

RÈGLES MATÉRIELLES DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DROIT ÉCONOMIQUE

[Éric Loquin](#)

De Boeck Supérieur | « [Revue internationale de droit économique](#) »

2010/1 t. XXIV, 1 | pages 81 à 101

ISSN 1010-8831

ISBN 9782804160821

DOI 10.3917/ride.241.0081

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2010-1-page-81.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

RÈGLES MATÉRIELLES DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DROIT ÉCONOMIQUE

Éric LOQUIN¹

Résumé : *Les normes matérielles internationales se sont développées principalement dans les matières concernant le commerce international. Ce développement fulgurant relègue progressivement au second plan la règle «traditionnelle» de conflit qui ne joue plus qu'un rôle résiduel. Constitutives du droit international spécial du commerce international, les normes matérielles internationales se sont produites pièce par pièce, dans différents domaines du commerce international, répondant aux besoins d'optimisation économique dans différents secteurs économiques, ou aux impératifs technologiques propres à une filière. Il en est ainsi de la vente internationale de marchandises, du transport international, du droit des opérations financières internationales, du droit de l'investissement international et du droit de la filière spatiale. De sources diverses – activité normative d'un État qui codifie des règles réservées aux seules relations internationales, la coopération internationale des États –, ces règles matérielles du commerce international sont toutes tournées vers un seul objectif : l'optimisation sur le plan économique des rapports juridiques. Cet article, en même temps qu'il retrace la méthode d'émergence et de développement des règles matérielles du commerce international, met en exergue comment la finalité économique de ce droit, à savoir la recherche de l'optimisation économique des rapports juridiques internationaux, a contribué à son propre développement.*

- 1 Introduction
 - 2 Méthode des règles matérielles et droit économique
 - 2.1 Objectif des règles matérielles internationales et droit économique
 - 2.2 Sélection des règles matérielles internationales et droit économique
 - 3 La recherche de l'optimisation économique par la règle matérielle internationale
 - 3.1 La règle matérielle, instrument de la sécurité économique
 - 3.1.1 La protection de la stabilité des rapports économiques
 - 3.1.2 La protection du droit contre les aléas
 - 3.2 La prise en charge de la police des marchés par les règles matérielles internationales
 - 4 Conclusion
- Summary*

1. Professeur à l'Université de Bourgogne, directeur du Centre de recherches sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CREDIMI- UMR 5598- UB-CNRS).

1 INTRODUCTION

Chacun s'accorde à reconnaître que les normes matérielles internationales se sont principalement développées dans les matières concernant le commerce international et cela, quelle que soit l'origine de la norme². M. Van Hecke a constaté « *qu'une tendance caractéristique des années récentes tend à l'élimination complète des conflits de lois en matière commerciale par la création d'un droit commercial international, le jus mercatorum* »³. Des pans entiers de la discipline relèvent du domaine des règles matérielles internationales, toutes sources confondues, et la méthode des conflits de lois n'y joue plus qu'un rôle résiduel.

Il existe différents types de systèmes normatifs matériels ayant pour objet le commerce international. Il est aisé de distinguer un droit matériel international sectoriel du commerce international. Certains auteurs le qualifient de droit spécial par analogie avec le droit des contrats spéciaux. D. Mainguy, par exemple, constate que « *le droit des contrats internationaux s'enrichit de nombreuses règles qui intéressent, au-delà du droit commun des contrats internationaux, certains contrats particuliers* »⁴. En contemplation de ce droit spécial particulièrement riche en règles matérielles internationales se développe un droit commun matériel en formation, encore inachevé, des contrats internationaux. Plus discrètement enfin, et depuis très longtemps, les différentes filières transnationales du commerce international créent un droit matériel international spécifique à une activité ou à un produit.

Le droit matériel international spécial du commerce international est particulièrement développé. Le droit du commerce international est un gigantesque puzzle qui s'est construit pièce par pièce, type de contrats par type de contrats. Certains contrats sont, depuis le XIX^e siècle, régulés par des règles matérielles internationales. Tel est le cas du contrat de vente ou du contrat de transport qui ont été les piliers du développement du commerce international et du droit matériel du commerce international. La vente internationale de marchandises est sans doute l'opération la plus spectaculairement soumise au droit matériel international. Le fond juridique commun à tous les contrats de vente internationaux est issu de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), telle que complétée par la Convention de New York du 14 juin 1974 et le Protocole additionnel sur la prescription de la vente internationale de marchandises. Ce droit conventionnel se combine harmonieusement avec les *Incoterms* élaborés par la Chambre de commerce internationale, normes internationales modèles, mais massivement utilisées par les opérateurs du commerce international⁵. À ce droit commun s'ajoute le droit spécial

2. Y. Loussouarn et P. Bourrel, *Droit international privé*, 7^e éd., Dalloz, 2001, n° 76 ; B. Audit, *Droit international privé*, 3^e éd., Économica, 2000, n° 8 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 8^e éd., Montchrestien, 2004, n° 19.
3. G. Van Hecke, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, RCADI, tome 126, 1996, p. 465.
4. D. Mainguy, « Les opérations du commerce international », in J. Beguin et B. Menjuq (dir.), *Droit du commerce international*, Litec, 2005, p. 395 et s.
5. E. Jolivet, *Les Incoterms, Étude d'une norme du commerce international*, Litec, 2003.

de la vente commerciale de marchandises, applicable à certaines marchandises, formé par les très nombreux codes d'usages et contrats types offerts par les institutions corporatives⁶. Les contrats de production, compris comme les contrats utiles à la réalisation de grandes entreprises industrielles, dont l'objet est la production de biens (réalisation d'ensembles industriels, contrat de transfert de techniques, contrat de coopération industrielle), ont fait l'objet d'une modélisation progressive par la pratique, de telle sorte que dans les espaces laissés à la liberté contractuelle par le droit des États, ces opérations sont organisées sur la base de schémas contractuels et de clauses types de portée universelle, que les opérateurs utilisent systématiquement, quels que soient leur établissement ou leur nationalité, la localisation de leurs opérations et la loi applicable à celles-ci. Le transport international est l'objet d'un nombre important de conventions internationales «*formant un tissu de règles matérielles uniformes parmi les plus complètes du droit des affaires*»⁷. C'est ainsi que le transport routier international est réglementé par la Convention de Genève du 19 mai 1956, le transport ferroviaire par la Convention de Berne du 9 mai 1980, le transport aérien par la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, le transport maritime par la Convention de Bruxelles du 25 août 1925 et les Règles de Hambourg du 31 mars 1978. Le droit des opérations financières du commerce international est également presque totalement sous l'emprise de règles matérielles internationales. Le crédit documentaire créé par la pratique bancaire internationale est organisé par les Règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale. Les techniques de financement telles les euros-émissions et les euros-crédits sont presque entièrement régulées par des instruments contractuels types élaborés par la pratique bancaire internationale en marge des droits étatiques⁸. Des instruments nouveaux, porteurs exclusivement de règles matérielles, devraient combler progressivement les vides encore existants⁹. Enfin, le droit de l'investissement international est également l'objet de règles matérielles les plus diverses : Convention de Washington de 1965, conventions bilatérales de protection des investissements, codes des investissements créés par les États, contrats d'investissements, jurisprudence des tribunaux arbitraux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)¹⁰.

6. Ph. Kahn, *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1963.

7. D. Mainguy, *op. cit.*, p. 471.

8. A. Jacquemont, *L'émission des emprunts euro-obligataires*, Litec, 1976 ; J.-B. Blaise, Ph. Fouchard et Ph. Kahn, *Les euros-crédits*, Litec, 1981.

9. Convention internationale de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) relative aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit *stand by* (disponible sur le lien suivant : <http://www.cnudci.org/pdf/french/texts/payments/guarantees/guarantees-f.pdf>) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 ; Règles uniformes pour les garanties sur demandes de la CCI du 3 décembre 1991 ; Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit bail international ; Convention d'Ottawa sur l'affacturage international du 29 mai 1988 ; Convention des Nations Unies sur la cession de créance à des fins de financement du 12 décembre 2001.

10. S. Manciaux, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Litec, 2001.

En contemplation de ce droit matériel spécial ou plutôt sectoriel des contrats commerciaux internationaux s'est progressivement forgé un droit matériel général des contrats du commerce international, formé de principes généraux créés par les tribunaux arbitraux, rassemblé dans des compilations ou codifications à caractère non obligatoire comme par exemple les Principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Il existe également un droit modélisé des contrats du commerce international formé de clauses types, que l'on retrouve dans la plupart des contrats internationaux¹¹. La généralisation de l'utilisation de ces clauses à travers les frontières constitue autant de phénomènes de droit spontané. C'est l'adéquation de ces pratiques contractuelles aux besoins du commerce international qui explique leur succès. Le mimétisme est l'explication de leur développement. On citera dans le plus grand désordre la pratique des contrats de négociation, le recours aux préambules, les clauses d'interprétation, les clauses de force majeure, de *hardship*, d'adaptation, les clauses de secret. Elles passent d'un contrat à l'autre, sous des formes standardisées. Ces clauses corrigent les insuffisances des droits nationaux et leur inadaptation aux nécessités du commerce international. Les clauses de *hardship* sont la réponse de la pratique à l'absence de réactivité des règles juridiques aux changements de circonstances constatée dans de nombreuses lois nationales. Les contrats de négociation sont des réponses au sous-développement des règles juridiques étatiques concernant la période précontractuelle.

Enfin, il existe des ensembles de règles matérielles du commerce international propres à des filières, et regroupant des contrats de nature différente, mais soumis à des exigences identiques imposées à la fois par les opérateurs en situation de contrôler la filière, mais aussi et peut-être surtout par les impératifs de la technologie propre à la filière¹². L'un des exemples les plus caractéristiques de ce droit matériel international propre à une filière transnationale est fourni par « la filière spatiale ». Le droit de la filière spatiale est tout entier marqué par l'exigence de maîtriser les conséquences juridiques du risque technologique et par la position dominante de l'entreprise de lancement, dont les clauses stipulées dans le contrat de lancement se répercutent dans l'ensemble des contrats de la filière¹³. La gestion juridique des risques génère des panoplies de clauses caractéristiques dont la finalité est de limiter la responsabilité des opérateurs¹⁴. Un autre exemple est donné par les filières agro-industrielles. Le transformateur impose à l'ensemble des opérateurs de la filière, producteur, négociants, des normes de qualité fonctionnelles permettant au produit, « où qu'il soit produit dans le monde », d'être transformé de manière uniforme.

11. M. Fontaine et F. De Ly, *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction des clauses*, 2^e éd., Bruylant, 2003.

12. L. Ravillon, « L'adaptation du droit des contrats aux innovations technologiques : l'exemple des secteurs informatiques et spatial », *RDAL*, 2007, n° 4, p. 453.

13. L. Ravillon, *Droit des activités spatiales*, Litec, 2004.

14. É. Loquin et P.-F. Veil, « La gestion des risques de l'exploitation commerciale de l'espace », in *L'exploitation commerciale de l'espace*, Litec, 1992, p. 165 et s.

Les sources de ce droit matériel international sont diverses¹⁵. Tantôt les règles sont le produit de l'activité normative d'un État qui prend la peine à travers ces lois ou la jurisprudence de ses tribunaux de créer des normes réservées aux seules relations internationales. Tantôt le droit commercial matériel international est le fruit de la coopération internationale des États qui concluent des conventions internationales contenant du droit matériel ou qui coopèrent dans ce but au sein d'organisations internationales. Mais ce droit peut avoir des sources plus informelles : règles modèles créées par les organisations professionnelles internationales offertes à l'adhésion des opérateurs du commerce international, usages du commerce international, droit spontané résultant des pratiques contractuelles.

Malgré la diversité de ses sources, ce droit présente une étonnante cohérence. Il est tout entier tourné vers la satisfaction des besoins du commerce international. Il constitue un droit finalisé fondé sur la fonction économique du droit. La règle matérielle retenue, soit choisie dans l'immense catalogue des règles appartenant aux droits nationaux, soit forgée de toutes pièces par la pratique, sera celle qui « optimise » sur le plan économique le rapport juridique. La méthode d'élaboration des règles matérielles internationales intègre nécessairement l'analyse économique du droit (2). Le système normatif ainsi produit est apte à optimiser l'effet économique de la norme (3).

2 MÉTHODE DES RÈGLES MATÉRIELLES ET DROIT ÉCONOMIQUE

2.1 Objectif des règles matérielles internationales et droit économique

Les règles matérielles internationales peuvent être définies comme des normes spécialement faites pour régir les relations internationales. La règle matérielle internationale doit être distinguée de la règle de conflit de lois, autre type de normes spécialement créées pour régir les relations internationales, car elle donne immédiatement une réponse à une question posée et ne se contente pas de désigner l'ordre juridique d'où procédera la règle de droit qui régira la situation juridique. C'est ce caractère substantiel ou matériel qui est le premier trait caractéristique de la norme. Ce trait permet de comprendre que la règle matérielle n'est pas *a priori* neutre relativement à la solution au fond qu'elle prévoit et cela, à la différence de la règle de conflit de lois de type « savignien ».

Le deuxième trait caractéristique de la norme matérielle internationale est qu'elle se distingue des normes matérielles internes, lesquelles sont applicables aux

15. Sur l'ensemble de la question, É. Loquin, *Les règles matérielles internationales*, RCADI, 2007, tome 322, p. 13 et s.

relations internes, mais aussi aux relations internationales, si le droit étatique qui les contient est compétent au regard du droit international privé applicable pour régir la relation internationale. Le propre de la règle matérielle internationale est que la condition de son application est l'internationalité de la relation qu'elle a vocation à régir. Une approche économique du droit oblige à revendiquer la méthode des règles matérielles internationales. Le marché globalisé implique en effet une dilution des espaces nationaux et la recherche de règles juridiques uniformes. Un marché global ne peut se satisfaire de la division de ce marché en espaces juridiques cloisonnés. La création de règles matérielles uniformes répond aux besoins de la globalisation de l'économie¹⁶. La méthode des conflits de lois ne peut satisfaire ces besoins dès lors qu'elle conduit nécessairement à l'application de normes particularistes, propres à une culture juridique déterminée, suspectées, à tort ou à raison, d'être inspirées par des intérêts nationaux. Plus encore, la norme matérielle unifiée place chaque opérateur sur un plan d'égalité avec ses concurrents sur le marché et interdit à l'un d'entre eux de tirer un avantage de la disparité des normes applicables sur le marché. Le débat a été élevé en droit européen. Certains auteurs ont soutenu que, dans le cadre territorial restreint de l'Union européenne, la disparité des législations des États membres, par exemple pour le droit des contrats, constituait une barrière non tarifaire ou une mesure d'effet équivalent et donc une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur¹⁷. Le même raisonnement vaut dans le cadre du marché mondial globalisé. La situation est sensible en matière de contrats conclus avec des consommateurs, dès l'instant que les législateurs nationaux entendent imposer l'application impérative de leur droit de la consommation sur leur marché intérieur en recourant au mécanisme des lois de police. Il faut alors admettre que les divergences juridiques puissent constituer des obstacles à la libre concurrence¹⁸.

Le troisième trait caractéristique de la règle matérielle internationale, qui découle directement du second, est qu'elle contient, par hypothèse, une norme spécialement conçue pour régir les relations internationales, distincte dans son contenu des normes internes ayant pour objet les mêmes relations juridiques localisées uniquement dans un ordre juridique interne. Les normes matérielles internationales coexistent dans un ordre juridique donné avec des règles internes. Elles constituent, comme l'écrit le doyen P. Lalive, «à côté du régime normal, une sorte de régime parallèle prenant en considération les éléments d'extranéité de la donnée»¹⁹. Tel est le trait caractéristique de la norme matérielle internationale, celui qui est au cœur du concept. La norme matérielle internationale est spécialement faite pour régir les relations commerciales internationales, c'est-à-dire spécialement faite pour prendre en considération les intérêts du commerce international, c'est-à-dire ses finalités,

16. É. Loquin, *Les règles matérielles internationales*, op. cit., n° 108 et s.

17. O. Lando, *The Conflict of Law of Contract*, RCADI, 1984, tome 188, p. 192.

18. Cf. les motifs de l'arrêt de la CJCE du 25 avril 2002 (aff. C-52/00, *Rec. I-3827*), qui a jugé l'action en manquement engagée contre la France relativement à sa transposition de la Directive du 25 juin 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

19. P. Lalive, *Tendances et méthodes en droit international privé*, RCADI, 1977, tome 155, p. 91.

ses objectifs. Ce sont ces finalités que doit servir le droit matériel du commerce international. Lui seul peut les servir, dès lors que par hypothèse tel n'est pas l'objet des règles créées pour servir les relations internes à un ordre juridique. Telle est bien l'ambition de l'ensemble du droit matériel du commerce, quels que soient ses auteurs (les États, les organisations internationales, les organisations professionnelles ou les opérateurs eux-mêmes), ou quelle que soit la force juridique de ses règles, qu'elles s'imposent à la volonté des opérateurs du commerce international ou qu'elles soient offertes à leur volonté²⁰.

Or chacun s'accorde pour admettre que le premier objectif du commerce international, sinon le seul, est son développement²¹. Le droit matériel du commerce international a pour finalité de faciliter le commerce international, d'en réaliser l'expansion, en organisant le développement des échanges économiques internationaux en toutes directions, en permettant la libre circulation des marchandises et des services à travers les frontières, mais aussi en élargissant l'objet du commerce international à de nouvelles marchandises à travers une extension indéfinie et inquiétante du champ de la commercialité²². Les règles matérielles internationales constituent ainsi les vecteurs des seuls intérêts de la société internationale des commerçants. Comme l'a écrit B. Oppetit, « *le droit du commerce international s'assigne pour objectif essentiel la satisfaction des seuls intérêts d'un commerce international dont l'expansionnisme ne connaît a priori d'autres limites que celle de sa propre dynamique* »²³. Parallèlement, Ph. Fouchard²⁴ écrivait que « *ce n'est que parcimonieusement que l'équité est accueillie comme principe juridique par le droit du commerce international aussi bien dans les relations interétatiques que dans les relations entre entreprises* »²⁵.

Privilégiant l'utile sur le juste, on peut alors concevoir que le droit matériel du commerce international soit très réceptif à l'analyse économique du droit, laquelle consiste « *en la soumission des règles ou structures juridiques à l'épreuve du critère de l'efficacité et de la maximisation des richesses totales de la société* »²⁶. La recherche de la satisfaction des intérêts du commerce international a conditionné un droit matériel du commerce international tourné essentiellement vers la recherche de l'utile, de telle sorte que ses solutions se distinguent spectaculairement de celles données par les droits nationaux. Certes, ce droit a rarement la prétention de réguler

20. Sur ces typologies, É. Loquin, *Les règles matérielles internationales*, op. cit., p. 83 et s.

21. Ph. Fouchard, « La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international », *Les petites affiches*, 2003, n° 252, p. 36; B. Oppetit, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », in *Mélanges P. Lalive*, Helbing, Lichtenhalm, 1993, p. 309.

22. B. Oppetit, *ibid.*, p. 311.

23. *Ibid.*

24. Ph. Fouchard, « Droit et morale dans les relations économiques internationales », *Rev. des sciences morales et politiques*, 1997, p. 1.

25. Pour une analyse plus nuancée, É. Loquin, *Les règles matérielles internationales*, op. cit., n° 88 et s.

26. T. Daintith, « Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe », *RIDE*, 1991, n° 3, p. 317.

au niveau macroéconomique les marchés. Il est en réalité un droit relationnel qui vise à organiser les rapports contractuels des opérateurs du marché. Son objectif est de soumettre le contrat à des normes qui en optimisent les effets économiques. Mais cette approche microéconomique n'est pas sans influence sur le marché lui-même. Dans certains cas, par exemple le marché de l'industrie spatiale, elle est la condition même de l'existence de ce marché.

2.2 Sélection des règles matérielles internationales et droit économique

La construction du droit commercial matériel international est fondée sur l'analyse économique du droit.

D'une part, les normes matérielles internationales ne sont pas toujours étrangères à celles que l'on trouve dans les droits étatiques. Le plus souvent, ces normes existent dans certains droits étatiques, voire dans des familles de droit. Mais la validation de ces normes par l'analyse économique du droit a été le critère de leur sélection avant leur intégration dans le droit matériel du commerce international. L'originalité du droit matériel international tient au fait qu'il concentre un ensemble de normes venues de toutes les sources sur le fondement de ce critère. On retrouvera, quel que soit l'auteur des normes matérielles, les mêmes méthodes d'élaboration des normes : le syncrétisme juridique, c'est-à-dire la recherche de principes universels ; le darwinisme juridique, c'est-à-dire l'élimination des règles non conformes à la satisfaction des besoins du commerce international ; les mélanges des sources, c'est-à-dire la coexistence des usages du commerce et des pratiques contractuelles avec les principes généraux du droit, fruit de l'analyse comparative. La règle retenue, parmi toutes celles issues des législations des États, sera celle qui optimise sur le plan économique le rapport juridique²⁷. Telle est par exemple la méthode utilisée pour élaborer les Principes de l'Unidroit. Le Conseil de direction de l'Unidroit explique que « *les Principes de l'Unidroit reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques. Étant donné cependant que les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérations du commerce international, ils renferment également les solutions qui sont perçues comme les meilleures, même si celles-ci ne sont pas adoptées de façon générale* »²⁸. Le même travail de sélection des règles est fait par les arbitres du commerce international lorsqu'ils recherchent, dans le cadre des pouvoirs que leur reconnaît le droit de l'arbitrage international, les règles de droit qu'ils estiment

27. É. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria*, Souveraineté étatique et marchés internationaux », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2000, p. 23.

28. Cité par B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une nouvelle approche : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue internationale de droit comparé*, 1992, p. 463.

appropriées²⁹. La notion d'appropriation de la règle de droit doit être appréciée sous un angle purement fonctionnel³⁰. Elle induit un jugement sur la fonction de la règle. Sera jugée appropriée la règle dont le contenu est matériellement en adéquation avec la relation juridique. La méthode de sélection est tirée de l'analyse économique. Sera appropriée la règle qui sert le mieux l'économie du rapport de droit. Cette identité des méthodes explique l'identité des solutions retenues. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'obligation faite au créancier de minimiser le dommage qu'il subit du fait de son débiteur³¹, règle en parfaite harmonie avec l'analyse économique du droit, a été d'abord consacrée par la jurisprudence des tribunaux arbitraux internationaux comme un principe général du droit du commerce international, puis a été retenue par l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, puis par l'article 7-4-8 des Principes de l'Unidroit, enfin, par l'article 4-504 des Principes européens du droit des contrats.

D'autre part, les pratiques contractuelles, qui s'affirment comme le droit positif d'un grand nombre de filières du commerce international³², sont par nature des produits de la prise en considération des intérêts économiques des parties. Pour ne prendre qu'un exemple, le développement de l'exploitation commerciale de technologies nouvelles a généré des montages contractuels complexes, dont le but est de permettre la gestion économique de l'exploitation de ces technologies. La gestion de risques économiques engendrés par ces opérations est au cœur des pratiques contractuelles et produit des contrats à responsabilité limitée qui seuls permettent d'assurer la rentabilité des opérations. Comme l'écrit L. Ravillon, « *l'appréhension des relations contractuelles en termes de risque a pour effet de dé-moraliser ou de déculpabiliser les rapports entre contractants. Dès lors que tout événement n'est plus perçu qu'au travers de ses conséquences financières et de leur gestion, la distinction entre ce qui relève de la faute contractuelle et de l'événement extérieur ou fortuit passe au second plan* ». Ainsi, poursuit l'auteur, en prenant pour exemple les pratiques du secteur de l'industrie spatiale, « *l'inexécution du contrat est-elle de plus en plus perçue dans les contrats comme un événement probable (au sens des assureurs), que l'on doit gérer indépendamment du fait de savoir si elle trouve son origine dans une faute du débiteur* »³³. La gestion économique du contrat l'emporte sur sa gestion purement juridique.

Il en résulte que le constructeur du satellite garantit le fonctionnement du satellite seulement jusqu'à son décollage. Son mauvais fonctionnement dans l'espace n'entraînera d'autre sanction contractuelle que la perte des « *incentives payments* », c'est-à-dire de la prime rémunérant la longévité du fonctionnement du satellite dans l'espace. Autrement dit, le prix du satellite sera payé et aucune réparation ne pourra être réclamée en raison du manque à gagner pour l'exploitant du satellite. Le rem-

29. Par exemple article 1496 NCPC.

30. É. Loquin, *Les règles matérielles internationales*, op. cit., n° 444 et s.

31. Cf. *infra*.

32. É. Loquin, op. cit., n° 199 et suiv.

33. L. Ravillon, « L'adaptation du droit des contrats aux innovations technologiques... », op. cit.

placement du satellite est à la charge du client du fabricant qui commande et paie des satellites de remplacement. Le constructeur renonce seulement à demander le paiement des primes récompensant la longévité du bon fonctionnement de l'engin dans l'espace. L'entreprise de lancement est encore plus irresponsable. Si celle-ci doit faire ses meilleurs efforts pour réaliser le placement sur orbite, l'échec de l'opération n'engage pas sa responsabilité. Le contrat de lancement est un contrat sans faute. Chacune des parties renonce en effet à invoquer la responsabilité de l'autre dans l'échec du lancement³⁴. Le lancement du satellite de remplacement sera payant. Le client déçu bénéficiera seulement d'une date prioritaire de lancement. L'exploitant du satellite, enfin, stipule que le défaut de fonctionnement des canaux de télétransmission (transpondeurs) qu'il loue, ne peut entraîner aucune responsabilité pour la perte de profit en résultant pour le client locataire. La seule sanction est la résiliation du contrat de location, mais seulement dans les cas où le transpondeur est inutilisable. Toute la filière spatiale s'est construite, pour des raisons de sécurité juridique, à moins de renoncer à développer la filière, sur ces contrats, sans obligation et sans contentieux, plus proches des « *gentlemen agreements* » que des actes juridiques. La sécurité économique résulte ici de l'absence du droit et du recours massif à l'assurance.

3 LA RECHERCHE DE L'OPTIMISATION ÉCONOMIQUE PAR LA RÈGLE MATÉRIELLE INTERNATIONALE

3.1 La règle matérielle, instrument de la sécurité économique

Les opérations du commerce international ont besoin de sécurité juridique. Le commerce international est une activité à risque. Les risques sont d'abord juridiques. Si le droit n'est pas une assurance contre les risques, il doit pourtant y répondre en termes de prévisibilité, de cohérence et de stabilité. Surtout, il doit éviter d'être lui-même un facteur de risque. Le droit matériel international a pour premier objectif d'assurer la stabilité du rapport de droit créé. Les législations étatiques sont mal outillées pour satisfaire ces finalités. La raison en est que les normes qu'elles contiennent ont été faites pour s'appliquer à des relations internes et non à des relations internationales. Le droit international privé classique est impuissant à modifier ce constat dès lors que la règle de conflit de lois conduit à l'application de la loi d'un État, qui ne prend pas en compte la spécificité des relations internationales. La diversité des droits est aussi un facteur de risque dans la mesure où elle rend incertaine la solution juridique. La création d'un droit matériel du commerce international répond à ce double handicap dès lors que ses normes s'appliquent de manière uniforme dans

34. Le propriétaire du satellite peut aussi techniquement être responsable de l'échec, qui cause alors la perte de satellites appartenant à des tiers et lancés en même temps.

l'espace juridique transnational et que leur contenu est guidé par la recherche de la sécurité juridique.

Les règles matérielles internationales constituant le droit transnational du commerce international contiennent des dispositions et des institutions originales propres à assurer la sécurité des situations juridiques. Ces dispositions mettent en œuvre une dialectique complexe mais prévisible. La sécurité juridique du commerce international passe à la fois par la stabilité des situations juridiques et par l'adaptabilité des mêmes situations.

3.1.1 La protection de la stabilité des rapports économiques

Assurer la stabilité des situations économiques, c'est éviter que celles-ci ne soient remises en cause. Le droit transnational du commerce international réalise cet objectif au moyen de différents principes juridiques qui constituent les piliers de ce droit.

Le droit du commerce international est fondé sur le principe *pacta sunt servanda*, considéré comme un principe fondamental de la sécurité juridique du commerce international. Ce principe impose que le contrat international soit protégé de règles juridiques tirées des lois étatiques et produisant son anéantissement non justifié par la protection d'intérêts supérieurs. Quelques exemples non exhaustifs illustreront ce propos. Certaines législations, en particulier le droit français, impose à peine de nullité du contrat de vente que le prix soit déterminé ou rendu déterminable au moment de la conclusion du contrat. Cette solution est rejetée par le droit matériel du commerce international. La CVIM prévoit que, si le prix de la vente n'est pas convenu dans le contrat, celui-ci sera « *le prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion de la vente dans la branche commerciale considérée pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables* »³⁵. Les Principes Unidroit énoncent encore plus nettement que si le prix n'a pas été fixé par les parties, le contrat n'est pas nul. Le prix pourra être déterminé par l'un des contractants pendant l'exécution du contrat, et si le prix ainsi déterminé est déraisonnable, le juge pourra fixer lui-même le prix³⁶. La *favor contractus* est également illustrée par la volonté du droit matériel international de limiter la résolution du contrat aux seules hypothèses où l'inexécution du contrat peut être qualifiée de « *contravention essentielle* », solution consacrée à la fois par la CVIM et par les Principes Unidroit. La protection de l'accord de volonté est également manifeste lorsque les tribunaux arbitraux restreignent au nom des principes généraux du droit du commerce international le domaine de la théorie des vices du consentement, en posant une présomption de compétence des opérateurs du commerce international, qui a pour effet de réduire de façon drastique la nullité du contrat pour erreur. Le constat est vrai pour l'ensemble du droit matériel international ayant pour objet le contrat. Comme l'écrit C. Kessedjian, « *les relations économiques internationales sont trop onéreuses à*

35. Art. 55.

36. Art. 5-7.

établir, trop compliquées à maintenir et trop dommageables lorsqu'elles s'éteignent prématurément pour que tous les efforts ne soient pas entrepris afin d'en permettre l'exécution contre vents et marées »³⁷.

Certaines dispositions contractuelles bénéficient d'une « sécurisation » particulière. Tel est le cas de la clause compromissoire, qui, elle-même, sécurise le contentieux du commerce international. La jurisprudence française a également créé une règle matérielle internationale affirmant « *un principe de validité de la clause d'arbitrage internationale* ». Dans un premier temps, ce principe a été une réaction aux prohibitions posées par le droit français interne et a conduit à doubler les règles françaises applicables aux arbitrages internes par des règles propres au droit français de l'arbitrage international. Ce dualisme a par exemple été rappelé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Zanzi* : « *Il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage internationale, sans condition de commercialité, que l'article 2061 du Code civil (qui annulait les clauses compromissoires dans les contrats non commerciaux) est sans application dans l'ordre international.* »³⁸ Puis la règle de validité est devenue un principe neutralisant les effets de tout droit étatique dont l'application pourrait porter atteinte à la validité de la clause compromissoire. La Cour d'appel de Paris, le 13 décembre 1975, avait jugé que « *compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique* »³⁹. La validité de la clause compromissoire est appréciée indépendamment de la référence à toute loi étatique applicable à la convention d'arbitrage, parce qu'il existe dans le droit du for, qui est le droit français, une règle matérielle internationale qui la valide. La Cour d'appel de Paris a depuis formalisé sa jurisprudence en énonçant de manière constante « *qu'en matière d'arbitrage international, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est d'application générale, en tant que règle matérielle internationale consacrant la licéité de la convention d'arbitrage, hors de toute référence à un système de conflit de lois* »⁴⁰. La Cour de cassation s'est ralliée à cette solution et à cette méthode en jugeant « *qu'en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire s'apprécient d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »⁴¹. Le principe de validité ainsi affirmé justifie la règle matérielle qui interdit aux États et aux personnes morales de droit public qui se sont engagées dans une clause compromissoire d'opposer les dispositions de leur loi nationale prohibant cet engagement pour demander la nullité de la clause⁴². D'abord comprise comme une règle matérielle internationale applicable dans le seul

37. *Codification du droit commercial international et droit international privé*, RCADI, 2002, tome 300, p. 193.

38. Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note Ph. Fouchard.

39. *JDI*, 1977, p. 107, note É. Loquin.

40. CA Paris, 17 décembre 1991, *Rev. arb.*, 1993, p. 281.

41. Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1989, *JDI*, 1994, p. 432, note E. Gaillard ; *JDI*, 1994, p. 600, note É. Loquin.

42. Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, *RCDIP*, 1967, p. 55, note B. Goldman.

cas où le droit français régit la relation internationale, le principe de la validité de l'engagement de l'État dans la convention d'arbitrage est ensuite affirmé comme ayant vocation à régir toute relation internationale soumise au juge français⁴³. La règle est donc applicable même lorsqu'une loi étrangère régit la relation. La loi de l'État partie à la convention d'arbitrage est pourtant légitimement compétente pour interdire à cet État de compromettre. On peut même affirmer que seule cette loi a compétence pour limiter les pouvoirs des organes de cet État. Cependant, la règle matérielle internationale française neutralisera devant le juge français ou l'arbitre la solution donnée par la loi étrangère, si la relation est internationale.

Également, il n'y a rien d'étonnant à ce que la sécurité des paiements soit un objectif du droit matériel du commerce international. La sécurité du paiement du prix est assurée dans les relations commerciales internationales d'une part, par la mise à l'écart des dispositions des droits nationaux, qui peuvent la fragiliser, d'autre part, par des mécanismes juridiques originaux, de portée universelle, comme le crédit documentaire ou les garanties à première demande. Ainsi, la CVIM et les Principes Unidroit interdisent au juge ou à l'arbitre d'accorder des délais de grâce au débiteur de l'obligation, qu'il s'agisse de l'acheteur ou du vendeur. En revanche, le créancier de l'obligation peut toujours impartir un délai supplémentaire au débiteur pour l'exécution de ses obligations. Telle est la règle consacrée par les articles 47 et 63 de la CVIM et 7-1-5 des Principes Unidroit, inspirée de la notion allemande de *Nachfrist*. Lorsque l'une des parties est en retard dans l'exécution de ses obligations, son cocontractant peut lui accorder un délai d'exécution supplémentaire, tout en suspendant l'exécution de ses propres obligations corrélatives et en demandant des dommages et intérêts. Comme l'écrit M. Heuzé, la règle « *permet au vendeur, à qui un délai précis d'exécution est donné pour exécuter, d'être en mesure d'apprécier sa propre capacité d'exécution et, par suite, de faire savoir immédiatement à son cocontractant s'il lui est possible ou non de le satisfaire. L'acheteur pourra acquérir la certitude que le contrat sera ou ne sera pas exécuté et, si nécessaire, prononcer la résolution du contrat si, avant l'expiration du délai, il reçoit de son cocontractant une notification l'informant que celui-ci n'exécutera pas ses engagements* »⁴⁴. Les institutions du crédit documentaire et de la garantie à première demande sont des créations de la pratique et ont été acclimatées dans tous les systèmes juridiques étatiques, qui en admettent la validité et les effets. Ainsi, les règles et usances du crédit documentaire sont-elles considérées dans de nombreux pays comme des usages du commerce international, applicables de manière autonome, sans considération de la loi étatique applicable. La Cour de cassation française se contente de viser l'article 3 des Règles et usances du crédit documentaire de la CCI pour juger que la règle de l'autonomie du crédit documentaire est un usage du commerce international⁴⁵. La Cour d'appel de Tunis a jugé également que ces règles, largement reconnues entre

43. Paris, 13 juin 1996, *JDI*, 1997, p. 151, note É. Loquin.

44. M. Heuzé, *Traité des contrats, la vente internationale de marchandises*, 2^e éd., LGDJ, 2000, p. 363.

45. Cass. com., 14 octobre 1981, *JCP*, 1982, II, 19815.

professionnels comme par les entreprises impliquées dans le domaine bancaire, ont une force obligatoire qui leur est propre, et que pour cette raison, ils ne sont pas assujettis au Code de commerce tunisien⁴⁶. La nature transnationale du crédit documentaire assure à la fois son uniformité juridique et son effectivité dans les ordres juridiques étatiques, qui le reçoivent sans pouvoir le transformer. Les garanties à première demande se sont imposées dans les ordres juridiques de la même manière, sauf à être ensuite récupérées par les législateurs nationaux. Ces mécanismes de paiement sécurisés font intervenir un banquier qui s'engage à payer dans le cadre d'un engagement irrévocable. Ils se substituent aux sûretés traditionnelles connues des droits étatiques, dont les effets internationaux restent incertains compte tenu des divergences existant en la matière relativement aux règles de conflit de lois qui leur sont applicables, et de l'incertitude régissant leurs effets internationaux. La sécurité juridique des paiements internationaux est assurée par des règles matérielles spécialement faites pour régir les relations internationales et de portée universelle.

La sécurité juridique sera assurée également par l'exacerbation de la théorie de l'apparence dans le droit matériel du commerce international. Par exemple, les tribunaux arbitraux refusent d'annuler des contrats conclus par des dirigeants sociaux sans pouvoir⁴⁷. Sur le même fondement, les tribunaux arbitraux ont posé le principe de l'opposabilité de la clause compromissaire en matière de groupe de sociétés aux sociétés non signataires du contrat litigieux, mais « impliquées » dans sa négociation ou son exécution⁴⁸.

3.1.2 La protection du droit contre les aléas

Le commerce international a besoin de règles juridiques prenant en compte les aléas résultant de l'éloignement géographique des opérateurs, des distances à parcourir par les marchandises, des frontières à franchir, des incertitudes monétaires et politiques, des différences culturelles, et cela d'autant plus que les opérations commerciales internationales s'inscrivent souvent dans la durée. L'opération commerciale internationale est soumise à des risques, qui ne peuvent être surmontés par les parties que si le contrat commercial international est rendu flexible par le droit. Des règles développées par les droits internes doivent être écartées par le droit du commerce international : la définition stricte de la force majeure, le principe de l'intangibilité du contrat et le rejet de la théorie de l'imprévision, le nominalisme monétaire. Le commerce international a besoin d'un droit qui n'envisage pas le contrat comme une cristallisation définitive de droits et d'obligations, mais comme un accord sur des objectifs globaux.

46. Cf. le commentaire de cette décision, par S. Bostanji, « De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique », in *La passion du droit, Mélanges Hachem*, Tunis, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2006, p. 1.

47. D. Cohen, « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006 p. 35 ; É. Loquin, « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, n° 2, p. 173.

48. I. Fadlallah, « Clauses d'arbitrage et groupe de sociétés », *Trav. Comité français de DIP*, 1984-1985, p. 105.

Une manifestation spectaculaire de la mise en œuvre de cet objectif est fournie par les règles matérielles internationales qui permettent que les parties ne fixent pas le prix du contrat au moment de sa conclusion et prévoient que l'une des parties pourra unilatéralement fixer le prix sous réserve de l'abus ou que celui-ci sera le prix du marché au moment de la conclusion du contrat⁴⁹. Ces règles assurent l'optimisation économique du contrat en laissant en fin de compte le marché fixer le prix et en évitant toute spéculation sur son montant. Comme l'écrit avec beaucoup de pertinence J.-B. Racine, « *il s'agit de prendre en compte la valeur réelle d'un bien et d'un service et de faire prévaloir cette valeur objective sur la volonté des parties* »⁵⁰.

Il est aussi symbolique que la première règle matérielle internationale dégagée par la jurisprudence française a été celle de la validité internationale de la clause de paiement en monnaie étrangère, permettant de lutter contre les variations de change⁵¹. Le droit français a historiquement connu pour la première fois des règles matérielles internationales en matière de paiements internationaux. La règle a pris successivement deux visages. Dans un premier temps, elle a autorisé dans les contrats internationaux soumis au droit français, les clauses valeur or, interdites dans les contrats internes. La loi française du 25 juin 1928, prohibant les clauses monétaires, a limité elle-même son autorité aux seules opérations internes. Puis la Cour de cassation, dans l'arrêt des *Messageries maritimes*, a jugé « *qu'il appartient aux parties à un même contrat de convenir, même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelées à régir leur contrat, une clause valeur or, dont la loi française reconnaît la validité en conformité avec la notion d'ordre public international* »⁵². Ainsi le juge français est-il appelé à valider les clauses or même interdites par la *lex contractus*. L'arrêt, maladroitement, invoque l'ordre public international pour fonder sa décision. Le recours à l'exception d'ordre public international a été considéré comme un moyen de fortune chargé de masquer la naissance d'une règle matérielle internationale. Il ne s'agit pas en effet de protéger l'ordre juridique français contre les dispositions d'une loi étrangère jugées inacceptables, mais plutôt de favoriser le commerce international en validant des clauses qui servent ses intérêts, dès lors que la clause assure aux contractants la possibilité de soustraire leurs rapports aux effets perturbateurs des variations de change.

Les tribunaux arbitraux, les premiers, ont consacré l'obligation de renégocier comme un principe général du droit matériel du commerce international. Des sentences arbitrales ont ainsi jugé que « *toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques, et nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire fondé sur la spéculation et le hasard. C'est une règle de la lex mercatoria que les prestations restent équilibrées sur le plan financier* »⁵³. La célèbre sentence *Ripert-Panchaud*, rendue le 2 juillet 1956, affirmait

49. Articles 5-7 des Principes Unidroit et 55 de la CVIM.

50. J.-B. Racine, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE*, 1999, n° 1, p. 77.

51. Cass., 27 avril 1927, *D.*, 1928, p. 25.

52. Cass., 21 juin 1950, *RCDIP*, 1950, p. 609, note H. Batiffol.

53. Sentence CCI 2291, *JDI*, 1976, p. 989.

déjà que « *s'agissant d'un contrat international conclu sans intention spéculative, il serait contraire à la bonne foi que le gouvernement d'un État qui a commandé et reçu des prestations, refusât d'en payer la vraie valeur et entendît tirer un profit de la dévaluation considérable de la monnaie de paiement* »⁵⁴. La sentence CCI n° 2291 juge que « *la renégociation raisonnable est coutumière dans les contrats internationaux* »⁵⁵. Ces sentences ne permettent pas pour autant au juge de réviser le contrat. Elles obligent les parties à renégocier de bonne foi le contrat, à peine d'engager le cas échéant leur responsabilité contractuelle. Les Principes Unidroit vont plus loin en permettant aux juges ou aux arbitres de rééquilibrer le contrat ou d'y mettre fin (art. 6-2-1).

Dans le même esprit, le droit matériel du commerce international a élargi le concept de force majeure. Les contrats commerciaux internationaux sont construits à l'aide de clauses types dont les modèles dominants se répandent par l'effet de l'imitation. La clause originelle va se transformer en pratique contractuelle dès lors qu'elle est reprise systématiquement en raison de son adéquation aux besoins des opérateurs dans les contrats qu'ils concluent. Le droit ainsi émergeant est spontané, « *car il s'agit d'un droit que l'on se fait à soi-même, sans y être incité, ni contraint par autrui* »⁵⁶. Le besoin de flexibilité a conduit les opérateurs du commerce international à élargir le concept de force majeure, tel qu'il est connu des droits continentaux. Il existe à présent une définition internationale de la force majeure, qui est autonome de celle donnée par les lois étatiques, et dont le contenu est différent. Cette définition a acquis, en raison de sa généralité, la valeur d'usage du commerce international⁵⁷. Les conditions classiques de la force majeure, son caractère imprévisible et sa nature irrésistible, étaient trop étroites pour permettre aux opérateurs du commerce international de sortir d'un contrat devenu non pas tellement impossible à exécuter, mais devenu ruineux, en raison d'événements postérieurs à sa conclusion. La définition internationale de la force majeure remplace l'irrésistibilité de l'événement par « *l'absence de contrôle des parties sur sa survenance ou son maintien* » et l'imprévisibilité par le constat que « *l'on ne peut attendre raisonnablement de celles-ci qu'elles le préviennent, le surmontent ou qu'elles en préviennent ou surmontent les conséquences* »⁵⁸. La force majeure ainsi définie, si elle est temporaire, suspend l'exécution du contrat, à condition que la suspension soit d'une durée raisonnable, ou produit la caducité du contrat. L'article 79 de la CVIM donne de la force majeure une définition équivalente.

Enfin, le droit matériel du commerce international instaure un solidarisme contractuel, qui peut être défini « *comme la prise en charge réciproque de l'intérêt de l'autre* »⁵⁹. La prise en compte des aléas du commerce international oblige à

54. *JDI*, 1959, p. 1074.

55. *JDI*, 1976, p. 989.

56. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., PUF, 1998.

57. Ph. Kahn, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *JDI*, 1975, p. 467.

58. Principes Unidroit, art. 7-1-7.

59. A.-S. Courdier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, n° 107 et s.

imposer aux parties des obligations de coopération. Celles-ci sont présentes à tous les moments de la vie du contrat international, qualifié parfois de contrat d'intérêt commun. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises décline cette obligation en autant de règles qui en découlent directement. L'obligation s'impose à l'acheteur au moment de la livraison, lequel doit « *accomplir tout acte qu'on peut raisonnablement attendre de lui pour permettre au vendeur d'effectuer la livraison* », ou au moment du refus des marchandises, la Convention lui faisant obligation « *de prendre les mesures raisonnables eu égard aux circonstances, pour en assurer la conservation* ». Mais elle est aussi attentive aux intérêts de l'acheteur, le vendeur devant « *fournir à la demande de l'acheteur, tous renseignements dont il dispose et qui sont nécessaires à la conclusion d'un contrat d'assurance* ». Les *Incoterms* organisent de la même manière la coopération entre les parties. Le vendeur doit par exemple « *prêter à l'acheteur, à la demande de ce dernier, tout son concours pour obtenir tous documents ou données informatiques équivalentes (...) dont l'acheteur pourrait avoir besoin pour l'exportation et/ou l'importation de la marchandise et, si nécessaire, pour son transit dans un pays tiers (...) prévenir l'acheteur dans un délai suffisant de la remise des marchandises au transporteur* ». Les Principes Unidroit posent en principe cette obligation : « *Les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsqu'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leur obligation.* » L'obligation de collaboration assure l'efficacité de la relation contractuelle internationale. Elle oblige l'une des parties à prendre en charge les intérêts de l'autre, dans la limite du raisonnable, en particulier lorsque certains éléments de la relation sont localisés dans le pays de la partie débitrice de l'obligation et que seule cette partie est dans la situation de résoudre la difficulté posée.

Mais l'illustration la plus spectaculaire du solidarisme contractuel qui innerve le droit des contrats commerciaux internationaux est très certainement l'élévation de la règle de la mitigation au rang des principes fondamentaux du droit matériel du commerce international par la CVIM, les Principes Unidroit et les sentences arbitrales qui en font un principe général du droit du commerce international⁶⁰. Le créancier, victime de l'obligation inexécutée, a l'obligation, à peine d'engager sa responsabilité, de minimiser par tous moyens raisonnables le préjudice que lui cause cette inexécution. La règle sécurise la relation contractuelle en évitant que le débiteur ne soit tenu d'indemniser un préjudice déraisonnable, qui aurait pu être évité par l'action du créancier.

60. Art. 77 CVIM; 7-4-8 Principes Unidroit; v. sur l'application du principe par les arbitres, J. Ortscheid, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001.

3.2 La prise en charge de la police des marchés par les règles matérielles internationales

Ce rôle attendu des règles matérielles internationales apparaît avec moins d'évidence. Leurs effets microéconomiques comme leur absence d'impérativité ne les prédestinent pas à cette fonction. Cependant, le droit matériel international développe des règles de portée générale nécessaires à la pérennité des échanges internationaux. Il en va de l'intérêt de l'économie mondialisée elle-même.

G. Farjat avait relevé que « *les comportements des opérateurs internationaux doivent en principe se conformer à une règle du jeu, fondée sur des valeurs éthiques telles que la loyauté et la transparence* »⁶¹. Le principe de bonne foi est ainsi placé au cœur du droit matériel international⁶². La bonne foi est le principe premier des principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence arbitrale⁶³. L'erreur serait de croire que le principe de bonne foi est essentiellement conservateur et qu'il conduit nécessairement au statu quo, à l'impérialisme du principe *pacta sunt servanda*, à la consécration de la loi du plus fort et de l'abus de puissance. La lecture des Principes Unidroit montre que le principe de bonne foi est dynamique et qu'il inspire des règles correctrices de l'inéquité contractuelle, plus audacieuses que la plupart des règles tirées des droits nationaux. Il suffit pour s'en convaincre de considérer l'article 3610 des Principes, intitulé « *Avantages excessifs* », qui prévoit que « *la nullité du contrat ou de l'une ou l'autre de ses clauses peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie* ». Il en est de même « *si l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première* ». Certes, on conviendra que les Principes Unidroit, en tant que tels, ne sont pas du droit positif, et qu'ils vont, sur ces questions, au-delà des solutions usuellement admises par les usages du commerce international. Mais on opposera cependant qu'ils ont vocation à le devenir et qu'ils le deviennent parfois. On pourrait voir dans le contenu de ces règles la présence d'une éthique des relations commerciales internationales. Nous y voyons en réalité des règles de régulation des marchés. Avec G. Farjat, nous pensons que tout se passe comme « *si certaines violations de l'éthique remettent en cause le bon fonctionnement du système libéral* »⁶⁴.

La réaction des règles matérielles internationales à l'égard du phénomène de la corruption dans le commerce international illustre cette dernière réflexion. Celle-ci

61. G. Farjat, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *RIDE*, 2003, p. 511.

62. Article 7 de la CVIM, article 1-7 des Principes Unidroit qui donnent au principe de bonne foi une valeur impérative : « *Les parties ne peuvent exclure cette obligation de se conformer aux exigences de la bonne foi ni en limiter la portée.* »

63. F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992, p. 19 et s.

64. « Propos critiques... », *op. cit.*

a été tolérée par le droit de nombreux pays au nom de la concurrence et, pour ne pas handicaper les entreprises nationales, le droit matériel du commerce international, par la Convention OCDE du 17 novembre 1997, l'a déclarée illicite⁶⁵. Le Tribunal fédéral suisse a pu juger que « *le transfert d'une somme d'argent destinée à des fins de corruption par une société à une autre société avec l'ordre de la tenir à la disposition d'un tiers ne rend le mandat ni illicite, ni contraire aux bonnes mœurs* »⁶⁶. La même juridiction a décidé « *qu'un contrat de corruption n'est illicite que s'il viole la loi suisse* », à la différence de la violation d'une loi étrangère⁶⁷. Dans le même temps, le droit matériel du commerce international a lutté effectivement, au nom de l'intérêt du marché, contre les pratiques de corruption. Nombreuses sont les sentences arbitrales qui ont annulé les contrats de corruption au nom des intérêts supérieurs de l'ordre juridique transnational, et non pas au nom de l'ordre public d'un État déterminé. Certaines sentences sont particulièrement explicites sur ce point. Ainsi la sentence CCI n° 3913 juge que « *si les pratiques corruptives ont pu être constatées dans certains pays, il est patent néanmoins que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptive. La Chambre de commerce internationale, entre autres, a établi des Règles de conduite pour combattre l'exaction, et créé un Conseil international contre la corruption dans les transactions internationales* »⁶⁸. La célèbre sentence *Lagergren* juge que « *même si dans certains pays et à une certaine époque, la corruption de fonctionnaires est une méthode généralement acceptée dans les relations d'affaires, on ne peut, ni du point de vue d'une bonne administration, ni de celui de la moralité des affaires, clore ses yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives* »⁶⁹. Ces sentences montrent que la condamnation des pratiques corruptives par l'arbitrage n'est pas la conséquence de « *la morale de l'arbitre* »⁷⁰. Les motifs des sentences rapportées infirment cette proposition. Les arbitres expriment très clairement les valeurs supérieures de la « *communauté internationale des affaires* », laquelle, par l'intermédiaire de ses associations, a condamné la corruption. La référence aux règles de conduite de la Chambre de commerce internationale et au Conseil international contre la corruption créé par cet organisme est sur ce point particulièrement instructive. De même, ces sentences affirment la supériorité de l'ordre public ainsi identifié sur d'éventuelles « *tolérances* » admises par des lois étatiques. Certaines juridictions, étatiques, cette fois, ont reconnu l'existence d'un ordre public transnational. La Cour d'appel de Paris a fait référence, pour condamner la corruption, non seulement à l'ordre public français, mais aussi « *à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la*

65. C. Kessedjian, « La norme juridique est-elle apte à lutter contre la corruption ? », in *Mélanges Ph. Kahn, op. cit.*, p. 601.

66. 7 novembre 1973, *Journal des tribunaux*, 1974, p. 634.

67. 17 avril 1990, *Rev. arb.*, 1995, p. 322.

68. *Rec. Sentences CCI*, 1996-2000, p. 562.

69. Sentence CCI 1110, *Arb. Int'L*, 1994, p. 277.

70. P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Mélanges P. Bellet, Litec*, 1991, p. 379.

plus grande partie des États de la communauté internationale »⁷¹. Cet ordre public n'est pas nécessairement moral, mais utilitariste, ancré dans les besoins du commerce international. La corruption fausse la concurrence et renchérit le coût des contrats. L'arbitre Lagergren exprime cet utilitarisme en relevant « *qu'on ne peut du point de vue d'une bonne administration des relations d'affaires clore les yeux devant l'effet destructif de telles pratiques nocives* ». Comme l'a écrit un auteur à propos de la condamnation de la corruption par le droit matériel du commerce international, « *indépendamment de toute considération morale, les pratiques de corruption entravent le développement du commerce international en faussant la concurrence, en majorant le coût des transactions et en restreignant le fonctionnement des marchés libres et ouverts* »⁷². De même, « *la lutte contre le blanchiment d'argent, écrit X. Boucobza, permet aux entreprises légales de ne pas souffrir de la concurrence irrégulière des entreprises mafieuses* »⁷³.

4 CONCLUSION

En conclusion, les règles matérielles du commerce international appartiennent au droit économique et le revendiquent. La critique qui peut leur être faite est qu'elles ne sont que des règles de droit économique. On pourrait certes rêver d'une morale moins utilitariste, non marchande. Le droit matériel du commerce international est jusqu'à présent peu ouvert à la recherche d'objectifs non marchands comme le bien-être matériel des populations du monde entier ou le développement durable, sinon pour les récupérer à travers des codes de bonne conduite non contraignants, pour en faire des éléments de stratégies commerciales, c'est-à-dire les marchandiser.

SUMMARY: SUBSTANTIVE RULES OF INTERNATIONAL TRADE AND ECONOMIC LAW

Substantive rules of international trade have emerged and developed especially in connection with international business transactions. Directly applicable to international business transactions, those norms have, over time, to a certain extent, supplemented the 'traditional' conflict rule of private international law. Substantive rules regulating international trade have progressively emerged in the international legal landscape responding to the need of the business community to conduct efficient business transactions. In areas such as international sale of goods, international transportation, international financial services, international investment and the

71. CA Paris, 10 septembre 1993, *RTD com.*, 1994, p. 703, obs. É. Loquin.

72. C. Yannaca-Small, « Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour le combattre », *AFDI*, 1994, p. 792.

73. « La prise en compte des intérêts des États dans le commerce international », *Rev. arb.*, 2005, p. 481.

space industry, we have witnessed an increased development of such substantive international rules and principles directly applicable in each sector. Those rules share the same goal: economically optimizing international business transactions. This contribution analyzes how substantive rules have emerged in different sectors of international trade responding to the need of the business community to conduct efficient international business transactions.

Mots clés : droit économique, règles matérielles du commerce international, vente internationale de marchandises, droit de la filière spatiale, Principes de l'Unidroit, arbitrage, optimisation économique

Keywords: economic law, substantive rules of international trade, international sale of goods, law of the space industry, Unidroit Principles, arbitration, economic efficiency

Subject Descriptors (*Econlit* Classification System): K120, K 290, K330, K410, F 230