

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

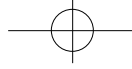
Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

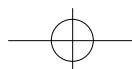
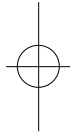
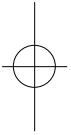
Courriel : themis@droit.umontreal.ca

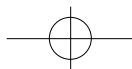
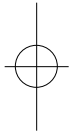
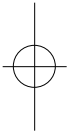
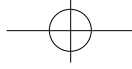
© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca



Les pages du







L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international : thèse et antithèse*

Antoine LEDUC**

Résumé

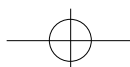
Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international suscitent l'intérêt toujours croissant de la communauté juridique internationale. Instrument de l'harmonisation souple du droit privé international, ils proposent une synthèse des principes pouvant servir à régir des relations contractuelles transnationales. Peut-on, dès lors, parler de l'émergence d'une « nouvelle » lex mercatoria? Le vieux

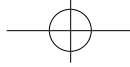
Abstract

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are being the object of an increasing recognition towards the international legal community as achieving soft harmonization of private international law. Since they propose a synthesis of legal principles that may govern contractual relationships of a transnational nature, is it therefore possible to conclude that a "new" lex mercatoria is thereby

* Une première version de ce texte fut rédigée dans le cadre du programme de maîtrise en droit des affaires de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dans le cadre du cours « Transactions commerciales internationales », DRT-6910, session hiver 2000, sous la direction du professeur Guy Lefebvre, directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (« CDACI ») de cette même institution. L'auteur tient à remercier le professeur Lefebvre, ainsi que le professeur Pierre Ciotola, son directeur de recherche, pour leurs judicieux commentaires qui ont permis d'enrichir ce texte. Toute erreur ou omission, s'il en est, ne saurait cependant être attribuée qu'à l'auteur.

** B.C.L., LL.B. (McGill). Avocat, McCarthy Tétrault s.r.l. (Montréal), candidat à la maîtrise, option « droit des affaires », CDACI, Faculté de droit, Université de Montréal.



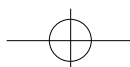
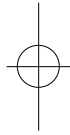
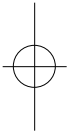


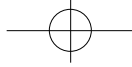
débat, opposant les tenants de l'existence d'une telle chose à ses détracteurs, a refait surface, avec l'avènement de ces Principes.

L'auteur se livre à un examen des arguments proposés au soutien des deux thèses. S'il est probablement trop tôt pour conclure à l'existence d'une nouvelle lex mercatoria, on peut sans doute concevoir qu'un ensemble de principia mercatoria soit actuellement en émergence.

emerging? With the advent of the Principles, this old debate has come back to the surface once again.

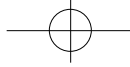
A critical examination of the arguments sustained in favour of each thesis is hereby proposed by the author. Although we cannot yet conclude to the existence of such a new lex mercatoria, it would be plausible to conceive that a set of principia mercatoria is actually emerging.



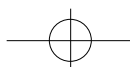
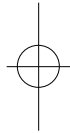
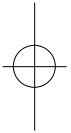


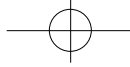
Plan de l'article

Introduction	433
I. Thèse : la nouvelle <i>lex mercatoria</i> n'existe pas	433
A. Le concept de la <i>lex mercatoria</i> dans le temps	434
1. À l'époque médiévale	434
2. Depuis le XX ^e siècle : l'idée d'une nouvelle <i>lex mercatoria</i>	436
a. Problématique	437
b. Définition de la nouvelle <i>lex mercatoria</i>	437
B. Les arguments contre l'idée d'une nouvelle <i>lex mercatoria</i>	438
1. Les sources de la <i>lex mercatoria</i> : de l'impossibilité d'en fixer le contenu et les objectifs	438
2. L'atteinte à la souveraineté des États : le « laisser-faire »	439
II. Antithèse : les Principes d'UNIDROIT et la nouvelle <i>lex mercatoria</i>	441
A. L'existence et la nécessité d'une nouvelle <i>lex mercatoria</i>	441
1. L'évolution de l'idée depuis la deuxième moitié du XX ^e siècle	441
2. Les diverses tentatives d'unification et d'uniformisation : les problèmes rencontrés et le choix de la technique juridique appropriée	443
a. Les conventions et traités internationaux : la technique de la « loi type » et le processus législatif « formel »	444



b. La codification de principes généraux ou la technique du « <i>restatement</i> » réalisée par un organe indépendant : le processus législatif « informel » ou parallèle	445
B. Les Principes d'UNIDROIT	445
1. Le succès grandissant de leur application	445
2. Quelques raisons permettant d'expliquer ce succès	448
Conclusion	450





L'avènement des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, publiés à Rome en 1994, sous l'égide de l'Institut international pour l'unification du droit (UNIDROIT), relance, dans une certaine mesure, un vieux débat consistant à savoir s'il existe ou non une nouvelle *lex mercatoria* en droit commercial international¹.

En effet, le préambule de ces Principes énonce, notamment, que ceux-ci « peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les "Principes généraux du droit", la "*lex mercatoria*" ou autre formule similaire ».

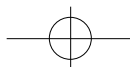
Nous allons donc étudier deux thèses, la première voulant que la nouvelle *lex mercatoria* n'existe pas (I), et la seconde selon laquelle les Principes d'UNIDROIT constituent une manifestation on ne peut plus claire de son existence (II). En conclusion, nous suggérons qu'il s'agit peut-être d'un faux débat ou, à tout le moins, d'un débat qui est mal engagé, parce que fondé sur de fausses prémisses.

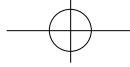
I. Thèse : la nouvelle *lex mercatoria* n'existe pas

Il existe une école de pensée soutenant que la nouvelle *lex mercatoria* n'existe pas². Nous allons d'abord tenter de cerner le sens du concept de la *lex mercatoria* à travers les âges (A), pour ensuite examiner les prétentions des partisans de cette école (B).

¹ Les auteurs suivants ont sans doute été parmi les premiers protagonistes de l'existence d'une nouvelle *lex mercatoria*. Voir, notamment : Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et *Lex Mercatoria* », *Archives de Philosophie du Droit* 1964.9.177-192; Philippe FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965; Clive SCHMITTHOFF, « The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation », dans *The Sources of the Law of International Trade (International Association of Legal Science)*, Colloque de Londres, 24-27 septembre 1962, 1964, p. 3 et suiv.; voir notamment, en ce qui a trait au débat proprement dit : Thomas E. CARBONNEAU, « A Definition and Perspective Upon the *Lex Mercatoria* Debate », dans Thomas E. CARBONNEAU (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Juris Publishing, Kluwer Law International, p. 11-22.

² Voir, de façon générale : Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984; Paul LAGARDE, « Approche critique de la *lex*





A. Le concept de la *lex mercatoria* dans le temps

Nous verrons qu'il exista une *lex mercatoria* à l'époque médiévale (1), qui disparut vers la Renaissance. Depuis le XX^e siècle, en raison de l'internationalisation des échanges commerciaux sans cesse grandissante, est apparue une notion présentant certaines similitudes avec cette *lex mercatoria* médiévale, que certains ont baptisée, par analogie, la « nouvelle » *lex mercatoria* (2).

1. À l'époque médiévale

Les auteurs s'accordent généralement pour affirmer qu'il y eut bel et bien un âge d'or de la *lex mercatoria* à l'époque médiévale, plus précisément du IX^e au XVI^e siècles, donc jusqu'à la Renaissance. Elle consistait en un ensemble uniforme de règles coutumières auxquelles obéissaient les marchands du commerce international, et qui étaient appliquées à leurs différends devant des tribunaux composés de juges marchands³. Une telle « loi des marchands » s'est développée et fit son apparition

*dans les grandes foires pour faire pièce à la territorialité absolue du droit féodal qui présentait trop d'insuffisance et de rigidité pour des relations rapides et fugitives relevant de souverainetés diverses.*⁴

Cette *lex mercatoria* comportait des éléments du droit maritime coutumier (*lex maritima* ou, en droit français, *Ley Maryne*)⁵. Le professeur Tetley nous donne une indication plus précise de l'étendue et de la juridicité de ces principes :

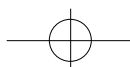
The lex mercatoria and its maritime component, the lex maritima, were administered by local courts, often the "piepowder" (piedpoudre) courts at medieval fairs, which typically heard the disputes between the merchants concerned and rendered judgements between tides, so as not to delay the merchants unduly on their voyages. The Law Merchant, including maritime law, thus constituted a legal system, with rules and institutions of its own, which relied upon codified principles in the civilian manner, and which was burdened with little conflict of laws because of

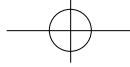
mercatoria », dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125.

³ William TETLEY, « Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (codified and uncoded) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 591-619, 877-906, à la page 885.

⁴ Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *McGill L.J.* 413, 416.

⁵ W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3, 885 et 886.





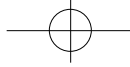
*its Europe-wide character. Even in England, it was transnational, essentially civilian jus commune which governed commercial and maritime litigation conducted before the High Court of Admiralty sitting at Doctors' Commons in London.*⁶

Ainsi, les sources de cette *lex mercatoria* étaient identifiées et connues des marchands, voire même codifiées. Des tribunaux constitués par ces derniers, et même certains tribunaux locaux, appliquaient cette *lex mercatoria*.

Par ailleurs, même s'il ne semblait pas y avoir de mécanisme précis de reconnaissance et d'exécution forcée de ces jugements, les marchands qui ne s'y soumettaient pas étaient rapidement identifiés et bannis des cercles du commerce international. Géographiquement, cela était possible, car les places d'affaires étaient relativement limitées, non seulement numériquement mais aussi territorialement⁷. C'est donc par cet opprobre qu'était conféré un caractère de juridicité à cette *lex mercatoria*⁸.

Par la suite, de la Renaissance au XX^e siècle, cette idée d'un *jus commune* fut progressivement abandonnée pour faire place à un nationalisme juridique, qui serait à l'origine d'un cloisonnement et de l'arrivée en force des règles du droit international privé comme mécanisme de règlement des conflits internationaux⁹.

- ⁶ *Id.*, références omises. Notre soulignement.
Voir aussi : William TETLEY, « The *Lex Maritima* », dans T.E. CARBONNEAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 43; Hodjat KHADJAVI, *Theory of Lex Mercatoria and Recent Developments*, mémoire de maîtrise, Montréal, Institut de droit comparé, Faculté de droit, Université McGill, 1994, p. 9-15 (texte inédit); Filali OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 9; Filip DE IY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 8-20; U. DRAETTA, R.B. LAKE et V.P. NANDA, *Breach and Adaptation of International Contracts – An Introduction to Lex Mercatoria*, p. 10-13 (1992).
- ⁷ Voir : C.W.O. STOECKER, « The *Lex Mercatoria*: To What Extent does it Exist? », 7 *Journal of International Arbitration* 101, 107 (1990) : « *To find a common basis of understanding in the Middle Ages was much easier as the number of market places and countries of the people involved in trade was limited.* »
- ⁸ *Id.*, 103; voir aussi : V.L.D. WILKINSON, « The New *Lex Mercatoria*: Reality or Academic Fantasy? », 12 *Journal of International Arbitration* 103, 105 (1995).
- ⁹ *Id.*; voir aussi : Guy LEFEBVRE et Emmanuel SIBIDI DARANKOUM, « Phénomène transnational et droit des contrats : Les Principes européens », *Revue de droit des affaires internationales* 1999.47, 53; Paul-André CRÉPEAU, « Unification du droit : perspectives canadiennes », dans *Meredith Mem. Lect. 1998-1999 : La pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics / The Continued Relevance of The Law of Obligations: Retour aux Sources*,



2. Depuis le XX^e siècle : l'idée d'une nouvelle *lex mercatoria*

Le XX^e siècle a vu se réaffirmer, avec un intérêt toujours croissant, cette idée de la nécessité d'un « droit privé international » (par opposition au « droit international privé »), lequel passerait par l'uniformisation des droits privés nationaux, et ce, en raison de multiples facteurs¹⁰.

D'abord, suite aux deux grands conflits mondiaux, s'est intensifiée, entre les pays, la recherche d'un équilibre international, non seulement au plan politique, mais également au plan économique.

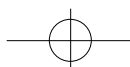
La recherche de cet équilibre économique s'est manifestée, entre autres, à travers le processus de décolonisation qui connut son apogée dans les années soixante, après la Deuxième Guerre mondiale¹¹. Nombre de contrats furent ainsi conclus entre, d'une part, des gouvernements de pays en voie de développement et, d'autre part, des gouvernements de pays industrialisés, des compagnies étrangères, des organismes non gouvernementaux comme, par exemple, la Banque Mondiale, afin d'aider à l'établissement d'infrastructures de tout genre dans ces économies en émergence.

De plus, la création de zones économiques régionales de libre-échange, à commencer par celle de la Communauté Européenne, favorisèrent la progression des échanges commerciaux entre les entreprises de toutes nationalités. S'ensuivit donc une augmentation du commerce international que personne ne pourrait plus désormais nier, la mondialisation de l'économie étendant ses tentacules dans tous les domaines de l'activité humaine.

Faculté de droit, Université McGill, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 3 : « Le nationalisme juridique est à l'origine des cloisonnements : Droit français – Droit allemand – Droit anglais; Droit civil – Common law; droits légiférés – droits non légiférés. »

¹⁰ P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 9. Le professeur Crépeau parle d'un « déplacement d'intérêt du droit international privé vers un droit privé international ».

¹¹ Voir, de façon générale : G.R. DELAUME, « Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the *Lex Mercatoria* », 63 *Tulane L. Rev.* 575 (1989); L. NOTTAGE, « The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the *Lex Mercatoria*: A View From the Periphery », (2000) 16 *Arbitration International* 53.





a. Problématique

Cette nouvelle donne du commerce international soulève la problématique du droit applicable à ce genre de relations contractuelles. En effet, Kahn précise que

*des systèmes juridiques normalement compétents [sont] inadaptés aussi bien en ce qui concerne leur contenu que leur domaine d'application [et] appellent des réponses de la part des destinataires [de ces] règles inadaptées ou inexistantes.*¹²

Ces réponses se trouveraient dans un tiers ordre juridique national que certains appellent la « nouvelle » *lex mercatoria*¹³.

b. Définition de la nouvelle *lex mercatoria*

De quoi s'agit-il? En effet, comment définir cette nouvelle *lex mercatoria*, qui suscite tant de polémiques? La définition que propose Highet nous semble, pour les fins de notre discussion, particulièrement à propos :

*What is lex mercatoria? For our present purposes, I would take it to mean more or less the following: The principles of developing transnational or international law-merchant, capable of being applied by decisionmakers (judges or arbitrators) as a source of legal rules, in order to give content to decisions, in much the same way that decisionmakers would apply a real legal system such as the lex fori or the lex loci arbitri.*¹⁴

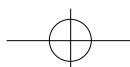
Plus précisément, Ole Lando affirme :

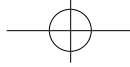
The parties to an international contract sometimes agree not to have their dispute governed by national law. Instead they submit it to the customs and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the States engaged in international trade or to those States which are connected to the dispute. Where such rules are not ascertainable, the arbitrator applies the rule or chooses the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so, he considers the laws of several legal systems. This judicial process,

¹² P. KAHN, *loc. cit.*, note 4.

¹³ Voir notamment : H.J. BERMAN, et F.J. DASSER, « The "New" Law Merchant and the "Old": Sources, Content, and Legitimacy », dans T.E. CARBONNEAU (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Juris Publishing, Kluwer Law International, p. 53-70.

¹⁴ K. HIGHET, « The Enigma of the Lex Mercatoria », 63 *Tulane L. Rev.* 613, 617 (1989).





*which is partly an application of the legal rules and partly a selective creative process, is here called application of the lex mercatoria.*¹⁵

Cerner les contours de cette nouvelle *lex mercatoria* n'apparaît donc pas être une tâche facile. Nous allons maintenant voir quelles sont les principales critiques formulées par les tenants de la thèse voulant qu'il n'existe pas de telle chose qu'une nouvelle *lex mercatoria*.

B. Les arguments contre l'idée d'une nouvelle *lex mercatoria*

La nouvelle *lex mercatoria* n'existe pas, d'une part parce qu'elle est une cible mouvante dont les sources ne peuvent être aisément identifiées (1); d'autre part, parce qu'il s'agit d'une atteinte intolérable à la souveraineté des États, et donc, à la démocratie (2).

1. Les sources de la *lex mercatoria* : de l'impossibilité d'en fixer le contenu et les objectifs

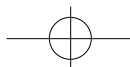
D'après une auteure, les sources de la nouvelle *lex mercatoria* comprendraient les principes généraux du droit, les lois uniformes du commerce international, les coutumes et les usages et, enfin, les sentences arbitrales¹⁶.

Les principes généraux du droit n'apparaissent être qu'un galimatias de principes tels *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus*, la bonne foi et l'équité, dont les vagues contours ne sont pas d'une grande utilité, tant comme outils de prévision pour les parties, lors de l'exécution de leurs obligations respectives, que pour les juges ou arbitres, lors de l'interprétation du contrat. Quant aux lois dites « uniformes », elles ne sauraient être affublées de cette épithète, parce que rares ou inexistantes sont ces lois. En effet, elles ne sont jamais adoptées concurremment par tous les pays et, de surcroît, les pays qui les adoptent les modifient à leur gré et leurs tribunaux en donnent une interprétation particulière, qui ne se prête pas aux généralisations dont aurait besoin le contexte international¹⁷. Pour ce qui est des coutumes et des usages, il est

¹⁵ Ole LANDO, cité par V.L.D. WILKINSON, *loc. cit.*, note 8, 104, et par K. HIGH-ET, *loc. cit.*, note 14, 619.

¹⁶ V.L.D. WILKINSON, *loc. cit.*, note 8, 107 et 108.

¹⁷ *Id.*, 108 et 109.





parfois très difficile de les établir et ceux-ci peuvent changer au fil du temps¹⁸. Enfin, les sentences arbitrales, lorsque disponibles, peuvent certes fournir des indices quant à la présence d'une coutume ou d'un usage, mais il n'est pas de tel principe que celui de l'autorité du précédent en matière d'arbitrage : le *stare decisis* est une notion inconnue à ce champ de juridiction¹⁹.

La maîtrise et la connaissance de toutes ces sources exigeraient par ailleurs que l'on se consacre à des recherches considérables, qu'un arbitre ou un juge n'est pas en mesure d'effectuer, posant ainsi le problème de l'accessibilité de cette source de droit.

Pour toutes ces raisons, certains prétendent que le fait d'assujettir un contrat à la « *lex mercatoria* » ouvre la porte à l'incertitude et à la discrétion, voire même à l'arbitraire.

D'autre part, on a soutenu que ce tiers ordre juridique a-national, autonome, ne saurait exister, en bout de ligne, sans la reconnaissance d'un tribunal étatique. C'est ce que nous allons maintenant étudier.

2. L'atteinte à la souveraineté des États : le « laisser-faire »

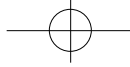
L'objection que ne manquent pas de soulever les détracteurs de la *lex mercatoria* est d'une logique imparable : le fameux « contrat sans loi – marteau sans maître » n'est susceptible d'exécution forcée – en nature ou par équivalent – que si les tribunaux étatiques l'ordonnent *in extremis*, lorsque la partie débitrice de l'obligation ne se soumet pas à une sentence arbitrale l'enjoignant de ce faire, une telle sentence n'ayant pas de pouvoir coercitif à son endroit²⁰.

Cet argument démontrerait, au demeurant, que la *lex mercatoria* ne saurait prétendre au titre d'« ordre juridique », puisqu'elle n'en

¹⁸ *Id.*, 110 et 111.

¹⁹ Voir : Emmanuel GAILLARD, « Trente ans de *Lex Mercatoria* », (1995) 1 *J.D.I.* 5, 16; K.P. BERGER, « The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », 28 *Law & Policy in International Business* 943, 980 (1997); *contra* : P. KAHN, *loc. cit.*, note 4, 423. Dans un autre registre, pour une intéressante étude de ce concept du *stare decisis* en droit civil québécois, voir : Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 261.

²⁰ Voir : K. HIGHET, *loc. cit.*, note 14, 613 et 614; C.W.O. STOECKER, *loc. cit.*, note 7, 105.



présente pas les attributs fondamentaux. En effet, la *lex mercatoria* ne respecterait pas les critères suivants : (1) accessibilité et application générale (certitude des règles et de leur contenu); (2) autorité, autonomie et logique d'ensemble (« *enforceability* »); (3) prévisibilité et justice²¹.

En fait, ces objections répondent à l'argument voulant que les divers systèmes de droit nationaux ne soient pas compétents, *a priori*, pour solutionner les différends internationaux. D'après Gaillard, la problématique, envisagée sous cet angle, est mal posée :

*Chaque ordre juridique peut parfaitement prendre conscience [des besoins du commerce international] et y satisfaire lui-même en soumettant les relations internationales à des règles matérielles différentes de celles qui régissent les relations internes. La jurisprudence de nombreux États en fournirait diverses illustrations.*²²

Ainsi, la seule voie de salut pour légitimer cette nouvelle *lex mercatoria* serait d'en faire l'objet d'un traité international²³, avec les imperfections inhérentes à cette technique, tel que nous l'avons vu précédemment.

Pour toutes ces raisons, il fut suggéré que l'expression « *lex mercatoria* » serait impropre à définir ou à décrire la réalité qu'elle prétend circonscrire et que l'on en ferait, par conséquent, un mauvais usage. Il conviendrait davantage, en effet, de parler plutôt d'un ensemble de « *principia mercatoria* » :

*What is a law without a legal system supporting it? Just because the lex mercatoria is theoretically available as a source for interpretation or amplification of contractual clauses does not make it law. It is, in my own view, not a system of lex mercatoria but rather, at most, a set of principia mercatoria.*²⁴

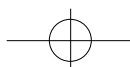
Cette idée doit être explorée. Elle aurait sans doute le mérite, du moins le croyons-nous, de démontrer que le débat entourant l'existence de la nouvelle *lex mercatoria* est peut-être un débat qui serait sinon mal fondé, à tout le moins, mal engagé. Nous y reviendrons, en conclusion, après avoir discuté de l'antithèse à celle que nous venons de décrire.

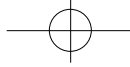
²¹ Voir : K. HIGGET, *loc. cit.*, note 14, 624; V.L.D. WILKINSON, *loc. cit.*, note 8, 112-115.

²² Références omises. Voir : E. GAILLARD, *loc. cit.*, note 19, 7.

²³ Voir : C.W.O. STOECKER, *loc. cit.*, note 7, 124.

²⁴ K. HIGGET, *loc. cit.*, note 14, 616.





II. Antithèse : les Principes d'UNIDROIT et la nouvelle *lex mercatoria*

À l'inverse de la position intellectuelle que nous venons d'analyser, il existe une autre école de pensée voulant non seulement que la nouvelle *lex mercatoria* existe, mais qu'il s'agisse d'une nécessité du commerce international (A). Depuis l'avènement des Principes d'UNIDROIT, cette idée de l'émergence ou de la consolidation de cette notion a refait surface avec force et vigueur (B).

A. L'existence et la nécessité d'une nouvelle *lex mercatoria*

Sans trop nous attarder aux éléments que nous avons déjà pu observer en première partie d'analyse, nous allons maintenant examiner, d'un peu plus près, les fondements de l'évolution de cette idée de la nouvelle *lex mercatoria* depuis la deuxième moitié du XX^e siècle (1), pour ensuite exposer les techniques juridiques utilisées afin de favoriser l'émergence de la *lex mercatoria* (2).

1. L'évolution de l'idée depuis la deuxième moitié du XX^e siècle

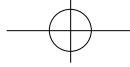
Il est indéniable que le XX^e siècle a été le théâtre d'initiatives régulatrices du commerce international, résultant de discussions inter-étatiques ou ayant cours à l'intérieur de groupes privés partageant des intérêts communs²⁵. Ces initiatives sont apparues en raison, notamment, des vicissitudes propres au droit international privé, dont la complexité de la mise en œuvre de ses règles et les délais inhérents à tout système juridique national²⁶.

Au plan inter-étatique, mentionnons, entre autres, l'avènement de la Convention de New York (1958)²⁷, de la Convention de Vienne

²⁵ Voir : W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3.

²⁶ Voir : P. KAHN, *loc. cit.*, note 4, 416; C.W.O. STOECKER, *loc. cit.*, note 7, 101.

²⁷ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, adoptée à New York, le 10 juin 1958, citée par W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3, 888 (note 224).



(1980)²⁸, de la Loi modèle sur l'arbitrage commercial international de la CNUDCI (1985)²⁹, pour n'en citer que quelques exemples.

Au chapitre des initiatives émanant de groupes d'intérêts privés, mentionnons les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*³⁰, les *Incoterms*, les contrats de la FIDIC³¹.

Ainsi, lentement mais progressivement, s'implantent, au fil des ans, des instruments supra-nationaux d'utilité pour les besoins du commerce international. On peut toutefois remarquer que ces initiatives sont parcellaires ou se font « à la carte ». L'explication s'en trouve dans les réticences exprimées, à l'égard de cette mouvance, notamment par les pays de common law, lesquels, contrairement aux pays civilistes, prirent plus de temps à entrer dans cette ronde³². Le professeur Crépeau a bien décrit cette évolution :

Tout d'abord, le mouvement s'élargit progressivement à l'ensemble du globe. Les pays de Common law se joignent au cercle européen. Les pays d'Extrême-orient sentent le besoin de s'ouvrir aux relations avec l'Occident. Et, finalement, les pays de l'Europe de l'Est retrouvent la voie de l'économie de marché et entrent dans la ronde.

*Devant cet élargissement, aussi varié que diversifié, on sent le besoin de prudence dans le choix des matières. Il ne s'agit plus, comme ont pu le souhaiter les internationalistes du début du siècle, de s'attaquer à de grands pans des systèmes juridiques, mais bien de cibler certains secteurs susceptibles de déboucher sur des résultats concrets.*³³

Ces initiatives suffisent-elles pour conclure à l'existence d'une nouvelle *lex mercatoria* qui soit globale? Les observateurs de ces tendances semblent plus prudents, de nos jours, à formuler pareille conclusion. Cependant, à défaut de parler d'une *lex mercatoria*

²⁸ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, AGNU Doc. A/Conf. 97.18; au Canada, *Loi sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.C. 1991, c. 13; au Québec, la *Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.Q. 1991, c. 68 (L.R.Q., c. C-67.01), citée par P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 9.

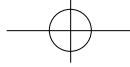
²⁹ Voir : W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3, 888.

³⁰ Publications C.C.I., n° 550, 1993.

³¹ Voir : P. KAHN, *loc. cit.*, note 4, 427.

³² Voir : P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 9; voir aussi : W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3; G. HUMPHREYS, « La *lex mercatoria* en matière d'arbitrage international : quelques différences dans les optiques anglo-françaises », *Revue de droit des affaires internationales* 1992.849.

³³ P.-A. CRÉPEAU, *loc. cit.*, note 9, p. 5.



« globale », il est indéniable que certains milieux ont, jusqu'à un certain point, développé leur propre *lex mercatoria*. Kahn cite en exemple, à ce chapitre, les industries sportives et l'industrie bancaire³⁴. Ce dernier note qu'un tel système « ne fonctionne que si une solidarité forte existe entre ceux qui s'en réclament ou à qui on l'applique »³⁵. En effet, il faut retrouver, dans tous les systèmes qui prétendent aboutir à cette idée de *lex mercatoria*, les éléments suivants : « l'organisation, l'élaboration de documents contractuels ou réglementaires, l'existence d'un pouvoir disciplinaire ou coercitif sur les personnes et institutions gravitant autour de l'organisation »³⁶.

C'est pourquoi la discussion s'est repositionnée ou resserrée, depuis quelques années, « autour de la notion de principes de droit ou de principes généraux »³⁷, plutôt que sur celle de la *lex mercatoria* proprement dite³⁸.

Nous allons maintenant voir les problèmes auxquels sont confrontés ceux qui tentent de parvenir à cette uniformisation des principes généraux du droit, en matière de commerce international, et donc les difficultés inhérentes à l'établissement d'une nouvelle *lex mercatoria*.

2. Les diverses tentatives d'unification et d'uniformisation : les problèmes rencontrés et le choix de la technique juridique appropriée

Il y aurait principalement deux techniques utilisées en matière de droit international, qui présentent chacune leurs avantages et leurs inconvénients : le processus législatif « formel » des conventions et traités internationaux (a) et le processus législatif « informel » de codification privée (b).

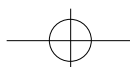
³⁴ Voir aussi : Fabio BORTOLOTTI, « Vers une nouvelle *lex mercatoria* de l'agence commerciale internationale? Le modèle de contrat de l'agence CCI », *Revue de droit des affaires internationales* 1995.685.

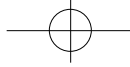
³⁵ P. KAHN, *loc. cit.*, note 4, 424.

³⁶ *Id.*, 426.

³⁷ *Id.*, 424.

³⁸ Voir aussi : K. HIGHET, *loc. cit.*, note 14, 616.





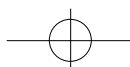
a. Les conventions et traités internationaux : la technique de la « loi type » et le processus législatif « formel »

Cette technique présente l'avantage de légitimer, une fois le traité conclu et ratifié par un grand nombre de pays, les principes que l'on veut mettre en œuvre, répondant ainsi à l'une des critiques formulées par les détracteurs de la *lex mercatoria*.

Par contre, cette façon de procéder n'est pas sans heurt. En effet, un traité ou une convention internationale est le fruit de conférences diplomatiques internationales, où chaque participant tente d'influencer le débat pour satisfaire d'abord ses propres intérêts, le tout au détriment d'une discussion libre et franche sur le mérite des principes que l'on se propose d'adopter. En résulte parfois, en bout de ligne, une œuvre faite de compromis, qui peut manquer de logique ou jeter des pans entiers d'un domaine en pâture, à la discrétion de règles propres à être déterminées par les pays dans leur droit interne. La Convention de Vienne, à cet égard, en fournit quelques illustrations³⁹. L'objectif d'uniformisation du droit peut donc se trouver détourné de sa finalité par la poursuite des intérêts particuliers de chacun⁴⁰.

³⁹ Par exemple, la Convention de Vienne « ne régleme pas les questions concernant la validité du contrat, d'une de ses clauses ou de ses usages. [...] Cette exclusion s'explique principalement par les différences importantes qui existent entre les pays de droit civil et de common law sur ces questions ». Voir : Guy LEFEBVRE et Emmanuel SIBIDI DARANKOUM, « La vente internationale de marchandise : la Convention de Vienne et ses applications jurisprudentielles », dans Denys-Claude LAMONTAGNE et Bernard LAROCHELLE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 385, aux pages 402 et 403.

⁴⁰ Voir, de façon générale : K.P. BERGER, « The *Lex Mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », 28 *Law & Policy in International Business* 943, 954-960 (1997); Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, XXVIII-376; voir également : Joseph ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 5.





b. La codification de principes généraux ou la technique du « *restatement* » réalisée par un organe indépendant : le processus législatif « informel » ou parallèle

À l'inverse, le processus de codification privée, résultant de l'initiative de groupes organisés, à défaut de présenter cette qualité de légitimité qui est propre au processus législatif « formel », offre l'avantage d'une objectivité accrue. L'objectif d'uniformisation du droit est atteint lorsque les commerçants visés par toute codification privée se l'approprient, lui conférant ainsi la force de l'usage et de la coutume⁴¹. C'est ce que certains croient pouvoir déceler de l'application actuelle des Principes d'UNIDROIT.

B. Les Principes d'UNIDROIT

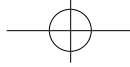
Les remarques précédentes nous amènent à traiter du succès grandissant de l'application des Principes d'UNIDROIT (1) et à tenter d'en comprendre les raisons (2).

1. Le succès grandissant de leur application

S'il faut en croire ce qu'on en lit, les Principes d'UNIDROIT sont en voie d'être acceptés par un nombre grandissant d'autorités de toutes les sphères de l'activité juridique internationale⁴².

⁴¹ *Id.*

⁴² À tout le moins, ces Principes suscitent un vif intérêt de la part de nombreux commentateurs de l'actualité juridique internationale à s'être penchés sur le sujet. Voir, notamment : G. BARON, « Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*? », (1999) 15 *Arbitration International* 115; Katharina BOELE-WOELKI, « Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts », (1996) 1 *Rev. dr. unif.* 652; Antonio BOGGIANO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'UNIDROIT », (1996) 1 *Rev. dr. unif.* 219; Ulrich DROBNIG, « The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 385; E.A. FARNSWORTH, « An International Restatement: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », 26-3 *University of Baltimore L. Rev.* 1 (1997); Edward Allan FARNSWORTH, « The American Provenance of the UNIDROIT Principles », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 397; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une



En effet, comme l'indique le préambule de ces Principes, certains pays s'en sont déjà servis à titre de loi modèle et les ont édictés dans leur droit interne⁴³. Les arbitres les utilisent de plus

approche nouvelle: les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », (1998) *Revue internationale de droit comparé* 463; F. FERRARI, « General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: a Study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 UNIDROIT Conventions on International Factoring and Leasing and the UNIDROIT Principles », (1998-1999) 1 *European Journal of Law Reform* 217; Marcel FONTAINE, « Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT », (1991) *Revue de droit international et de droit comparé* 23; Marcel FONTAINE, « Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'UNIDROIT : observations critiques », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 405; Michael P FURMSTON, « UNIDROIT General Principles for International Commercial Contracts », (1996-1997) 10 *Journal of Contract Law* 11; Michael P. FURMSTON, « An English View of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 419; E. GAILLARD, « Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts », (1999) 27 *International Business Lawyer* 214; A.M. GARRO, « The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration », 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 94 (1994); A. GIARDINA, « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *Journal du droit international* 1995.547; H. VAN HOUTTE, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1995) 11 *Arbitration International* 373; S.H. JENKINS, « Exemption for Non-performance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment », 72 *Tulane L. Rev.* 2015 (1997-1998); Philippe KAHN, « Les contrats internationaux de coopération scientifique et technique inter-entreprises face aux Principes d'UNIDROIT », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 519; Arthur ROSETT, « UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven », (1997) 2 *Rev. dr. unif.* 441; I. SCHWENZER, « Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1998-1999) 1 *European Journal of Law Reform* 289; M. SUCHANKOVA, « Les Principes D'UNIDROIT et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations », *Revue de droit des affaires internationales* 1997.691; Frank VISCHER, « The relevance of the UNIDROIT Principles for judges and arbitrators in disputes arising out of international contracts », (1998-1999) 1 *European Journal of Law Reform* 203. Ces titres, énumérés ici afin de démontrer aux lecteurs l'intérêt que suscitent les Principes d'UNIDROIT, font l'objet d'une bibliographie plus exhaustive intitulée « Informations bibliographiques sur les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », régulièrement mise à jour et disponible en ligne sur le site Internet de UNIDROIT à l'adresse Internet suivante : [http://www.unidroit.org/french/principles/pr-bib.htm] (date de consultation: 18 septembre 2000).

⁴³ W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3, à la note 235; K.P. BERGER, « The *Lex Mercatoria* Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts », *loc. cit.*, note 40; comparer avec : L. BORJAS HERNADEZ, « The UNIDROIT



en plus pour rendre leurs sentences, et les parties assujettissent leurs contrats à l'application de ces règles⁴⁴. On s'en sert parfois également pour compléter l'interprétation de la Convention de Vienne⁴⁵. Succès inespéré et inattendu, pour paraphraser le dramaturge québécois Réjean Ducharme⁴⁶ : un tribunal étatique américain a même reconnu la valeur des Principes comme étant l'expression d'une certaine *lex mercatoria*⁴⁷.

Il est peut-être encore trop tôt pour parler de la création d'une coutume ou d'un usage international répandu, voire même de la codification d'une « nouvelle » *lex mercatoria*. Cependant, seulement

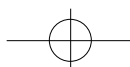
Principles – A Possible Model for the Harmonization of International Contract Law in the Context of the Regional Integration of the Americas, with Special Reference to MERCOSUR », dans *The Unidroit Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?/Los Principios de Unidroit: Un derecho comun de los contractos para las Américas?*, Actes du Congrès Inter-américain de Valencia, Venezuela, 6-9 novembre 1996, Rome, UNIDROIT, p. 119; Dans le même volume : B. KOZOLCHYK, « The Unidroit Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas », p. 93; 46 *American Journal of Comparative Law* 151 (1998).

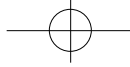
44 Voir : Frank MARELLA et Fabien GÉLINAS, (1999) 10 *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Ce dernier bulletin publié par la Chambre de Commerce Internationale indique qu'un nombre grandissant de sentences arbitrales sous l'égide de cette Chambre intègrent les Principes d'UNIDROIT. Voir aussi, de façon générale : Michael Joachim BONELL, « The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Towards a New *Lex Mercatoria* », *Revue de droit des affaires internationales* 1997.385.

45 Voir, entre autres : Michael Joachim BONELL, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG: Alternative or Complementary Instruments? », (1996) 1 *Rev. dr. unif.* 26; (2000) *Business Law International* 89; Jacob S. ZIEGEL, « The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law », dans *The Unidroit Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?/Los Principios de Unidroit: Un derecho comun de los contractos para las Américas?*, *op. cit.*, note 43, p. 221; D. LEVY, « Contract Formation under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement and CISG », 30 *Uniform Commercial Code Law Journal* 249 (1998); S. SCHILF, « Writing in Confirmation: Valid Evidence of a Sale Contract? Reflections on a Danish Case Regarding Usages, CISG and the UNIDROIT Principles », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 1004.

46 Voir sa pièce de théâtre intitulée *Ines Pérée et Inat Tendu*, Montréal, Leméac/Parti pris, 1976.

47 Voir : *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, United States District Court, S.D. California, 7.XII.1998, commentée par Michael Joachim BONELL, « UNIDROIT Principles: A Significant Recognition by a United States District Court », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 651.





six ans après la publication de ces Principes, il faut admettre qu'il s'agit déjà d'une remarquable percée.

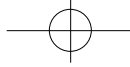
2. Quelques raisons permettant d'expliquer ce succès

Au nombre des raisons qui permettent d'expliquer le succès grandissant des Principes d'UNIDROIT figurent la valeur d'autorité qui leur est conférée par la synthèse comparatiste qui en est à l'origine, la neutralité juridique du langage choisi pour les exprimer et, enfin, le respect de la souveraineté étatique qu'ils manifestent.

Les Principes d'UNIDROIT sont l'œuvre d'un groupe de juristes dont les travaux se sont étendus sur plus de quatorze ans, formé de sommités universitaires provenant de toutes les traditions juridiques importantes et de toutes les tendances économiques observées à l'échelle mondiale, réunis à titre personnel⁴⁸. L'objectif poursuivi par ce groupe de travail, indépendant de toute influence directement étatique, fut non seulement de rechercher et d'exprimer, dans un digeste universellement accessible, les principes et les usages du commerce international qui auraient déjà cours, en pratique, et qui auraient des racines communes dans tous les systèmes juridiques (donc la recherche du plus petit dénominateur commun), mais également de rechercher et d'exprimer des concepts et des principes qui, sur le plan des valeurs, sont à préférer aux autres⁴⁹. En ce sens, c'est plus qu'un compendium, une codification

⁴⁸ Voir, de façon générale : Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 2^e éd. (1997); voir également : Paul-André CRÉPEAU, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées? / The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec : Shared Values? », Scarborough, Carswell, 1998. Il faut ici saluer le travail de pionnier accompli par le professeur émérite Paul-André Crépeau, C.C., O.Q., C.R., de la Société Royale du Canada, qui fit partie de ce comité d'experts internationaux ayant rédigé les Principes d'UNIDROIT. Codificateur et réformateur du droit civil québécois, cet éminent juriste a su, par ses compétences et son influence, propulser mieux que quiconque le droit privé québécois dans l'arène juridique internationale. Cet ouvrage de droit comparé, juxtaposant les valeurs qui soutiennent les Principes d'UNIDROIT et celles soutenant le nouveau *Code civil du Québec*, en est un exemple éloquent. Nous tenons d'ailleurs à remercier le Professeur Crépeau de nous avoir sensibilisé aux Principes d'UNIDROIT dès 1992, à une époque où la rédaction n'en était pas encore terminée, alors que nous étions étudiant de première année dans sa classe de droit des obligations à la Faculté de droit de l'Université McGill, puis, par la suite, à l'occasion de diverses et fructueuses collaborations professionnelles.*

⁴⁹ Voir : M.J. BONELL, *loc. cit.*, note 44, 387-389.



privée ou un « *restatement* » de l'état du droit actuel du commerce international réduit à sa plus simple expression, mais bien une tentative d'amalgamer ce que l'on pourrait appeler le droit privé international positif des contrats du commerce (*de lege lata*) et le droit privé international des contrats du commerce tel qu'il devrait être (*de lege ferenda*).

L'autorité des Principes se fonde d'abord sur le processus intellectuel « indépendant » qui a conduit à leur adoption par le conseil d'UNIDROIT, que d'aucuns ne remettent en cause. Il se fonde aussi sur leur accessibilité universelle.

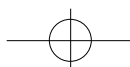
En ce sens, il s'agit d'une réponse à l'argument des détracteurs de la *lex mercatoria* voulant qu'il ne soit pas possible d'identifier les principes de la *lex mercatoria* communs à toutes les traditions juridiques, et qu'il faille effectuer une vaste recherche, impossible à entreprendre pour les juges ou les arbitres chargés de la mettre en application. Depuis lors, cette recherche est désormais complétée. Par contre, puisque, comme nous venons de le voir, les Principes sont un amalgame d'usages, ayant déjà cours dans le commerce international, et de principes à privilégier mais qui ne sont pas nécessairement répandus, certains objecteront que l'on ne saurait y voir une représentation fidèle de ce qui est effectivement l'état du droit privé international positif dans ce domaine. Ils ont peut-être raison, pour le moment, mais l'avenir nous dira si la force persuasive des Principes saura convaincre la communauté internationale d'appliquer ceux qui ne seraient pas déjà d'application générale. Ainsi, dans cette optique, les Principes peuvent néanmoins constituer une codification partielle de la *lex mercatoria*.

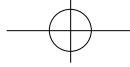
Une autre raison pouvant expliquer le succès des Principes est la neutralité juridique du langage choisi pour les exprimer⁵⁰. À titre d'exemple, mentionnons qu'il n'est pas question de la notion de common law de la « *consideration* » d'un contrat, pas plus, d'ailleurs, que de la notion civiliste de la « cause » du contrat⁵¹. On pourrait dès lors parler d'un droit « méta-linguistique ». D'autre part, les Principes sont diffusés en plusieurs langues, ce qui favorise leur acceptation à une plus grande échelle⁵². Certains ont salué ce fait

⁵⁰ *Id.*, 392.

⁵¹ Voir l'article 3.2 des Principes d'UNIDROIT.

⁵² Voir : W. TETLEY, *loc. cit.*, note 3, 890.





comme étant l'avènement d'un droit permettant l'élaboration d'un véritable lexique du droit privé international qui ne soit pas seulement qu'anglais⁵³.

Enfin, on peut déceler une certaine conciliation entre le laissez-faire et la souveraineté des États, par cette reconnaissance progressive des principes aux divers paliers de la communauté juridique internationale⁵⁴.

Même si les Principes émanent d'un groupe privé ou indépendant, leur crédibilité repose néanmoins sur la qualité des membres du groupe de travail les ayant élaborés. Cette reconnaissance grandissante permet d'entrevoir la possibilité qu'un jour, ces Principes puissent faire l'objet d'un traité ou d'une convention internationale qui serait ratifié par un nombre important de pays, précisément en raison de cette légitimité que les Principes pourront avoir acquise à titre de coutume ou d'usage du commerce international. La boucle législative serait ainsi bouclée, et nous serions alors véritablement en présence de ce que l'on pourrait dès lors qualifier de « nouvelle » *lex mercatoria*, à tous les points de vue.

*

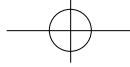
* *

Les arguments soulevés par les tenants de la thèse selon laquelle la nouvelle *lex mercatoria* n'existe pas ne sont pas totalement dénués de fondements. Cependant, affirmer qu'il n'y a pas, à notre époque, de tendance encourageant l'émergence de coutumes et d'usages se rapprochant de cette idée de la *lex mercatoria*, dont les Principes d'UNIDROIT sont l'un des signes incontestables, équivaut à jouer à l'autruche.

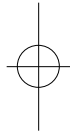
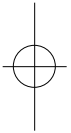
De plus en plus, les acteurs du commerce international souhaitent que s'uniformisent les règles juridiques qui leurs sont applicables. À défaut de pouvoir parler d'une véritable *lex mercatoria*, nous

⁵³ Voir notamment : Nicholas KASIRER, « Lex-icographie mercatoria », 47 *American Journal of Comparative Law* 653 (1999); E.A. FARNSWORTH, « The UNIDROIT Principles: A New *lingua franca* for the Drafting of International Commercial Contracts? », dans *The Unidroit Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?/Los Principos de Unidroit: Un derecho comun de los contractos para las Américas?*, *op. cit.*, note 43, p. 193.

⁵⁴ K.P. BERGER, *loc. cit.*, note 40, 960.



soutenons, à l'instar de Highet, qu'il est tout de même possible de concevoir l'existence, à l'heure actuelle, d'un ensemble de *principia mercatoria*⁵⁵. D'ailleurs, le glissement du débat en ce sens a déjà commencé à se faire sentir, tel que nous le rappelait si justement Kahn, il y a quelques années.



⁵⁵ Voir aussi, à ce sujet : Michael Joachim BONELL, « The UNIDROIT Principles and Transnational Law », (2000) 5 *Rev. dr. unif.*, disponible en ligne à l'adresse Internet suivante :
[<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>]
(date de consultation: 18 septembre 2000).

