : Le tribunal Anglais des produits de première nécessité traitait uniquement des affaires relatives à l'importation de certaines denrées (l'Etain, le cuir et les déchets de bois) et qui appliquait le droit coutumier international. Et la diversité croissante des communautés participant au commerce fait apparaître des coutumes différentes. Les grandes foires de Champagne avaient leurs propres pratiques commerciales. Ces pratiques furent modifiées par les ordonnances royales.

Les règles commerciales furent transformées de manière à s'intégrer aux influences juridiques royales et la coutume fut contrainte de se soumettre aux règles de droit positif.

B : Les sources de la lex mercatoria :

Les sources de ce nouveau concept juridique sont les sentences arbitrales, les principes généraux et les instruments du commerce international. Mais la source de la lex mercatoria, selon ses défenseurs, est principalement la jurisprudence arbitrale internationale née de sentences rendues en matière de commerce international. Les arbitres seraient les créateurs de ce droit du commerce international. Les sentences de l'arbitrage international sont nombreuses et croissent rapidement ⁽²⁰⁾.

Font partie de la lex mercatoria, les principes généraux du droit du commerce international. Par principes généraux du droit du commerce international, on entend toutes les règles qui ne sont pas tirées d'un seul ordre juridique étatique mais qui sont dégagées soit de la comparaison des droits nationaux, soit directement des sources internationales, en vigueur ou non, soit de la jurisprudence des tribunaux internationaux.

Les principes généraux du droit peuvent être considérés comme des règles adéquates et suffisantes pour gouverner ce

¹⁹ - Mousseron (J.M), Raynard (J.), Fabre (R.), Pierre (J.C), Droit du commerce international, 3^{ème} édition, Litec, Paris, 2003, p.76.

²⁰ - Kenfack Hugues, Droit du commerce international, 2^{ème} édition, Dalloz, 2006, p.12.

genre de contrats et accomplir une sorte de justice entre les parties contractantes, spécialement dans les contrats où l'Etat ou l'un de ses organismes est une partie au contrat.

Un principe général de droit est une règle obligatoire de conduite qui garde l'ordre dans la société et gouverne les liens entre les personnes d'une façon objective ⁽²¹⁾. Les principes généraux du droit sont, donc, les principes originaux adoptés par la majorité des régimes juridiques des pays avancés et qui ne diffèrent pas des législations de plusieurs pays. Les exemples les plus illustres sont : « *le contrat est la loi des parties* », et le principe selon lequel « *il faut exécuter le contrat de bonne foi* ».

Le professeur Berthold Goldman souligne que les statuts de quelques sociétés internationales et multinationales reposent souvent sur les principes généraux du droit en détachant tout lien avec n'importe quelle loi nationale.

Tandis que certaines législations comparatives ou nationales dont l'Algérie et l'Egypte font parties, interdisent le fait de référer le contrat aux principes généraux du droit et stipulant explicitement la nécessité de référer le contrat au système juridique national, articles 18 du code civil algérien et 19 du code civil égyptien ⁽²²⁾.

L'application des principes généraux du droit est en contradiction avec l'état actuel de certains systèmes juridiques traditionnels, même lorsqu'ils ne constituent pas une source principale du droit international ou du droit interne. A cet égard, les travaux préparatoires expliquent que le but de l'addition des principes généraux du droit aux sources du droit international est celui d'enrichir ces sources par une garantie qui sert à remplir toutes les lacunes qui peuvent en résulter ⁽²³⁾.

²¹ - Jacquet (J.M), Principe d'autonomie et contrats internationaux, éd. economica, Paris, 1983, p.138.

²² - Jacquet (J.M), Principe d'autonomie et contrats internationaux, op.cit., p. 138.

²³ - A. Kassis, Théorie générale des usages du commerce international, Paris, L.G.D.J, 1984, p.108.

24- Michael Joachim Bonel, les principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international : vers une nouvelle lex mercatoria, revue de droit des affaires internationales, n° 2, 1997, pp. 145-163.

La prise en considération des principes généraux du droit d'une façon indépendante de l'ordre juridique interne est inacceptable devant les juridictions nationales. Tandis que devant l'arbitre international, ceci rend à l'arbitre la qualité d'un « amiable compositeur » qui tranche le litige sans aucun recours à n'importe quelle règle juridique nationale, ou même internationale, sauf si celle-ci est en harmonie avec les coutumes et les usages du commerce international, considérés par lui (c'est-à-dire l'arbitre) comme le droit naturel moderne du commerce international.

La *lex mercatoria*, dans la conception de Berthold Goldman, est un ordre juridique, l'ordre juridique de la société des marchands internationaux. Il en tirait la conséquence logique, tout contrat international est nécessairement soumis à la *lex mercatoria*, droit de l'ordre juridique unique dans lequel il s'inscrit.

La publication par Unidroit (L'institut international pour l'unification du droit privé) en mai 1994, des « principes relatifs aux contrats du commerce international » doit être tenue pour un effort majeur de rassemblement des règles juridiques universelles au sein d'un véritable code a-national des contrats internationaux de près de 120 articles⁽²⁴⁾.

Une autre et dernière source consiste dans les instruments juridiques du commerce international. Il s'agit des instruments mis au point par certains opérateurs, les banques et établissements financiers, ou divers organismes comme la Chambre de commerce internationale avec ses règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires publiées en 1933, aux encaissements en 1956, et aux garanties contractuelles, publiées en 1978 aux garanties sur première demande en 1992. Les règles imputées à la *lex mercatoria* concernent les contrats et les sentences arbitrales. Il faut ainsi noter le nécessaire recours aux autorités nationales pour en assurer le respect, même si la majorité des sentences arbitrales sont exécutées spontanément⁽²⁵⁾.

L'apport de la *lex mercatoria* est encore insuffisant à justifier sa promotion comme norme juridique première des

²⁵ - Mousseron (J.M), ..., Droit du commerce..., op.cit, pp.78-79

rapports internationaux. Si l'intérêt de la *lex mercatoria* n'est donc pas discutable, elle ne saurait, cependant, en l'état actuel des parties, applicable aux rapports du commerce international. Le développement de ce corps de règles peut apporter une élévation de sa fonction.

C : Les éléments de *lex mercatoria* moderne :

La *lex mercatoria* moderne englobe les principes généraux de droit reconnus par les Etats ouverts au commerce, les règles des organisations internationales, les usages et coutumes, les contrats-types et les recueils de sentences arbitrales.

Les lois uniformes internationales ont contribué à la formation de *lex mercatoria* internationale.

Les lois comprennent la convention de LaHaye de 1964 révisée en 1980 par la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, la convention de Genève sur la loi uniforme de 1930 sur les lettres de changes et les billets à ordre.

L'existence d'une loi internationale uniforme témoigne d'un consensus entre Etats sur certains usages du commerce international. Consensus qui se traduit par traité international.

Les usages et coutumes, notamment « **les incoterms** (*International commercial Terms*) » les règles et usances du crédit documentaire, les clauses de force majeure et de Hardship rédigées par la chambre de commerce internationale servent également de références aux parties, aux juges et aux arbitres et sont des composants de la *lex mercatoria*. Les contrats types utilisés au plan international et les recueils de sentences arbitrales forment également la *lex mercatoria* ⁽²⁶⁾.

III : La relation entre le contrat international et la *lex mercatoria* :

Par *lex mercatoria*, on entend « les règles qui se forment, s'appliquent, se sanctionnent en dehors, en marge des cadres et des autorités étatiques, à l'intérieur de groupes humains plus vastes et plus réduits à la fois, qui ne se constituent pas au sein d'une Nation, mais dans une communauté internationale des

²⁶ - Mousseron (J.M), ..., Droit du commerce., op.cit, pp.81-82.

commerçants ». Celles-ci (c'est-à-dire les règles) tireraient alors leur force du consensus en leur faveur émanant de la *societas mercatorum* et de la capacité de celle-ci à les imposer aux contractants.

Dans l'hypothèse envisagée, les parties au contrat international contenant une convention d'arbitrage désignent la loi mercatique (*lex mercatoria*) pour régir le contrat, et l'arbitre, contrairement au juge étatique, accepte la juridicité de cette *clause d'électio juris* (élection d'une loi nationale) en vertu d'une règle matérielle de l'arbitrage du commerce international ⁽²⁷⁾.

Au centre des causes déterminantes du choix de la *lex mercatoria*, figure la volonté d'application de règles adéquates aux réalités des relations commerciales internationales ⁽²⁸⁾.

Les promoteurs (B. Goldman) de la *lex mercatoria* ont établi une distinction fondamentale, binaire entre ses composantes, elle serait constituée des usages du commerce international et des principes généraux du droit. Les usages sont définis comme des règles de droit de nature corporative généralement admises dans les différents secteurs d'activité en raison de leur répétition qui leur confère une valeur coutumière.

Sont alors souvent cités en exemple, les conditions générales ou contrats types (contrat clef en main) élaborés dans une profession ou une branche particulière ou interprofessionnelle, les usages établis par un centre permanent d'arbitrage, les incoterms, les Règles et usances en matière de crédit documentaire de la chambre de commerce internationale (CCI).

Quant aux principes généraux de la *lex mercatoria* qui s'appliquent à un domaine géographique plus étendu que les usages, ce seraient des règles de droit de portée générale par leur contenu issues des principes généraux assez universellement

²⁷ - انظر نورالدين تركي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص - الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة و التحكيم - 15 و 16 جوان 2008، صفحة 317.

²⁸ - Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, op.cit, pp. 304 et suiv.

admis.

Ainsi, seraient des principes généraux de la loi mercatique, les règles relatives à l'interprétation, l'exécution des contrats, l'obligation de réparer un préjudice causé injustement à autrui, l'enrichissement sans cause.

A supposer acquise l'existence d'un ordre mercatique, le choix de la *lex mercatoria* est considéré comme résolvant les conflits de lois en matière contractuelle. Mais devant le juge étatique, la résolution du conflit des lois par la norme du droit international privé (règle de conflit) du for étatique ne permet pas le choix d'une norme extra-étatique, le contrat dit sans loi y est condamné ⁽²⁹⁾.

Conclusion :

Donc, l'ordre juridique étatique tirerait un choix conflictuel des parties qui se porterait sur la loi des marchands, l'absence de choix de loi applicable du contrat serait constatée, la loi applicable à défaut de volonté désignée. Ce même raisonnement aurait été développé pour interdire le choix de la loi mercatique devant l'arbitre.

Or, devant le tribunal arbitral, ce choix doit être admis. Un des intérêts de l'arbitrage commercial international est de ne pas recourir à des normes étatiques.

Devant l'arbitre, le contrat dit sans loi est donc admis. Néanmoins ce choix de la *lex mercatoria* n'exclut pas l'application des lois étatiques, ainsi outre l'application de lois de police étatiques contestant la loi mercatique élue, compte tenu d'un caractère incomplet de la *lex mercatoria* constitué d'« îlots d'organisation », les lois étatiques réapparaîtront pour combler les lacunes de la loi mercatique. Cette dernière a besoin, donc, de la fonction complémentaire des lois étatiques ⁽³⁰⁾.

29- Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, op.cit, pp.304 et suiv.

30 - Pommier (J.C), *Principe d'autonomie...*, op.cit., p.294.