

LE DÉVELOPPEMENT DES RÈGLES MATÉRIELLES

Communication de M. Bruno Oppetit

Professeur à l'Université de Paris II

Présidence de M. Berthold Goldman

La notion de norme propre aux relations internationales n'a été conceptualisée par la doctrine moderne qu'à une époque assez récente sous le vocable de règles dites *matérielles*, selon la terminologie allemande, ou *substantielles*, selon l'expression américaine, et on a noté ⁽¹⁾ qu'elle ne s'est introduite qu'avec lenteur chez les juristes de langue française, encore que le mérite de sa réactualisation revienne à l'un d'entre eux ⁽²⁾ et qu'elle soit désormais de leur part l'objet d'études spécialisées ⁽³⁾ ainsi que de développements particuliers dans tous les traités et manuels de droit international privé.

Cette réticence de la doctrine à envisager en tant que tel et à systématiser le droit international privé matériel contrastait avec l'ancienneté et la permanence de ce mode de règlement direct de certains rapports internationaux : déjà utilisé à Rome, sous le nom de *jus gentium*, pour gouverner les relations commerciales entre les citoyens et les pérégrins, relevant de systèmes juridiques différents, ressuscité au Moyen Age sous la forme de la *lex mercatoria*, remis à l'honneur dans le droit conventionnel dès la fin du XIX^e siècle avec les Unions de Paris et de Berne sur les propriétés industrielle, littéraire et artistique, puis au XX^e siècle avec les Conventions de Bruxelles

(1) H. Batiffol, « L'état du Droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *Clunet*, 1973, pp. 22 et s., spéc. p. 27.

(2) Ph. Francescakis. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit international privé* (Paris, 1958), n° 12, p. 16.

(3) M. Simon-Depitre, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. cri. dr. in. pr.*, 1974, pp. 591 et s. — Adde : les importants développements sur le droit international privé matériel in F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux* (Paris, Dalloz, 1973, préface B. Goldman), pp. 98-169.

et de Varsovie sur les transports maritimes et aériens internationaux et les récentes Conventions de La Haye, puis de Vienne sur la vente internationale de marchandises, amplifié par le phénomène du droit spontané, parfois même mis en œuvre par les ordres juridiques nationaux, il témoigne d'un rayonnement certain; la réserve doctrinale s'expliquait alors sans doute par l'idée que la teneur de ces règles était « génériquement, sinon matériellement, identique à celle des lois internes sur la question »⁽⁴⁾, ce qui pouvait conduire à mettre en doute le rattachement de leur étude au droit international privé, encore que l'on ne se soit pas arrêté à ces considérations, en France en particulier, pour inclure dans le champ du Droit international privé des matières telles que la nationalité ou la condition des étrangers, dont le régime relève pourtant exclusivement de la réglementation substantielle; mais, plus profondément, la répugnance doctrinale à étudier le procédé pour lui-même tenait sans doute à ce qu'il s'implantait au sein même du domaine des conflits de lois.

A l'heure présente, aucun exposé d'ensemble du Droit international privé n'en omet l'existence; bien plus : la notion de règle matérielle prend place aujourd'hui, à part entière, dans les nombreuses discussions qui, depuis une vingtaine d'années, ont eu pour axe central la méthode du droit international privé⁽⁵⁾, et elle est même parfois apparue comme un élément de la crise des conflits de lois⁽⁶⁾.

C'est sous cet éclairage méthodologique que la commémoration du cinquantième anniversaire du Comité français de droit international privé a entendu situer l'examen du procédé des règles matérielles, en soulignant l'extension de son emploi. Ce faisant, il a traduit une tendance d'abord observable à propos des règles matérielles proprement dites, dont il importerait dans un premier temps de tenter une évaluation quantitative et qualitative de l'importance actuelle; mais, à côté de ces règles dites parfois « purement substantielles »⁽⁷⁾, sans doute pour bien marquer à la fois leur vocation exclusive à gouverner les seules relations internationales et aussi leur élaboration spécialement destinée à en provoquer un règlement direct au fond, on ne saurait manquer de mettre en lumière, sur un autre plan, la progression, beaucoup plus diffuse, certes, mais non moins marquée, de l'idée

(4) H. Batiffol, *loc. cit.*, p. 29.

(5) H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Académie Dr. Internat., Rec. des Cours*, t. 139 (1973-II), pp. 75 et s., spéc., pp. 107-135; P. Lalive, « Tendances et méthodes en Droit international privé », *Académie Dr. Internat., Rec. des Cours*, t. 155 (1977-II), pp. 89-100.

(6) Kegel, « The « crisis » of conflict of laws », *Académie Dr. Internat., Rec. des Cours*, t. 112 (1964-II), pp. 237 et s.; Loussouarn, « Cours général de Droit international privé », *Académie Dr. internat., Rec. des Cours*, t. 139 (1973-II), pp. 291 et s. - Cpr. B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle du conflit (sur la « crise » des conflits de lois) », *Académie Dr. Internat., Rec. des Cours*, t. 186 (1984-III), pp. 220 et s., spéc. pp. 255-258.

(7) P. Mayer, *Précis* (2^e éd., 1983), n° 136, p. 114.

de règlement matériel dans le droit international privé contemporain : de plus en plus, la règle de droit international privé intègre, par des voies diverses et sans recourir ouvertement au procédé de la règle matérielle tel que précédemment décrit, un certain degré de « substantialité », ce qui la situe à mi-chemin d'un règlement direct (matériel) et d'un règlement indirect (conflictualiste) ^(7 bis).

I

Une esquisse de bilan du droit international privé matériel impose en premier lieu de prendre en considération les manifestations les plus marquantes et les plus indiscutables de la notion de règle matérielle, définie comme *la norme propre aux rapports internationaux qui énonce directement la solution applicable au fond* : ce sont les normes « purement matérielles », par excellence. A leur propos, on s'en tiendra d'abord à un rappel rapide des principales d'entre elles, puis on tentera d'en apprécier la portée.

A. — Selon une genèse bien connue et largement étudiée, notamment au sein du Comité français de droit international privé, les règles spécialement forgées pour gouverner les relations internationales tirent leur existence soit de sources nationales, soit de sources internationales.

1) Les règles matérielles d'origine nationale proviennent soit de la loi, tels les textes souvent cités de Tchécoslovaquie (loi de 1963 « sur les rapports juridiques dans les relations commerciales internationales », dite « Code de commerce international ») et de République démocratique allemande, ou, en France, par exemple, les textes relatifs aux relations financières avec l'étranger (loi du 28 décembre 1966) ou au licenciement du salarié mis à la disposition d'une filiale étrangère (loi du 13 juillet 1973, article 8), soit de la jurisprudence, lorsque celle-ci croit devoir écarter les règles internes pour tenir compte des besoins du commerce international : la jurisprudence française a suivi cette voie et, dans des décisions célèbres et très commentées ⁽⁸⁾, sans rechercher la loi applicable à la convention ou s'appuyer sur une règle interne ou même parfois à l'encontre de dispositions d'ordre public du droit interne, a notamment énoncé la licéité de la clause-or dans les contrats

(7 bis) Sur cette distinction des règles matérielles *stricto sensu* et des règles de conflit à caractère matériel, v. A. Bucher, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », *Liber amicorum A.F. Schnitzler* (Genève, Georg, 1979), p. 37 et s.; A. Von Overbeck, « Les questions générales de droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *Académie Dr. Internat., Rec. des Cours*, t. 176 (1982-III), p. 9 et s., spéc. pp. 67 et s.

(8) V. en particulier B. Goldman, « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage international », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1966-1969, pp. 119 et s., A; Ponsard, « La Jurisprudence de la Cour de cassation et le Droit commercial international », in : *Etudes offertes à B. Goldman* (Litec, 1983), pp. 241 et s., spéc. pp. 251-254.

internationaux⁽⁹⁾, la validité de la clause compromissoire indépendamment de celle du contrat qui la contient⁽¹⁰⁾ et même, semble-t-il, de toute loi étatique⁽¹¹⁾, ou encore la capacité de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage pour les besoins du commerce international⁽¹²⁾.

2) Les règles matérielles de source internationale sont susceptibles d'emprunter deux voies :

— celle des conventions internationales d'unification, encore peu nombreuses et surtout très lentes à entrer en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications : aux déjà anciennes Conventions de New York (1958) et Genève (1961) sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales sont venues s'ajouter plus récemment, en 1978, la Convention sur les transports de marchandises par mer (Règles de Hambourg)⁽¹³⁾, et, en 1980, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises⁽¹⁴⁾;

— celle d'un droit spontané, né des usages professionnels (dont les plus universels ou les mieux établis donnent même lieu à codification, tels les Incoterms ou les Règles et usances du crédit documentaire sous l'égide de la Chambre de commerce internationale), de la pratique contractuelle (contrats-types, figures contractuelles nouvelles, clauses originales) et de la jurisprudence arbitrale (au gré notamment des solutions de fond autonomes qu'elle énonce), et qui aurait vocation à former un véritable droit commun des nations sous le nom de *lex mercatoria* ou *new law merchant*⁽¹⁵⁾.

B. — Au-delà de leur diversité et de leur existence, bien établies, c'est la portée des règles matérielles qui suscite des interrogations.

1) La première d'entre elles se situe sur le plan méthodologique : l'application de règles matérielles aux rapports internationaux soulève-t-elle des problèmes de méthode spécifiques ? en particulier, quel rapport entretient la règle de droit international privé matériel avec la règle de conflit ? se trouve-t-elle dans une situation de dépendance à l'égard de cette dernière ?

(9) Cass. civ., 21 juin 1950, D. 1951, 749, note Hamel, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1950, 609, note Batiffol et Lerebours-Pigeonnière, *Clunet*, 1951, pp. 4 et s.

(10) Cass. civ. 1^{re}, 7 mai 1963, J.C.P. 1963, II, 13405, note Goldman, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, 615, note Motulsky; *Clunet*, 1964, 82, note Bredin.

(11) Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1972, *Clunet*, 1972, 843, note B. Oppetit; Paris, 13 décembre 1975, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, 507, note Oppetit, *Rev. Arb.*, 1977, 147, note Fouchard.

(12) Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 1966, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, 553, note Goldman, *Clunet*, 1966, 648, note Level.

(13) Sur ce texte, v. le commentaire de M. Alter, *Clunet*, 1979, 793 et s.

(14) V. sur le projet de Convention l'étude de I. Fadlallah, *Clunet*, 1979, 755, et sur la Convention, Ph. Kahn, « Aspects récents du droit de la vente commerciale internationale », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1980-1981, t. II, 69 et s.

(15) V. B. Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1977-1979, 221 et s., et *Clunet*, 1979, 475 et s.

D'une manière générale, on doit d'abord indiquer, à la suite d'une analyse doctrinale récente⁽¹⁶⁾, que le recours à des normes matérielles apparaît comme un mode de réglementation des relations internationales de même nature que celui que mettent en œuvre les lois internes : de ce point de vue, le substantivisme n'apparaît nullement comme un facteur de la crise des conflits de lois, à l'instar des méthodes concurrentes de ce dernier, car on ne saurait véritablement parler de *méthode* à son propos. Quant à la concurrence apportée par le droit international privé à la réglementation des relations privées internationales par les lois internes, on ne doit pas davantage y voir un symptôme de crise, dans la mesure où les règles matérielles, qu'elle qu'en soit l'origine, se caractérisent, quant à leur contenu, par la considération particulière du caractère international des relations à régir, ce qui représente en soi un progrès.

S'agissant plus spécialement de la situation de *dépendance* ou d'*indépendance* de la règle de droit international privé matériel à l'égard de la règle de conflit, la question s'est principalement posée à propos des règles nationales : à cet égard, l'accord ne règne pas en doctrine; les uns⁽¹⁷⁾ considèrent que les règles substantielles nationales (tout au moins, pour certains, celles d'origine légale) ne s'appliqueraient qu'en vertu d'une règle de rattachement implicite donnant compétence à la loi du for; d'autres⁽¹⁸⁾ écartent cet hyperconflictualisme au nom, à la fois, du réalisme et de l'absence de hiérarchie entre ces deux types de règles dans le système de droit international privé du for : sauf contre-indication expresse de la part de ce dernier (ainsi, par exemple, l'article 3 du Code tchécoslovaque de 1963 subordonnant l'application de ce dernier à la désignation préalable de l'ordre juridique tchécoslovaque), il convient d'assigner à chacun de ces procédés une complète indépendance dans le système du for, quitte à accorder une priorité à la règle matérielle au bénéfice du fait qu'elle a été élaborée spécialement pour répondre aux besoins propres de réglementation d'une relation internationale. Si l'on accepte la vocation des règles matérielles de source nationale à s'appliquer sans désignation préalable de l'ordre juridique du for, on en fait pratiquement des règles d'application immédiate, à cette différence près qu'elles tirent alors leur justification de l'intérêt international à satisfaire et non d'un objectif de politique interne; mais, du point de vue méthodologique, la perturbation apportée ne revêt pas de spécificité.

Pour ce qui est des normes matérielles d'origine conventionnelle, elles jouissent également de la même indépendance à l'égard de la règle de conflit : leur application dans les ordres juridiques ayant adhéré aux conventions qui les contiennent intervient en principe sans consultation préalable de la règle

(16) B. Audit, *loc. cit.*, pp. 255-256.

(17) F. Deby-Gérard, *op. cit.*, n° 156 et s.; P. Mayer, *op. cit.*, n° 20.

(18) M. Simon-Depitre, *loc. cit.*, pp. 599-600; P. Lalive, *op. cit.*, pp. 96-97.

de conflit ⁽¹⁹⁾ et soulève seulement une question de délimitation de leur champ d'application : c'est ainsi que, selon la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 (L.U.V.I.), dès lors que le tribunal d'un Etat contractant étant saisi d'une vente internationale répondant aux conditions de la convention, il devait la soumettre à la loi uniforme, les règles de conflit de lois étant expressément exclues; la Convention de Vienne, toutefois, pour éviter l'application du texte à des ressortissants d'Etats non contractants, a réintroduit les règles de conflit de lois pour limiter l'application de la Convention au seul cas où les règles de droit international privé mènent à l'application du droit d'un Etat contractant.

Enfin, les règles matérielles issues de la *lex mercatoria* ne paraissent pas davantage soulever de problème de méthode spécifique; en effet, de deux choses l'une :

— ou bien l'on considère que ces règles n'ont de titre à s'appliquer qu'avec l'accord d'un ordre juridique étatique, dont la désignation intervient au demeurant selon la méthode usuelle, et donc essentiellement au moyen de la règle de conflit, si bien que la *lex mercatoria* est rendue applicable exactement de la même manière qu'une loi interne;

— ou bien l'on estime que ces règles tirent leur compétence de la seule volonté des membres de la « société internationale des commerçants » : mais la discussion devient alors de fond et non de méthode, car elle porte sur la juridicité même de ces règles et non sur la désignation de l'ordre juridique compétent; du reste, même lorsque certains adversaires de la *lex mercatoria* sont portés à y voir « un des plus formidables défis que le droit international privé ait eu à relever » ⁽²⁰⁾, c'est en vérité l'aptitude de ces dispositions à constituer de véritables règles de droit et, plus encore, à former un système juridique complet qu'ils contestent; or, ce débat excède les limites du seul droit international privé et intéresse la notion de source du droit en général; il renvoie à la querelle du positivisme légaliste et du pluralisme juridique ⁽²¹⁾; à ce propos, on rappellera que la jurisprudence récente a admis qu'un arbitre, en appliquant « les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international ou « les usages du commerce international » avait bien statué en droit et non en amiable compositeur ⁽²²⁾, ce qui affaiblit la critique venue d'un autre horizon ⁽²³⁾, selon laquelle la *lex mercatoria* ne serait rien d'autre qu'un simple habillage de l'équité.

(19) V. sur ce point Ph. Malaurie, « Loi uniforme et conflit de lois », *Trav. Com. fr. dr. int. pr.*, 1964-1966, 83 et s.

(20) P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Etudes offertes à B. Goldman* (Litec, 1983), pp. 67 et s., n° 41.

(21) B. Oppetit, « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. phil. Droit*, t. 27 (Sirey, 1982), pp. 43 et s.

(22) Paris, 12 juin 1980 et Cass. civ. II, 9 décembre 1981, *Clunet*, 1982, 931, note Oppetit; Trib. gr. inst. Paris, 4 mars 1981, *Clunet*, 1981, 836, note Ph. Kahn.

(23) J.-D. Bredin, « La loi du juge », in : *Etudes offertes à B. Goldman*, p. 27.

2) Dès l'instant où l'élaboration de normes matérielles tire sa justification du désir de répondre aux exigences particulières de tel ou tel type de relation internationale, on est conduit à apprécier ces normes du point de vue de l'unification internationale du droit.

A priori, c'est du droit conventionnel que devrait venir la contribution la plus éclatante à l'unification du droit matériel, et ceci d'autant plus que, depuis 1964, existe au sein des Nations Unies un organisme (C.N.U.D.C.I.) investi de la mission de promouvoir cette « unification par voie de conventions internationales ». Or, si la C.N.U.D.C.I. a accompli incontestablement un labeur considérable, il est non moins vrai que son œuvre proprement normative apparaît quelque peu décevante à la plupart des observateurs. Ce semi-échec est imputable à la réticence des Etats face à ces perspectives d'unification conventionnelle; cette réserve s'était déjà traduite, en 1970, par le rejet du projet de convention-cadre relative au droit commun du commerce international présenté par la délégation française, au terme duquel la réglementation établie par la C.N.U.D.C.I., constituant le droit commun du commerce international, serait entrée automatiquement en vigueur dans les pays ayant adhéré à la convention-cadre, sauf répudiation expresse de leur part de telle ou telle disposition; elle s'est également manifestée dans l'aménagement de la Convention sur la vente internationale : en effet, les règles matérielles ne couvrent pas certaines questions, telles que la validité du contrat et de ses clauses ainsi que celle des usages (art. 4) et ne jouent que si les parties ne les ont pas exclues (art. 6); en outre la Convention réintroduit parfois le jeu du droit national, par exemple à propos de la condamnation en nature (art. 28); enfin, comme on l'a déjà dit, les Etats marquent bien peu d'empressement à ratifier la Convention.

Aussi est-ce plutôt par une démarche moins ambitieuse, mais sans doute plus efficace, que la C.N.U.D.C.I. développe une action unificatrice utile : à la manière de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, qui a mis au point des conditions générales intéressant la plupart des contrats internationaux de production et de construction et servant de guide aux opérateurs du commerce international pour la rédaction de leurs contrats, la C.N.U.D.C.I. a élaboré des textes-modèles, tels le Règlement d'arbitrage *ad hoc* (1976) ou la loi-type sur l'arbitrage commercial international (1985), qui tirent (ou tireront) leur force juridique de leur adoption par les Etats (pour le second texte) ou par les parties à un contrat : leur absence de caractère contraignant *per se* semble être un facteur de leur succès (déjà avéré pour le Règlement d'arbitrage).

Mais surtout, c'est sans doute l'apport scientifique de la C.N.U.D.C.I. qui mérite d'être souligné : l'effort comparatif et les confrontations de points de vue entre praticiens, du monde judiciaire ou des affaires, et universitaires auxquels donne lieu la recherche de solutions uniformes permettent de

dégager un certain nombre de principes généraux communs aux divers systèmes juridiques nationaux; puis, ce droit « savant », relayé par les praticiens et les arbitres, susceptibles d'y trouver les fondements de leurs décisions mieux que dans tel ou tel droit national, aura alors vocation à pénétrer dans le droit professionnel et à concourir à la formation progressive de la *lex mercatoria* ⁽²⁴⁾.

Or, il est précisément intéressant d'observer cette expansion des principes généraux du droit dans la jurisprudence arbitrale de ces dernières années : dans l'acception où elle est ici entendue ⁽²⁵⁾, cette notion, d'une portée positive indiscutable, même si son contenu exact peut prêter à discussion ⁽²⁶⁾, traduit dans tous les cas la préoccupation de l'arbitre d'inscrire sa décision dans une perspective véritablement internationale, même si cette dernière ne coïncide pas nécessairement avec un ordre juridique d'origine internationale, formé de principes à valeur universelle et permanente; or, il est particulièrement intéressant de noter que ce recours aux principes généraux, naturel et même parfois indispensable aux arbitres internationaux pour fonder leurs sentences, se développe de plus en plus dans la jurisprudence de la Cour de cassation alors que, dans la plupart des cas où il a été fait référence à ces principes, il eut été techniquement possible de s'en dispenser, comme il en allait précédemment, par le visa de tel ou tel texte ⁽²⁷⁾ : c'est incontestablement l'indice d'une volonté des juges non seulement d'appréhender les problèmes dans un esprit résolument internationaliste, mais même de les résoudre d'une manière telle que la solution retenue puisse prendre place dans un ensemble de règles matérielles, que concourent à édifier tous les membres de la communauté juridique ou scientifique internationale; et on sera certainement conforté dans cette interprétation de l'évolution en cours par la dernière décision rendue dans la seconde affaire de la *Banque Ottomane* ⁽²⁸⁾, qui n'a pas hésité à relever incidemment, à propos

(24) Sur cette idée, v. Ph. Fouchard, « La contribution des organisations internationales à l'unification du droit commercial international », *5^e Journées juridiques franco-bulgares* (Société de Législation comparée, Paris, 2-7 octobre 1985), n° 27.

(25) Sur les diverses significations de la notion de *principes juridiques*, v. nos observations, *Clunet*, 1982, pp. 937-938.

(26) Jurisprudence arbitrale et doctrine mêlent souvent, sans y attacher de différence dans l'ordonnement juridique, *principes du droit international, principes généraux du droit, principes communs aux droits internes, principes appliqués dans les rapports économiques internationaux*, etc. : sur ces difficultés notionnelles et sur un essai de systématisation, v. notre étude « Arbitrage et contrats d'Etat. L'arbitrage Framatome et autres c/ A.E.O.I. », *Clunet*, 1984, 37 et s., spéc. pp. 40-46.

(27) V. par ex. Civ., 1^{re}, 13 octobre 1981, *Clunet*, 1982, 93, 1^{re} esp., note B. Oppetit (visé « les principes de l'arbitrage commercial international »).

Adde : Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Clunet*, 1984, 598, note B. Oppetit, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, 644, note Bischoff (visé « les principes de droit international privé régissant les immunités des Etats étrangers »); Civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, 369, et Chr. Francescakis, *ibid.*, p. 243, *Clunet*, 1985, 460, note Huet (visé « les principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale »).

(28) Paris, 1^{re} Ch. A, 3 octobre 1984, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, 526, note Synvet.

de la protection des actionnaires d'une société de capitaux et spécialement du droit de ceux-ci à une information, que « la sécurité des relations commerciales et financières internationales postule la reconnaissance d'un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques » : le souci du juge de s'assurer que, de toute manière, la solution adoptée n'est pas non plus condamnée par d'autres ordres juridiques, au demeurant sans titre à intervenir en l'espèce, témoigne indiscutablement d'une approche « substantiviste » des problèmes, d'autant plus remarquable qu'elle contraste avec la position prise vingt ans plus tôt par la même juridiction dans la première affaire de la *Banque Ottomane*⁽²⁹⁾, à propos de laquelle la Cour de Paris avait au contraire affirmé avec force que « l'existence de principes d'un prétendu ordre public international, extérieur à toutes les lois internes, n'est reconnue par aucun droit positif, en particulier par le droit français ». Si ce courant devait connaître d'autres illustrations, il consacrerait alors l'émergence d'un ordre public international commun, dont divers indices laissaient déjà pressentir l'avènement à Lerebours-Pigeonnière et dont d'éminents esprits⁽³⁰⁾ ont souligné la fonction positive et unificatrice.

3) Tel quel, le procédé de la règle matérielle, ainsi décrit, a-t-il un grand avenir ?

S'agissant des règles matérielles nationales, on a objecté à leur édicition que, de toute façon, elles n'excluaient pas le conflit de lois, sous la forme du conflit entre règles substantielles nationales de droit international privé, et qu'un tel conflit apparaissait insoluble puisque, par définition, le droit international privé matériel éliminait le recours à la règle de conflit⁽³¹⁾. On observera simplement qu'en fait une telle situation, qui n'est sans doute pas à écarter *a priori* a tout de même peu de chances de se développer sur un plan général compte tenu du nombre finalement limité de règles de ce type et de l'impossibilité d'envisager qu'un ou plusieurs pays se dotent d'un ensemble de règles matérielles portant sur la grande majorité des relations internationales privées. Selon une opinion très généralement partagée, le procédé des règles matérielles nationales demeurera toujours complémentaire et subsidiaire, car cantonné à un domaine limité : les relations commerciales internationales.

Circonscrites à ce domaine, les règles matérielles sont-elles promises à un plus grand développement par d'autres voies, et notamment la voie

(29) Paris, 3^e Ch., 19 mars 1965, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1965, 85, note P. Lagarde; *Clunet*, 1967, 118, note Goldman.

(30) B. Goldman, note sous Paris, 1^{er} Ch. suppl., 12 juillet 1984, *Clunet*, 1985, 129 et s., spéc. p. 154.

Sur cet aspect de l'ordre public, v. A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris II, 1979, n^{os} 446 et s.

(31) F. Deby-Gérard, *op. cit.*, n^o 163.

conventionnelle ? Certains ⁽³²⁾ estiment que la nécessité d'élaborer des règles matérielles ne se limite pas à la matière contractuelle, et qu'elle se révèle aussi aiguë dans le droit des sociétés, comme en témoigne d'ailleurs l'œuvre d'harmonisation accomplie dans le cadre de la C.E.E. D'autres ⁽³³⁾ mettent en garde contre le risque de complication technique susceptible de découler d'une dualité de régimes juridiques pour une opération de même nature, selon qu'elle est interne ou internationale. Quant à la *lex mercatoria*, il semble que, si la juridicité de telle ou telle de ses règles, prise isolément, soit difficilement contestable, en revanche son aptitude à constituer un système juridique complet ne soit pas encore démontrée, sauf à ce que se parachève une évolution dont les signes (principes généraux) existent déjà.

Mais surtout, qu'il s'agisse du droit uniforme ou des règles d'origine nationale, le procédé a été critiqué ⁽³⁴⁾, au nom de la nécessaire prise en compte de l'existence de justices territoriales différentes, en ce que « la solution d'un cas ne peut pas se faire par la recherche de la loi matériellement la plus juste ». Mais c'est oublier que le procédé du conflit de lois lui-même, présenté comme la méthode la plus adéquate, apparaît de moins en moins indifférent au résultat de la solution du conflit et que la prise en considération d'intérêts matériels y prend une place croissante.

II

C'est, en effet, dans le jeu même et l'utilisation du procédé de la règle de conflit que la progression du droit international privé matériel paraît sensible : la règle de conflit, caractérisée dans sa pureté originelle par sa seule mission de désigner la loi compétente sans considération de son contenu ni de la solution concrète à laquelle elle conduit, se trouve de plus en plus infléchie par l'influence de considérations matérielles l'orientant désormais vers la recherche d'objectifs concrets. Cette tendance, qui connaît de multiples illustrations, prend aujourd'hui appui sur un important courant doctrinal.

A. — L'introduction de préoccupations matérielles dans l'utilisation du procédé du conflit de lois revêt trois aspects.

1) Elle se manifeste d'abord lorsque la règle de conflit laisse aux intéressés toute latitude pour choisir la loi applicable.

(32) Y. Loussouarn, « Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés », in *Etudes offertes à B. Goldman*, 179 et s.

(33) P. Lalive, *op. cit.*, p. 100.

(34) Bauer, « Les traités et les règles de droit international privé matériel ». *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, 537 et s., spéc. 570 et s.

S'agissant de la loi applicable au contrat, on avait déjà brillamment soutenu ⁽³⁵⁾, voici quelques années, que le système de la localisation objective, qui relève bien du procédé du conflit de lois, n'était acceptable qu'à défaut de choix exprès par les parties de la loi applicable et qu'en revanche il apparaissait superflu ou même nuisible dès l'instant où ce choix s'était manifesté : dans ce dernier cas, il convenait alors de laisser aux parties une liberté absolue; bien plus : cet auteur affirmait que cette reconnaissance de la loi d'autonomie ne constituait pas une règle de conflit, car « à la base de tous contrats, il existe une norme autorisant les parties à s'entendre sur le droit applicable, et *cette norme ne saurait être qu'une règle de droit international privé matériel propre aux relations internationales* ». C'est cette conception qu'a consacrée la Convention C.E.E. de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont l'article 3, par. 1 admet que le choix des parties porte directement sur la loi appelée à régir le contrat, sans même imposer que la loi choisie soit celle de l'un des Etats avec lesquels le contrat présente un lien sérieux. Le caractère matériel d'une telle règle est évident, comme en témoigne d'ailleurs l'exclusion du renvoi (art. 15) : dès l'instant où les parties ont expressément pris en compte la teneur substantielle de la loi élue et où l'on entend attacher une valeur juridique à ce choix, l'admission du renvoi serait absurde.

2) La pénétration des considérations matérielles au sein du mécanisme du conflit de lois apparaît en pleine lumière lorsque la règle de conflit exprime ouvertement sa faveur pour tel résultat jugé souhaitable ou telle personne que l'on veut protéger, qu'il s'agisse d'un créancier d'aliments, de l'enfant dont il s'agit d'établir la filiation, d'un travailleur ou d'un consommateur. C'est ainsi, en particulier, que, par la technique des rattachements dits *alternatifs*, l'auteur de la règle de droit international privé énonce directement l'effet juridique de la situation en cause (par exemple la validité de la reconnaissance d'un enfant naturel dans l'article 311-17 nouveau du Code civil), pour peu que ce résultat soit admis par l'une quelconque des lois de rattachement énumérées : on est alors incontestablement en présence d'une règle matérielle, dont l'élaboration ne procède d'ailleurs pas nécessairement de la tendance américaine préconisant la prise en considération du contenu des lois en conflit ⁽³⁶⁾. Il en va de même lorsque la jurisprudence décide, en matière de contrat de travail, que la règle de conflit donne compétence de principe à la loi du contrat, sauf application éventuelle de la loi du lieu d'exécution si elle est plus favorable au salarié ⁽³⁷⁾, ou (c'est la solution

(35) F. Deby-Gérard, *op. cit.*, n° 297 et s., spéc. n° 320-321.

(36) En ce sens, B. Audit, *loc. cit.*, p. 363.

(37) Cass. soc. 31 mai 1972, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, 683, note Lagarde. Adde : Paris, 4^e Ch., 4 juillet 1975 : *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, 485, note A. Lyon-Caen.

actuelle) à la loi d'exécution du travail, sauf dispositions plus favorables de la loi choisie par les parties »^(37 bis).

3) L'élargissement du domaine et de l'importance du droit international privé matériel tient également au rôle que le juge peut être appelé à jouer dans le règlement des conflits de lois, rôle d'ailleurs plus ou moins actif ou créateur selon les conceptions ou les systèmes juridiques⁽³⁸⁾ et parfois d'ailleurs contesté au nom des impératifs de sécurité juridique. Mais, sans prôner pour autant une vocation « impérialiste » du juge, on doit observer que, bien souvent, ce dernier utilise au maximum ses pouvoirs pour promouvoir, en fait, des solutions relevant du droit international privé matériel.

Cette attitude du juge se vérifie d'abord dans les situations où, pour des raisons d'ordre technique ou logique, les différentes règles nationales en cause s'articulent difficilement entre elles, ou bien encore lorsque la combinaison des systèmes juridiques en présence interdit l'obtention d'un résultat déterminé : en pareilles circonstances, doctrine et droit positif s'accordent à reconnaître au juge la faculté de modifier, en les « adaptant », les résultats auxquels conduirait l'application concrète des droits désignés par la règle de conflit⁽³⁹⁾; le mécanisme de l'adaptation rejoindrait ainsi⁽⁴⁰⁾ la fonction parfois assignée en doctrine à la notion d'ordre public qui, à côté de son rôle d'éviction, aurait aussi pour mission d'assurer la cohérence du règlement du conflit en procédant aux ajustements nécessités par l'intégration de la loi étrangère dans le droit du for⁽⁴¹⁾. Mais, en modifiant, le cas échéant, le résultat de la désignation opérée par la règle de conflit lorsque ce résultat ne correspond pas aux exigences de la finalité poursuivie, le juge en vient alors à élaborer un règlement spécifique adapté à une relation internationale qu'il détache ainsi des ordres internes.

C'est du même esprit que procède le juge lorsque l'attribution d'une qualification n'est pour lui qu'un moyen de choisir un résultat, même quand il enveloppe ses motifs profonds dans une formulation abstraite⁽⁴²⁾.

(37 bis) Cass. soc. 31 mars 1978, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1978, 70 et s., 2^e esp., note A. Lyon-Caen; en ce sens également : Soc. 25 janvier 1984, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, 327.

(38) Sur ce point, v. P. Lalive, *op. cit.*, pp. 93-94.

(39) Sur le domaine et le mécanisme de l'adaptation, v. H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse (ronéotée), Paris II, 1985, n^{os} 418 et s., pp. 484-524.

(40) Sur le caractère complémentaire mais non substituable des notions d'adaptation et d'ordre public, v. H. Muir-Watt, *op. cit.*, n^o 421, texte et note 5.

(41) Cette idée d'ordre public d'adaptation, défendue par P. Lagarde (*Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J. 1959, Préface H. Batiffol), a aussi été prônée, sous l'appellation *d'ordre public de développement*, pour conférer au juge un véritable pouvoir créateur de droit matériel lui permettant de résoudre les conflits internationaux de lois qui sont en même temps des conflits de civilisations (sur cette doctrine, v. P. Lalive, *op. cit.*, pp. 93-94).

(42) Sur l'interaction d'une méthode fonctionnelle et d'une méthode conceptuelle dans l'opération de qualification, v. B. Audit, *loc. cit.*, pp. 322-326.

B. — Ces manifestations, nombreuses et concordantes, de l'expansion insidieuse et constante du procédé du règlement matériel dans l'utilisation même de la méthodologie du conflit de lois trouvent aujourd'hui leur théorisation, qui est en même temps une légitimation, dans un courant de pensée qui s'est attaché à étudier la transformation de la fonction de la règle de conflit.

Ce courant doctrinal se présente comme une sorte de moyen terme, de compromis, entre la théorie classique de la règle de conflit, à laquelle il reproche son abstraction et son dogmatisme, et les excès de la « révolution » américaine, caractérisés par le recours systématique à la téléologie et au réalisme. Il préconise l'emploi de règles de conflit d'une généralité moyenne et la prise en considération des finalités qui leur sont sous-jacentes⁽⁴³⁾; insistant sur le déclin de la fonction « répartitrice » de la règle de conflit, qui fait de cette dernière un simple instrument de répartition des compétences législative, sans souci du sort concret du rapport litigieux, il met en avant la prise en charge croissante par la règle de conflit du règlement concret, débouchant sur une mission « régulatrice » d'intérêts privés désormais dévolue à la règle de conflit bilatérale : or, un tel rôle peut alors « commander d'infléchir tantôt le résultat concret obtenu, tantôt le rattachement lui-même »⁽⁴⁴⁾.

Le changement ainsi opéré dans la fonction de la règle de conflit entraîne évidemment une majoration considérable du rôle du juge dans la mise en œuvre de cette règle. Certes, il ne s'agit pas d'ériger en principe la méthode consistant à abandonner au pouvoir créateur du juge l'élaboration au gré des espèces de nouvelles règles matérielles, dont la perspective, en raison de l'insécurité ainsi créée, a soulevé de vives critiques⁽⁴⁵⁾, et l'énoncé par le juge « d'une règle substantielle spéciale qui ne soit pas le reflet exact des règles en vigueur dans les lois en présence » ne peut apparaître, a-t-on dit, que de façon exceptionnelle⁽⁴⁶⁾; mais, dès lors que l'on accorde ce pouvoir au juge « compte tenu des attentes raisonnables des parties fondées sur le contenu des droits en principe applicables, sans qu'il soit utile d'exiger que leur croyance se fonde sur la prise en considération d'une règle de conflit »⁽⁴⁷⁾, on voit mal dans quelles limites le cantonner; dans cette même voie, une importante thèse a récemment soutenu⁽⁴⁸⁾ la nécessité de la prise en considération de l'apparence par une règle substantielle du droit inter-

(43) B. Audit, *loc. cit.*, spéc. pp. 366-367.

(44) H. Muir-Watt, *op. cit.*, n^{os} 151 et s., pp. 207-210.

(45) Von Overbeck, « Les règles de droit international privé matériel », *Mélanges Kollwijn et Offerhaus. De conflictu legum* (Leyde, 1962), pp. 362 et s., spéc. p. 369.

(46) De Nova, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1948, 179.

(47) H. Muir-Watt, *op. cit.*, n^o 456, p. 523.

(48) M.N. Jobard-Bachelier, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé* (L.G.D.J., 1984, Préf. P. Lagarde).

national, ce qui aboutit, comme on l'a bien noté ⁽⁴⁹⁾, à faire de l'apparence, au nom de la légitime croyance des parties à la régularité juridique d'une situation constituée à l'étranger sous l'empire d'un droit qui se révèle par la suite incompetent au regard de la règle de conflit du for, « l'agent d'une relativisation de l'entier système de conflit » : dès l'instant où l'on est conduit à faire prévaloir une solution de faveur pour la validité des situations acquises sur l'idée d'un correctif d'ordre objectif à la règle de conflit du for, on s'engage dans la voie d'un réalisme dont on perçoit mal les frontières, car cela signifie que « l'administrateur du droit reçoit de la règle de conflit la mission d'imaginer, de créer même, une règle de droit presque propre à l'hypothèse internationale dont il connaît : cette règle, il l'inventera au départ, tantôt de son propre droit, tantôt du droit étranger dont il serait inexact de croire qu'ils joueront comme pour un problème purement interne » ⁽⁵⁰⁾.

*
**

C'est alors sur une conclusion quelque peu paradoxale que débouche cet exposé; en définitive il ne semble pas que les *règles purement matérielles*, qui apparaissent en toute hypothèse, comme on l'a vu, limitées dans leur domaine (essentiellement les relations commerciales) et leur intensité (notamment sur le terrain du droit conventionnel), représentent véritablement un élément de crise dans la méthodologie du droit international privé moderne; si défi à ce dernier il y a, c'est bien davantage du fait de ce fonctionnalisme de la règle de conflit, qui, par sa logique propre, paraît de nature à transformer considérablement l'esprit et les méthodes de la matière sans en répudier ouvertement les instruments : il introduit, avec un dynamisme dont on perçoit mal les limites, l'esprit et la technique du procédé de la règle matérielle sous le couvert de la méthode conflictualiste. Cette évolution vers une extension constante, sinon une généralisation, du champ de ce *droit international privé matériel « dérivé »*, en quelque sorte, rejoint peut-être ainsi les tendances profondes du Droit civil et même du Droit privé contemporain, accusant un recul constant du conceptualisme et une orientation vers un droit de solutions mises en œuvre par le juge au travers de notions-cadre et de standards, échappant souvent à la systématisation. S'il devait en aller ainsi, le développement des règles matérielles apparaîtrait alors comme la pierre de touche d'une mutation fondamentale du droit international privé qui, de discipline méthodologique, serait appelé à devenir une branche du droit substantiel : il s'agirait alors d'un autre droit international privé, dont l'avènement tiendrait sans doute à « l'abandon successif de l'universalisme, puis de la vision du conflit de lois comme conflit de souverainetés » ⁽⁵¹⁾.

(49) P. Mayer, *Compte rendu, Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 591 et s., spéc. p. 593.

(50) P. Graulich, « La signification actuelle de la règle de conflit », *Etudes offertes à A. Weill* (Daloz-Litec, 1983), pp. 295 et s., spéc. p. 30.

(51) P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois ». *Droits*, n° 2, 1985, pp. 129 et s., spéc. n° 27, p. 142.

DÉBATS

M. Goldman. — Je remercie M. Bruno Oppetit. Mes remerciements pourraient, de manière tout à fait banale, s'adresser à la qualité de son exposé, mais ce serait tout aussi inutile que de le recommander. Comme j'ai renoncé à le recommander, je renoncerai à lui adresser des remerciements très vifs.

Ils s'adressent peut-être à lui d'une manière plus spécifique du fait qu'il parlait en dernier. Il a été obligé de se livrer à une course de vitesse; il y a d'ailleurs parfaitement réussi. L'avantage qu'il a eu peut-être, et il a su en tirer parti, est que, finalement, son exposé montre, je crois, l'unité profonde de l'ensemble des communications qui vous ont été proposées aujourd'hui et, par conséquent, l'unité réelle du thème que le Comité a choisi pour son cinquantième anniversaire. Ce remerciement a l'air d'une clôture mais ce n'est pas une clôture car bien entendu je donnerai la parole à tous ceux dont la soif est suffisamment modérée pour attendre encore.

M. P. Lagarde. — Je ne vais pas parler longtemps, et d'autant plus qu'il fallait faire très attention à ce que disait Bruno Oppetit parce qu'on était si facilement séduit par la façon dont il parlait qu'on risquait de laisser passer ou d'avaloir des points sur lesquels on était en désaccord.

D'abord, c'est surtout sur des problèmes d'articulation des règles matérielles et des règles de conflit, le premier point que vous avez dégagé. Et, à propos des règles d'origine nationale, vous avez envisagé la priorité respective de la règle matérielle et de la règle du conflit pour dire que pour que la règle matérielle soit applicable, il n'était pas nécessaire que l'ordre juridique du for eut été décidé comme compétent par la règle de conflit. Je dois dire que pour ma part je trouve qu'il y a là une simple affirmation; vous l'avez justifiée en parlant d'un intérêt international à appliquer cette règle matérielle de droit international. Je veux bien qu'il y ait un intérêt international, mais si vraiment la situation qui est soumise à un juge français n'a aucun point de contact avec la France, sinon le tribunal compétent, et que la situation se trouve présenter des liens très certains avec d'autres ordres juridiques qui ne connaissent pas cette règle matérielle française d'origine nationale, je ne vois pas vraiment pas pourquoi on devrait appliquer la règle matérielle française.

D'autre part, à propos de la *lex mercatoria* vous avez minimisé le problème d'articulation entre cette méthode et celle de la règle de conflit en envisageant alors deux critères possibles de la *lex mercatoria*, en disant

d'abord que, s'il faut l'accord d'un ordre juridique étatique, effectivement il n'y a pas de problème d'articulation; mais, vous avez dit ensuite : on peut imaginer que la *lex mercatoria* soit rendue applicable simplement par la volonté des parties, et dans ce cas il y a un problème extrêmement sérieux que je n'ai pas du tout l'intention d'aborder ici, celui de la juridicité de la *lex mercatoria*, et là vous avez bien situé le problème; il y aurait tout de même dans ce cas-là le problème d'articulation entre cette *lex mercatoria* et un ordre juridique étatique éventuellement compétent dans le cas où la volonté des parties seule aurait contribué à désigner la *lex mercatoria*.

Et surtout, il me semble qu'il y a un troisième cas que vous n'avez pas envisagé, et je sais que le temps vous est compté, mais c'est à mon avis le cas le plus important. Les auteurs qui sont favorables à la *lex mercatoria* — et il y en a un certain nombre dans cette salle — ont tendance à dire que la *lex mercatoria* forme un ordre juridique qui a vocation à s'appliquer aux relations internationales, aux relations du commerce international et de ce seul fait applicable parce que les relations de commerce international se trouvent localisées, si on peut dire, dans un ordre juridique qui est l'ordre juridique de la *lex mercatoria* : alors, dans ce cas, il n'y a plus besoin même de volonté des parties : je crois me rappeler, sans citer le président, M. Jacquet qui dans sa thèse soutenue à Strasbourg et publiée il y a quelque temps, dit bien que, pour rendre applicable la *lex mercatoria*, on n'a pas besoin de la volonté des parties. Alors, cela, c'est quelque chose qui est assez énorme, tout de même, et qui ne peut pas être admis en disant qu'il n'y a pas de problème d'articulation entre la règle de conflit et la règle matérielle.

C'est l'essentiel de ce que je voulais dire, j'aurais bien d'autres choses encore, mais ce point me paraissait important.

M. Oppetit. — S'agissant du premier point que vous avez évoqué, c'est-à-dire le fait que la situation juridique soumise au juge puisse avoir des liens plus étroits avec d'autres ordres juridiques nationaux qu'avec l'ordre juridique du for comportant une règle matérielle, il faut, je crois, concrètement voir que cette règle matérielle nationale va sans doute jouer dans des hypothèses où l'ordre juridique du for peut être intéressé. Je crois qu'il paraît difficile pour l'ordre juridique du for de ne pas en faire application, s'il s'agit d'une règle d'origine jurisprudentielle, notamment en matière d'arbitrage : je crois que, même si la méthode de la désignation de l'ordre juridique compétent conduisait à soumettre cet arbitrage à d'autres règles, la clause compromissoire, sa validité, son autonomie devrait être appréciée au regard de la règle matérielle.

Je crois tout de même que l'importance de la règle tient à son implantation dans le droit de l'arbitrage tout entier et qu'il suffit qu'un arbitrage vienne au contact du for pour telle ou telle raison pour que cela justifie, à mon sens, que l'on fasse application de cette règle matérielle

d'origine nationale même si par ailleurs la situation paraît avoir des points d'ancrage dans d'autres systèmes juridiques; je crois que l'importance de la règle selon laquelle la clause compromissoire est autonome ou indépendante, si la question vient à se poser devant l'ordre juridique étatique du for, justifie que l'on puisse faire application de cette règle matérielle à raison de son caractère spécifiquement international.

M. Goldman. — Je voudrais dire un mot, s'il n'y a vraiment personne d'autre. Paul Lagarde sera très surpris, car je serais plutôt d'accord avec lui.

Ce que je veux dire c'est que j'avoue ne pas avoir entièrement partagé l'avis ou l'opinion ou le point de vue de Bruno Oppetit sur l'absence de problème de combinaison entre la *lex mercatoria*, à supposer qu'elle existe, car si elle n'existe pas nous perdons notre temps, mais enfin vous avez consenti à le perdre un peu; donc je continue : ceci, pour la raison suivante : en effet, je vais faire les deux hypothèses qu'il a faites et que vous avez surtout faites.

La première est celle qui existe — je l'ai rencontrée quant à moi en pratique — quand les parties ont expressément, clairement, dans une clause de choix de la loi applicable, désigné quelquefois sous son nom, d'autres fois pas sous son nom mais de telle manière que l'on voyait que c'était à elle qu'elles se réfèrent, cette fameuse *lex mercatoria*. Je pense que dans ce cas, on ne peut probablement pas dire qu'il y a un problème de conflit de lois, mais pas plus qu'on ne peut le dire lorsque les parties ont désigné une loi étatique : ni plus, ni moins. Il faut admettre, au préalable, et cela pour ma part, — je ne suis pas sûr que ce soit l'avis de Paul Lagarde —, mais je considère qu'il faut l'admettre, qu'il existe un principe général du droit international privé, qui n'est pas un principe puisé dans un système national, qui est le principe de l'autonomie de la volonté quant à la désignation de la loi applicable. Je sais que cela se discute, mais je ne vais pas entrer dans cette discussion. Si l'on admet ce principe, si on dit que c'est un principe de droit international privé, voilà un principe, mais c'est le seul de droit international privé qui va intervenir en liaison — si vous voulez — avec la *lex mercatoria*. La question est beaucoup plus délicate lorsqu'il n'y a pas de désignation expresse de ce système, lorsqu'il n'y a pas non plus, bien évidemment, une désignation expresse d'une loi étatique (parce qu'alors de la même manière l'arbitre ou le juge à plus forte raison doit s'incliner), mais lorsqu'il n'y a rien, et nous savons tous qu'il y a beaucoup de contrats dans lesquels les parties n'ont rien dit et généralement parce qu'elles n'étaient pas d'accord ou n'étaient pas parvenues à un accord et se sont dit « on verra bien s'il y a un litige », alors, dans ce cas, pour ma part, je considère que l'application de la *lex mercatoria* implique une qualification et une règle de conflit; et c'est ici que je me sépare de Bruno Oppetit; elle implique une qualification en ce sens qu'il s'agit de savoir si, par ses éléments objectifs, ce contrat — Paul

Lagarde a dit « se rattache à l'ordre juridique de la *lex mercatoria* » de manière à tendre à ceux qui lui sont favorables une flèche empoisonnée, amicalement, mais je n'irais pas jusque-là — si donc ce contrat, par ses éléments objectifs qui sont son internationalité, en définitive appelle effectivement l'application, sinon d'un ordre juridique, si on n'admet pas qu'il existe, du moins d'une règle de ce type, dans la mesure où on admet qu'elles existent. Ceci est un problème de qualification, on pourrait en donner un exemple très simple : il se trouve que le marchand de chaussures chez qui j'achète mes chaussures est Italien, il habite à deux cents mètres de chez moi, il réside à Paris, il me vend des chaussures, jamais je n'aurais l'idée de prétendre que mon contrat d'achat de chaussures est soumis à la *lex mercatoria*, c'est évident parce que ce n'est pas un contrat qui intéresse le commerce international. Mais, alors la définition que donne maintenant la loi française de l'arbitrage international, définition que vous connaissez tous, nous montre bien qu'il y a une notion de contrat international.

Il y a donc un problème de qualification. La qualification faite, cela coule de source, — si vous admettez évidemment le système —, la règle applicable si elle existe et dans la mesure où elle existe, sera une règle de la *lex mercatoria*, mais j'ai déjà trop souvent prononcé ce mot, disons des principes généraux du commerce international, des usages, etc..., donc peut-être Bruno Oppetit pensera que ceci n'est pas du droit international privé mais du conflit de lois; dans une certaine mesure, je pense que cela l'est, mais je ne pense pas que cela mette en cause en quoi que ce soit l'existence ou l'inexistence, la juridicité ou la non juridicité, la positivité ou la non-positivité du concept lui-même.

Alors, comme j'ai dit que je n'étais pas d'accord avec vous, vous avez le droit de répondre.

M. Oppetit. — Je crois tout de même que, dès l'instant où est résolue la question de la juridicité de la *lex mercatoria*, disons au moins dans la singularité d'un certain nombre de ses règles, et sans la considérer comme un ensemble global, mais seulement pour les principes généraux intéressant tel ou tel secteur de la vie juridique, je ne crois pas qu'on soit encore au point où on puisse dire que la notion de principes généraux permet de couvrir tous les domaines qui intéressent le commerce international.

A supposer donc que l'on soit dans un domaine où il y ait des principes ou des usages qui aient une juridicité établie en raison d'un certain nombre d'exigences tenant à leur fréquence, à leur absence de contestation, au fait qu'ils sont établis, etc... je crois qu'il y a dans l'office du juge et de l'arbitre la possibilité de se référer à ce corps de règles indépendamment de toute stipulation dans le corps du contrat. On a cru pendant longtemps que la *lex mercatoria* pouvait seulement être appliquée par l'arbitre amiable compositeur; or, c'est la règle contraire qu'il faut énoncer : seul, l'arbitre amiable

compositeur pourrait écarter la *lex mercatoria* en raison de ses pouvoirs d'amiable compositeur. Donc, dès l'instant où on est en présence d'un arbitre ou d'un juge, celui-ci a dans son office les obligations qui pèsent sur lui du fait de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, et, il entre dans sa tâche l'obligation d'appliquer la règle de droit même si les parties ne l'ont pas invoquée : donc il entre dans l'office du juge d'appliquer la règle de droit quelle qu'elle soit et, si la *lex mercatoria* représente un corps de règles d'une juridicité établie, il aura dans son office non seulement le droit mais le devoir d'appliquer ces règles et *a fortiori* peut-on en dire autant de l'arbitre qui, à défaut de stipulation, pourra s'y référer. C'est pourquoi, je crois que si, dans son ensemble, effectivement, on ne peut pas considérer la *lex mercatoria*, de manière vague et générale, comme un système juridique, en revanche, dans tel ou tel domaine bien précis où il peut y avoir des usages codifiés, où il y a des principes établis, il entre parfaitement dans l'office du juge et de l'arbitre de l'appliquer sans même qu'il y soit fait une référence précise par les parties dans leur contrat.

M. Goldman. — A condition que ce soit un contrat international ?

M. Oppetit. — Absolument.

M. P. Lagarde. — Très brièvement, merci beaucoup d'avoir bien voulu répondre à ma question. Mais il se trouve qu'il y a une grande habileté à jouer des règles de la *lex mercatoria* et de la *lex mercatoria* comme système juridique, parce que s'il y a simplement quelques règles isolées de la *lex mercatoria*, bien de ces règles vont s'appliquer à un contrat international même la plupart du temps s'il est soumis à une loi étatique; mais, en réalité, ce que vous soutenez logiquement, et c'est votre droit, c'est que la *lex mercatoria* a vocation à devenir un système de juridiction complet, quasiment complet (problème du consentement qui resterait extérieur, capacité), et, à ce moment-là, vous êtes forcément amené à considérer que le contrat, par le seul fait qu'il est international, est soumis à cet ordre juridique et la règle de conflit que nous connaissons disparaît parce qu'elle n'a plus d'objet. C'est ce point que je trouve important et que je voulais signaler.

M. Goldman. — Je ne vais pas répéter ce que j'ai dit, ni discuter avec vous à nouveau, bien que ce soit un plaisir sans mélange, du caractère juridique ou non de la *lex mercatoria*. Je demande s'il y a d'autres intervenants ? S'il n'y en a pas je vais passer le flambeau à Monsieur le Président Ponsard à qui il revient de clôturer cette journée.