

**L'ILLICITE**  
**DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL**

**Sous la direction de**  
**Philippe Kahn et Catherine Kessedjian**

**UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE – CNRS**  
**FACULTÉ DE DROIT – INSTITUT DE RELATIONS INTERNATIONALES**  
**Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés**  
**et des investissements internationaux**

**Volume 16**

## LES REACTIONS DES MILIEUX ECONOMIQUES

par

**Philippe KAHN**

Directeur de recherche au CNRS  
Université de Bourgogne - CREDIMI

Dans une société où l'évolution des techniques permet de multiplier les biens et facilite la mise sur le marché des objets et des sujets du droit, où la philosophie ambiante érige la libre circulation des biens et des services en principe fondateur de cette société, on peut se demander s'il est vraiment pertinent de s'interroger sur une conception de l'illicite qui serait propre aux opérateurs du commerce international. Ils exploitent, ils fabriquent, ils vendent, ils accomplissent des services. Toutes opérations qui, en soi, sont neutres et n'appellent pas de régulations juridiques particulières, sauf celles nécessaires à la bonne organisation des affaires. C'est une des missions principales des associations et groupements professionnels que d'établir ces règles. Elles y procèdent le plus souvent par des moyens de conditions générales.

Certes, quelles que soient la densité et la solidité de l'espace économique construit par les opérateurs internationaux, ils agissent également sur des territoires étatiques dont ils doivent respecter les règles impératives qui s'imposent à leurs contrats. Il y a donc une réception obligée du licite et de son contraire selon les conceptions locales. La confrontation de règles impératives d'origine étatique avec le comportement des opérateurs a été faite précédemment. Ce qui intéresse ici est de déterminer si les opérateurs ne sont pas amenés de leur propre mouvement à élaborer des règles impératives et à renoncer ainsi à la soi-disant neutralité de leurs opérations. En d'autres termes, existe-t-il une notion d'ordre public dont l'origine, la conception et les limites seraient d'ordre professionnel à l'intérieur de laquelle se dessinerait une conception spécifique de l'illicite ?

La question a été étudiée sous l'angle de l'arbitrage par Pierre Lalive dans un célèbre rapport présenté au VIII<sup>e</sup> Congrès de l'ICCA en 1986<sup>1</sup>, rapport qui fait référence. La question a été réexaminée à plusieurs reprises par la doctrine<sup>2</sup>. Le juge arbitral étant devenu dans une large mesure le juge de droit commun du commerce international, la reconnaissance par lui de l'existence ou de la non-existence d'un ordre public transnational est un élément déterminant de réponse à la question posée. Ce serait un apport de la jurisprudence arbitrale<sup>3</sup> dont les opérateurs, avant même tout litige, devraient tenir compte. Mais les arbitres ne sont amenés à se pencher que sur un petit nombre d'affaires. C'est pourquoi il faut chercher à établir si, dans d'autres cercles, les opérateurs du commerce international se sont exprimés.

## I. UNE RECENSION

On peut constater déjà qu'un mouvement très net se dessine dans des milieux qui relèvent plus ou moins du commerce international en direction d'un examen ou d'un réexamen des rapports de l'éthique et du monde des affaires. On citera à titre d'exemple la naissance d'une revue, la revue *Ethique des affaires* (n° 1, janvier 1995), dont l'objectif est de publier des articles de réflexion et de recherche dans le champ de l'éthique des affaires à la fois sous l'angle professionnel et sous l'angle académique (Y. Pesquex, rédacteur en chef, éditorial), ou le numéro spécial (1er trimestre 1995) du *Trimestre du monde* consacré aux mafias et à la criminalité transnationale. On rapprochera de ces publications les colloques sur le thème tel celui tenu en mai dernier à HEC sous le titre « Droit et éthique des affaires » ou celui organisé par la Fédération internationale des fonctionnaires de police en 1995 sur « Arts et criminalités ». On citera également les débats qui ont lieu dans des organismes représentatifs de ce monde des affaires comme le CNPF, débats qui ont produit un document intitulé « Entreprises, éthique, justice et responsabilité, contribution du CNPF au débat », document daté de novembre 1994. Ce document

1 Pierre LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 329 (reproduction d'une partie du rapport).

2 Entre autre, Pierre MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Paris, LITEC, 1991, p. 379 ; Bruno OPPETIT, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 309.

3 Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la CCI, « L'apport de la jurisprudence arbitrale », séminaire des 7 et 8 avril 1986, Paris, ICC Publishing, 1986.

début par les constatations suivantes : *La multiplication de ce qu'on appelle aujourd'hui « les affaires » ouvre un débat de société dont l'entreprise ne peut être absente.* Le document dépasse le cadre de cette communication, car il traite de l'ensemble des problèmes qui ont surgi en France ces dernières années et qui ont fait apparaître des comportements inquiétants de certaines entreprises et mis à jour également le fonctionnement de la justice. On en retiendra l'une des principales orientations, citée d'ailleurs en tête (p. 3) : *Mobiliser l'ensemble des entreprises françaises sur les problèmes d'éthique, de déontologie et de responsabilité.*

Enfin, on remarquera que la littérature économique, sociologique, politique et même juridique relative aux rapports entre entreprises et licéité ou éthique de leurs relations se développe et a donné lieu à la publication d'ouvrages fort intéressants<sup>4</sup>.

Ces interventions créent un environnement favorable à des engagements plus directs des opérateurs et modifient sans doute leur portée.

Ainsi, les associations professionnelles et les entreprises émettent depuis un certain temps des déclarations portant des titres divers, mais dont les plus fréquents sont « code de conduite », « code de déontologie », « code des usages », « code d'éthique professionnelle », le mot « code » étant souvent substitué par « principe » ou « guide ». Ces codes ont évidemment des perspectives plus larges que les sentences arbitrales puisqu'ils veulent réguler toute l'activité de l'entreprise alors que les sentences répondent à des questions précises posées par les parties dans le cadre d'un litige. On examinera donc successivement le contenu des codes, puis le système issu de l'arbitrage dans une recension générale dont on tentera ensuite de dégager les perspectives.

Un bilan exhaustif ne sera pas présenté. On cherchera seulement à montrer les grandes tendances qui se dégagent des codes de conduite et des sentences les plus significatives en étant conscient qu'il y a une grande part d'arbitraire dans la sélection proposée.

## A. LES OPERATEURS ET LEUR COMPORTEMENT

Depuis une trentaine d'années, un assez grand nombre d'entreprises, parmi les plus grandes, ont élaboré des codes de conduite et des principes d'action qui se présentent en quelque sorte

4 V. par exemple en dernier lieu *Corruption, l'envers des droits de l'homme*, sous la direction de Marco BORGHI et Patrice MEYER-BISCH, Fribourg, Editions universitaires, 1995.

comme des instructions données aux personnels sur la façon dont ils doivent concevoir et accomplir leurs fonctions. Toutefois, la solennité de ces codes, leur publicité et leur histoire impliquent qu'ils s'adressent autant au public, ce terme étant pris dans un sens large (fournisseurs, clients, autorités administratives, voire simples citoyens), qu'au cercle restreint des employés. On sait que les violentes critiques qui ont été adressées dans les années soixante et septante aux entreprises multinationales, devenues dans le vocabulaire onusien transnationales, ont conduit ces dernières à se justifier et à tenter de s'amender. Effet ou non, les codes sont pour beaucoup d'entre eux contemporains de ces critiques dans leur première version.

Parallèlement, des organisations professionnelles, notamment dans des professions récentes, de services pour la plupart, ont élaboré des codes de conduite de façon à organiser leurs membres et à réguler leur fonctionnement dans un esprit de concurrence loyale.

Enfin, certaines institutions, comme la Chambre de Commerce Internationale, ont élaboré des codes de conduite destinés à éclairer l'ensemble des intervenants du commerce international sur les comportements qu'ils devraient avoir. Pour la Chambre de Commerce Internationale, on peut citer le code international de pratiques loyales en matière de publicité ou le code international des pratiques de marketing ou le code international de pratiques loyales sur la vente par correspondance, etc.

Ici, nous ne retiendrons que quelques codes et seulement dans les aspects où ils semblent condamner des pratiques particulièrement choquantes en soi et non pas ceux où simplement ils introduisent soit des règles de courtoisie professionnelle, soit des engagements redondants de respect des législations des pays où ils interviennent. Non pas que ces types d'engagements ne présentent pas d'intérêt, bien au contraire, mais ils exigeraient une étude approfondie de leur insertion dans le fonctionnement des entreprises ou de leurs institutions représentatives, étude déjà bien entamée<sup>5</sup>, ce qui est recherché ici n'est pas d'exposer des règles de gestion, mais des règles d'éthique spécifique aux entreprises et ressenties comme telles.

5 V. notamment Guy PEVTCHIN, « Les codes de bon comportement, notamment dans la gestion des sociétés multinationales », *L'hypothèse du non-droit, XXXè séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires*, Liège, Université de Liège, 1978, p. 43 ; Gérard FARJAT, « Réflexion sur les codes de conduite privés », *Etudes offertes à Berthold Goldman*, préc. p. 47 ; Filali OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 509.

Malgré cette réserve, il faut rappeler que ces codes dans leur ensemble se situent dans un cadre de philosophie d'entreprise clair et permet peut-être de comprendre quelques distorsions entre les comportements annoncés et leur effectivité sur le terrain. L'exemple, pour illustrer le propos, est emprunté au Code de Caterpillar dans sa version de 1992<sup>6</sup>, mais il est repris sous une forme ou sous une autre dans la plupart des codes :

*« De façon générale, le rôle de Caterpillar est de favoriser les intérêts à long terme de ses propriétaires, c'est-à-dire des actionnaires.*

*Par là, nous ne dévalorisons nullement les exigences fondamentales et légitimes de notre personnel, des concessionnaires, des clients, des fournisseurs, des pouvoirs publics et autres instances dont les intérêts touchent les nôtres, ni en général du public. Loin de nous également l'idée selon laquelle les bénéfices doivent être maximisés à court terme, aux dépens d'autres considérations.*

*Bien au contraire, c'est une façon d'affirmer notre volonté de travailler dans la durée. Selon nous, la meilleure façon de servir les intérêts des actionnaires et d'assurer durablement la rentabilité de l'entreprise consiste à agir équitablement, honnêtement et intelligemment à l'égard de tous » (p. 1, al. 1, 2, 3).*

Un peu plus loin dans le texte, on trouve l'introduction à des règles d'éthique sous l'énoncé suivant :

*« L'un des atouts majeurs d'une entreprise est sa réputation d'intégrité. Si elle vient à se ternir, les clients, les investisseurs, les fournisseurs, le personnel et ceux qui écoulent nos fabrications et services se tourneront vers d'autres sociétés plus attrayantes. Nous entendons maintenir partout une seule et même norme élevée d'intégrité. Nous tiendrons notre parole. Nous ne promettons pas plus que ce que nous pensons pouvoir raisonnablement tenir, nous ne prendrons pas d'engagements que nous n'entendons pas respecter ».*

Cette longue citation présente un grand intérêt, elle laisse planer certes un doute sur la conviction profonde de la valeur de certains comportements par les dirigeants de l'entreprise, elle affirme cependant leur volonté de s'y conformer parce que c'est l'intérêt de l'entreprise et que l'environnement humain dans toutes ses composantes (agents fournisseurs, clients, administrations, citoyens) s'attend à ce que l'entreprise ait ce comportement. Il existe donc bien un consensus sur le respect de certaines valeurs, parce que ces valeurs sont acceptées de façon universelle et leur respect exigé.

Ceci étant, et c'est vrai pour tous les textes, quelle que soit leur source, on est plus proche des lettres d'intention, qui ont donné lieu

6 La première version a été publiée le 1er octobre 1974 et a subi depuis quatre révisions.

aux controverses que l'on sait sur leur valeur juridique et leur caractère obligatoire, que d'un engagement juridique unilatéral.

Par ailleurs, comme on l'a déjà indiqué, on trouve une position analogue dans la plupart des codes d'entreprise. Après ces déclarations de principe, des indications plus précises sont données, dont certaines d'entre elles touchent directement notre domaine et si, pour des raisons de cohérence dans la terminologie, on citera principalement le document Caterpillar, bien d'autres codes ont les mêmes références. On les citera directement lorsqu'ils présenteront des différences ou apporteront des ajouts au document Caterpillar.

Dans l'ordre de présentation, le premier thème abordé est celui de l'environnement.

Depuis la conférence de Rio notamment, mais la question avait été soulevée bien avant à l'occasion de sinistres spectaculaires (affaire du Torrey-Canyon, affaire des boues rouges, affaire de Sevosio, affaire de Bhopal), la responsabilité des entreprises en matière de sauvegarde de l'environnement est discutée et le récent conflit Shell-Greenpeace sur le sort d'une plate-forme en mer lui a donné une nouvelle actualité. Mais est-ce pour les entreprises la seule obligation de respecter les normes légales, inégales en intensité selon les Etats ou peut-il y avoir un minimum transnational ?

Caterpillar y répond à sa manière :

...« Caterpillar prend l'engagement de protéger l'environnement partout où la Société travaille. Nous mettrons en place, défendrons et respecteront des politiques et des pratiques écologiquement responsables. Nous nous conformerons à la législation et à la réglementation applicable, tant dans la « lettre » que dans « l'esprit ». Enfin, nous répondrons franchement et sans retard à toute enquête concernant des problèmes d'environnement en rapport avec Caterpillar et ses fabrications ».

Suit un développement en sept points des interventions de Caterpillar sur la façon de remplir son engagement dont il faut reconnaître l'ampleur et la bonne intégration aux politiques prônées par les écologistes. D'autres codes, moins précis peut-être, comportent également des dispositions relatives à l'environnement (IBM, p. 14).

Un deuxième thème, qui est également un thème majeur des codes de conduite, porte sur la concurrence. Or, certaines atteintes au droit de la concurrence constituent des instruments très efficaces de l'illicite : corruption, contrefaçon, etc., dont l'usage est souvent sinon encouragé, du moins toléré par les autorités administratives au nom de l'intérêt du commerce national. Une ferme position des entreprises

est donc un élément très intéressant. En ce qui concerne Caterpillar, la prise de position de principe est ainsi formulée :

« La loyauté de la concurrence est fondamentale pour la libre entreprise. Nous sommes en faveur de législations qui interdisent les entraves au commerce, les pratiques déloyales ou l'abus de puissance économique. Nous évitons ces pratiques en tout lieu - y compris dans les régions du monde où la législation ne les interdit pas ».

Il ne s'agit donc pas d'un simple rappel du respect des législations en vigueur, mais d'un engagement mondial dont quelques données sont explicitées dans les paragraphes suivants. En revanche, la corruption n'est pas traitée sous le thème concurrence, mais dans la partie consacrée aux relations avec les représentants des pouvoirs publics. Là aussi, la prise de position de l'entreprise est nette et sans interprétation dubitative :

« Dans ses contacts avec des fonctionnaires comme dans ceux avec des représentants du secteur privé, Caterpillar se conformera aux seules pratiques commercialement reconnues. Nous ne chercherons pas à favoriser la vente de nos produits (ou à influencer d'autres décisions qui ont un impact sur l'entreprise), par le biais de pots-de-vins, dessous-de-table ou autres paiements de complaisance.

.....  
Les employés de la société doivent également faire tout leur possible pour éviter de verser des gratifications ou des « pourboires » à certains représentants des pouvoirs publics, même lorsque de telles pratiques sont monnaie courante pour l'intervention normale des pouvoirs publics (obtention de visas, de permis, de services publics). Lorsque ces paiements sont pratiquement inévitables, ils doivent être limités aux montants d'usage ».

On trouve une telle condamnation, en termes brefs il est vrai, dans les Principes de conduite pour les sociétés du Groupe Royal Dutch-Shell (point 4, L'éthique de l'entreprise), dans le document de Procter & Gamble (point X), dans le Guide de la pratique des affaires de Hewlett Packard (point 2.7.3.), IBM sous deux intitulés (« Faire des cadeaux, vos relations avec les agents de l'administration »).

De cette liste qui se veut simplement indicative de tendances, on fera trois remarques : la première concerne le refus général d'obtenir des avantages par le don de « cadeaux », ce refus étant soit limité aux agents de l'administration, soit étendu aux cocontractants de l'entreprise ; la deuxième concerne les exceptions dont la plus notoire est celle des présents d'usage dans les pays où cette pratique est courante. Selon l'interprétation que l'on donnera à « présent d'usage », supposé être de peu de valeur d'une part et de « pratique courante » d'autre part, l'exception peut être très large ; la troisième

remarque est relative à la corruption inverse, c'est-à-dire que le code porte interdiction au personnel de recevoir des cadeaux.

Sur la corruption, on constatera que le mouvement est de sortir son traitement des engagements relatifs à la concurrence pour en faire un engagement spécifique et particulièrement fort.

La concurrence reste cependant un thème permanent plus ou moins fort selon la taille et l'histoire de l'entreprise. Ainsi, IBM recommande à ses personnels de s'abstenir d'utiliser la taille d'IBM de manière déloyale et de ne pas utiliser sa taille pour intimider ou menacer une autre personne ou une organisation. A l'occasion de l'exposé des règles que doivent respecter les personnels dans ce domaine, de nombreux détails techniques sont donnés qui nous font entrer dans un cadre juridique précis : ainsi la définition d'une commande ferme.

Un autre thème fréquemment abordé est celui de la qualité des produits. Dans la plupart des cas, l'entreprise insiste sur la haute qualité des produits qu'elle fournit. On ne s'étonnera pas que la nature des produits fabriqués influe considérablement sur le contenu du code. Et l'on citera à ce propos les recommandations de Procter & Gamble en matière d'innocuité des produits :

*« Nos produits doivent être sans danger, tant pour les personnes que pour l'environnement, dans les conditions normales d'utilisation, et même dans la limite de ce qui peut être raisonnablement prévu - lorsque le mode d'emploi n'est pas respecté.*

*.....  
Tous les membres du personnel affectés à l'évaluation de l'innocuité doivent veiller à ce que la conception, la réalisation et l'interprétation de la recherche satisfassent aux normes professionnelles et scientifiques les plus strictes pour garantir à la société et aux consommateurs la validité des jugements exprimés ». (« Procter & Gamble, une responsabilité que vous partagez », Point VI).*

Dans le même sens, on relèvera que Roche, reconnaissant que la santé et le bien-être sont un domaine d'une très haute importance éthique, veut maintenir des exigences très strictes de qualité et de sécurité en ce qui concerne ses produits et ses prestations de service, réduire les risques liés à leur emploi et prévenir l'abus de ceux-ci.

On trouvera bien entendu toute une série d'engagements sinon secondaires, du moins plus isolés, touchant aux transactions monétaires ou l'acquisition d'informations. Ils sont le fait d'entreprises qui ont le plus développé, à travers les codes, la réflexion sur le

comportement que doivent avoir les agents économiques dans un climat de libre entreprise.

Que peut-on retirer de l'examen de ces codes pour déterminer s'il existe véritablement des règles issues de la pratique qui conduiraient à un ordre public transnational ?

Tout d'abord une grande inégalité dans le contenu et la précision des « engagements » ou des instructions données aux personnels de l'entreprise concernée. Tantôt ces codes semblent se limiter à un recueil de conseils donnés par une hiérarchie à ses employés, une sorte de circulaire sur la façon d'accomplir son travail, tantôt l'expression est impérative et le style juridique, tantôt le discours déborde le cadre des rapports internes à l'entreprise et s'adresse également à un public plus large. On retrouve la même distinction que pour les contrats : les codes anglo-saxons sont plus développés que les codes français par exemple qui se limitent souvent à des généralités et entrent peu dans le détail.

Au-delà des particularités de chaque branche professionnelle et sans doute de la prise en compte de la culture et de l'histoire de chaque entreprise, trois engagements forts font l'objet d'un consensus général et se retrouvent donc dans tous les codes :

- la condamnation de la corruption dans les deux sens avec, dans quelques codes, des aménagements en direction des cadeaux d'usage, notamment dans les pays où ces pratiques sont habituelles ;
- le respect de la concurrence loyale et notamment le refus d'obtenir des informations par une voie déloyale ou d'abuser de sa puissance ;
- la fourniture de produits et de services loyaux et même le plus souvent de grande qualité.

Il est difficile d'évaluer la portée exacte de ces codes pour l'entreprise elle-même et de mesurer leur effectivité. Certains ont douté de la sincérité des entreprises et se sont demandés si ce n'était pas un moyen habile de s'exonérer de leur responsabilité, celle-ci étant alors reportée sur des personnels qui n'auraient pas respecté leurs instructions. De fait, des affaires récentes font apparaître une grande distance entre le code affiché et la pratique, et même pour certains d'entre eux, ils semblent n'avoir été conçus que pour blanchir la haute direction des pratiques des directions subordonnées. Mais ce n'est pas parce qu'ils ne sont pas respectés que les codes perdent leur valeur, qui est à la fois indicative et normative. Dans le domaine des compétences étatiques, la loi pénale est souvent violée, elle n'en garde pas moins sa valeur. Pourquoi en en irait-il différemment avec des textes privés ? Mais avant de tenter de mesurer exactement cette

valeur indicative et normative, présente et potentielle, il faut rappeler très rapidement l'approche des juridictions arbitrales de l'ordre public transnational avant d'établir ce que pourrait être l'évolution, compte tenu des données de fait rassemblées.

## B. ARBITRAGE INTERNATIONAL ET ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL

La notion d'ordre public transnational est plus large que celle de pratique illicite, car elle peut aboutir à la condamnation de comportements qui soient parfaitement licites au regard de la législation sous l'empire de laquelle ils se sont manifestés, mais qui vont à l'encontre d'une règle que les arbitres considèrent comme primordiale au regard des pratiques internationales : ainsi lorsqu'un Etat, après avoir accepté une clause compromissoire invoque, le conflit ayant surgi, une règle nationale lui interdisant de compromettre, défense condamnée par les tribunaux arbitraux.

Dans le cadre plus restreint des faits illicites qui ont été exposés dans les interventions précédentes, on est quand même frappé par la pauvreté de la jurisprudence arbitrale en la matière. Cette pauvreté avait déjà été soulignée par Pierre Lalive dans son rapport de 1986<sup>7</sup>. Elle est implicitement confirmée par les travaux du séminaire de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de 1986 sur l'apport de la jurisprudence arbitrale<sup>8</sup>. Aucun rapport spécifique n'est consacré à l'ordre public transnational qui n'apparaît que dans un paragraphe du rapport de Pierre Mayer sur l'interférence des lois de police pour répondre à la question de savoir si l'arbitre peut refuser d'appliquer une loi de police dont le contenu serait contraire à son ordre public transnational (celui de sa conscience ou de la *lex mercatoria* ? Pierre Mayer ne tranche pas). Une autre série de travaux ayant pour origine le même Institut et l'*International Law Association* publiée en 1993 sous le titre *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* ne comporte pas non plus d'étude spécifique de l'ordre public transnational et de son corollaire, l'illicite transnational, sinon par allusion.

Et effectivement, si l'on examine les sentences publiées, le bilan est vite dressé<sup>9</sup>.

7 Préc. note 1, p. 330.

8 Préc. note 3, p. 57.

9 V. Ahmed S. EL KOSHERI et Philippe LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence », *Rev. Arb.*, 1984, p. 3.

Les condamnations les plus fortes et les plus constantes sont relatives à la corruption. Les trois sentences phares ont été rendues la première en 1963, par le juge Lagergren, qui s'est déclaré incompétent comme ne pouvant juger un litige qui implique d'aussi grossières violations des bonnes mœurs ; la seconde en 1983, par M. Loewe, qui annule le contrat litigieux, car il importe que l'arbitre fasse « obstacle à des accords qui sont contraires aux intérêts de l'Etat sur les organes duquel l'influence rémunérée est exercée comme à la moralité des rapports économiques internationaux » ; la troisième sentence, rendue en 1988 par M. Dagon, annule également le contrat litigieux obtenu par corruption, car il faut garantir des pratiques commerciales saines et loyales<sup>10</sup>.

Ces trois sentences qui ne sont pas isolées montrent bien une réaction du milieu qui n'est pas toujours celle des Etats<sup>11</sup>.

Le cas de la corruption mis à part, les sentences arbitrales sont plus ambiguës.

Certaines font mention d'une contrariété à la morale et aux bonnes mœurs, mais en renfort d'une application d'une loi nationale<sup>12</sup>, ce qui limite leur portée comme témoignage de l'existence d'un ordre public transnational professionnalisé. Cependant la coexistence reconnue par l'arbitre de lois impératives et de règles générales de comportement implique un préjugé favorable à la construction d'un ordre public transnational.

La question a été posée en matière de boycottage et notamment pour l'appréciation des clauses insérées dans les contrats conclus avec une partie arabe par lesquelles l'entreprise étrangère respectera les prescriptions relatives au boycottage contre l'Etat d'Israël. Ces clauses ont en réalité une rédaction variable pouvant conduire à l'exclusion de tout produit fabriqué ou service rendu par une entreprise ou une personne physique juive ou être plus limitée. Les réponses arbitrales ont plutôt été dans le sens de la validation de telles clauses ou, en tout cas, de la non-reconnaissance d'un principe d'ordre public

10 Affaire Hilmarton, *Rev. Arb.* 1993, p. 328. Dans le même numéro, v. le commentaire de Vincent HEUZE, « La morale, l'arbitre, le juge », p. 177, l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 17 avril 1990, p. 315.

11 V. Bruno OPPETIT, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI*, 1987, p. 5.

12 V. par exemple sentence CCI n° 2730, *JDI*, 1984, p. 914, obs. Yves DERAÏNS à l'occasion d'un montage fictif pour obtenir une allocation de devises pour payer une importation.

transnational nullifiant de telles clauses<sup>13</sup>. M. Moitry propose de distinguer entre le boycottage motivé par un objectif de discrimination raciale qui devrait être condamné sans appel par les arbitres et le boycottage politique dont la validité dépendrait du droit applicable, y compris les règles d'application immédiate des Etats intéressés<sup>14</sup>. Peu importe ici la suggestion doctrinale. Ce qu'il faut retenir, c'est la réponse des tribunaux arbitraux plutôt non favorable à la reconnaissance d'une règle d'ordre public.

On aurait pu penser que la concurrence, toujours visée dans les codes de conduite, aurait fait l'objet de nombreuses sentences. Elles existent, mais elles portent pour l'essentiel sur une interrogation sur l'arbitrabilité de telles affaires en raison de la forte impérativité des lois nationales sur ce sujet et, quand la réponse est positive, sur la conciliation entre *lex contractus* et loi extra-territoriale, quand ce n'est pas *lex contractus* et lois impératives. Des suggestions ont été faites de dégager une *lex mercatoria* de la concurrence applicable par les arbitres, mais sans aller au-delà d'un droit matériel tiré des suggestions de l'OCDE, c'est-à-dire sous forme d'un droit comparé de la concurrence<sup>15</sup>. Or, celui-ci présente deux volets très différents, l'un qui relève d'une philosophie politique des Etats et qui est susceptible de plus et de moins et même de zéro, au nom de la libre concurrence *stricto sensu*, l'autre qui est plus traditionnel et plus dans la continuité des droits civils qui condamnent l'abus de puissance dominante, c'est-à-dire la contrainte. Il y aurait sans doute des distinctions à faire dans l'esprit de dégagement d'une *lex mercatoria* par les arbitres.

Un dernier cas sera examiné portant cette fois sur le commerce du corps humain, en l'occurrence des hypophyses<sup>16</sup>. D'un côté il y avait un contrat de fourniture de glandes hypophysaires dont était extraite de l'hormone de croissance qui était ensuite conditionnée et commercialisée sous licence par le fournisseur. Le litige était survenu en raison du refus de l'acheteur-transformateur de continuer le contrat, à la suite de la découverte du rôle joué par l'hormone dans la maladie de Creutzfeldt-Jacob (et peut-être de la découverte des procédés de fabrication d'une hormone synthétique moins chère et sans danger).

13 Sentence CCI n° 3881, *JDI* 1986, p. 1097 ; sentence CCI 1978 n° 2977 et 3033, *Yearbook Commercial Arbitration*, 1984, p. 133 ; sentence CCI n° 1782, *JDI*, 1975, p. 923, obs. Yves DERAÏNS.

14 Jean-Hubert MOITRY, « L'arbitre international et l'obligation de boycottage imposée par un Etat », *JDI*, 1991, p. 363.

15 Jean-Hubert MOITRY, « Arbitrage international et droit de la concurrence, vers un ordre public de la *lex mercatoria* », *Rev. Arb.*, 1989, p. 3.

16 Sentence CCI n° 5616, 1989, *JDI*, 1994, p. 1041, obs. Dominique HASCHER.

Un premier argument du défendeur portait sur l'interdiction du droit hongrois (lieu d'exécution de la collecte des glandes et siège du fournisseur) interdisant les ventes d'organes humains en échange d'argent. La réponse du tribunal est claire :

« Tels que les faits sont présentés, il n'y a pas d'allégation que les propriétaires des corps (ou leurs héritiers) aient reçu une contrepartie pour les glandes. En conséquence, on ne peut pas prétendre que, au cours de cette phase, la loi sur la santé publique de 1972 (...) ait été violée.

La question suivante est de savoir si, lors de la seconde phase, lorsque les glandes (déjà collectées) avaient été fournies par la partie demanderesse à la partie défenderesse, il était illégal que la partie défenderesse verse une contrepartie pour les glandes à la partie demanderesse.

Il est difficile de prétendre que, lors de cette phase, il y ait eu une violation de la loi sur la santé publique de 1972. Lors de cette phase, l'aspect de protection de l'intégrité et de la personne humaine n'intervient plus directement ; tout au plus pourrait-elle intervenir indirectement.

Dans tous les cas, même si une contrepartie a été versée lors de la seconde phase, il faut tenir compte de ce qui suit. S'il y a un réel besoin qu'un médicament valable soit produit et mis à la disposition du public, on doit admettre que, dans le monde actuel, il est impossible d'obtenir un tel résultat sans qu'une « contrepartie » soit payée à un moment ou à un autre. N'importe quelle activité de tout organisme impliqué, tout commerce ou toute industrie concernée par l'obtention et la fourniture de matière premières et de glandes exige une série d'efforts et de manutentions (...) qui doivent inévitablement être rémunérés. De plus, la transformation de glandes en médicaments, et sa distribution, sont inévitablement liées à des transactions dans lesquelles de l'argent passe d'une main à une autre ou dans lesquelles d'autres formes de rémunération sont impliquées.

En conséquence, si l'on admet que des glandes peuvent ou doivent être utilisées à titre de matière première pour le bien-être de l'humanité, on ne peut pas éviter de considérer que l'interdiction d'effectuer des paiements à ce sujet ne correspond plus au monde moderne ».

Le deuxième argument portait sur la dangerosité -dont la découverte était récente- du produit extrait des hypophyses. A cet argument, le tribunal répond que la défenderesse avait à sa charge le risque du produit fini (selon le Code suisse des obligations) et qu'elle ne pouvait pas refuser d'acheter la matière première en prétendant que le produit fini n'était pas conforme à ce qu'il devait être et que la découverte de la dangerosité ne constituait pas un motif pour l'inexécution du contrat faute d'une clause spécifique relative à la découverte ultérieure d'effets secondaires.

D'autres points intéressants ont été abordés dans la sentence, tel le rapport avantages/risques de l'utilisation du produit. Ce qui nous paraît essentiel, c'est l'approche purement mercantile de l'affaire. Le



commerce de glandes et d'hormones est traité comme un commerce de marchandises banales avec l'application d'un code des obligations qui n'a pas été conçu pour de telles situations juridiques. Certes les lois d'application immédiate aussi bien suisse que hongroise ont été examinées, mais il n'y a aucune réflexion réelle sur le problème replacé dans un cadre transnational.

Il ne faut sans doute pas attacher trop d'importance à une sentence qui, pour le moment, est encore isolée. Il est fort possible que la mise au point d'une hormone synthétique ait provoqué, même si le tribunal n'a pas voulu examiner ce point, un certain scepticisme sur les motifs réels du défendeur, mais en contre-chant, la prise en compte des intérêts des malheureux utilisateurs paraît bien faible. Cette sentence confirme cependant l'attitude réservée des arbitres dès lors qu'il leur faut construire eux-mêmes la notion d'illicite sans pouvoir s'appuyer sur une réglementation d'origine étatique ou sur la volonté des parties. Le phénomène avait déjà été relevé par Pierre Lalive dans son rapport qui, dans son introduction, constatait que les occasions offertes à un arbitre international sont peu fréquentes, dans la mesure où il doit être saisi par les parties et du litige dans son ensemble et au moins par l'une d'entre elles, du problème spécifique de l'ordre public véritablement international<sup>17</sup>. Continuant sur sa lancée, il exposait que même si l'occasion se présentait, il n'était pas certain que l'arbitre international aurait le courage ou l'imprudence de s'exprimer en formules novatrices impliquant par exemple l'ordre public international<sup>18</sup>.

## II. PERSPECTIVES

De ce rapide tour d'horizon, que peut-on envisager ? Il faut tout d'abord revenir sur la valeur juridique des codes.

Sur le plan micro-juridique, c'est-à-dire dans les rapports de chaque entreprise émettrice avec ses cocontractants et peut-être même avec des tiers, ne pourrait-on pas invoquer le principe, reconnu par les tribunaux arbitraux internationaux et par de nombreux ordres étatiques, que nul ne peut se contredire aux dépens d'autrui, en l'occurrence de son cocontractant<sup>19</sup> ? En effet, le code de conduite, quelle que soit la dénomination retenue par l'entreprise émettrice,

17 Pierre LALIVE, *op. cit.*, note 1, p. 330, 2, a).

18 Pierre LALIVE, *op. cit.*, note 1, p. 330, 2, b).

19 Emmanuel GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.*, 1985, p. 24.

implique une volonté forte de celle-ci de suivre certaines règles. Elle donne ainsi une image, une représentation d'elle-même qui peut conduire ses partenaires en affaires à la créditer d'une confiance qui n'a pas à être déçue par un comportement ultérieur. D'ailleurs dans les codes, la nécessité ou l'utilité d'obtenir la confiance des gens avec lesquels l'entreprise est en relation revient en leitmotiv. Sous cet angle, on pourrait considérer qu'un code déterminé soit lie l'entreprise et ses contractants, soit est au moins un guide d'interprétation des contrats, au sens strict du terme, conclus par l'entreprise émettrice afin d'éclairer les modalités d'exécution de ces contrats.

Ce n'est pas l'approche la plus intéressante et c'est plutôt vers une approche macro-juridique qu'il faut se tourner. En effet, l'adhésion d'un grand nombre d'organismes professionnels et d'entreprises marquantes à ces codes -et il faut même dire élaborés à leur initiative- dont les destinataires sont certes au premier degré leurs personnels et dont les destinataires finaux sont leurs fournisseurs, leurs clients, les administrations publiques, constitue, nous semble-t-il, un consensus sur le comportement que doit manifester un professionnel du commerce international.

Or le comportement est un paramètre pris en compte de plus en plus souvent dans les règles de droit applicable à des opérations internationales. Ainsi la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, traitant dans ses articles 8 et 9 de l'interprétation du contrat, attache une grande importance aux indications et *comportements* de l'une des parties qui doivent être interprétés selon son intention si l'autre partie connaissait cette intention et, à défaut, à la compréhension qu'en aurait une personne raisonnable, de même qualité, placée dans la même situation (art. 8). L'article 9 renvoie aux usages qui sont largement connus et appliqués dans le commerce international. On retrouve le même type de références dans les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

De ce consensus et de l'importance reconnue aux usages et aux comportements, on peut conclure qu'il existe un ensemble de règles qui forment une des composantes d'un ordre public transnational et dont l'originalité ou la spécificité est d'avoir pour origine les opérateurs eux-mêmes. Une précision doit être apportée. Ce ne sont pas toutes les dispositions des différents codes qui forment cet ordre public, mais uniquement celles qui sont adoptées par la totalité ou la quasi-totalité des codes et qui substituent ainsi à une conception de l'entreprise individuelle du bon comportement une conception commune des exigences de la morale, terme qui, en réalité, recouvre une notion d'illicite d'origine non étatique.

Certes cette vision collective, encore floue, doit être nuancée et aménagée en fonction des directives des parties.

Mais cette assomption de la volonté des parties fondée sur une pratique certaine et sur une doctrine dominante repose sur une conception particulière des rapports privés internationaux : autonomie de la volonté et réduction des relations à un seul contrat entre deux parties, contrat qui se distingue de tous autres contrats conclus entre les mêmes parties et *a fortiori* de tous autres contrats conclus par l'une des parties. Cette conception est contestable dans tous les domaines. Il suffit d'examiner les dernières conventions internationales pour constater que le contrat individuel s'insère dans une pratique d'entreprise et dans une pratique de branche (Convention de Vienne, art. 8 et 9, préc.), que les Principes Unidroit ont le même positionnement (art. 4-3). De ces constatations, on n'échappe pas à l'idée que les contrats ne flottent pas dans un espace intersidéral au gré des fantaisies des contractants et qu'ils s'insèrent dans un ordre juridique. Peut-on alors admettre qu'un ordre juridique, quel qu'il soit, ne comporte aucune règle contraignante, aucune obligation de comportement ? Les opérateurs, dans leurs codes de conduite, les arbitres dans les rares sentences rendues lorsqu'ils font référence à des règles d'éthique, à la moralité formulée de façon impérative donnent une réponse positive, de telle sorte que pour un opérateur y contredire dans ses opérations concrètes serait se mettre hors champ du licite professionnel.

On doit alors s'étonner que les arbitres, dont la ratification est un acte essentiel à l'effectivité de cet ordre public transnational soient aussi modestes alors que par ailleurs ils ont dégagé des principes généraux applicables aux contrats internationaux sur une base souvent fragile<sup>20</sup>.

Les raisons déjà invoquées par Pierre Lalive dans son rapport (*supra*, p. 478) ont été amplifiées par la doctrine et relèvent de deux logiques très différentes, l'une qui porte sur la possibilité d'un ordre juridique transnational et par voie de conséquence d'un ordre public transnational, l'autre qui porte plus spécialement sur une analyse de la mission de l'arbitre et de l'organisation procédurale de l'arbitrage.

On n'évoquera que pour mémoire la controverse sur l'existence d'un ordre juridique transnational dont l'ordre public transnational traduirait les valeurs essentielles. Tous les arguments ont été invoqués dans un sens comme dans l'autre. Et il n'y a rien à ajouter. On fera simplement deux remarques. Tout d'abord, l'énoncé d'une position, et on ne s'étonnera pas qu'à Dijon elle soit en faveur de l'existence

20 V. la présentation quelque peu ironique de Lord MUSTILL.

d'un ordre juridique transnational ; ensuite le rappel schématique des thèses des adversaires ou des sceptiques : l'arbitre en réalité ne ferait, quand il invoque un ordre public transnational, qu'opposer ses propres valeurs morales<sup>21</sup>.

Sur le statut de l'arbitre, il est affirmé que celui-ci n'a pas de for, même transnational, et tient ses pouvoirs de la commune volonté des parties. Il n'aurait donc pas le droit de se référer à des règles juridiques non visées par les parties, quel que soit le mécanisme de désignation et notamment des affaires se référant bien à un ordre public transnational. En effet, il ne s'agit pas d'une terminologie reprenant le sens trivial des mots utilisés, mais bien le recours à des règles et des règles impératives qu'ils n'osent qualifier d'ordre public international ou transnational lorsqu'elles sont hors d'un contexte de droit étatique. On trouve le même glissement dans l'utilisation du mot équité qui ne renvoie pas à une notion floue de juste ou d'injuste, mais à un ordre juridique plus souple (*soft*) non lié à une règle étatique.

Si ce point de vue est admis, c'est-à-dire celui d'une élaboration par les opérateurs eux-mêmes d'un ordre public transnational, on ne comprend plus la réticence des arbitres à le reconnaître et à le sanctionner, même d'office. Pierre Lalive citait parmi les accords contraires à l'ordre public transnational les accords entachés de corruption, ceux favorisant le trafic de la drogue, des armes entre particuliers, les contrats de terrorisme, ceux portant atteinte aux droits de l'homme, ceux portant sur le transfert illicite des biens culturels. On pourrait ajouter à cette liste et de manière non limitative, les contrats portant sur le blanchiment de l'argent, les contrats conclus par abus de puissance dominante, les contrats portant sur la contrefaçon, les contrats portant atteinte à l'environnement et aux biens culturels, selon des nuances bien sûr à établir dans chaque cas. La liste n'est pas limitative, et les arbitres pourraient sanctionner sans difficulté d'autres comportements par analogie de motifs, participant ainsi à une structuration essentielle du marché international.

En conclusion, on retiendra qu'il existe depuis quelques années une forte demande des opérateurs du commerce international d'une régulation de ce commerce qui est visible à travers les codes de conduite et les interventions dans les médias des responsables d'entreprises<sup>22</sup>. Cette demande peut sembler paradoxale puisqu'elle s'inscrit dans une période où, en sens inverse, les grandes réunions internationales se nourrissent de grandes déclarations sur la libre production et la libre circulation des produits, des services, des

21 Vincent HEUZE, *op. cit.*, note 12, p. 188.

22 Voir encore *Le Monde*, 14 novembre 1995, supplément Initiative, C. LEROY, « Nouvelles compétences, Gardien de la morale des banques ».

capitaux, d'une période où tout devient marchandise. Le bruit des uns couvre peut-être les inquiétudes des autres.

On retiendra qu'à cette demande, la réponse du système arbitral a été très modérée et proche du silence, fondée sur une conception de l'arbitrage peut-être archaïque et aussi, à sa décharge, sur des obstacles réels telle la difficulté des preuves ou sur l'incertitude d'une vision à long terme de la mondialisation du droit des relations économiques internationales et de ses valeurs. Cependant, après les immenses efforts pour dégager des principes structurant le droit du commerce international, il serait peut-être de la responsabilité des arbitres de donner aux opérateurs un sens à leurs activités et des limites à leurs initiatives.