

## Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international

par

**Philippe Kahn**

*Directeur de recherche au CNRS  
(CREDIMI — Université de Bourgogne)*

---

L'existence et la fonction des principes généraux du droit ont fourni pendant de longues années prétexte à controverses sur la survivance du droit naturel dont les principes généraux seraient le vêtement moderne. C'était sans doute sous-estimer la part importante qu'avaient pris les principes généraux du droit dans la structuration des droits privés tout au cours de l'histoire, dont on trouve une manifestation éclatante avec le visa de plus en plus fréquent de ces principes dans les arrêts de la Cour de cassation, notamment dans le domaine du droit international privé (1). Il n'est donc pas étonnant que l'évolution du droit commercial international au cours de ces trente dernières années ait été marquée par l'utilisation de références à des standards, des principes, qui ont fait renaître l'interrogation sur l'existence et le rôle des principes généraux du droit et les controverses. En effet, le développement extraordinaire du commerce international, à peine ralenti par la crise économique mondiale, à la suite de la deuxième révolution industrielle et de l'émergence de nouveaux Etats à la vie internationale, a suscité de nouvelles formules contractuelles dont les unes rendent compte du nouvel état technique et économique de la société internationale, dont les autres tentent de concrétiser un nouvel ordre économique et politique. En outre, la facilité des communications — dans tous les sens du terme — a bouleversé la juridicité des espaces nationaux. On a vu naître ou on a cru voir naître un espace juridique transnational dont la trame serait constituée par les usages commerciaux corporatistes repérés à travers les pratiques contractuelles et par des

---

(1) V. par exemple Cass. civ. I, 2 fév. 1988 : *J.D.I.* 1988, 741, note D. ALEXANDRE, 12 mai 1987 : *J.D.I.* 1988, 101, note M. L. NIBOYET-HOEGY ; Adde B. OPPETIT, « Les principes généraux en droit international privé » in *Le droit international : Arch. Philos. dr.* 1987, p. 179 ; *Le Développement des règles matérielles : Trav. Comité fr. dr. int. pr. Journée du cinquantenaire*, p. 121.

principes généraux énoncés principalement par les arbitres du commerce international devenus en quelque sorte la juridiction de droit commun de cet espace. Les uns nient la réalité de cet espace (2), les autres y voient un tiers droit (3) ou une *lex mercatoria* moderne (4), d'autres le rattacheraient plus volontiers à un droit international aménagé (5).

Les organismes internationaux tentent d'organiser le nouvel espace transnational selon des méthodes dont les unes sont traditionnelles, telles l'élaboration de conventions de droit matériel comme la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise ou de codes de conduite comme le projet de code de conduite des sociétés transnationales, assez proche semble-t-il de son aboutissement ou moins traditionnelles comme le recueil de principes applicable aux contrats commerciaux internationaux repris par Unidroit (6). Il y a donc dans des Institutions qui sont de bons observatoires de la vie internationale une réelle perception du phénomène.

La pratique, elle, ne semble pas avoir de doute sur la réalité de cet espace transnational. En tout cas, on voit relativement fréquemment apparaître la notion de principe dans la jurisprudence arbitrale internationale. Une telle démarche est d'ailleurs logique car, dans la mesure où les tribunaux arbitraux ne relèvent pas d'une souveraineté étatique particulière et où les contractants eux-mêmes font pression en ce sens, il devient nécessaire de dégager les règles générales applicables quel que soit le contrat et quels que soient les contractants. Dans une période de production en grandes masses et de déplacements ultra-rapides, les droits atomisés sont un obstacle aux relations économiques internationales. Ce que tentent d'éviter ces pratiques. Et l'on constatera que les Cours Suprêmes nationales y sont de plus en plus sensibles (7). On ne reprendra pas la controverse, qui paraît sans fin, sur l'idée même qu'actuellement il existe un droit transnational. En revanche le débat reste ouvert sur l'étendue et

(2) W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat » : *Rev. crit. dr. int.* 1982, p. 469 ; LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* » : *Mélanges GOLDMAN*, p. 125 ; KASSIS, *Théorie des usages du commerce international*, L.G.D.J., 1984.

(3) VIRALLY, « Un tiers-droit ? Réflexions théoriques » : *Mélanges GOLDMAN*, p. 373 ; Cpr C. PERRIN, « Réflexions sur le rôle des principes généraux dans l'ordre juridique international » : *Mélanges Flattet*, p. 509.

(4) B. GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* » : *Rev. Arb.*, 1983, p. 379 ; Cpr. *Droit prospectif* 1988, 4 : Les standards dans les divers systèmes juridiques, notamment p. 825, Les standards et les principes généraux du droit.

(5) P. WEIL, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat » : *Mélanges GOLDMAN*, p. 387.

(6) M.-J. BONELL, « A Restatement of Principles for International Commercial Contracts : An Academic Exercise or a Practical Need » : *R. D. A. I.* 1988, p. 873.

(7) Cour Suprême d'Autriche, 18 nov. 1982 : *Rev. Arb.* 1983, p. 513. Cour de cassation (française), 2<sup>e</sup> ch. civ., 9 déc. 1981 : *J.D.I.* 1982, 931 ; Corte di cassazione, 8 fév. 1982 : *Riv. dir. int. publ. pr.*, 1982, 829 ; Court of Appeals (Grande-Bretagne), 23 mars 1987 : *Journal of Business Law* 1987, 168.

la cohérence de ce droit et c'est tout l'intérêt d'un bilan des décisions arbitrales que de mesurer ce qu'il en est exactement (8). Un tel bilan est forcément approximatif et indique plutôt des tendances qu'une vérité absolue, mathématique. Mais la mode est aux ensembles flous. En effet l'échantillon utilisé est restreint : une toute petite partie seulement des sentences arbitrales sont publiées et elles proviennent de quelques institutions (Chambre de Commerce Internationale, CIRDI, Tribunal des différends irano-américains), et de quelques grands arbitrages ad hoc (9).

Trois situations apparaissent avec des significations différentes : dans un certain nombre de sentences, la mention des principes généraux du droit par les parties dans leur contrat est considérée comme un indice particulièrement fort de leur volonté d'exclure leurs rapports de la sphère d'un droit national ; dans une deuxième série courte, il est vrai, les principes généraux du droit expriment un ordre public transnational fondamental auquel les parties ne peuvent porter atteinte ; enfin dans une troisième série, la plus longue, la plus intéressante aussi, les principes généraux du droit fournissent les éléments de structure d'un nouvel espace transnational ; ils peuvent céder la place soit à une volonté différente des parties, soit à des règles purement nationales.

(8) Comparer pour la période récente l'étude au titre évocateur de Georges DELAUME, « The Proper Law of State Contracts and the *Lex Mercatoria* : A Reappraisal » : *Foreign Investment Law Journal* 1988, p. 79, et celle de Lord Justice MUSTILL, *The New Lex Mercatoria*, « The First Twenty-five years » in *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, 1988, p. 149.

(9) Affaires : Petroleum Development (Trucial Coast), Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi, sentence (en anglais) du 28 août 1951 par Lord ASQUITH of Bishopstone : *Int. and Comp. Law Qlty*, vol. 1, 1952, 247 ; Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd., sentence de juin 1953 par Sir Alfred BUCKNILL (referee), 20 *International Law Reports* (1953), 534 ; Government of Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco), sentence (en arabe et en anglais), du 23 août 1958 par un tribunal arbitral composé de SAUSER-HALL (surarbitre) M. HASSAN et Saba HABACHI : *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, 272 ; 27 *International Law Reports* (1960), p. 117 ; Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company (NIOC), sentence (en français) du 15 mars 1963, par Pierre CAVIN, extraits dans *Int. Comp. Law Qlty*, vol. 13, 1964, 1011 s. ; 35 *International Law Reports* (1967), p. 136 ; *Ann. suisse dr. int.*, 1962, p. 273 ; BP Exploration Company (Libya) v. Government of the Libyan Arab Republic, sentence (en anglais) du 10 déc. 1973 par Gunnar LAGERGREN : *Rev. Arb.*, n° 1, 1980, p. 132 s. ; Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic, sentence (en français) du 19 janv. 1977 par René-Jean DUPUY : *J.D.I.* 1977, p. 350, *International Legal Materials*, vol. 17, 1977 ; Libyan American Oil Company (Liamco) v. Government of the Libyan Arab Republic, sentence (en anglais) du 12 avril 1977 par Sobhi MAHMASSANI : *Rev. Arb.* 1980, p. 117 s. ; The Government of the State of Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil) sentence (en anglais) du 24 mars 1982 par un tribunal arbitral composé de Paul REUTER (président), Hamed SULTAN and Sir Gerald FITZMAURICE : *J.D.I.* 1982, 869 ; *Int. Leg. Materials* 1982, 976. Pour une analyse de ces sentences, J.-F. LALIVE, « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées, développements récents » : *RCADI* 1984, t. 181, p. 72-162 ; pour un examen synthétique, B. AUDIT, « L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat » : *Académie dr. int. de La Haye, Centre d'étude*, 1987.

I. — LE RECOURS AUX PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT  
COMME MOYEN DE DÉTERMINATION DU DROIT APPLICABLE

C'est dans une fonction de détermination du droit applicable à un contrat international que les principes généraux du droit ont été reconnus en premier lieu par les arbitres du commerce international. Et c'est cette reconnaissance, cette utilisation qui a été la plus discutée, la plus sujette à controverses. Controverses violentes, toujours renaissantes au gré de l'actualité qui ont sans doute occulté la connaissance et le développement des autres fonctions des principes généraux. Quoi qu'il en soit, dans cette approche, les principes généraux ne sont pas reçus comme expression d'une règle de droit mais comme indice de référence à un système juridique non étatique, ou, ce qui est plus exact comme signe de volonté d'exclure le droit national que la méthode des conflits de lois aurait désigné pour régir le contrat. La mention des principes généraux du droit par les parties, condition nécessaire pour les prendre en considération, conduit à une évaluation de l'indice par rapport aux autres indices généralement utilisés (lieu de conclusion, d'exécution du contrat, clause de juridiction, monnaie de paiement, etc.) et sur le fondement de cette évaluation à une détermination par les arbitres du droit applicable au contrat. Leur rôle est donc limité puisqu'il est d'interprétation de la volonté des parties et non de création ou d'application de normes juridiques générales. On ne saurait cependant sous-estimer son importance en raison de l'intervention d'un certain nombre de facteurs perturbateurs.

Tout d'abord les clauses de référence à des principes généraux, qu'elles soient des clauses directes de droit applicable, des clauses compromissoires précisant les pouvoirs des arbitres quant au choix du droit, ou même des clauses techniques, mais impliquant une certaine position des parties sur le droit applicable, n'ont pas dans la plupart des cas une signification simple et incontestable. Elles combinent différentes références difficiles à concilier quand elles ne sont pas tout simplement contradictoires. Les arbitres doivent donc se livrer à un délicat travail d'interprétation qui est très proche d'une œuvre créatrice.

Ensuite, il est clair que les arbitres ne peuvent se cantonner dans une attitude purement négative et qu'il leur faut bien donner aux principes généraux un contenu positif. Ce contenu peut être intrinsèque. C'est la solution logique s'il existe un corps de principes suffisamment nombreux et cohérents pour participer à la construction d'un ordre juridique. Peu importe pour le moment de déterminer sa nature. Mais on constate également que la référence aux principes généraux conduit moins à les retenir comme source principale de rattachement que comme justification d'un rattachement à un ordre juridique qui n'était pas décrypté à la simple lecture de la référence.

Le phénomène est très apparent dans les arbitrages relatifs aux contrats d'Etat et c'est à leur sujet que la controverse a pris l'ampleur que l'on

sait. En effet l'Etat, bien que signataire des clauses contenant totalement ou partiellement une désignation des principes généraux du droit, a presque toujours contesté au cours des procédures arbitrales que la référence aux principes généraux entraînant les fonctions d'exclusion et de désignation qu'en renaissent les arbitres. La controverse est moins vive ou en tout cas différente en ce qui concerne les contrats privés (10) en ce sens qu'elle est plus doctrinale (existe-t-il une *lex mercatoria* ?), que pratique, en ce sens qu'elle oppose plutôt les auteurs que les opérateurs. D'ailleurs bien que les contrats internationaux de droit privé soient les plus nombreux, le contentieux relatif aux principes généraux a surgi principalement à l'occasion de contrats d'Etat. L'âpreté des débats sur un nombre de cas limité s'explique par l'interrogation sous-jacente sur le rôle des Etats dans la création des normes qui sont applicables à leurs opérations. Toutefois le cadre du débat ayant été modifié par la constitution d'une Institution arbitrale créée par les Etats, le CIRDI, dont la convention de création comporte une référence expresse aux principes de droit, il est nécessaire de présenter à nouveau — brièvement — l'état de la jurisprudence arbitrale. On partira d'un arbitrage ad hoc pétrolier qui a été au cœur de la discussion dans la période récente, l'affaire Libye-*Texaco Calasiatic* (11), car ce litige est très représentatif.

Des contrats de concession pétrolière avaient été conclus entre les Autorités libyennes et les deux sociétés américaines, contrats aménagés — et confirmés par conséquent — à plusieurs reprises entre 1955 et 1971, jusqu'à la nationalisation des concessions qui s'est effectuée à la suite de divers incidents entre 1973 et 1974.

L'article 28 du contrat de concession dans sa dernière rédaction était rédigé de la façon suivante :

*La présente concession sera régie et devra être interprétée conformément aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes du droit international et, en l'absence de points communs entre les principes de la loi libyenne et ceux du droit international, elle sera régie et interprétée conformément aux principes généraux du droit, en ce compris ceux de ces principes généraux dont il a été fait application par des juridictions internationales.*

Avec des libellés légèrement différents, réunissant souvent dans la même clause une référence aux principes généraux et aux usages professionnels d'une part, à un droit national d'autre part, c'est une clause que l'on rencontre assez fréquemment dans les contrats ayant pour objet des produits de base, moins fréquemment dans les contrats industriels où la référence aux usages tend à se substituer à celle des principes généraux.

(10) V. OPPETIT, *op. cit.*, note 1.

(11) Texte et commentaire de J.-F. LALIVE : *J.D.I.* 1977, p. 350 et 319.

En tout cas dans l'affaire Texaco-Calasiatic, les principes sont visés par la clause de droit applicable sous trois chefs : les principes de la loi libyenne, les principes du droit international, les principes généraux du droit, visa fait dans un ordre hiérarchique mais dans des intitulés suffisamment flous pour laisser à l'arbitre un large pouvoir d'interprétation. On voit apparaître la fonction éliminatoire des principes généraux du droit, du moins dans l'interprétation donnée par l'arbitre. Mais il franchit une étape supplémentaire en y voyant une internationalisation du contrat et sa soumission au droit international public.

En effet, s'appuyant sur l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire du Lotus, l'arbitre entend par principe de droit international l'ensemble du droit international — tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la Communauté internationale.

Il y a donc, quel que soit l'habillement, application dès l'origine du droit international public puisque une divergence entre les principes du droit libyen et ceux du droit international conduit à l'application d'une nouvelle catégorie, les principes généraux du droit. L'arbitre assimile les principes généraux du droit à ceux dont il est fait mention comme source du droit international à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice. La doctrine la plus récente (12) relève avec un certain désabusement que les deux cours internationales n'ont pas fait appel aux principes généraux pour régler les litiges qui leur étaient soumis. Ce qui fait qu'en réalité tout est ramené au droit international. L'arbitre a simplement déduit, après des raisonnements plus complexes, que les parties avaient entendu soustraire leur contrat à un droit national (libyen) pour l'internationaliser et le soumettre au droit international public. Deux arguments supplémentaires militaient en ce sens, la soumission des différends contractuels à l'arbitrage international, l'internationalisation de la juridiction impliquant l'internationalisation du droit applicable ; la nature du contrat qualifié d'accord de développement économique qui conduirait à un régime spécial. Ce n'est pas le lieu de discuter de la valeur de ces arguments, mais simplement de constater la fonction que peuvent jouer les principes généraux lorsqu'ils sont inclus par les parties dans la clause de droit applicable. Et de remarquer que l'on ne va pas au-delà d'un rattachement au droit international public tel qu'il est interprété par la Cour Internationale de Justice (affaire de la Barcelona Traction), c'est-à-dire dans une vision conservatrice. Cette interprétation a été confirmée à l'occasion d'arbitrages CIRDI, bien que le contexte soit différent. L'article 42 de la Convention de Washington du 18 mars 1965 introduit bien la notion de principe de droit, mais contrairement à ce que l'on a relevé pour les arbitrages ad hoc, c'est en l'absence de clause de droit applicable insérée par les parties que les principes interviennent directement. En effet l'arti-

(12) D. CARREAU, *Droit international*, 2<sup>e</sup> éd., n° 728.

cle 42 dispose qu'à défaut d'accord des parties sur le droit applicable, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend... ainsi que les principes de droit international en la matière. Certes, les parties pourraient élaborer une clause analogue à celle des contrats libyens et l'on se trouverait devant la même difficulté d'interprétation. Mais en ce qui concerne l'alternative au choix des parties, deux sentences ayant été déferées à des Comités ad hoc selon la procédure prévue par l'article 52 de la convention (13), les deux Comités ont précisé comment il fallait articuler le recours au droit de l'Etat contractant et celui aux principes de droit international. En effet, deux difficultés étaient apparues au lendemain même de la conclusion de la convention : quels étaient les principes en la matière, quel rôle jouaient-ils par rapport au droit local (14) ?

Trois interprétations de la notion de principe de l'article 42 ont été présentées : une doctrine dominante, s'appuyant sur le rapport des Administrateurs de la Banque accompagnant la Convention, assimile les principes de droit international en la matière aux principes généraux du droit applicable par la Cour. Une autre doctrine pragmatique, constatant qu'un tribunal arbitral ne peut guère être éclairé par les principes mis en œuvre par la Cour pour régler des conflits relatifs à des contrats internationaux même d'investissement, surtout si la conception large de la notion d'investissement est retenue, assimile ces principes aux règles générales reconnues dans les milieux économiques internationaux, règles qui sont visées d'ailleurs dans d'autres Conventions internationales telle la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ou la Convention de Genève sur l'arbitrage. Une troisième voie intermédiaire a été empruntée par P. Weil qui y voit en quelque sorte une référence à un droit international des contrats (d'Etat) internationaux en train de se construire.

Les deux décisions des Comités ad hoc ont opté pour l'interprétation la plus restrictive, celle de la référence à l'article 38 avec une justification donnée par la décision Amco : la Convention de Washington a marqué une étape importante dans les rapports Etats-personnes privées étrangères puisque les Etats d'accueil ont accepté de renoncer (en principe) au recours à leurs juridictions internes, et les Etats d'origine de l'investisse-

(13) Sentence Cameroun-Klockner du 21 oct. 1983, décision d'un comité ad hoc présidé par Pierre LALIVE, assisté de Ahmed EL KOSHERI et de Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN du 3 mai 1985 : v. commentaire Emmanuel GAILLARD : *J.D.I.* 1987, p. 163 ; *Foreign Investment Law Journal*, 1986. Sentence Indonésie Amco du 24 mai 1984, décision d'un comité ad hoc présidé par Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, assisté de F. CORENTINO FELICIANO et Andrea GIARDINA du 16 mai 1984 ; v. commentaire Emmanuel GAILLARD : *J.D.I.* 1987, p. 145 et 175.

(14) B. GOLDMAN, « Le droit applicable selon la Convention de la BIRD du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats » in *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Pedone 1969, p. 150 et s.

ment à l'exercice de leur protection diplomatique et au contrôle des sentences rendues. La combinaison droit local-droit international public donne donc la garantie que les contrats d'Etat, et par voie de conséquence les Etats, seront soumis au droit international public.

En effet, les deux décisions acceptent l'idée que la copule « ainsi que » implique que le droit international (principe) interviendra soit pour compléter les lacunes du droit de l'Etat contractant (peu probables vu la pauvreté du droit international en la matière), soit pour se substituer au droit de l'Etat contractant, si celui-ci était en contradiction avec le droit international. La pratique arbitrale révèle que la contradiction surgit principalement, en cas de nationalisation, à propos de l'attribution d'une indemnité et de son mode de calcul. C'est un des points sensibles du nouvel ordre économique international, et s'il paraît maintenant reconnu que le droit d'un Etat à nationaliser n'est pas discutable, les limites de ce droit restent encore à trouver et surtout les conséquences à tirer sur le calcul de l'indemnité des circonstances de la nationalisation sont controversées.

La référence à l'article 38 du Statut de la Cour par les arbitres conduit à une construction cohérente mais peu appropriée à la conception moderne de l'investissement qui insiste moins sur les prérogatives de la propriété et plus sur la dynamique économique des opérations entreprises et la coopération industrielle.

La pratique arbitrale révèle un autre problème qui se rattache d'ailleurs étroitement à celui des limites du droit à nationaliser, celui de la valeur à attribuer aux clauses dites de stabilisation. Elles ont été invoquées dans les affaires libyennes comme dans le litige opposant le Koweït à la société américaine Aminoil avec des clauses de droit applicable faisant référence aux principes généraux. Utilisés par référence à l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice par les arbitres, ils ont permis de mieux établir les modes d'action de l'Etat relativement à la propriété étrangère. En revanche, les arbitres n'ont pas vraiment réussi à dégager des principes généraux propres à assurer le fonctionnement d'un contrat d'Etat en tant que contrat spécifique. Dans le domaine du droit commercial international, on voit surgir le même type de problème. Lorsque les parties n'ont pas fait expressément référence à un droit national ou lorsqu'elles ont visé les usages internationaux, les principes généraux du droit applicable aux relations économiques internationales ou les principes généraux faisant partie de la *lex mercatoria* (15), les tribunaux arbitraux, s'appuyant souvent d'ailleurs sur les règlements d'arbitrage (16) ou des conventions internationales, ont tendance à soumettre le contrat non plus à un droit national mais à un système transnational de plus en plus connu sous le

(15) V. B. OPPETT, *op. cit.* note 1.

(16) Règlement de la Cour d'arbitrage de la CCI, art. 13, al. 3 et 5.

nom de *lex mercatoria*. Il ne s'agit plus du droit international public élaboré par les Etats mais d'un ordre juridique distinct professionnel et qui organise uniquement les relations commerciales internationales. Une telle position a été fort critiquée et on a contesté à la fois l'existence d'un tel ordre et sa consistance. Mais, quoi qu'on en pense, on ne peut nier la réalité arbitrale d'autant plus que plusieurs juridictions suprêmes reconnaissent soit la nature de règle de droit de la *lex mercatoria*, soit la compatibilité d'un ordre national et de la *lex mercatoria* (non atteinte à l'ordre public) (17). L'abondance (relative) des sentences arbitrales qui s'appuient sur des clauses contractuelles faisant mention des principes généraux pour soumettre le contrat à la *lex mercatoria* est suffisante pour qu'on ne soit plus en face de cas d'espèce où l'audace ou la fantaisie de l'arbitre tiendrait lieu de consensus. Le problème est donc déplacé de l'existence d'un droit international corporatiste vers l'examen de sa capacité réelle à se constituer en véritable ordre juridique assis sur des principes assez nombreux et assez précis pour assurer la cohérence et l'efficacité du système.

## II. — LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT, FONDEMENT DE L'ORDRE PUBLIC DES ARBITRES

Dans un système juridique tel que celui qui vient d'être mentionné, la première question qui vient à l'esprit est de savoir si l'on peut déterminer des principes fondamentaux qui s'imposeraient aux arbitres et que ceux-ci imposeraient dans leurs sentences. En effet tout système juridique connaît des principes fondamentaux dont l'atteinte est sanctionnée même si les comportements en cause empruntent des voies formellement correctes. En droit international public c'est le *jus cogens* recueilli — laborieusement d'ailleurs — par la Convention de Vienne sur les Traités (18). En effet, l'existence même d'une norme de ce type a souvent été vue avec méfiance notamment par l'Ecole positiviste qui y voit la renaissance d'un moderne droit naturel et qui, sans nier l'existence de principes généraux les situe à un niveau hiérarchique moins élevé. En tout état de cause, en dehors des atteintes aux droits de l'homme, il n'y a pas de règles qui actuellement bénéficient d'un large consensus pour les faire entrer dans

(17) V. *supra*, note 7.

(18) Art. 53 : Norme impérative du droit international général... acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise en ce qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

la définition de l'article 53 de la Convention (19). On ne peut manquer d'être frappé par la solennité de la norme et son peu d'effectivité.

En droit international privé, une jurisprudence française célèbre, la jurisprudence Rivière, a introduit une série de distinctions dans la notion d'ordre public (20). Ainsi, s'il faut se montrer conciliant à l'égard des situations créées régulièrement à l'étranger (ordre public international atténué), certaines règles étrangères heurtent trop les conceptions françaises pour pouvoir être reçues. Et par un paradoxe linguistique inattendu, l'ordre public atténué donne la mesure de l'ordre public fondamental.

L'attitude des agents juridictionnels du système commercial international constituerait donc un test de la cohésion du système et une telle démarche de leur part semblerait logique. Mais on voit tout de suite les difficultés qui surgissent et qui ont été exposées dans une des études les plus achevées sur ce thème.

Tout d'abord, il y a peu de sentences ayant directement abordé le problème, la plupart se référant à des lois d'application immédiate ou à des ordres publics nationaux plutôt qu'à des principes fondamentaux de l'ordre commercial international. D'autant plus que la terminologie utilisée, et par voie de conséquence les idées qu'elle recouvre, est souvent floue et redondante. Et même dans le cadre du système commercial international, on peut hésiter à attribuer les principes retenus à la sphère des principes fondamentaux, équivalents, mutatis mutandis, à ceux du jus cogens, ou à celle de principes généraux importants, mais quand même qualitativement moins élevés. Cela ne leur enlève rien de leur intérêt pour notre sujet mais les situe ailleurs (v. *infra*).

Le cas le plus net est constitué par la corruption (21). On peut affirmer que l'intervention de tiers dans la conclusion d'un contrat est un phénomène généralisé. Ahmed El Kosheri et Philippe Leboulanger dressent une liste impressionnante, et sans doute encore incomplète, des contrats utilisés : mandat, commission, courtage, agence, représentation, consultation, conseil, sponsoring, etc. (22). Tous recouvrent la même démarche : obtenir, par l'intermédiaire d'un tiers, une position favorable des autorités administratives ayant pouvoir de conclure ou d'autoriser la conclusion

(19) Par exemple, Dominique CARREAU retient comme règle admise du jus cogens : la prohibition de l'emploi de la force, les crimes contre l'humanité, le non-respect des principes humanitaires, plus d'autres règles comme le principe de la liberté des mers ou celui de la coexistence pacifique : *Droit international*, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 174, 175 et 176.

(20) Cass. civ. 17 avril 1953, Rivière c. Roumiantzeff : *Rev. crit. dr. int. pr.* 1953, 412, note BATIFFOL ; *J.D.I.* 1953, 860, note PLAISANT ; *JCP* 53, II, 7863 note BUCHET ; *Grands arrêts jurisp. fr. dr. int. pr.* p. 193.

(21) C'est d'ailleurs l'exemple sur lequel s'appuie Pierre LALIVE dans son étude sur « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » : *Rev. Arb.* 1986, 329 ; *adde* Ahmed EL KOSHERI et Philippe LEBOULANGER, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence » : *Rev. Arb.* 1984, p. 3.

(22) A. EL KOSHERI et Ph. LEBOULANGER, *op. cit.* note 21.

d'un contrat. Toute intervention n'est d'ailleurs par critiquable car la complexité de certaines réglementations, le nombre et le peu de visibilité des administrations compétentes, auxquels il faut ajouter les difficultés de langue, justifient parfaitement l'appel à des conseils locaux. Et d'ailleurs certains pays font obligation à l'investisseur ou au commerçant étranger d'avoir un relais local. En revanche, pour tenter de lutter contre une corruption trop évidente, certains d'entre eux font défense, par clause contractuelle, de faire appel à des intermédiaires. La discrétion des intéressés rend rare l'accès des contrats de corruption au prétoire arbitral. On connaît quelques espèces cependant.

Dans la première, ancienne déjà, un intermédiaire argentin entre une entreprise britannique et l'administration locale était intervenu sans succès à l'occasion d'une adjudication portant sur la construction d'une centrale électrique, mais imputait, bien qu'il fût resté inactif depuis, à ses précédentes démarches le succès de l'entreprise anglaise dans l'adjudication d'un nouveau marché. Il réclamait sa commission. L'affaire est portée devant le juge Lagergren pris comme arbitre unique. L'arbitre expose que si l'on se place d'un point de vue d'un bon gouvernement ou de celui de l'éthique commerciale, il est impossible de fermer les yeux sur la destination probable de montants de cette ampleur, ni sur leur effet destructeur sur le commerce et l'entrave qui en résulte sur le progrès industriel. Et l'arbitre se déclare incompetent car c'est « un principe général de droit reconnu par les Nations civilisées que des contrats qui violent sérieusement les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont non valables ou, à tout le moins, insusceptibles d'exécution forcée et qu'ils ne peuvent recevoir la sanction des tribunaux ou des arbitres » (23).

Une deuxième affaire est analogue dans sa motivation sinon dans ses résultats, car l'arbitre va se déclarer compétent mais annuler le contrat : une entreprise étrangère avait obtenu, grâce à un intermédiaire, des marchés publics. L'intermédiaire réclamait un reliquat des commissions prévues dans le contrat, contrat qui contenait une clause compromissoire. L'arbitre unique, siégeant à Vienne, admet qu'il ne peut y avoir d'autre explication à l'intervention que la corruption (le contractant était fonctionnaire), se reconnaît compétent (autonomie de la clause compromissoire), déclare le contrat nul d'une nullité absolue et relève qu'on peut aussi apprécier l'affaire (déjà examinée au regard du droit français) « *en dehors de toute loi nationale, d'après ce qui est considéré être la moralité dans les affaires internationales* » (24).

Dans une troisième affaire, un peu différente dans sa présentation, on est en présence d'un montage destiné à permettre à l'un des contractants

(23) Cité par EL KOSHERI et LEBOULANGER *op. cit.* note 21, p. 11.

(24) *Ibid.* p. 17.

d'obtenir des allocations de devises (25). Les arbitres relèvent que *tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives ou d'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs est nul d'une nullité absolue... Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international.*

Ce qui est intéressant dans ces trois affaires, c'est la rigueur de la motivation et l'appel à une juridicité internationale beaucoup plus qu'à des droits nationaux, même s'il leur est fait référence. La rigueur manifestée est peut-être même plus grande que celle qu'auraient manifestée des autorités administratives nationales. Bruno Oppetit, dans un article très fouillé et récent (26), a montré les ambiguïtés de la position des Etats qui, souvent, facilitent le paiement de commissions qui sont fréquemment de simples faits de corruption et, en tout cas, ne découragent pas un tel état de fait au nom du réalisme commercial. L'énergie et le sens des responsabilités des arbitres montrent que la reconnaissance ou la détermination et l'application de principes fondamentaux dans la jurisprudence arbitrale est possible même si échantillon et champ sont limités actuellement.

En effet, on peut se demander si d'autres domaines ne devraient pas permettre une extension de ce contrôle de la moralité, de l'éthique professionnelle, ainsi dans le domaine de la concurrence ou de la protection du patrimoine culturel.

On sait qu'il s'agit d'un problème extrêmement grave de la vie économique que celui des rapports des entreprises entre elles. Tous les grands Etats industriels relevant d'une économie de marché ont établi des règles de concurrence et poursuivi les abus de position dominante. Par d'autres techniques, les pays socialistes organisent les relations entre leurs entreprises. De nombreux codes de conduite sont en cours d'élaboration au sein du système des Nations Unies et deux d'entre eux sont en vigueur. De même, de nombreux codes privés « émis » par des entreprises transnationales ou par des associations professionnelles contiennent des déclarations de comportement constituant des engagements unilatéraux précis (27) dont la violation serait une atteinte à l'ordre éthique de l'entreprise ou de l'association considérée.

Jusqu'à présent, si d'assez nombreuses affaires relatives au droit de la concurrence sont venues devant les arbitres, ceux-ci ont surtout dû se

(25) Affaire CCI n° 2730, 1982 : *J.D.I.* 1984, 914.

(26) B. OPPETIT, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international » : *J.D.I.* 1987, p. 5.

(27) V. G. PEVTCHIN, Les codes de bon comportement, notamment dans la gestion des sociétés multinationales in *L'hypothèse du non-droit*, Liège 1978, p. 43 ; G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Mélanges GOLDMAN*, p. 47.

prononcer sur leur compétence (v. encore CCI, affaire 4604, 1984). En effet une doctrine très importante soutient que les arbitres n'ont pas compétence pour se prononcer sur des affaires mettant en cause des règles d'ordre public. Avec des nuances importantes, la réponse actuelle est que ce qui importe ce n'est pas tant que les arbitres jugent des affaires qui mettent en cause des règles d'ordre public mais que leur sentence n'y porte pas atteinte. Et ce mouvement vient d'être considérablement renforcé par la décision de la Cour Suprême des Etats Unis dans l'affaire Mitsubishi. Mais dans tous les cas où les arbitres se sont déclarés compétents, ils ont appliqué des législations nationales et n'ont pas recherché s'il existait un principe général de droit transnational applicable en la matière.

D'un point de vue théorique, il semble exclu que les règles relatives aux ententes puissent devenir des principes fondamentaux du droit commercial international, car si importantes soient-elles pour les Etats qui les édictent, elles sont trop conjoncturelles et trop liées aux soubassements idéologiques des Etats pour être transférées dans une autre sphère. En revanche, on doit se demander si l'abus de domination, dans ses manifestations les plus fortes, ne constitue pas une atteinte fondamentale à l'éthique commerciale. En effet, la violence économique dans ses manifestations les plus brutales porte une atteinte profonde aux libertés. Et l'on est bien au-delà d'une simple transposition de la théorie des vices du consentement, toujours mal reçue par des arbitres qui estiment d'une façon générale que des professionnels n'ont pas besoin d'une protection particulière. Mais dans les cas trop évidents de violence économique, c'est tout le système commercial qui est atteint. C'est donc un des domaines où des principes fondamentaux pourraient et devraient être dégagés indépendamment des législations nationales ou régionales qui connaissent et répriment les comportements de domination abusifs tels que ceux visés par l'article 86 du Traité de Rome et en complément des législations qui les ignorent. C'est même semble-t-il, un domaine privilégié pour les professionnels que sont les arbitres (28).

Un autre domaine, mais qui s'éloigne d'une vision organisatrice du commerce international, pourrait être celui concernant les opérations portant sur ou pouvant toucher par répercussion les grands biens culturels constituant les fondements du patrimoine commun de l'humanité. Un exemple, bien connu en Egypte puisqu'il s'agit de la fameuse affaire du Plateau des Pyramides, peut être cité : indépendamment de toute appréciation sur le comportement des parties et sur la validité apparente des contrats, les arbitres ne doivent-ils pas s'assurer que le contrat international qui leur est soumis ne porte pas une atteinte irréparable à un

(28) Dans un sens analogue, Jean-Hubert MAITRY, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la *lex mercatoria* » : *Rev. arb.* 1989, p. 3 s., notamment p. 33 à 36.

élément essentiel du patrimoine commun de l'humanité. En effet, est-ce qu'un contrat correctement conclu, mais dont il se révèle que son exécution risque de porter atteinte à un monument de qualité ou de signification exceptionnelles peut être maintenu. Dans l'affaire dite du Plateau des Pyramides en cours d'arbitrage devant le CIRDI, après l'avoir été devant la CCI (29), une entreprise étrangère devait construire un ensemble touristique et immobilier dans un lieu assez proche des Pyramides de Guizeh. Il a semblé, après la conclusion des accords entre l'entreprise étrangère et les autorités égyptiennes, qu'un tel ensemble pourrait compromettre la conservation du site. Ce souci est-il une cause légitime de rupture de contrat au nom des intérêts supérieurs de l'humanité ? Pour que le problème se pose dans le cadre de l'ordre public international, il doit s'agir nécessairement d'un site ou d'un monument d'une qualité exceptionnelle, car il peut être très grave de voir disparaître ou être endommagés des biens culturels irremplaçables pour de simples raisons commerciales. Il n'est pas de la mission des arbitres de refaire le monde et de se substituer aux autorités publiques et aux consciences individuelles pour le quotidien. En revanche, lorsqu'un intérêt fondamental est en jeu, n'est-il pas du devoir des arbitres comme de celui de tout juge, même privé, de le préserver. Comme en matière de domination économique, il ne s'agit pas pour l'arbitre de s'instituer le censeur d'actes banaux, mais d'assumer la cohésion et la cohérence d'un système dans des circonstances exceptionnelles de façon à ne pas faire des milieux d'affaires des sociétés fermées, indifférentes.

A côté de la condamnation de la corruption comme pratique du commerce international déjà acquise, on peut ajouter deux propositions concrètes de reconnaissance de principes fondamentaux qui viendraient en quelque sorte donner les moyens de contrôler les comportements des agents économiques et apporter à la notion d'ordre juridique transnational de la substance. Notre conclusion sur ce point serait donc que la notion de principe fondamental est déjà connue et mise en œuvre par les tribunaux arbitraux dans un domaine restreint mais qui pourrait être élargi. Et que si l'on veut conserver sa valeur à la notion, il faut limiter son intervention à l'essentiel. En revanche un ordre transnational a besoin pour exister de nombreux principes opérationnels qui servent de guide et de règles éventuelles aux parties pour leurs opérations quotidiennes.

### III. — LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT, ÉLÉMENTS DE STRUCTURE

On aborde ici une troisième façon pour les arbitres de faire jouer un rôle aux principes généraux du droit. C'est sans doute dans cette

(29) Cass. civ. 6 janv. 1987 : *J.D.I.* 1987, 638, note GOLDMAN, Paris, 2 juill. 1984 : *J.D.I.* 1985, 124 note GOLDMAN ; *Rev. Arb.* 1986, 75, commentaire LEBOULANGER p. 4.

« manipulation » que les arbitres se sentent le plus à l'aise, car elle répond à un besoin profond des opérateurs du commerce international et elle est facilitée par la formation des arbitres. Il s'agit, sur un fond de contrats internationaux et d'usages, de dégager les grandes règles qui donneront du corps à un ensemble diffus, de structurer d'un point de vue juridique des relations commerciales par hypothèse transnationales. Différents auteurs ont énoncé à quelles conditions un principe général du droit était un élément de structure et ont dressé des listes de principes généraux qu'ils considéraient comme effectivement mis en œuvre par les arbitres. Ainsi Bruno Oppetit soutient que les principes généraux ne peuvent exister en tant que catégorie juridique que s'ils constituent une source autonome du droit et non s'ils se confondent avec une autre source dont ils deviendraient en quelque sorte une représentation systématique et synthétique (30). L'accord semble se faire pour considérer qu'un principe général du droit doit présenter un degré suffisant d'abstraction et de généralisation pour pouvoir être énoncé et entrer dans le syllogisme juridique. Ce qui permettrait de distinguer le principe général des usages professionnels qu'une doctrine trop réductrice a tendance à confondre. Mais on a également beaucoup insisté sur la nécessaire concrétisation ou d'une spécialisation du principe général pour qu'il soit efficace et effectif (31). En effet seule la spécialisation des principes conduirait à une réelle structuration du système en ce sens qu'il devient lisible et son fonctionnement prévisible, et les solutions ainsi déterminées reproductibles. Ainsi l'utilisation si fréquente du principe général de droit du respect de la bonne foi qui est le pivot du raisonnement de beaucoup de tribunaux arbitraux est plus une directive philosophique d'évaluation d'un comportement qu'une véritable règle en raison de son imprécision. Mais en tant que principe donnant une base à des principes dérivés régulant des situations concrètes, on arrive à un système dont on peut prendre la mesure exacte et évaluer la solidité de la texture ainsi réalisée. On suivra le déroulement d'un contrat pour examiner quelques-uns des principes reconnus par les arbitres.

Un moment fort important est celui de la conclusion du contrat. En effet, si les arbitres ont toujours été réticents à reconnaître que des professionnels puissent invoquer un vice du consentement, en revanche ils ont été plus attentifs à veiller à ce que les contractants ne conservent pas par devers eux l'information qui aurait permis à leur partenaire de se prononcer en connaissance de cause.

Le problème a été particulièrement mis en lumière à l'occasion de l'affaire Klockner en raison de la vigueur avec laquelle le tribunal arbitral

(30) B. OPPETIT, « Les principes généraux du droit en droit international », *op. cit.* note 1.

(31) E. GAILLARD, *Chronique CIRDI* : *J.D.I.* 1987, 157.



— à la majorité et non à l'unanimité — a énoncé le principe général d'un devoir d'information totale et de l'annulation de la sentence par un comité ad hoc. C'était la première fois que cette procédure de contrôle était utilisée dans le cadre du CIRDI. Sur ce chef, l'annulation a été motivée par le recours du Tribunal arbitral à un principe général plutôt qu'au droit français, droit normalement applicable. Mais la question subsiste de l'existence ou non du principe et de l'étendue de la règle posée. Comme on le voit bien dans l'affaire Klockner, le problème de l'information des contractants se pose à deux périodes bien différentes des relations contractuelles. Dans un premier temps, l'information se situe dans la période pré-contractuelle et donne les éléments permettant de conclure loyalement le contrat ; dans un deuxième temps, elle permet, en cours d'exécution, à chaque contractant d'agir en conséquence et conduit à l'adaptation du contrat. Dans l'affaire Klockner, même si les demandes du Cameroun et les réponses des arbitres n'ont pas toujours été très claires, il apparaît nettement que l'information précontractuelle avait de l'importance pour la convention d'établissement conclue entre le Gouvernement camerounais et ses partenaires et pour le contrat d'achat clé en main de l'usine d'engrais ; en revanche, l'information post-contractuelle avait de l'importance pour l'exécution du contrat de gestion. L'information a d'autant plus d'importance que le contrat est de longue durée.

Dans son commentaire (32) E. Gaillard souligne que la règle trouve naturellement sa place parmi les principes généraux du droit applicables aux contrats internationaux car elle découle du principe de bonne foi dont elle constitue une application spécialisée. En l'espèce la justification repose sur la complexité des entreprises (sens opérationnel) internationales aboutissant à la mise en place d'ensembles industriels où il est fréquent que les professionnels, qu'ils soient publics ou privés, ne soient pas de même qualité technique. Mais il est probable que l'énoncé du principe par le Tribunal de l'affaire Klockner est trop large et qu'il ne distingue pas non plus avec assez de précision l'étendue de l'obligation avant la conclusion du contrat et pendant son exécution. C'est pourquoi la sentence rendue le 14 avril 1986, dans l'affaire Atlantic Triton c. République de Guinée fournit une règle plus exacte. Dans cette affaire les autorités guinéennes avaient conclu un accord de gestion avec une société norvégienne pour la mise en état de la gestion de trois navires de pêche norvégiens achetés d'occasion. L'opération n'a pas donné les résultats escomptés. Le tribunal reconnaît à Atlantic Triton un devoir de conseil, mais en ce qui concerne le choix inadapté des navires que la Guinée reprochait à Atlantic Triton de lui avoir laissé faire, faute d'information suffisante, le tribunal estime que « *la mission guinéenne, même si elle n'était pas composée d'experts très qualifiés aurait pu s'en rendre compte*

(32) *J.D.I.* 1987, 141.

*dès l'origine* ». C'est donc une correction apportée à la sentence Klockner en ce sens qu'il faut déjà s'informer soi-même avant d'exiger que les autres vous informent. Un professionnel ne peut rester passif et la passivité vient en quelque sorte diminuer la responsabilité du partenaire et par voie de conséquence son obligation. La règle avait été énoncée dans les mêmes termes dans une affaire (CCI 1970-1972) dans laquelle un concessionnaire, déçu par ses résultats sur le marché espagnol invoquait l'erreur sur la substance. Les arbitres constatent que l'importateur était parfaitement au courant des caractéristiques techniques et commerciales du produit et que, *s'il n'a pas procédé à une étude approfondie de la situation du marché espagnol*, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même et il ne peut en tenir son partenaire pour responsable.

Un autre principe a été rattaché à la bonne foi, c'est celui de la responsabilité contractuelle. Il a été énoncé entre autre par le tribunal arbitral de la célèbre affaire Norsolor (sentence CCI du 26 octobre 1979) (33). Le contenu même du principe mis en œuvre par le Tribunal arbitral a été occulté au bénéfice d'une immense discussion sur l'existence ou non de la *lex mercatoria* à la suite de deux décisions des Cours suprêmes d'Autriche et de France dans cette affaire (34). Dans un premier temps, le tribunal arbitral a écarté les lois nationales, faute d'en trouver une dont l'application s'imposât avec suffisamment de force, pour leur substituer la *lex mercatoria* internationale. Dans un deuxième temps, le tribunal a dégagé comme inspirant la *lex mercatoria* le principe de bonne foi qui exprimerait non seulement un état psychologique, la connaissance ou l'ignorance d'un fait, mais aussi une référence aux usages, à *une règle morale* de comportement. Elle traduit alors une exigence de comportement qui peut être rapprochée du principe général de responsabilité. Et c'est ainsi que la bonne foi se transforme en un autre principe concret, le principe de responsabilité qui est mis en œuvre si trois éléments sont réunis : un fait, ici la rupture d'un contrat, un préjudice et l'imputabilité de la rupture à l'une des parties, du préjudice à l'autre, et que le second soit la conséquence de la première. On reconnaît dans ces conditions les règles généralement suivies par les droits nationaux. Mais chacun de ceux-ci apporte des nuances liées aux traditions juridiques de chaque pays. Et l'apport essentiel de la sentence Norsolor est d'avoir directement rattaché la responsabilité à un principe général de droit transnational. D'autres sentences ont apporté des aménagements au principe général en faisant obligation au créancier de faire ce qui est possible pour diminuer le dommage subi et c'est en quelque sorte un troisième principe général dérivé de la bonne foi.

(33) *Rev. Arb.* 1983, p. 525.

(34) V. notamment GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*, l'affaire Norsolor » : *Rev. Arb.* 1983, p. 379.

Cette obligation est, au premier abord, paradoxal. En effet, le contrat prévoit des obligations à la charge de chacune des parties. Si l'une exécute mal ses obligations, il est étonnant que l'on impose à l'autre, celle qui supporte la mauvaise exécution, d'assumer en plus la sauvegarde de son débiteur. C'est pourtant un principe constant que l'on rattache à la bonne foi mais qui relève autant de la notion d'économie du contrat et de comportement actif. Chacun doit déployer un minimum d'activité pour éviter les gaspillages. Cela ressort assez bien de différentes sentences.

Ainsi dans l'affaire CCI 2142 jugée en 1974 (35) à l'occasion de marchandises non enlevées par l'acheteur, le tribunal arbitral reconnaît que *devant une telle défection le vendeur n'a pu écouler la marchandise dans des conditions satisfaisantes (mais) que (le vendeur) compte tenu de son organisation et de son importance internationale, devait trouver d'autres acheteurs pour le... au plus tard*. Et les dommages-intérêts accordés sont réduits en conséquence.

Dans une affaire plus récente (affaire CCI-3344-1581) (36), il s'agissait de vente de pétrole effectuée dans le cadre d'un contrat de trois ans. A la suite des hausses de cours survenues après 1973 et de la dévaluation du dollar, des négociations s'étaient ouvertes pour fixer un nouveau prix. Le vendeur fit une offre légèrement en-dessous du prix facturé à ses autres clients et factura son pétrole sur le fondement de ce nouveau prix ; l'acheteur continua à enlever et à payer le prix ancien. Certaines livraisons ne furent plus effectuées. D'où le litige. Le tribunal arbitral non seulement relève que l'acheteur n'a pas apporté la preuve du préjudice allégué ni celle du *fait requis par la jurisprudence internationale qu'(il) avait pris toutes les mesures pour limiter son préjudice* ou encore (affaire 2478) *en vertu des principes généraux du droit... il appartient à la partie lésée de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas augmenter le dommage* dans le même sens (affaire CCI 4761, sentence de 1987).

La règle a son origine dans les droits de common law dont elle constitue une des manifestations *of duty to mitigate*. Il est donc intéressant de constater qu'elle a été reformulée et généralisée par le système arbitral comme principe général. Elle a été reprise par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dans son article 77. L'article donne une précision qui n'est pas toujours explicite dans les sentences arbitrales : le créancier n'est tenu — mais il est tenu — de prendre que les mesures raisonnables eu égard aux circonstances.

Les arbitres ont également été amenés à dégager des principes généraux en ce qui concerne l'extinction des obligations et c'est sans doute un des points où la théorie du droit est la plus abstraite et où on ne s'attend pas

(35) *J.D.I.* 1974, 892.

(36) *J.D.I.* 1982, 978.

à ce que des principes généraux opérationnels soient facilement dégagés par eux. Pourtant en matière de compensation, dans l'affaire CCI n° 3540-1980 (37), on trouve toute une théorie de la compensation. Il s'agissait d'un litige opposant un entrepreneur à un sous-traitant concernant la réalisation d'un ouvrage à livrer à un tiers.

Le Tribunal arbitral pose d'abord la règle que selon les principes généraux du droit, la compensation est un mode d'extinction à due concurrence de deux obligations de la même espèce existant réciproquement entre deux personnes. Puis il précise les conditions qui doivent être réunies dans la compensation non conventionnelle pour que celle-ci puisse se faire — et toujours selon les principes généraux du droit : identité et réciprocité des sujets, identité de nature des prestations dues, caractère certain et liquide des créances, exigibilité des créances (absence de terme). Les conditions retenues par le Tribunal arbitral ne présentent aucune particularité par rapport à celles mises en œuvre par les droits nationaux. Mais en les détachant des systèmes étatiques pour les élever au rang de principe général, les arbitres ont apporté un élément de structuration important à la *lex mercatoria* et font apparaître un corps de règles de plus en plus cohérent et étendu. Et leur œuvre ne se limite pas à la compensation mais aussi à toutes les institutions qui, rangées dans la catégorie des sanctions, préfigurent la rupture du contrat telles *l'exceptio non adimpleti contractus* ou la résolution.

Une dernière application concrète du principe de bonne foi a été récemment « découverte » à l'occasion de l'affaire Amco, mais il est probable que des applications antérieures existent, tant elle semble logique et dans l'esprit de la *lex mercatoria*, c'est l'obligation faite à une partie de ne pas se contredire, obligation connue dans les droits anglo-saxons sous la dénomination d'estoppel et qui a été traduite par interdiction de se contredire aux dépens d'autrui (38). Elle se situe plutôt au stade de la procédure. Dans son origine anglo-saxonne, le principe a pour fonction d'assouplir le formalisme procédural en interdisant à une personne qui, par ses déclarations, son attitude, ses actes, a conduit une personne à modifier sa position à son détriment ou au bénéfice de la première personne d'établir en justice un fait contraire à cette représentation initiale. C'est une règle connue dans d'autres droits nationaux et que l'on peut rapprocher de la théorie de l'apparence. On peut la schématiser en la formulant de la façon suivante : nul ne peut profiter de ses propres contradictions au détriment d'autrui. Le domaine de la procédure est le domaine d'élection de l'application de ce principe.

(37) *J.D.I.* 1981, 914.

(38) E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) » : *Rev. Arb.* 1985, 241.

Ainsi dans une affaire CCI n° 4929, qui portait sur une vente maritime de céréales, il s'est révélé que l'acheteur était en réalité un intermédiaire, mais il ne s'était découvert que postérieurement à la conclusion du contrat (conclusion par échanges de télex). A l'occasion d'un différend, malgré l'existence d'une clause compromissoire, le vendeur avait saisi un tribunal judiciaire devant lequel l'acheteur avait opposé la clause compromissoire. Le tribunal s'étant déclaré incompétent, le vendeur avait fait fonctionner la clause compromissoire. Devant les arbitres, l'acheteur opposait sa qualité d'intermédiaire. Le tribunal arbitral, outre un raisonnement technique complexe sur la représentation en droit suisse, droit applicable, a relevé le caractère contradictoire des deux positions successives de l'acheteur pour asseoir sa propre compétence. Dans l'affaire Amco qui avait servi de point de départ à Emmanuel Gaillard pour son étude sur l'estoppel, on trouve une situation analogue puisqu'il s'agissait d'établir si un procès avec une institution indonésienne en telle qualité empêchait une action arbitrale en une autre qualité. Enfin dans une troisième affaire venue devant le tribunal des différends irano-américains (39) où il s'agissait de faire la preuve de paiement de cotisation sociale, le tribunal énonce que lorsqu'une affirmation a été émise à un moment proche des événements en cause et que l'autre a été émise en cours d'instance, en considération de la règle générale de preuve selon laquelle les affirmations contradictoires d'une partie intéressée doivent s'interpréter contre cette partie, etc.

Les conditions d'application sont même précisées : il doit exister une véritable contradiction entre deux comportements, et celle-ci doit provoquer un préjudice effectif.

On peut donc constater que la gestion de la juridicité du commerce international par les arbitres par l'instrument des principes généraux du droit aboutit à la mise en place d'un ensemble de règles qui couvrent un vaste champ des problèmes que soulève un contrat international. Et encore faut-il souligner que la recension faite ne porte que sur quelques cas et que par exemple les directives d'interprétation qui mériteraient une étude à elles seules n'ont pas été abordées ici car elles s'adressent plus aux arbitres qu'aux parties, mais elles ne sont pas sans influence sur le fond. Quelques auteurs, à partir du vaste champ d'observations que constituent les sentences arbitrales, ont tenté de dresser l'inventaire des principes généraux structurant l'ordre juridique du commerce international. Le plus étendu paraît être celui dressé par Lord Justice Mustel (40) qui ne dénombre pas moins de vingt principes, qu'il ne prend d'ailleurs pas à son compte, mais qu'il relève comme étant invoqués à titre de constituant essentiels de la *lex mercatoria* dans son état présent. Bien que cette

(39) Sentence 73-67-3 publiée en extraits in *Rev. Arb.* 1985, p. 272.

(40) *The New lex Mercatoria : The First Twenty-five Years* préc. note 8.

liste dépasse peut-être quelque peu la pratique arbitrale et reprenne des suggestions d'auteur, elle est fort instructive et mérite d'être reproduite :

1. *A general principle that contracts should prima facie be enforced according to their terms : pacta sunt servanda. The emphasis given to this maxim in the literature suggest that it is regarded, not so much as one of the rules of the lex mercatoria, but as the fundamental principle of the entire system.*
2. *The first general principle is qualified at least in respect of certain long-term contracts, by an exception akin to "rebus sic santibus". The interaction of the principle and the exception has yet to be fully worked out.*
3. *The first general principle may also be subject to the concept of abus de droit, and to a rule that unfair and unconscionable contracts and clauses should not be enforced.*
4. *There may be a doctrine of culpa in contrahendo.*
5. *A contract should be performed in good faith.*
6. *A contract obtained by bribes or other dishonest means is void, or at least unenforceable. So too if the contract creates a fictitious transaction designed to achieve an illegal object.*
7. *A State entity cannot be permitted to evade the enforcement of its obligations by denying its own capacity to make a binding agreement to arbitrate, or by asserting that the agreement is unenforceable for want of procedural formalities to which the entity is subject.*
8. *The controlling interest of a group of companies is regarded as contracting on behalf of all members of the group, at least so far as concerns an agreement to arbitrate.*
10. *"Gold clause" agreements are valid and enforceable. Perhaps in some cases either a gold clause or a "hardship" revision clause may be implied.*
11. *One party is entitled to treat itself as discharged from its obligations if the other has committed a breach, but only if the breach is substantial.*
12. *No party can be allowed by its own act to bring about a non-performance of a condition precedent to its own obligation.*
13. *A tribunal is not bound by the characterization of the contract ascribed to it by the parties.*
14. *Damages for breach of contract are limited to the foreseeable consequences of the breach.*
15. *A party which has suffered a breach of contract must take reasonable steps to mitigate its loss.*
16. *Damages for non-delivery are calculated by reference to the market price of the goods, and the price at which the buyer has purchased equivalent goods in replacement.*
17. *A party must act promptly to enforce its rights, on pain of losing them by waiver. This may be an instance of a more general rule, that each party must act in a diligent and practical manner to safeguard its own interests.*

18. *A debtor may in certain circumstances set off his own cross-claims to extinguish or diminish his liability to the creditor.*

19. *Contracts should be construed according to the principle ut res magis valeat quam pereat.*

20. *Failure by one party to respond to a letter written to it by the other is regarded as evidence of assent to its terms.*

Clive M. Schmitthoff, en fin de son étude sur les usages du commerce international, étude faite à la demande de l'Institut du Droit et de la pratique internationale des affaires (41), souligne que si la *lex mercatoria* a acquis le caractère d'un système juridique autonome ou d'un usage commercial universel, on doit pouvoir reconnaître des règles précises de droit (*definite rules of law*), et effectivement il retient — entre autres — cinq règles qui lui paraissent constituer des principes essentiels : l'exigence de la bonne foi, le caractère obligatoire des contrats, l'interprétation devant conduire à l'exécution du contrat, l'estoppel, l'équilibre des obligations réciproques. Lord Mustel, tout en gardant une grande réserve vis-à-vis de la *lex mercatoria*, l'examine cependant avec une certaine sympathie ; Clive M. Schmitthoff peut être considéré comme un des pères fondateurs de la théorie. Aussi il est remarquable de constater que Prosper Weil, qui, loin de se rallier à la théorie de la *lex mercatoria*, a toujours défendu l'idée d'un droit international public des contrats d'Etat, dressant son propre inventaire pour répondre à l'objection de la pauvreté quantitative et qualitative des principes généraux du droit en matière contractuelle, établit une liste à partir de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, de la Cour internationale de justice et de sentences arbitrales assez proches de celles déjà citées. On peut multiplier les inventaires : les différences sont peu importantes au stade des recensions si, en revanche, les systèmes explicatifs et la hiérarchie des sources du droit diffèrent fondamentalement.

L'œuvre arbitrale dans la création, la reconnaissance ou le maniement des principes généraux présente, quelle que soit l'appréciation qu'elle reçoit, une originalité réelle.

Certes les principes proclamés se trouvent souvent dans les législations nationales ; certains d'entre eux ont même été insérés dans des conventions internationales telle la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Mais proclamés et utilisés par les arbitres, ils subissent une double déformation ou ils reflètent une double originalité.

(41) Clive M. SCHMITTHOFF, *International Trade Usages*, IIBLP, Newsletter, special Issue, p. 47.

Tout d'abord ils ont un domaine d'application mondiale dans la sphère du commerce international ; ensuite même s'ils trouvent leur origine ou leur équivalent dans un droit national, leur expression par les arbitres entraînent toujours une transformation, une simplification, un détachement de l'origine qui permettent la transnationalisation de la règle. On aura pu remarquer également que les arbitres ont utilisé les principes bien au-delà de la mise en place d'une organisation somme toute technique, mais également dans une vision éthique des relations économiques internationales. Certes leur intervention dans ce domaine est peu fréquente et sans doute limitée en ce qui concerne les types de comportement sanctionnés. Le plus difficile était de créer le précédent, aussi peut-on penser que la voie est ouverte à une plus grande extension d'un véritable ordre public international. Et c'est sur ce point, sans doute le plus important pour l'existence et l'avenir d'un droit transnational, que l'approche arbitrale, si réduite soit-elle à l'heure actuelle, est la plus remarquable en son principe. Il n'en est que plus paradoxal de constater que la doctrine, attentive surtout aux contrats d'Etat, ait peu relevé, et par voie de conséquence peu soutenu, la démarche des arbitres. Enfin, tous les auteurs s'accordent pour constater l'existence d'un nombre important et varié de principes généraux du droit mis en œuvre par les arbitres, que cette mise en œuvre aboutit à une structure juridique cohérente des relations économiques internationales et que le vrai problème est plutôt l'accroissement quantitatif et qualitatif de ces principes que leur négation. L'œuvre entreprise par Unidroit d'une « codification des principes du commerce international » qui est la suite des propositions de René David à la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international, montre bien l'intérêt et l'importance des enjeux même si on peut encore s'interroger sur les Institutions les plus aptes à authentifier ces principes.