

PLAN

- **Introduction**
- I. **Origines historiques de la Lex Mercatoria**
- II. **Concepts et sources de la Lex Mercatoria**
- III. **La théorie de la Lex Mercatoria**
- IV. **La Lex Mercatoria: loi applicable aux contrats internationaux**
- V. **De nouvelles sources pour la Lex Mercatoria ?**
- VI. **La Lex Mercatoria: l'Europe pionnière**
- **Conclusion**
- **Ressources bibliographiques**
-

Introduction

I. Origines historiques de la Lex Mercatoria

La notion de Lex Mercatoria n'est pas récente. Quelques auteurs font d'ailleurs référence à l'*ius gentium*, l'ensemble des lois qui régulent les relations économiques entre citoyens romains et étrangers. D'autres auteurs remontent plus loin dans l'histoire et tracent les origines de la Lex Mercatoria dans l'ancienne Grèce dans ses échanges maritimes.

Avec le développement des relations économiques en Europe au début du 11^{ème} siècle, de nouvelles lois marchandes font leur apparition sous la forme de règles basées sur les coutumes et adoptées par les tribunaux de commerce européens pour tout litige inter-frontières. Ces lois résultent des efforts de la communauté marchande médiévale visant à surmonter l'insuffisance des lois féodales régnautes à l'époque et répondre au besoin de plus en plus croissant du commerce international. Les commerçants ont ainsi créé une loi considérée comme base juridique solide supportant l'expansion des échanges commerciaux au moyen âge et même pendant sur une durée dépassant les huit siècles.

Avec la montée du nationalisme et le début de la période de codification vers le 19^{ème} siècle, la loi marchande fut incorporée dans les lois et règles des pays et nations, et c'est ainsi qu'elle perd son caractère uniforme. Cette période fut aussi marquée par l'élargissement du contrôle du commerce international par les états dont les lois régulaient les relations commerciales alors que les conflits internationaux devenaient une affaire qui relève du droit international.

Néanmoins, le développement du commerce international après la deuxième guerre mondiale a montré en quelques sortes les inconvénients du système traditionnel de régulation des contrats internationaux. La complexité des lois internationales privées et le caractère obsolète des lois locales ne satisfont pas la simplicité et la précision requises par les opérations commerciales. C'est ainsi que les états, conscients de ce problème, optent pour une harmonisation du droit international privé à travers de nombreux traités, conventions et élaborations de modèles de lois. Il est à signaler que les grandes différences économiques, sociales et juridiques entre états et nations ont marqué les accords et conventions dont l'élaboration a duré plus de 20 ans (Convention de Vienne de 1980).

La primauté des lois nationales dans l'économie internationale commence à être remise en question au début des années soixante. Cette période fut aussi marquée par le retour de la loi marchande et qui évoque l'adoption de la même loi par les marchands médiévaux au détriment des lois féodales présentées aujourd'hui comme étant, par analogie, les lois nationales. En ayant recours à des clauses standard, aux usages

commerciaux et aussi l'arbitrage international, les marchands créent leur propre cadre de régulation indépendamment des lois nationales, et qui représente en d'autres termes la nouvelle Lex Mercatoria.

II. Sources et concepts de la Lex Mercatoria

La Lex Mercatoria peut être définie comme un corps de règles d'origines et contenus différents créées par la communauté marchande pour répondre aux besoins du commerce international. La notion de Lex Mercatoria est assez exceptionnelle du fait qu'on ne peut pas lui associer une définition sur laquelle les différents courants et doctrines peuvent se mettre d'accord. En effet, il y a autant de définitions que d'auteurs ayant traité de la Lex Mercatoria.

En général, la plupart des définitions traitent de la relation entre Lex Mercatoria et lois nationales. De cette relation, on peut distinguer deux approches de la Lex Mercatoria : Une approche autonomiste et une autre positiviste. La première considère la Lex Mercatoria comme étant indépendante et autonome de la loi nationale. Elle est un ensemble de principes et pratiques coutumières indépendants de tout système de lois nationales élaboré spontanément pour les besoins du commerce international. La deuxième approche, de sa part, prône un aspect dépendant de la Lex Mercatoria qui fait d'elle un corps de lois d'origine transnationale mais qui existe en vertu de lois nationales.

Concernant les concepts de la Lex Mercatoria, les auteurs en précisent trois. Le premier conçoit la Lex Mercatoria comme un ordre juridique autonome. Le second l'identifie comme un corps de règles constituant une alternative à toute loi applicable nationale. Enfin, le dernier concept décrit la Lex Mercatoria comme un ensemble d'usages et attentes dans le commerce international qui peut compléter une loi applicable.

Le concept de Lex Mercatoria est généralement associé à d'autres concepts et notions qui peuvent être similaires ou alors différents. C'est ainsi que quelques auteurs font référence à la loi transnationale comme synonyme de la Lex Mercatoria alors qu'elle représente plus concrètement un ensemble de lois régulant les opérations et activités inter-frontières incluant de ce fait droits internationaux public et privé ainsi que d'autres règles n'entrant pas dans ce cadre. De sa part, la Lex Mercatoria porte un sens plus étroit dans la mesure où elle représente une partie non-écrite de la loi internationale.

La question de la source de la Lex Mercatoria n'est, comme c'est d'ailleurs le cas de la définition, n'est pas encore tranchée. Cette source dépend en effet de la définition adoptée. C'est ainsi que d'un point de vue positiviste, la Lex Mercatoria est issue des coutumes marchandes instaurées par les instances et organes internationaux comme la chambre de commerce (cas des Incoterms) et la législation internationale. Du point de vue

autonomiste, les usages du commerce international et les principes généraux de la loi constituent l'originale source. D'autres courants cependant élargissent la liste des sources de la Lex Mercatoria en y incorporant la loi internationale publique, les lois uniformes, les principes généraux de la loi, les règles des organisations internationales et quelques standards de contrats et arbitrage.

III. La théorie de la Lex Mercatoria

La théorie de la Lex Mercatoria est controversée. Certains auteurs nient même son existence. Les opposants à la Lex Mercatoria affirment qu'elle manque de « généralité » et est vague et incomplète. De plus, elle ne possède aucune force obligatoire, puisqu'elle n'a pas été promulguée par aucun Parlement ou approuvée dans une convention internationale.

Néanmoins, les arbitres ont appliqué la Lex Mercatoria et elle a été reconnue par les législations nationales ainsi que la jurisprudence.

Il est souligné que la Lex Mercatoria manque de « généralité », à cause de l'existence de divers contrats-types et usages commerciaux. De ce fait, chaque contrat-type et usage commercial reflète le sens de justice des différents types de commerces ou professions. Et ils sont trop divers pour pouvoir constituer une source juridique homogène. De même, les solutions trouvées par les arbitres, en application de la Lex Mercatoria, ne concernent que les questions de conflit, ne pouvant être extrapolable à la généralité du commerce international.

De plus, la Lex Mercatoria est accusée d'être vague et incomplète. Très peu de principes généraux du droit commercial sont reconnues universellement, ces derniers, en plus d'être peu nombreux, sont tellement basiques qu'ils en deviennent inutiles à mentionner. Même les partisans de la Lex Mercatoria admettent qu'elle est incomplète. En effet, la Lex Mercatoria ne fournit pas de réponse aux questions juridiques telles que la validité, la capacité ou la forme du contrat.

Quelque soit le cas, l'obstacle majeur à la théorie de la Lex Mercatoria est son manque de force obligatoire. Elle échappe à la définition traditionnelle de droit, et ne résulte, ni d'un commandement d'un souverain, ni d'une promulgation par un parlement, ni approuvée par une convention internationale.

Les lois promulguées par le législateur possèdent une force obligatoire intrinsèque, tandis que les lois coutumières nécessitent l'*opinio juris* (le sentiment d'obligation). Cela n'arrive pas dans le cas des lois de la Lex Mercatoria. Les usages commerciaux sont un produit de l'autonomie des parties. Ce sont des pratiques contractuelles observées et utilisées en tant que preuve de la volonté des parties.

Les partisans de la Lex Mercatoria ajoutent que la *societas mercatorum* possède des mécanismes et contraintes qui permettent d'obtenir le respect des lois, telles les listes noires, l'atteinte à la réputation commerciale et le retrait des droits de membre des associations

professionnelles. En conséquence, les commerçants se sentent obligés d'observer les lois de la Lex Mercatoria.

Au final, il a été souligné que même si certains de ses éléments peuvent être décrits comme des règles de droit, la Lex Mercatoria ne possède pas la qualité de système juridique. Puisqu'il n'existe pas une seule communauté internationale de commerçants, mais plutôt une pluralité, on ne parle pas de *societas mercatorum*, mais de *principia mercatoria*.

IV. La Lex Mercatoria en tant que loi applicable aux contrats internationaux

La loi applicable à un contrat constitue le cadre juridique qui donne expression à, et satisfait la volonté des parties. Traditionnellement, seule la loi nationale et les règles de droit international privé peuvent fonctionner en tant que lois applicables aux contrats internationaux.

L'hégémonie de la loi nationale et internationale privée sur la régulation des contrats internationaux a été prouvée être à l'encontre de la certitude et la simplicité requises par le commerce international pour diverses raisons.

Premièrement, la localisation des contrats internationaux au sein d'un système national particulier est arbitraire. La plupart des transactions internationales présente des connexions d'importance égale avec les différents ordres juridiques. De plus, certaines de ces transactions prennent place dans les majeurs pôles commerciaux, et sont plus proches de la scène transnationale que d'un seul pays (par exemple, l'U.E.E.). Dans le cas du commerce électronique, il peut être compliqué de localiser la transaction au sein du territoire physique d'un pays. C'est à cause d'Internet, qui joue un rôle central dans ce type de commerce, le rôle de marché virtuel « immaterial marketplace ».

Deuxièmement, les règles de droit international privé sont complexes et leurs résultats sont souvent incertains. Dans le cas d'un différend, le résultat final dépendra d'où sont engagées les procédures. De plus, la loi nationale n'est pas appropriée aux contrats entre les pouvoirs publics et les contractants privés. Les applications de la loi nationale n'est pas désirable, car l'Etat en question peut modifier la loi, au détriment de la partie privée. De plus, un Etat est difficilement consentant au fait d'être soumis à une loi étrangère. Enfin, la loi nationale est principalement mise en place pour réguler des transactions locales et ne prend pas en compte les besoins du commerce international.

Dans le champ de l'arbitration du commerce international, les différends sont généralement résolus par l'application de règles de droit non-nationales, toutes seules ou en combinaison avec la loi municipale. Les arbitres du commerce international ne sont généralement soumis à aucune règle nationale de droit privé international, car leur juridiction est basée sur la volonté des parties, et non sur la souveraineté d'un état.

Nous pouvons conclure que l'existence-même de la Lex Mercatoria est soutenue par les pratiques d'arbitrage de commerce international, indépendamment de tout débat doctrinal.

Les fondements de l'existence de la Lex Mercatoria sont au nombre de trois :

- Le principe de l'autonomie des parties ;
- Le principe de bonne foi ;
- L'usage de l'arbitrage.

V. **De nouvelles sources pour la Lex Mercatoria ?**

Durant ces dernières années, un certain nombre de changements ont eu lieu dans le droit des contrats. Deux nouveaux corps de réglementations codifiées relatives aux dispositions générales des contrats ont vu le jour : les principes d'UNIDROIT, relatifs aux contrats commerciaux internationaux en 1994 et les principes européens du droit des contrats en 1999. Ces principes découlent de deux ambitieux programmes mis en place respectivement par UNIDROIT et par la commission européenne du droit des contrats. Les principes d'UNIDROIT ne s'appliquent qu'aux contrats commerciaux internationaux, alors que les principes européens du droit des contrats s'appliquent également aux contrats nationaux et aux contrats non commerciaux.

Ces deux corps principes contiennent des règles recouvrant la majorité des aspects du droit des contrats. Les règles sont appréhendées très clairement et leur contenu est très explicite. Ces principes n'ont pas de rôle précis, dans le sens où ils peuvent servir différents buts. Ainsi, ils peuvent servir à interpréter la loi uniforme domestique ou internationale, comme un modèle pour les législateurs nationaux et internationaux en tant que lois gouvernant le domaine des contrats. Ni les principes d'UNIDROIT ni les principes européens du droit des contrats ne sont contraignants. Ils sont le fruit du travail d'éminents spécialistes du domaine du droit des contrats mais ne font l'objet d'aucune convention internationale. Par exemple, en ce qui concerne les principes d'UNIDROIT, il a été énoncé qu'«étant donné que les principes représentent un système de règles créé pour énoncer des principes communs relatifs aux contrats commerciaux, ils peuvent être considérés comme une sorte de Lex Mercatoria moderne ». De ce fait, la Lex Mercatoria peut maintenant être « servie » par des règles prévisibles, consistantes et complètes donnant tort aux critiques traditionnelles invoquant le vague, la non exhaustivité ou encore le manque de prévisibilité. Comme cela a été exprimé ultérieurement, « La grande importance des principes d'UNIDROIT est que le volume existe. Ils peuvent être utilisés devant un tribunal. Cette donnée est d'ores et déjà une contribution immense permettant de définir et de prouver la Lex Mercatoria ». Il existe un nombre considérable d'exemples où la communauté juridique a vanté les mérites des principes d'UNIDROIT. Les UNIDROIT ont été appliqués par des arbitres à différentes occasions et ont été reconnus par des tribunaux nationaux. La convention de Mexico

en 1994 renvoie au fait que les principes de droit commercial internationaux reconnus par les organisations internationales sont considérées comme astreignantes au droit applicable au contrat. Les principes d'UNIDROIT font partie des principes expressément recommandés par la convention.

Dans tous les cas, les principes d'UNIDROIT et les principes européens du droit des contrats étant le fruit d'une recherche académique, leur reconnaissance comme Lex Mercatoria à part entière dépend de leur reconnaissance par les intervenants dans le commerce international. Ce n'est que si les acteurs du commerce international, les parties contractantes, les arbitres et éventuellement les juges commencent à utiliser les principes que ceux-ci seront à juste titre considérés comme Lex Mercatoria. Cela a été clarifié par les arbitres dans certaines situations où ils ont considéré que certains principes d'UNIDROIT ne reflètent pas encore la pratique actuelle du commerce international.

VI. **La Lex Mercatoria: l'Europe pionnière**

Depuis le tout début, la stratégie de la communauté européenne a été de promouvoir l'intégration économique en passant par l'harmonisation des règles. La version originale du traité de Rome avait déjà prévu à cet effet plusieurs dispositions concernant certaines sociétés. Depuis, le Programme de Marché Unifié de 1985, la communauté a activement intervenu dans le domaine du droit privé en mettant en place un certain nombre d'actes d'harmonisation, ce qui a permis une « communautarisation » du droit des contrats.

L'intervention de la communauté dans le domaine du droit privé a été fragmentaire et n'est pas très bien coordonnée. En outre, concernant les questions où l'harmonisation n'a pas encore eu lieu, le recours se fait aux traités internationaux de droit privé (la convention de Rome par exemple). Ce constat renvoie à un paradoxe évident : alors que la loi a été l'un des principaux outils de l'intégration Européenne, celle-ci reste un obstacle important à l'achèvement de la mise en place du marché interne. Alors que les contrats sont l'outil légal principal utilisé dans la circulation de biens et de services, l'existence de quinze différents droits des contrats au sein même de l'UE entrave le fonctionnement optimal du marché interne. Les coûts importants liés au conseil juridique nécessaire quand il s'agit de contrats de droits étrangers et l'incertitude liée à l'issue d'éventuels conflits empêchent un certain nombre de commerçants d'exercer au sein du marché Européen. Finalement, ce sont les consommateurs qui payent le prix de l' « incertitude légale ».

La régulation hétérogène des contrats dans le contexte national, international et communautaire a rehaussé le débat sur la nécessité d'avoir une base commune de droit des contrats en Europe. Pendant un certain temps, le débat sur l'harmonisation du droit des contrats en Europe a été purement académique, sans recours à aucun background politique. Seules deux résolutions du Parlement Européen en 1989 et 1994, ont essayé d'esquisser une base pour un droit Européen harmonisé des contrats. Cependant, durant les trois dernières années, la question de l'harmonisation du droit des contrats a été imprégnée d'un caractère politique. En effet, en 1999, les conclusions du conseil Européen tenu à Tampere a demandé « une loi substantive, bâtie sur une étude globale permettant d'approximer la législation des Etats membres dans les questions civiles pour éliminer les obstacles du bon fonctionnement des procédures civiles ». Par ailleurs, dans sa résolution du 16 mars 2000, le parlement Européen a encore insisté sur le fait que « plus d'harmonisation des lois civiles est devenu essentiel au fonctionnement des marchés internes » et a demandé à la commission d'effectuer une étude à ce sujet.

Enfin, la commission européenne a publié le 11 juillet 2001 une communication au conseil et au parlement européen concernant le droit européen des contrats, cherchant à rassembler de l'information de toutes les parties intéressées et a suggéré les options suivantes pour atténuer les effets négatifs de la pluralité des droits des contrats :

- 1.** Laisser le marché résoudre tout problème sans solution identifiée.
- 2.** Promouvoir le développement de principes non restrictifs communs du droit des contrats, utiles pour les parties contractantes, les tribunaux nationaux, les arbitres et les législateurs nationaux.
- 3.** Revoir et améliorer les législations existantes de la communauté européenne dans le domaine du droit des contrats pour les rendre plus cohérentes et les adapter aux situations non prévues dans les textes initiaux.
- 4.** Adopter une nouvelle législation globale au niveau de l'UE.

Conclusion

Ressources bibliographiques