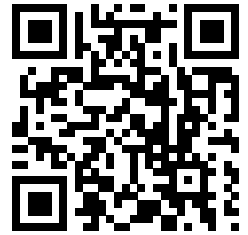


Title:

Goldman, Berthold, Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria, in: Festschrift Pierre Lalive, Basel, Frankfurt a.M. 1993, at 241 et seq.

**Permission Text:**

This document is included in TransLex by kind permission of Helbing & Lichtenhahn.

Table of Contents:

Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria

- I. Sources et contenu
- II. La lex mercatoria est-elle un ordre juridique autonome?
- III. Les rapports entre l'ordre juridique de la lex mercatoria et les ordres juridiques nationaux et international
- IV. Mécanisme et conditions d'application de la lex mercatoria

Content:

Page: 241

Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria

1. Pourquoi de "nouvelles réflexions"? Nouvelles, parce que l'on ne saurait évidemment reprendre ici tout ce qui a été écrit sur le sujet depuis que CLIVE SCHMITHOFF a ramené à la lumière du jour, au lendemain de la deuxième guerre, la *new law merchant* de l'Europe post-médiévale¹, et qu'après lui, pendant la trentaine d'années qui a suivi, plusieurs auteurs, en France comme hors de France - parmi lesquels PIERRE LALIVE a tenu une place essentielle² - se sont engagés dans son étude et sa discussion, non sans lui avoir restitué son appellation latine: *la lex mercatoria*³. Mais depuis, le développement de la doctrine⁴ et de la jurisprudence, principalement sinon exclusivement

Page: 242

française⁵, s'est poursuivi et les questions qui confrontent le juriste, non seulement théoricien, mais aussi praticien⁶ ont été mieux cernées, sinon toutes résolues; dès lors, une nouvelle *réflexion*, sinon une synthèse qui se voudrait définitive - mais en existe-t-il jamais? - est justifiée⁷.

2. Telles que surgissant des arrêts et des écrits, ces questions concernent principalement les *sources* et le *contenu* de la *lex mercatoria*, dont on verra qu'ils sont indissociables (I); sa *nature*, qui conduit à prendre position sur ce que l'on a appelé, d'un bien vilain mot, sa *juridicité* (II); son titre à être considérée comme un *ordre juridique autonome*, et si ce titre lui est reconnu, les rapports entre cet ordre juridique et les autres ordres juridiques en lesquels s'organisent les rapports sociaux, au-dedans comme par-delà les frontières des Etats (III); enfin le mécanisme et les conditions de son *application* (IV).

I. Sources et contenu

3. Les auteurs séparent généralement les sources du contenu de la *lex mercatoria*. Les *sources* définissent, selon leur origine et leur nature (principes généraux du droit international public ou privé, ou spécifiquement économique; conventions internationales; lois étatiques nationales ou uniformes, règlements d'arbitrage, codifications professionnelles, contrats-types, règles coutumières ou usages non codifiés, jurisprudence étatique ou arbitrale), les éléments constitutifs, dont l'on admettra (ou non) qu'ils entrent dans la composition de la *lex mercatoria*, abstraction faite de leur contenu concret au regard d'un rapport ou d'une situation de droit déterminé; le *contenu* est formé des règles concrètes que la *lex mercatoria* puise à ces sources, pour traiter ces rapports ou situations de droit (ainsi, les Règles et usances

Page: 243

du crédit documentaire sont une source de la lex mercatoria, mais les prescriptions qu'elles consacrent font partie de son contenu)⁸.

4. Mais on voit que la distinction n'a de véritable signification que partielle. Celle-ci résulte du fait que la détermination des sources peut être faite à partir de critères différents, qui demeurent controversés, alors que celle du contenu ne découle,

ou ne devrait découler, que de l'analyse des composantes des sources retenues, et en particulier de celles qui sont utilisées par la jurisprudence arbitrale, principalement mais point exclusivement.

La doctrine joue en effet ici son rôle; sans entrer dans la discussion de son propre caractère de source du droit, que certains lui reconnaissent mais qui reste controversé⁹, on doit en effet admettre qu'elle est fondée à déduire, de la nature et de l'esprit de la *lex mercatoria* comme de l'objet de ses prescriptions, des solutions concrètes de questions rencontrées dans la pratique des relations économiques internationales, fussent-elles même ne pas avoir été tranchées par des décisions publiées.

On rappellera aussitôt ici, pour s'attacher ensuite à la controverse que suscite l'intégration des principes généraux du droit dans la *lex mercatoria*, que LORD MUSTILL (alors LORD JUSTICE MUSTILL)¹⁰ a proposé une liste de règles dont il indique prudemment qu'"il en est dit qu'elles constituent la *lex mercatoria* dans sa structure actuelle", non sans souligner que certaines de ces règles ne lui paraissent pas pouvoir s'appuyer sur des précédents, notamment arbitraux. L'auteur estime que "pour incomplète qu'elle puisse être, cette liste paraît une récolte plutôt modeste pour vingt-cinq années d'arbitrage international". Commentant cette appréciation, le professeur LOWENFELD a écrit, avec un respectueux humour¹¹ qu'il suppose "que cela pourrait être dit aussi des Dix Commandements ou de la Déclaration américaine des droits"; mais il est vrai que les droits et obligations que la *lex mercatoria* est appelée à régir ne sauraient prétendre à la généralité et au caractère fondamental de ceux que gouvernent ces chartes d'une large partie de l'humanité.

Quoi qu'il en soit, à lire cette liste "modeste", on constate que les règles qu'elle énumère, et dans certains cas les principes, comme le premier de tous, *pacta sunt servanda*, peuvent, par leur développement et leur application, fournir la solution de la plupart des questions que l'on rencontre dans les litiges du commerce international.

5. Mais il est vrai que cette richesse vient en partie de ce que la liste inclut des principes, aussi bien que des règles ou des usages. Parmi les principes, on vient de mentionner *pacta sunt servanda*. On pourrait y ajouter - si elle était généralement admise - la limitation de ce principe par une clause implicite *de rebus sic stantibus*; l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi; l'obligation de négocier de bonne foi pour surmonter les difficultés imprévues

Page: 244

survenant dans l'exécution du contrat; la limitation des dommages pour violation d'un contrat à celles de ses conséquences qui étaient prévisibles - à quoi l'on pourrait ajouter l'obligation de réparer intégralement le préjudice prévisible; l'application du principe *ut res magis valeat quam pereat*. D'autres éléments de la liste ne paraissent pas constituer des principes, mais des règles, que l'on peut du reste, dans certains cas, étroitement lier aux principes (en particulier à *pacta sunt servanda*, mais aussi à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, qui se complètent l'un l'autre): la nullité d'un contrat obtenu par corruption ou par d'autres moyens malhonnêtes; le refus à un Etat d'échapper à l'obligation de recourir à l'arbitrage, lorsqu'il l'a contractuellement assumée; la responsabilité de la société-mère du chef de ses filiales; la validité des clauses-or; l'interdiction faite à une partie d'empêcher l'avènement d'une condition suspensive dont dépend sa propre obligation, etc.

6. Seulement, l'enrichissement de la *lex mercatoria* par ce que l'on a appelé "l'annexion" des principes généraux du droit a été vigoureusement contesté, au motif que pour et avant d'y prétendre, la *lex mercatoria* devrait être un ordre juridique autonome, ce qu'elle ne serait pas¹².

On reviendra sur ce dernier point (*infra*, II), mais on redira ici¹³ que l'on n'aperçoit pas la raison de ce véritable postulat non démontré. Dès lors, en effet, que l'on constate, sur la foi de contrats, de sentences arbitrales et de décisions judiciaires, que les relations économiques internationales sont effectivement gouvernées, entièrement ou partiellement, par des principes, des règles et des usages transnationaux, spontanément formés ou adoptés dans la conclusion et le fonctionnement de ces relations, sans qu'une autorité étatique ou interétatique les aient imposés - et c'est cela la *lex mercatoria* - on ne voit pas pourquoi les principes seraient écartés, sous prétexte que cet ensemble de sources du droit, la collectivité transnationale qui s'y réfère et l'autorité arbitrale ou judiciaire qui les applique ou en admet l'application ne formeraient pas un ordre juridique autonome (ce que, encore une fois, il conviendra de vérifier).

7. Au reste, la jurisprudence française - que l'on peut certes critiquer, mais qui a le mérite d'être une source du droit positif de la France - admet sans difficulté cette "cohabitation" des principes, des règles et des usages, sans paraître beaucoup se soucier de la distinction entre ces trois éléments constitutifs de la *lex mercatoria* (qu'elle hésite le plus souvent à appeler par son nom, mais n'en prend pas moins en compte), ce qui est probablement l'attitude la plus sage.

a) Déjà, en effet, dans l'affaire Fougerolle, la Cour d'Appel de Paris avait déclaré¹⁴, pour confirmer un jugement ayant

rejeté l'opposition à ordonnance d'exequatur d'une sentence, fondée sur le fait que les arbitres, bien que n'étant pas amiables compositeurs, s'étaient référés, pour statuer, "aux principes généraux des obligations généralement applicables dans

Page: 245

le commerce international", "qu'il [résultait] des énonciations de la sentence que les arbitres [s'étaient] référés à un usage du commerce international s'imposant avec la force de l'évidence" et "qu'en se déterminant ainsi selon des règles de droit, les arbitres ont statué dans les termes du compromis". Pour rejeter, par arrêt du 9 décembre 1981¹⁵ le pourvoi formé contre cet arrêt, la 2e Chambre civile de la Cour de Cassation a énoncé "qu'en se référant `aux principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international' les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient (...) de définir le droit applicable à l'accord conclu".

Ces motifs, aussi bien de l'arrêt d'appel que de celui de cassation, consacraient déjà la "juridicité" d'un usage du commerce international (et ce qui était vrai d'un usage déterminé, l'était nécessairement aussi, quoique l'on ait pu dire¹⁶, pour l'ensemble des usages), et bien au-delà, des "principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international".

On retrouvera ce point; mais retenons ici que ce que la Cour de Paris avait appelé usage est qualifié comme principe général par la Cour suprême, et que la haute juridiction a considéré ce principe général comme un élément constitutif d'un droit nécessairement transnational, puisque tout le débat portait sur la question de savoir si c'était bien un tel *droit*, et non une solution d'équité qui eût supposé le pouvoir d'arbitre compositeur, que le tribunal arbitral avait appliqué.

b) On retrouve, dans le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire *Ticaret Pabalk v. Norsolor*¹⁷, la même intégration des principes généraux dans le droit transnational. Rejetant l'opposition à ordonnance d'exequatur formée contre une sentence arbitrale qui s'était expressément référée à la *lex mercatoria* pour accorder à un représentant de commerce une indemnité de rupture d'un contrat international de représentation, le Tribunal a en effet énoncé que "les arbitres ont (...) appliqué la loi désignée par la règle de conflit qu'ils ont jugée appropriée en l'espèce, les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international". Parallèlement saisi par la défenderesse à la procédure d'arbitrage d'une action tendant à faire constater l'invalidité de la sentence, le Tribunal de commerce de Vienne (Autriche) rejetait cette action par jugement du 29 juin 1981, en énonçant que "le principe de bonne foi et de loyauté utilisé conformément à une *lex mercatoria* par le Tribunal arbitral (...) constitue un principe général de droit et une décision fondée sur un tel principe ne constitue pas une décision en équité"¹⁸.

c) Vint enfin l'affaire *Valenciana*. Pour rejeter le recours en nullité formé contre une sentence arbitrale où l'arbitre unique, après avoir constaté que les parties n'avaient pas entendu soumettre le contrat litigieux à une loi étatique (en réalité, mieux aurait valu dire, eu égard aux circonstances de la cause, qu'elles

Page: 246

n'étaient pas parvenues à un accord sur le choix de cette loi, et qu'aucun rattachement objectif ne permettait de désigner une telle loi, avait décidé que le litige serait réglé "selon les seuls usages du commerce international, autrement dénommés *lex mercatoria*"¹⁹, la Cour d'Appel de Paris a déclaré²⁰ pour l'essentiel, qu'en décidant "d'appliquer l'ensemble des principes et usages du commerce dénommé *lex mercatoria*, dispositions de caractère international ayant vocation, à défaut de compétence législative déterminée, à s'appliquer pour la solution [du] litige... l'arbitre [s'était] conformé à la mission dont il était investi (...)".

L'arrêt fut frappé d'un pourvoi en cassation, par lequel la demanderesse reprochait à la Cour d'avoir rejeté son recours en annulation, "alors, d'une part, que l'arbitre ne s'est pas conformé à sa mission qui était de statuer, à défaut de choix des parties, selon la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugeait appropriée; alors, d'autre part, que l'arbitre a fait de même en décidant que le litige serait régi par les seuls usages du commerce international à l'exclusion de toute loi étatique; alors, enfin, que l'arbitre n'a pas indiqué la règle de conflit appliquée, ni fourni aucun élément justifiant le rattachement aux seuls usages précités".

Le pourvoi fut rejeté²¹ au motif "qu'en se référant `à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales', l'arbitre a statué en droit ainsi qu'il en avait l'obligation conformément à l'acte de mission...".

Nous avons estimé²² que la Cour suprême avait ainsi consacré à nouveau, sans réserve ni échappatoire, la "juridicité" de

la *lex mercatoria*²³ (v. *infra*, II); mais bornons-nous pour l'instant à relever, comme cela a déjà été fait²⁴, un certain flottement, pour le moins terminologique, dont témoignent les décisions successives intervenues dans cette affaire.

L'arbitre avait parlé des *principes*, des *règles* et des *usages*; la Cour de Paris le rappelle, mais ne retient, semble-t-il, que les *principes* et les *usages*; la Cour de Cassation déclare enfin que l'arbitre s'est référé à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique. Terminologique, l'hésitation est-elle aussi conceptuelle? On peut le penser, mais l'on peut supposer aussi qu'en ne retenant de la sentence que la référence aux règles, la Cour de cassation a entendu embrasser dans une notion unique et couvrir d'un seul vocable l'ensemble des éléments constitutifs de la *lex mercatoria*. Le terme "règles" paraissant alors le plus approprié, car il met le mieux en lumière le caractère juridique de tous ces éléments.

On peut certes le regretter dans le cadre d'une théorie générale de la *lex mercatoria*, car "principes", "règles" et "usages" ne sont pas de même nature, et l'on devrait tenter de les définir avec précision et de les distinguer²⁵. Mais, en pratique, on peut penser qu'il est préférable de se référer à une notion unique, intégrant ces trois éléments distincts; il paraît en tout cas évident qu'en y limitant sa référence aux motifs de la sentence, la Cour de

Page: 247

Cassation a admis que principes, règles et usages étaient les éléments constitutifs, et en amont, les *sources* de la *lex mercatoria*.

8. En se référant à ces trois éléments constitutifs, les juridictions françaises n'ont pas eu à décider expressément, dans les litiges sur lesquels elles ont statué, si la *lex mercatoria*, qu'ils forment et alimentent, constituait ou non un ordre juridique autonome; mais les implications de leurs énonciations et décisions expresses révèlent, croyons-nous, leur position sur ce sujet. D'autre part, la question reste au centre du débat doctrinal, si bien qu'elle mérite de toute manière que l'on s'y arrête.

II. La *lex mercatoria* est-elle un ordre juridique autonome?

9. S'il admet, avec une grande réticence, que la *lex mercatoria* comprend peut-être des règles de droit dont le champ d'application objectif - quant aux matières qu'elles régissent (une activité économique spécifique, comportant des usages généralement suivis) - comme subjectif - ses destinataires sont des opérateurs exerçant cette activité économique - lui apparaît, de toute manière, très limitée, M. PAUL LAGARDE se refuse à y voir un ordre juridique autonome, distinct de l'ordre juridique de l'Etat dans la loi duquel elle s'insérerait, comme de l'ordre juridique international où se déroulent les relations économiques qu'elle régit²⁶: on a vu que c'est parce qu'il ne lui accorde pas ce statut que l'éminent auteur estime que la *lex* ne peut "annexer" les principes généraux du droit.

On croit comprendre le motif essentiel de cette position: il est qu'un ordre juridique ne peut pas exister du seul fait qu'il existe un certain nombre de règles, fussent-elles de droit, gouvernant des situations et des rapports sociaux, tout au plus de la même famille, mais distincts et séparés (ici, les situations et les relations économiques internationales). Il faudrait encore que ces règles aient été élaborées et édictées par une autorité dotée de pouvoirs de commandement, et que leur application soit assurée au moyen de sanctions prononcées et exécutées par une telle autorité; et il faudrait surtout qu'une collectivité dont les membres seraient unis par des liens nationaux, transnationaux ou territoriaux embrassant l'ensemble, ou à tout le moins une partie substantielle de leur vie sociale, fournisse la substance humaine de cet ordre juridique.

Or, on refuse à la *lex mercatoria* le statut d'ordre juridique, sans doute parce que l'on pense qu'elle n'est pas un système, ni même un ensemble de règles, mais se compose d'usages épars, que ne relie aucune conception d'ensemble, ni aucune prise en compte réciproque et coordonnée²⁷. On ne paraît pas non plus envisager qu'elle est élaborée et appliquée par une autorité; et surtout, on estime qu'il n'y a pas une *societas mercatorum* globale et cohérente, ayant des besoins et des comportements communs qui auraient pu provoquer l'édiction et

Page: 248

l'application, par une autorité l'encadrant, de règles également communes, mais une pluralité de *societates*, partageant chacune de simples usages communs, d'objet limité.

Implicite sous certains de ses aspects, dans son refus de voir dans la *lex mercatoria* comme un ordre juridique, cette analyse ne nous paraît pas trahir la doctrine qu'elle sous-tend, même lorsqu'elle n'y est pas expressément énoncée.

10. L'auteur de ces lignes a essayé, dès sa première tentative, d'analyser la nouvelle *lex mercatoria* et d'en établir l'existence²⁸, de montrer que celle-ci était composée de règles de droit, qui avaient les caractères d'accessibilité, de généralité et de prévisibilité nécessaires pour permettre cette qualification; qui émanaient, au moins pour partie, d'une autorité (étant entendu que les systèmes passés et présents de droit coutumier attestent que ce n'est pas là une condition nécessaire de la "juridicité"); enfin, qui étaient sanctionnées par la profession, les tribunaux arbitraux et les juridictions étatiques.

11. On ne reprendra pas ici cette démonstration. Dans la mesure où elle tendait à établir la "juridicité" de la *lex mercatoria*, l'auteur a la faiblesse de penser que la jurisprudence française, ci-dessus analysée, ne l'a pas démentie. On peut y ajouter, sur le plan du droit positif, plusieurs législations modernes d'Etats où la pratique de l'arbitrage international est développée²⁹, dont il n'est pas contesté qu'en autorisant les arbitres à se référer non seulement à la loi au sens formel, mais aussi aux "règles de droit", elles ont visé les règles transnationales³⁰.

12. Quant à l'ordre juridique de la *lex mercatoria*, son existence apparaissait déjà en considérant que celle-ci émanait, du moins en partie, d'une autorité, qui en assurait dans tous les cas la sanction.

Que, d'autre part, ses composantes forment un système de règles de droit, non un kaléidoscope d'usages épars, la jurisprudence française le confirme: l'exemple le plus récent en est l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire *Valenciana* (v. *supra*, no 7-c) qui a admis que l'arbitre avait statué en droit, "en se référant à l'ensemble des règles du commerce international". La nécessité pour l'arbitre de se référer à un usage déterminé et défini pour que son recours à la *lex mercatoria* soit admissible, que l'on a cru découvrir dans l'arrêt *Fougerolle*³¹ est ainsi clairement abandonnée, à supposer qu'elle ait jamais été retenue.

Reste enfin la discussion de la nature et de l'ampleur de la *societas mercatorum*. Nous ne pensons pas, quant à nous, qu'il n'existe pas, dans le monde contemporain, une société

Page: 249

globale des opérateurs du commerce international, comme elle a existé dans le monde européen du Moyen Age, qui a "inventé" la *new law merchant*: l'uniformité même et la généralité d'application des principes, des règles et des usages généraux qui composent la *lex* le prouvent, car on ne les rencontrerait pas si l'on était en présence d'usages ayant séparément valeur dans une des *societates mercatorum* partielles et restreintes.

13. Nous pensons donc qu'il existe bien un ordre juridique de la *lex mercatoria*. Nous ne renions pas pour autant ce que nous avons naguère précisé: cet ordre juridique n'est pas, ou n'est pas encore complet, en ce sens que l'on peut rencontrer, dans les relations économiques internationales, des difficultés dont la solution ne sera pas trouvée dans les règles qui en dépendent. Nous avons donné pour exemple les questions de vices du consentement, de capacité et de pouvoir de représentation³²; on y a ajouté la forme des actes³³. On peut cependant se demander si dans son développement, la *lex mercatoria* n'absorbera pas certaines au moins de ces questions.

Ainsi, dans la mesure où le dol, qui est un vice du consentement par ses effets, peut aller jusqu'à la fraude, il est parfaitement possible que des règles transnationales définissant et sanctionnant celle-ci apparaissent, en liaison avec l'exigence d'absolue bonne foi dans la négociation du contrat; la question s'est déjà posée et a été examinée sous cet angle au regard de réticences ou de dissimulations dolosives dans l'information que les parties qui négocient un contrat se doivent mutuellement³⁴.

Dans le domaine de la capacité et du pouvoir, un principe général emprunté à l'arrêt français *Lizardi*³⁵ pourrait faire obstacle à l'application de la loi personnelle qui les écarte au regard d'une des parties au contrat ou de son représentant, lorsque l'autre partie a pu l'ignorer de bonne foi.

S'agissant enfin de la forme des actes, on est fondé à penser que les instruments de communication modernes (télécopie) de plus en plus souvent utilisés dans les rapports économiques internationaux, seront considérés, par une règle de la *lex mercatoria*, comme suffisants pour la formation et la preuve des contrats qui sont l'instrument juridique de ces rapports³⁶.

14. On verra peut-être dans ces observations les fantasmes d'un visionnaire; le visionnaire pense cependant qu'elles correspondent aux besoins et à l'esprit des relations économiques

Page: 250

internationales, et font apparaître comment l'ordre juridique spécifique dont celles-ci forment la substance peut se compléter, s'il n'est pas déjà complet.

Au demeurant, qu'il soit incomplet et au moins dans certains domaines encore en voie de formation, n'empêche que l'ordre juridique de la *lex mercatoria* existe; il peut seulement résulter de ses lacunes qu'une situation ou un rapport économique déterminé relève, lorsque le droit s'en empare, en même temps de la *lex mercatoria* et d'une loi étatique ou interétatique: ainsi, en supposant que la capacité ou le pouvoir relève, sans le correctif de bonne foi, du statut personnel, rien n'empêche que le contrat dépende, pour le règlement de ces questions, de la loi étatique qui les gouverne, et pour celui de ses autres conditions de validité, de ses effets et de son extinction de la *lex mercatoria*. Pareille "cohabitation" ne se rencontre-t-elle pas déjà en maints domaines, entre les ordres juridiques nationaux d'une part, et d'autre part l'ordre juridique international ou, en Europe, communautaire?

III. Les rapports entre l'ordre juridique de la *lex mercatoria* et les ordres juridiques nationaux et international

15. La pluralité, que l'on évoque ainsi, des ordres juridiques dans lesquels peut s'insérer une même relation économique, fait alors surgir la question de leurs rapports, et en particulier de la hiérarchie qui existerait entre eux.

C'est là un troisième sujet de réflexion, auquel on s'arrêtera bien qu'il ne soit pas alimenté par la jurisprudence récente.

16. Considérant d'abord les rapports entre l'ordre juridique de la *lex mercatoria* et l'ordre juridique d'une loi étatique qui *pourrait* être désignée par la méthode conflictuelle si l'on n'avait pas recours au droit transnational, ou d'une loi étatique qui revendiquerait son application, il ne semble pas que le problème doive être posé en termes de hiérarchie.

a) De fait, lorsque les divergences entre la loi étatique qui *serait* compétente selon le jeu de règles de conflit et la *lex mercatoria* concernent des dispositions supplétives, il est manifeste que ce sont celles de la *lex mercatoria* qui doivent s'appliquer (sauf cependant si l'application d'une loi étatique a été manifestement voulue d'un commun accord par les parties, auquel cas cette loi devra être appliquée: v. *infra*, no 18). En dehors de ce cas, il n'est pas nécessaire, pour appliquer la *lex mercatoria*, de dire qu'elle prime la loi étatique; il suffit de constater que la première est compétente, ce qui exclut la compétence de la seconde (dont les dispositions en cause ne sont pas, par hypothèse, impératives).

On illustrera cette solution par un exemple. L'obligation de minimiser les dommages est connue dans la *lex mercatoria*³⁷, et prévue par les systèmes de *Common Law*; mais il est bien plus douteux qu'elle soit édictée dans les systèmes de *Civil Law*, et en particulier en droit français. Cela étant, lorsque par le jeu de ses éléments de rattachement traditionnellement utilisés, un contrat litigieux *serait* soumis à la loi française, mais qu'en raison de son caractère

Page: 251

transnational il est régi par la *lex mercatoria*, il est évident que la règle de minimisation des dommages devrait être appliquée, non point parce que la *lex* est "supérieure", mais parce qu'elle est compétente, alors que la loi étatique ne l'est pas.

b) La réponse est moins simple lorsque la loi étatique susceptible d'entrer en concours avec la *lex mercatoria* est une loi de police, que l'Etat où elle a été édictée "veut voir s'appliquer" dans tout le domaine qu'il lui attribue.

Au regard d'une juridiction étatique, cette "volonté d'application" s'impose, s'il s'agit d'une loi de police du for. Mais l'arbitre international n'a pas de for, et la loi de police de l'Etat où il siège physiquement ne s'impose pas plus à lui que celle d'un autre Etat. Cela étant, peut-il ou doit-il tenir compte de la loi de police de l'Etat avec lequel le contrat a des liens qui justifieraient son application, par exemple parce que le contrat doit y être exécuté? Il est fort douteux que la faculté puisse en être reconnue à l'arbitre, par application analogique de l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, car ce serait nier la transnationalité du contrat en cause. Pas davantage nous ne pensons qu'un arbitre soit *tenu* d'appliquer la loi de police d'un Etat, sauf si cette loi revêt un caractère d'ordre public *transnational*, ou véritablement international; mais dans ce cas, elle correspondrait à l'ordre public de la *lex mercatoria*, et serait de toute manière applicable au titre de la compétence de celle-ci³⁸.

c) On conviendra cependant que cette répartition des compétences (qui pourrait éventuellement être considérée comme une hiérarchie lorsqu'il s'agit des rapports entre la *lex mercatoria* et une loi de police n'ayant pas un caractère d'ordre public transnational) rencontre une sérieuse difficulté lorsqu'il n'existe pas, dans la *lex mercatoria*, de dispositions

relatives à la situation litigieuse, et que celle-ci entre par ailleurs dans le champ d'application d'une loi de police étatique ou interétatique.

Un exemple très important de cette situation est fourni par le droit de la concurrence. On sait qu'un nombre croissant de législations étatiques, ainsi que celle de la Communauté économique européenne contiennent des dispositions complètes et détaillées définissant et sanctionnant les accords et pratiques restrictifs de concurrence, alors qu'il n'existe pas de telles dispositions de caractère transnational; tout au plus pourrait-on dire que le droit transnational consacre le *principe* du respect et de la défense d'une concurrence effective, sans cependant l'avoir élaboré.

Il en résulte que lorsque la validité d'un accord transnational restrictif de concurrence, ou la responsabilité encourue du fait d'une pratique restrictive à effets transnationaux fait l'objet d'un litige, le juge ne pourrait en décider qu'en faisant appel à la loi étatique ou interétatique sur la concurrence qui lui paraît compétente³⁹; encore faudrait-il, s'il s'agit d'un arbitre, que

Page: 252

celui-ci se demande et décide d'abord s'il est compétent pour appliquer le droit de la concurrence⁴⁰

17. Quant à l'ordre juridique international, il pourrait être appelé à intervenir dans les relations relevant de la *lex mercatoria* par des principes ou des règles interétatiques qui seraient d'ordre public transnational: le meilleur exemple en est fourni par ceux que consacrent les conventions européennes relatives à la protection des droits de l'homme et des droits fondamentaux.

Mais de tels règles ou principes sont en réalité intégrés dans la *lex mercatoria*: on n'imagine pas, par exemple, que celle-ci valide des contrats ayant pour objet le trafic d'esclaves ou de drogue!

La réponse serait cependant moins simple au regard de principes de droit international public, qui ne seraient pas d'ordre public transnational - ou pour dire cela d'une autre manière, ne seraient pas du *ius cogens*: on peut en trouver un exemple dans certains des éléments des Déclarations des Nations Unies relatives au nouvel ordre économique international⁴¹. Il n'est pas certain qu'un tribunal arbitral international, conduit à appliquer la *lex mercatoria*, dans un litige où les directives de ce nouvel ordre économique seraient invoquées, soit tenu de s'y conformer; il est cependant probable qu'il fera entrer, dans la balance des éléments déterminants de sa décision, celles de ces directives qui ont recueilli un large *consensus* international.

IV. Mécanisme et conditions d'application de la *lex mercatoria*

18. S'interroger sur le mécanisme et les conditions d'application de la *lex mercatoria*, c'est rechercher comment le juge (si l'on admet qu'il peut ou doit l'appliquer: v. *infra*, no 21) ou l'arbitre la choisit; et pour l'arbitre qui aura estimé qu'elle est applicable, si cette application est subordonnée à une condition autre que son seul choix.

19. A la première question, la réponse simple est de dire que l'application de la *lex mercatoria* doit être décidée comme celle de toute autre loi - autrement dit, par le jeu d'une règle de conflit, étant entendu qu'un tribunal arbitral ne serait pas tenu, pour faire ce choix, d'avoir recours à un système de règlement de conflit de lois d'un Etat déterminé (une fois de plus, l'arbitre n'a pas de for), mais pourrait, et à notre sens devrait, utiliser un système propre à l'arbitrage international⁴².

On note, à ce sujet, que dans son arrêt *Valenciana*, la Cour d'Appel de Paris a déclaré que selon le règlement de la CCI, "l'arbitre n'était pas tenu, pour chercher la loi applicable au

Page: 253

fond, de faire usage d'une règle de conflits de lois relevant d'une législation déterminée, mais pouvait se référer aux principes régissant la matière".

Les textes législatifs modernes sur l'arbitrage international n'excluent effectivement pas le recours à une règle de conflit, tout en n'imposant pas qu'elle soit puisée dans un système national déterminé. En raisonnant sur les trois exemples de la loi française, de la loi néerlandaise et de la loi fédérale suisse⁴³, on constate en effet qu'elles désignent toutes, en première ligne, les règles de droit choisies par les parties, et à défaut d'un tel choix, celles que l'arbitre estime appropriées.

La première branche de cette alternative est une règle de conflit pratiquement universelle, dont l'application s'imposait bien évidemment. Il eût été surprenant, en effet, que dans l'arbitrage, mode de règlement des litiges qui repose sur la commune volonté des parties, celle-ci ne soit pas respectée pour choisir la règle applicable au fond; il est exceptionnel du reste, si tant est que l'on puisse l'admettre, que l'autonomie de la volonté ne s'impose pas tout autant, à cet égard, au juge étatique qu'à l'arbitre.

Mais la seconde branche de l'alternative paraît s'éloigner du système de conflits de lois: laisser la faculté à l'arbitre de statuer selon les règles de droit qu'il estime appropriées, c'est lui ouvrir, semble-t-il, ce que l'on a appelé la "voie directe" de désignation des règles applicables au fond, sans passage par une règle de conflit. Le règlement de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale peut paraître, sur ce point, dépassé, qui prévoit (art.11-3) qu'"à défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce"; le passage par la règle de conflit est ici prévu, mais à vrai dire, en laissant à l'arbitre la faculté de choisir celle qui lui paraît "appropriée", le règlement ne limite guère sa liberté mais en déplace seulement l'objet.

Quant à la désignation "directe", force est bien d'admettre qu'elle sera faite au moyen d'un recours implicite, et en quelque sorte instantané, à un mécanisme de conflit: l'arbitre constate qu'il est en présence d'un contrat (ou éventuellement d'un délit civil) transnational (qualification immédiate ne pouvant donner lieu à conflit entre les qualifications de deux ou plusieurs lois différentes), et en déduit, immédiatement aussi, l'applicabilité de la *lex mercatoria*, ce qui exclut également le conflit de systèmes débouchant sur le renvoi.

Qu'il s'en explique dans sa sentence ou qu'il le fasse sans s'expliquer, l'arbitre parviendra toujours à la *lex mercatoria* par le même cheminement, qui est théoriquement de type conflictuel, mais n'en connaît pratiquement pas les embûches.

Il est vrai que cette analyse n'est pas pleinement confirmée par la sentence *Valenciana* où, avant de désigner la *lex mercatoria*, l'arbitre a passé en revue les rattachements concevables à des lois étatiques, pour les écarter, ce qui a été relevé par le juge du recours en nullité, comme par le juge de cassation. Nous ne pensons pas que cette méthode soit justifiée, à moins de l'interpréter comme tendant à découvrir une commune volonté implicite des parties; sinon la *lex mercatoria* deviendrait une source de droit subsidiaire du droit étatique, ce qui serait contraire à sa raison d'être.

Page: 254

20. Il reste alors à savoir si pour que la *lex mercatoria* soit effectivement appliquée, une condition supplémentaire est requise: celle de la "sanction" (c'est-à-dire de la consécration) des règles appliquées par les "jurisprudences nationales".

Cette condition pourrait être déduite des termes de l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire *Valenciana*.

Se référant à la sentence frappée du recours en nullité, le juge de ce recours avait déclaré "que pour décider en la cause que le droit le plus approprié était la *lex mercatoria* - entendu, aux termes mêmes de la sentence (dernière page) comme l'ensemble des règles et des principes consacrés comme règle de droit dans le commerce international - l'arbitre a tout d'abord examiné, etc."

Plus précisément, l'arbitre avait commencé par écrire⁴⁴ que la *lex mercatoria* "désigne l'ensemble des règles du commerce international", ajoutant ensuite que "si les principes de cette '*lex mercatoria*' ne sont pas codifiés, ils ont été peu à peu dégagés par la pratique et notamment par une pratique arbitrale qui a reçu la sanction des jurisprudences nationales: cette formule ne limitait pas la qualification de *lex mercatoria* aux règles ayant reçu la consécration des jurisprudences nationales; de toute manière, la référence à cette sanction disparaît de l'arrêt de la Cour d'Appel, ce qui permet de penser que le juge du recours en nullité ne l'a pas estimée nécessaire pour qu'il y ait *lex mercatoria*. Mais elle reparait, en se modifiant, dans l'arrêt de la Cour de Cassation, où l'on lit que l'arbitre s'est référé "à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales".

Ces diverses rédactions ne permettent pas de dire avec certitude si aux yeux de leurs auteurs, pour acquérir la dignité de règles de droit, les composantes de la *lex mercatoria* doivent ou non avoir été consacrées par des "jurisprudences nationales", et il est également difficile de savoir s'il s'agit de la seule jurisprudence française, ou des jurisprudences de plusieurs pays, dont sans doute la France. Disons en tout cas que pour nous, il ne serait pas possible de rechercher la "consécration" ou la "sanction" ainsi exigée dans les seules décisions de juridictions étatiques qui auraient directement appliqué des règles de la *lex mercatoria*, car on aurait du mal à en découvrir beaucoup; il ne pourrait s'agir, tout au plus, que de décisions portant sur des demandes d'*exequatur* ou sur des voies de recours, relatives à des sentences arbitrales.

Même ainsi, cependant, un telle condition de "consécration" ne nous paraît pas pouvoir être approuvée. Elle reviendrait en effet à n'admettre l'applicabilité de règles de la *lex mercatoria* que lorsqu'elles auront été "reçues" par des systèmes étatiques, ce qui serait anéantir leur spécificité et leur autonomie comme sources du droit.

Il est difficile de supposer que c'est cela que la Cour de Cassation de France a voulu, car elle aurait ainsi détruit l'acquit de plusieurs arrêts antérieurs; on doit penser que se refusant, selon sa méthode habituelle, de faire oeuvre de doctrine, elle s'en est strictement tenue aux données du litige - non sans les altérer quelque peu, eu égard aux termes de la sentence en cause.

Page: 255

21. On notera, au surplus, que l'exigence de cette "consécration" par voie d'application directe de la *lex mercatoria* impliquerait que pareille application puisse être faite par des juridictions étatiques.

Nous estimons, quant à nous, que rien ne s'y opposerait. Mais la question n'a pas encore reçu, de la part de telles juridictions, de réponse de principe; on peut seulement rappeler que l'arrêt français des *Messageries maritimes* a admis la validité de la clause-or par application directe d'une règle du droit transnational⁴⁵, alors qu'au contraire, dans son premier arrêt sur l'affaire de la *Banque ottomane*, la Cour d'Appel de Paris a refusé de se référer à un "prétendu" ordre public véritablement international⁴⁶.

La question reste ouverte pour l'avenir, comme il en demeure d'autres auxquelles il faudra tenter de répondre pour "approfondir" et "consolider" la *lex mercatoria*⁴⁷. Mais les solutions confirmées par les législations modernes et la jurisprudence, en particulier française, l'ont fait progresser sur le chemin de l'approfondissement et de la consolidation; aussi nous ont-elles paru justifier ces "nouvelles réflexions".

¹ V. notamment Clive M. SCHMITTHOFF, "International Business Law: A New Law Merchant", *Current Law and Social Problems*, University of Toronto, 1961, pp.129 ss; "The New Sources of the Law of International Trade", *International Social Science Journal*, Vol. XV, p. 2.

² Pierre LALIVE, "Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", in *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Colloque des 2 et 3 avril 1976, *Mémoires de la faculté de droit de Genève*, no 53, 1977, pp. 50-105; "Tendances et méthodes en droit international privé", RCADI, 1977, Tome 155, pp. 5 ss; "Ordre public transnational ou réellement international", *Rev.Arb.*, 1986, pp. 329 ss.

³ V. dans une bibliographie considérable: Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965, spéc. nos 604 s.; Ph. KAHN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1964; O. LANDO, "The Lex Mercatoria", in *International Commercial Arbitration*, 34 ICLQ, pp. 317 ss; B.GOLDMAN, "Frontières du droit et lex mercatoria", *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 177 s.; v. la bibliographie plus complète in Lord Justice MUSTILL, "The New Lex Mercatoria in the First Twenty-Five Years", in *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford 1987, pp.149 ss, spéc. note 4, p.150. DRAETTA, LAKE et NANDA, *Breach and Adaptation of International Contracts - An Introduction to Lex Mercatoria*, New York, 1992.

⁴ V. MUSTILL, op.cit., supra, note 3; cf. l'ensemble des contributions réunies dans *Lex Mercatoria and Arbitration*, ed. Thomas E. Carbonneau, Dobbs Ferry, New York, 1990; "Le droit des relations économiques internationales", *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris 1987, spéc. Paul LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, pp. 125 ss; Georges R. DELAUME, "The Proper Law of State Contracts and the Lex Mercatoria: A New Appraisal", *Foreign Investment Journal*, Vol. 3, Number 1, Spring 1988, pp.79 ss.

⁵ Paris 1ère Ch. suppl., 12 juin 1980: *Fougerolle*, JDI, 1982, pp. 911 ss, 2e esp., note OPPETIT; *Rev.Arb.*, 1981, pp. 292 ss, 2e arrêt, note COUCHEZ; et sur pourvoi: Cass. 2e Ch.civ., 9 déc. 1981: *Rev.Arb.*, 1982, p. 183, 2e esp. note COUCHEZ; JDI, 1983, p. 931, 2e esp., note OPPETIT; J-CP, 1983.II.19771, 2e esp., note LEVEL; D.S., 1983, p. 238, 2e esp., note Jean ROBERT; TGI Paris, 4 mars 1981, *Norsolor*: JDI, 1981, p. 236, note Ph. KAHN; *Rev.Arb.*, 1983, pp. 465 ss; Paris, 1ère Ch., suppl., 15 déc. 1981 et 19 nov. 1982; Ord. Prés. TGI Paris, 20 juin 1983: *Rev. Arb.*, 1983, pp. 465 ss; Handelsgericht Wien, 29 juin 1981; Oberlandsgericht Wien, 29 janv. 1982; Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche), 18 nov. 1982: *Rev.Arb.*, 1983, pp. 197 ss; Sent.arb. 26 oct.1979, [cas CCI no 3131](#): *Rev.Arb.*, 1983, pp. 525 ss, et sur l'ensemble des décisions intervenues dans cette affaire: B. GOLDMAN, "Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria: l'affaire Norsolor", *Rev.Arb.*, 1983, pp. 379 s.; Paris, 1ère Ch. sect. C, 13 juill. 1989, *Valenciana*: JDI, 1990, pp. 430 ss, note GOLDMAN; *Rev.crit.*, 1990, p. 305, note OPPETIT; Cass. 1ère Ch.civ. 22 oct. 1991, JDI, 1992, p. 456, note LAGARDE; *Rev.crit.*, 1992, pp. 113 ss, note OPPETIT.

⁶ C'est du point de vue du praticien que Justice MUSTILL a fait partir son étude, citée supra, note 3, qui n'en est pas moins riche en réflexions théoriques.

⁷ Examiner ces questions implique naturellement que l'on admette au moins l'existence de la *lex mercatoria*, indépendamment de sa nature, ses sources et son contenu; mais à vrai dire cette existence n'est guère contestée, sinon

dans l'étude de M. Georges DELAUME, citée *supra*, note 3, qui ne l'envisage du reste que pour autant qu'elle s'appliquerait dans les contrats d'Etat.

⁸ V. STOCKER, "The Lex Mercatoria: To what Extent does it Exist", J.Int'l Arb., Vol. 7, No 1, March 1990, pp. 101 ss, spéc. p. 108.

⁹ V. par ex.: Ph. MAULAURIE, L. AYNÈS, *Droit civil, Introduction générale*, par Ph. MALAURIE, nos 898 s.

¹⁰ *Op.cit.*, *supra*, note 3, pp.174 ss. V. aussi les nombreuses et importantes applications analysées par DRAETTA, LAKE et NANDA, *op. cit.*, *supra* note 3.

¹¹ [Andreas F. LOWENFELD, "Lex Mercatoria: An arbitrator's view"](#), in *Lex Mercatoria and Arbitration*, *op.cit.*, *supra*, note 4, pp. 37 ss, p. 55.

¹² V. LAGARDE, note sous Paris, 13 juill. 1989, citée *supra*, note 5.

¹³ V. déjà nos notes sous Paris, 13 juill. 1989, citées *supra*, note 6, et sous Cass., 1ère Ch.civ., 22 oct. 1991, citées *supra*, note 5.

¹⁴ Paris, 1ère Ch. suppl. 12 juin 1980, cité *supra*, note 5.

¹⁵ Cass. 2e Ch.civ. 9 déc. 1981, cité *supra*, note 5.

¹⁶ V. note LAGARDE sous Paris, 13 juill. 1989, citée *supra*, note 5.

¹⁷ Cité *supra*, note 5.

¹⁸ Cité *supra*, note 5.

¹⁹ Sentence du 1er sept. 1988: *Rev.Arb.*, 1990, pp. 701 ss.

²⁰ Paris, 1ère Ch. Sect. C, 13 juill. 1989, cité *supra*, note 5.

²¹ Cass. 1ère Ch. civ., 22 oct. 1991, cité *supra*, note 5.

²² V. notre note sous l'arrêt, citée *supra*, note 5.

²³ Cf. dans le même sens: B. OPPETIT, note sous Cass. 1ère Ch. civ., 22 oct. 1991, citée *supra*, note 5.

²⁴ Cf. notes OPPETIT, citées *supra*, note 5.

²⁵ L'auteur de ces lignes s'est livré à une telle tentative: v. sa note sous Cass. 1ère Ch. civ., 22 oct. 1991, citée *supra*, note 5, point 13.

²⁶ V. note sous Paris, 13 juill. 1989, citée *supra*, note 5.

²⁷ V. OPPETIT, note sous Cass. 1ère Ch. civ., citée *supra*, note 5, spéc. point II.

²⁸ V. B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, cité *supra*, note 3.

²⁹ V. NCPC, art. 1496; CPC néerlandais, réd. L. 2 juill. 1986, art. 1054; LDIP, art. 187.

³⁰ V. en ce qui concerne la loi française: J. ROBERT, "L'arbitrage en matière internationale", D.S., 1981, Chr. 209; B. GOLDMAN, "La nouvelle réglementation française de l'arbitrage international", in *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration*, Ed. Jan C. Schultz, Albert Jan Van den Berg, Deventer, 1982, pp.153 ss, spéc. nos 20 s.; en ce qui concerne la loi fédérale suisse: P. LALIVE, J-F. POUDRET et Cl. REYMOND, "Le droit de l'arbitrage international en Suisse", in *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, art. 187, par P. LALIVE, pp. 387 ss, no 11.

³¹ LAGARDE, note sous Paris, 13 juill. 1989, citée *supra*, note 5.

³² V. B. GOLDMAN, "Frontières du droit et *lex mercatoria*", cité *supra*, note 3; "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives", *JDI*, 1979, pp. 475 ss et *Trav.com.fr.dr.int.pr.*, 1971-1979, p. 221.

³³ V. LAGARDE, article cité *supra*, note 4.

³⁴ V. par ex. Sentence CIRDI du 21 oct. 1983: *JDI*, 1984, pp. 409 ss, obs. GAILLARD: *JDI*, 1985, p. 137.

³⁵ Cass. req. 16 janv. 1861: DP, 1861.1.193; S., 1861.1.305, note MASSÉ; cf. les arrêts antérieurs dans le même sens cités par H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7e éd., 1983, note 491(1).

³⁶ Dans le domaine de la forme, LORD MUSTILL mentionne, parmi les composantes possibles de la *lex*, une règle encore plus libérale: le défaut d'une partie de répondre à une lettre qui lui a été adressée par l'autre est considéré comme une preuve de son assentiment à ses termes (article cité *supra*, note 3, p. 177, point 20).

³⁷ V. LORD MUSTILL, article cité *supra*, note 3, p. 177, point 15.

³⁸ Notre pensée a évolué sur ce point: nous avons en effet, dans notre note sous l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire *Valenciana* (cité *supra*, note 5), examiné les rapports entre les ordres juridiques en termes de hiérarchie, et placé l'ordre international au-dessus de l'ordre de la *lex mercatoria*, et celui-ci au-dessus des ordres nationaux; mais à la réflexion, cela ne nous paraît pas exact.

³⁹ Il est généralement admis que cette loi est celle du pays sur le marché duquel les accords ou pratiques restrictifs produisent des effets, ou sont conçus pour en produire: v. B. GOLDMAN, "Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence", *RCADI*, 1969, Vol. III, pp. 631 ss.

⁴⁰ V. B. GOLDMAN, "L'arbitrage international et le droit de la concurrence", *Bull. ASA*, 1989, no 3, pp. 260 ss.

⁴¹ V. Quoc Dinh NGUYEN, Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, 1987, nos 624 s.

⁴² V. B. GOLDMANN, "Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé", *RCADI*, 1963, Vol. I, pp. 347 ss.

⁴³ V. références *supra*, note 29.

⁴⁴ V. sentence citée *supra*, note 19.

⁴⁵ Cass. civ. 21 juin 1950: *JDI*, 1950, p. 1176 et l'article de Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, "A propos du contrat

international", *JDI*, 1951, pp. 4 ss.

⁴⁶ Paris, 19 mars 1965: *Rev.crit.*, 1967, pp. 85 ss, note P. LAGARDE; *JDI*, 1966, p. 132, note B. GOLDMAN.

⁴⁷ V. OPPETIT, note sous Paris, 13 juill. 1989, citée *supra*, note 5.

Referring Principles:

IV.4.1 - Freedom of form

XII.2 - Proof of written contract