

Philippe Kahn

Vers la quête de la Lex Mercatoria : l'apport de l'école de Dijon, 1957-1964

L'idée de l'existence de règles juridiques propres aux relations commerciales internationales créées en dehors ou à côté de celles émises par les Etats est apparue dans les années cinquante. Elle était exprimée de façon dispersée et floue. La naissance de ce mouvement et sa consolidation se sont faites à la suite d'observations portant sur les pratiques suivies par les opérateurs du commerce international. En France, l'idée a été fortement exprimée dans une série de travaux poursuivis à la Faculté de Droit de Dijon entre 1956 et 1964. C'est l'origine de l'école de Dijon de la *lex mercatoria*.

La première réflexion sur le problème est née d'un événement de portée internationale : la nationalisation du canal de Suez par les autorités égyptiennes et, par voie de conséquence, l'expropriation de la Compagnie Universelle du Canal de Suez, société exploitante du Canal.

Dans une opinion publiée dans le quotidien "Le Monde" du 4 octobre 1956¹, *Berthold Goldman*, alors professeur à la Faculté de Droit de Dijon, essayait de démontrer qu'aucun des critères habituellement utilisés par les différents systèmes nationaux (lieu du siège social, incorporation, contrôle) ne conduisait à l'attribution à la compagnie de la nationalité égyptienne, ni même à celle d'une autre nationalité telle que française ou franco-anglaise. Elle était, selon lui, une société internationale relevant directement de l'ordre juridique international. Son analyse reposait principalement sur l'objet et les résonances de son activité. Et il pouvait citer quelques précédents, par exemple la Banque de règlements internationaux ou la Croix-Rouge internationale, comme cas d'application de ce nouveau concept. *Berthold Goldman* reprendra cette idée dans un contexte plus large lors d'une étude parue dans le Journal du Droit international (Clunet) en 1963².

Dans la suite de cette première incursion dans un espace juridique transnational, *Berthold Goldman* dirigera, à Dijon, trois thèses : la première sur le crédit documentaire, la deuxième sur la vente commerciale internationale, la troisième sur l'arbitrage commercial international³.

La thèse sur le crédit documentaire, soutenue par *Jean Stoufflet*, portait sur l'étude juridique d'un instrument financier du commerce international, notamment en réfléchissant sur le sens et le rôle joué par les règles et usances uniformes du crédit documentaire élaborées par la chambre de commerce international en 1933.

Les règles et usances uniformes du crédit documentaire sont, avec les Incoterms de la CCI (1936), un des premiers textes, à prétention universelle, élaborés en dehors des états. Et c'est l'aspect original de la thèse que d'avoir montré comment la régulation de cet instrument financier n'avait pas été créée *ex nihilo* dans un cabinet d'avocats ou un bureau d'administrateurs mais constituait une synthèse des usages et des pratiques des banques et aussi des pratiques des milieux commerciaux en général, transporteurs et assureurs y compris. Dans sa phase rédactionnelle, elle apparaît comme une norme unique, expression des solutions généralement reconnues et comme une formule contractuelle équilibrée. S'explique ainsi que ces règles et usances aient été adoptées par la plupart des institutions bancaires et par les banques nationales.

Ces règles et usances constituaient, après une connaissance et évaluation des pratiques, une véritable création par une institution privée représentative des intérêts commerciaux in-

¹ Voir www.Trans-Lex.org/000009; pour une traduction anglaise voir *infra* Annex II.

² Voir *supra* *Klaus Peter Berger*, Introduction p. 1 pour un exposé plus complet de l'opinion de *Berthold Goldman* relative à Suez.

³ *Jean Stoufflet*, Le crédit documentaire : étude juridique d'un instrument financier du commerce international, Paris, Librairie technique 1957 ; *Philippe Kahn*, La vente commerciale internationale, Paris, Sirey 1961 ; *Philippe Fouchard*, L'arbitrage commercial international, Paris, Dalloz 1965.

ternationaux, toutes branches professionnelles confondues. On peut donc y voir, quelles que soient les controverses sur la nature de ces règles et sur leur autorité, une expression de ce que sera la *lex mercatoria*.

La thèse sur la vente internationale, soutenue par *Philippe Kahn*, marque, sans doute, une étape décisive dans la compréhension du phénomène qu'est la naissance d'un droit a-national dans l'espace constitué par les relations économiques internationales.

Ce n'était pas l'objet primitif de la thèse. Celle-ci devait porter sur les conventions de La Haye, du 15 juin 1955, sur les conflits de lois en matière de vente, et du 15 avril 1958, sur la loi applicable au transfert de propriété et sur la prorogation de for, et, à titre complémentaire, sur quelques particularités de droit matériel, tels le financement (voir thèse crédit documentaire) et les réglementations administratives relatives au commerce extérieur. Rien, a priori, ne conduisait à la *lex mercatoria*.

Les premières recherches documentaires de *Philippe Kahn*, orientées vers le droit français, ont montré que le droit civil ne connaissait pas de règles spécifiques de la vente internationale, que les grands arrêts de la cour de cassation portant, par exemple, sur l'autonomie de la volonté ou sur les clauses monétaires, avaient été rendus lors de litiges nés à propos de contrats de transport ou d'emprunt. De même la doctrine, en dehors des ventes maritimes, était peu développée⁴. Ce vide relatif a conduit l'auteur à chercher pourquoi le contrat le plus utilisé dans le commerce international, et contrat pivot de nombreuses activités (assurances, intermédiaires, transports), était si peu apparent dans le monde juridique. Certes, à l'époque, le système français était globalement orienté vers le positivisme juridique étatique avec sa pyramide : lois, jurisprudence, doctrine, cette dernière ayant pour mission de commenter et d'interpréter les premières. La théorie des conflits de lois suffisait à faire passer la vente interne (code civil) au régime de la vente internationale (désignation du droit étatique compétent). Sans doute quelques voix, sinon discordantes du moins marginales (*Edouard Lambert*⁵ et ses élèves, *Georges Scelle*), avaient développé des visions plus larges des rapports internationaux privés et publics, mais restaient très minoritaires.

La réponse à l'interrogation : pourquoi ce vide officiel ? a été trouvée dans les travaux de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies. Son conseiller juridique, *Lazare Kopelmanas*, afin de faciliter les rapports commerciaux entre l'Europe de l'Ouest et l'Europe de l'Est, alors que les divergences politiques opposaient les deux blocs et paralysaient les échanges, a cherché un terrain d'entente sur un plan pratique.

Il a donc proposé d'élaborer en commun des conditions générales de vente, qui ne seraient pas des transpositions des ordres juridiques nationaux, mais qui reposeraient sur les pratiques et les contrats des opérateurs du commerce européen, exportateurs et importateurs localisés dans les pays de l'Europe de l'Ouest et de l'Europe de l'Est. Des groupes de travail étaient composés non pas de représentants des gouvernements mais d'opérateurs sous l'administration de la commission. Une riche documentation accompagnée de rapports techniques, portant sur les principaux problèmes rencontrés par les opérateurs, a permis de saisir l'existence d'une vie juridique se déroulant en dehors et à côté des états pour répondre à des besoins précis. C'est à partir de cette constatation que la commission et ses groupes de travail ont élaboré des conditions générales de vente produit par produit⁶.

La compréhension de cette approche, à la fois méthodique et pratique, a conduit l'auteur de la thèse à compléter son information par la réunion et l'étude de nombreux contrats et contrats-type (contrat CAF de la London corntrade association, contrats portant sur des produits sidérurgiques, miniers, agricoles, forestiers, textiles, équipements etc...).

⁴ *M. Ishizaki*, Le droit corporatif des ventes de soies, les contrat-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les autres places, Paris, M. Giard, 1928.

⁵ Cf. *supra* *Klaus Peter Berger*, Chapitre 2 II.G.3.b.cc.(b).

⁶ Fourniture des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation, formules n°188 et n°574 ; contrats pour la vente de céréales CAF (maritime), 8 formules-FOB, 2 formules ; conditions de vente uniformes pour les agrumes ; exportation et importation de résineux n°410.

Il se dégage de cette recherche deux grandes conclusions :

1. On peut distinguer deux modèles de vente, la vente qui porte sur des biens non fongibles (biens d'équipement) et celle qui porte sur des biens fongibles (biens de production et biens de consommation).

2. Dans chacun de ces types de vente apparaissent un fond commun de règles et des règles plus spécifiques en fonction de la nature du produit, objet de la vente.

Ces règles sont élaborées et suivies sans lien direct ni hostilité envers les droits étatiques. Elles trouvent leur structuration et leur sanction à travers l'arbitrage commercial international qui, en quelque sorte, les légitime.

L'auteur de la thèse a cru pouvoir affirmer qu'il existait, au sens sociologique et non au sens juridique, une véritable société des vendeurs et des acheteurs du commerce international, sous-entendu au delà de la thèse, une véritable société des opérateurs du commerce international.

L'idée allait être reprise par *Philippe Fouchard*, auteur de la thèse sur l'arbitrage commercial international avec une terminologie moins provocatrice, "communauté" se substituant à "société". L'avantage était d'utiliser une expression moins agressive face à la doctrine dominante du positivisme juridique hostile à toute atteinte aux droits étatiques. La méthode suivie par *Philippe Fouchard* est analogue à celle suivie par *Philippe Kahn* : réunir des documents issus de la pratique, principalement les clauses d'arbitrage incluses dans les contrats internationaux et les sentences arbitrales internationales elles-mêmes. Le deuxième point soulevait une difficulté particulière : la confidentialité de l'arbitrage, donc l'accès à des sentences significatives, hors les grandes sentences pétrolières que les media avaient rendues publiques. Toutefois, un adoucissement existait dans la mesure où, contrairement à la vente internationale dont la "juridiction de droit commun" était l'arbitrage, les sentences arbitrales pouvaient être soumises aux juridictions judiciaires par la procédure d'exequatur ou d'action en nullité, décisions judiciaires, elles, publiques.

Cependant, malgré cette difficulté, l'auteur a pu réunir un nombre significatif de sentences, soit sentences *ad hoc*, soit sentences rendues sous les hospices de nombreuses institutions d'arbitrage. Il a pu réunir également un nombre considérable de règlements d'arbitrage de ces institutions. Ce qui lui a permis d'avoir une vue d'ensemble de la situation de l'arbitrage commercial international telle qu'elle existait à l'époque.

Sa conclusion est que se dessine une internationalisation de l'arbitrage commercial aussi bien dans son organisation que dans son fonctionnement: non rattachement à un état (minimisation de la loi du siège de l'arbitrage), autonomie de la clause compromissoire, primauté des règles de procédure adoptées par la pratique internationale à travers les règlements d'arbitrage élaborés par les institutions d'arbitrage, liberté de choix du droit applicable (parties et arbitres) y compris l'application par l'arbitre d'un droit a-national etc...

Parmi les apports de la thèse à l'arbitrage international, on retiendra d'une part la démonstration que l'arbitrage était en train de devenir la juridiction de droit commun des litiges nés des opérations du commerce international, et d'autre part l'analyse de l'utilisation de leur pouvoir par les arbitres, qui les conduira à dégager des principes structurant les règles souvent floues issues des contrats et conditions générales employés par les opérateurs.

À ce stade, il ressort des trois thèses que se conjuguent activités opérationnelles et activités juridictionnelles pour que s'ouvre un espace de juridicité à proprement parler international, préjugeant un espace transnational (mondial?). Il faut retenir que les trois auteurs n'ont pas envisagé au début de leur travail une recherche sur la *lex mercatoria* supposée dans le débat. Ce sont les résultats de leur recherche qui les ont amenés à soutenir, chacun avec son mode d'expression, l'existence d'une juridicité professionnelle dans le domaine étudié du commerce international.

On retiendra également que la méthode suivie a été, dans les trois thèses, une méthode centrée sur l'analyse de documents issus de la pratique les conduisant à minimiser, sans les nier ou les oublier, les sources d'origine étatique ou interétatique. Il apparaît aussi de leurs

observations que la notion d'ordre public, qu'il soit professionnel ou étatique, ne semble pas être une préoccupation des institutions, des contractants ou des arbitres.

La synthèse sera faite par *Berthold Goldman* dans son intervention, en 1964, au séminaire de philosophie du droit, consacré au droit subjectif, sous le titre : "Frontières du droit et *lex mercatoria*"⁷. Reprenant ses propres recherches sur la société internationale et les travaux de ses élèves, il constate « que les relations commerciales internationales, au sens large, paraissent échapper à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation des états qui y ont adhéré, pour être aménagées et gouvernées selon des normes d'origine professionnelle, ou des règles coutumières et des principes que des sentences arbitrales révèlent à moins qu'elles ne les élaborent ». C'est ce phénomène qu'il proposera de dénommer *lex mercatoria* avec la fortune que l'on sait.

Si l'"école de Dijon" a bien fourni, dans cette période qui va de 1956 à 1964, les développements les plus élaborés, appuyés sur des justifications incontestables de l'existence d'une *lex mercatoria*, il faut rappeler que sa réflexion n'était pas isolée.

À la même époque, *Clive M. Schmitthoff* était arrivé à la même conclusion et à la même terminologie. Également, dans plusieurs pays, se rencontraient des personnalités ou des institutions qui s'interrogeaient sur ce nouveau droit professionnel. Les comptes rendus des discussions à propos de l'autonomie de la volonté, lors de la Conférence de La Haye de 1964 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, sont significatifs ; ou encore les travaux de la commission "Droit et vie des affaires" de l'Université de Liège, qui jouera par la suite un rôle essentiel dans le développement et la compréhension de la *lex mercatoria*.

En tout cas, en 1964, est acquise la démonstration de l'existence d'un ensemble de normes d'origine professionnelle gouvernant les relations commerciales internationales. Le système reçoit sa dénomination "*lex mercatoria*", qui sera reprise tout au long d'une existence tumultueuse dont le destin n'est pas achevé⁸.

⁷ *Berthold Goldman*, "Frontière du droit et *lex mercatoria*" in *Le Droit subjectif en question*, p. 177, Paris, Sirey, 1964.

⁸ *Philippe Kahn*, "La *lex mercatoria* et son destin" in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman* p. 25, Edition Panthéon Assas 2004.