

Philippe Kahn,
 Directeur de recherche émérite du CNRS

L'autorégulation

La société civile internationale, dans son immixtion dans l'économie internationale, présente une grande complexité qui rend l'analyse de ses modes d'intervention imprécise, incomplète et inexacte.

Ce qu'on peut affirmer, c'est l'existence d'un grand nombre de secteurs appartenant au monde économique qui ont acquis ou qui sont en train d'acquérir une homogénéité suffisamment forte pour que se dégagent des organisations professionnelles ou des groupements d'entreprises qui sont aptes à réguler les activités du secteur en cause. On peut citer en vrac et à titre purement indicatif les secteurs de la production et des échanges relevant du commerce international traditionnel, les financements internationaux, le commerce électronique, le sport, certains aspects de l'environnement, l'information, la culture... C'est ainsi qu'à l'instar de la *lex mercatoria*, on voit apparaître des *lex electronica*, *sportiva* etc. Tous ces néologismes, qui cherchent leur titre de reconnaissance dans un simili-latin, veulent symboliser l'autonomie, l'indépendance de milieux d'affaires, le grand méchant loup étant la communauté des Etats. On passerait ainsi d'une société organisée par le pouvoir d'Etat à une société organisée en grande partie par les pouvoirs privés économiques¹⁹.

Cette autorégulation – partielle mais réelle – se présente dans des situations qui ont déjà été envisagées hier et qu'il faut réexaminer maintenant, au regard de trois problèmes dont l'existence ou l'absence de solution permettra de mesurer la réalité et l'effectivité du phénomène : l'élaboration de normes de fonctionnement assurant la juridicité des opérations économiques, l'élaboration de règles de comportement assurant la mise en place d'un ordre public transnational, l'élaboration de règles et de structures assurant le règlement des différends. Le commerce, l'éthique, la justice.

19. G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Litec, Paris, 2000, p. 617.

Il s'agit d'une présentation banale, familière aux privatistes s'intéressant au droit des affaires depuis une quarantaine d'années, présentation se faisant dans une atmosphère très conflictuelle. L'interrogation sur l'affaiblissement de l'Etat à la suite de la mondialisation de l'économie et de la domination des idéologies défendant un libéralisme intégral, pour ne pas dire intégriste, donne à ces problèmes une actualité et une réalité qu'on ne peut plus leur dénier, même si on redoute leurs solutions.

I- LES NORMES DE FONCTIONNEMENT

Elles sont élaborées sans idées systématiques, de façon très pragmatique, au gré des événements qui surviennent dans la synchronie. On peut donc distinguer plusieurs approches.

1) La collaboration avec la société des Etats

Le terme n'est peut-être pas très bien choisi, car il est peu de collaboration qui n'inclut pas en même temps une arrière-pensée de récupération.

On en trouve un premier exemple, ancien mais significatif, dans la rédaction des conditions générales de vente élaborées par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies sous le magistère de Lazare Kopelmanas.

Officiellement, statutairement, la Commission est un organe interétatique dont les experts appelés à intervenir dans les groupes de travail sont les représentants de leur gouvernement. En fait, dans ce cas précis, les experts étaient pour la plupart des membres d'entreprises ou d'associations professionnelles. Ils ont, problème juridique par problème juridique, fourni des rapports et des études assis sur leur expérience, le Secrétariat de la Commission apportant son assistance et sa logistique. Si l'on se souvient que la Commission était composée d'Etats importateurs et exportateurs, relevant de systèmes politico-économiques différents, ces conditions générales présentées sous le timbre d'une institution ont été proches des règles suivies par la pratique avec une grande amélioration dans le sens d'une unification des droits de la vente, d'un rééquilibrage des règles et d'une meilleure qualité rédactionnelle.

On est dans une situation très voisine avec la participation à des conférences internationales de représentants d'intérêts privés dans les délégations gouvernementales ou à titre autonome. Ainsi de la Chambre de commerce internationale, lors de la Conférence de La Haye de 1964 qui a élaboré les premières conventions relatives à la vente internationale. Certes, ces représentants sont chargés d'apporter leur expertise et non d'adopter les

normes en discussion. Mais il est des observateurs dont les observations pèsent lourd. Ce qui ne veut pas dire que leur influence soit négative, bien au contraire. En revanche, on peut affirmer que discrètement sans doute, la société civile est bien présente.

On peut également citer la façon dont les Principes Unidroit applicables aux contrats du commerce international ont été rédigés.

L'Institut pour l'unification du droit privé, institution internationale, rédige des projets relevant de son objet et les soumet à une Conférence internationale pour adoption (ou rejet) par une convention. C'est ainsi qu'avait été préparé le projet soumis à la Conférence de La Haye de 1964 précité, et plus récemment il en est allé de même des Conventions d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international. Pour les Principes, une autre méthode a été adoptée : une rédaction par un groupe de travail, lui-même appuyé sur un grand nombre d'experts et la publication du texte par le Conseil de l'Institut. Ce qui est intéressant, outre la méthode, c'est la revendication des Principes d'être la forme écrite de la *lex mercatoria* qui est le droit autonome des opérateurs du commerce international - j'y reviendrai. A l'heure actuelle, un certain nombre de sentences arbitrales se sont appuyées sur les Principes pour appliquer telle ou telle règle²⁰. La discussion reste ouverte sur la nature juridique de ces Principes, mais il n'est pas douteux que c'est le développement autonome d'un droit transnational du commerce international qui a été le fondement des dispositions proposées par Unidroit.

Il faut également, dans cet esprit au moins, signaler l'influence des lobbies dans l'élaboration des règles de droit international. Comme on l'a maintes fois souligné, la connaissance des dossiers, l'unilatéralité de leurs conceptions, l'étendue de leurs moyens documentaires et techniques en font des interlocuteurs redoutables des autorités nationales ou internationales qui élaborent les normes. Et une étude fine de cette influence apporterait sans doute bien des surprises sur l'origine de règles considérées comme étant issues d'autorités publiques. C'est dire que les opérateurs du monde économique international ont pénétré depuis longtemps la sphère du droit international.

En outre, il faut sans doute évaluer l'influence indirecte exercée par les agents des entreprises privées et par leurs avocats à travers leur participation à de nombreuses institutions de formation au commerce international. Ces

20. « Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.*, Vol. 10, n° 22 (2^{ème} sem. 1999), pp. 26-122.

intervenants diffusent leurs pratiques, dont la maîtrise est la principale justification de leur intervention. Il en résulte une imprégnation de tout un personnel de fonctionnaires et d'opérateurs des systèmes juridiques autonomes qui régissent le monde économique.

A ce stade, il faut surtout parler d'influence plutôt que d'autorégulation ; ce n'est qu'à travers un autre processus que l'on est en présence d'un véritable corps de règles témoignant de l'activité autonome des opérateurs.

2) *L'autonomie*

On peut être bref, car le phénomène a été si souvent décrit et a fait l'objet de tellement de commentaires approbateurs ou violemment hostiles qu'il est inutile de s'y attarder, même si la mondialisation de l'économie a considérablement augmenté son champ d'existence.

Depuis longtemps donc, les opérateurs qui agissent dans l'espace économique international élaborent les règles de droit qui régiront leurs relations d'affaires. Généralement, cette élaboration ne se fait pas à la suite d'une position idéologique à l'égard des Etats, mais simplement sur le fondement de raisons pratiques : ainsi le raccourcissement des temps de communication, aussi bien concernant l'échange des messages que les transferts de biens ou de personnes, ont entraîné de grandes modifications dans les techniques de formation du contrat, dans les attributions de responsabilité etc. La dématérialisation des titres et des supports a obligé à réfléchir à la notion d'écrit. Et surtout une certaine normalisation mondiale des règles juridiques a été, est de plus en plus nécessaire.

Les opérateurs ont, les uns individuellement, les autres en recopiant ou adaptant des modèles élaborés par les associations professionnelles, mis sur pied des contrats et des contrats-types qui ont entraîné, par un système de réseaux et d'imitation, de larges plaques de droit uniforme transnational d'origine privée. Pour ne citer qu'une fois de plus certains des textes les plus célèbres, les règles et usances du crédit documentaire et les Incoterms de la Chambre de commerce internationale, on est en présence de deux documents reconnus et adoptés par l'ensemble de la communauté économique.

Parallèlement, les grands secteurs de l'activité économique internationale connaissent des textes plus spécifiques des contraintes qu'ils subissent et, par conséquent, d'application plus limitée. On peut ainsi parler d'un droit élaboré par les opérateurs dans les secteurs bancaire, minier, pétrolier, spatial, dans le commerce des objets d'art ou des réseaux de communication. La qualité et la force de ces règles sont très contingentes de la cohérence du milieu en cause. On sait que le champ bancaire est très cohérent, celui de la communication est encore mal délimité.

Ce qu'il faut peut-être souligner, c'est l'apport sur le plan méthodologique des instruments utilisés ; à titre principal, le modèle qui est proposé aux opérateurs, soit comme un modèle pur, ainsi les modèles élaborés par les organisations professionnelles, soit comme un modèle d'emprunt, lorsque les parties reproduisent dans un contrat, lui obligatoire, des clauses ou des contrats entiers élaborés ailleurs.

On retiendra que de nombreux organismes publics internationaux ont adopté la méthode utilisée dans le secteur privé, la présentation de modèles se substituant à la convention internationale : ainsi la loi-modèle sur l'arbitrage élaborée par la CNUDCI ; ainsi également les Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international (précité) etc. On passe ainsi d'un droit diplomatique à un droit de techniciens du commerce international utilisant les mêmes méthodes que leurs homologues du privé.

L'affaiblissement de l'autorité de la source, symbolisé par la terminologie « droit mou », « *soft law* » etc. et la reconnaissance d'inspirateurs de normes issus de la société civile et non pas simplement issus des organes d'Etat conduisent à une normalisation contractuelle internationale²¹ que l'on peut qualifier à ce stade de la réflexion de normalisation mixte à majorité civile. La multiplication de ces règles de fonctionnement issues des pratiques ou des "conseils" prodigués par les organisations des secteurs civils les plus divers est significative des transformations de la régulation juridique²² et de la pénétration des acteurs civils dans un domaine qui paraissait jusqu'alors un domaine réservé à l'Etat. Mais il ne s'agit encore que des règles du fonctionnement quotidien.

II - VERS UN ORDRE PUBLIC TRANSNATIONAL : LES CODES DE CONDUITE

Les codes de conduite ont une histoire récente agitée, ce qui n'a pas empêché des évolutions remarquables dans le sens d'un basculement vers l'autorégulation des secteurs privés.

On se souvient des discussions violentes qui ont surgi dans les forums internationaux tout le long de la décennie 70 concernant le comportement des entreprises multinationales devenues transnationales, et de plus en plus groupes de sociétés, terminologie plus neutre. Accusées de tous les péchés,

21. E. Loquin et L. Ravillon, « La volonté des opérateurs, vecteur d'un droit mondialisé » in *La mondialisation du droit* (Direction E. Loquin et C. Kessedjian), Litec, Paris, 2000, p. 91.

22. Sous la direction de J. Clam et G. Martin, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, (collection Droit et société).

elles ont donné lieu à une littérature abondante, économique, politique, juridique, sans compter les romans policiers et les films noirs. Sous la pression des hommes politiques latino-américains, la plupart des institutions du système onusien, chacune dans sa spécialité, ont tenté d'élaborer des codes de conduite destinés à réglementer leurs activités²³, et l'on a même créé une institution spécialisée dans l'approche des sociétés transnationales. Le rôle fondamental que jouent les entreprises multinationales dans l'économie mondiale²⁴ aurait fait de ces codes, s'ils avaient été adoptés, l'équivalent d'une véritable législation des relations économiques internationales non seulement entre les opérateurs, mais encore entre les opérateurs et les Etats. Pour des raisons trop nombreuses et complexes pour être analysées ici, ces projets de code n'ont pas eu le succès attendu et le droit du développement²⁵ est passé de mode. Toutefois, les problèmes qui ont été soulevés relativement au comportement des opérateurs les plus puissants ou les mieux organisés subsistent. Ces derniers ont été amenés, de leur propre mouvement, à rédiger pour leur propre compte des règles de comportement. Il faut préciser que les codes de conduite, quelle que soit leur dénomination : avis, charte, principes, recommandation etc., ne sont pas l'apanage des grandes entreprises. Il semble que dans une période où l'on prêche l'effacement de l'Etat et de ses régulations, de nombreux acteurs de la vie civile éprouvent quelque effroi devant le gouffre de la liberté et tentent de se donner des règles de conduite. Mais la plupart de ces codes touchent la vie interne et non les rapports internationaux, ce qui n'est pas le cas de ceux élaborés par les grandes entreprises. Parallèlement, les organisations professionnelles à compétence internationale, notamment dans les professions récentes ou jusqu'alors peu structurées, ont élaboré des codes de conduite ou d'éthique, de façon à organiser leurs membres et à réguler leur fonctionnement dans un esprit de concurrence loyale, aussi bien vis-à-vis des autres professionnels que des consommateurs, nouvel avatar de la société civile.

Sans entrer dans le détail²⁶, on peut constater que se dégagent dans les codes de grandes tendances qui concernent les sujets qui font l'objet de

23. Sous la direction de N. Horn, *Legal problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Kluwer, Dordrecht, 1980, qui donne un bon panorama des discussions de l'époque.

24. Ch.-A. Michalet, *Le capitalisme mondial*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 1985.

25. B. Stern, *Un nouvel ordre économique international*, Economica, Paris, 1983. R. Bermejo, *Vers un nouvel ordre économique international*, Editions universitaires de Fribourg, 1982.

26. Pour une étude d'ensemble des codes de conduite, voir surtout G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privé », *Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 47 ; « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée » in *Les transformations de la régulation juridique* préc. note 4, p. 151 ; « Les pouvoirs privés économiques » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Litec, Paris, 2000, p. 613. Adde F. Osman, « Avis,

discussions animées dans la société civile, au sens large, et dans les milieux économiques.

Ainsi, très souvent, les codes commencent par exprimer la volonté d'assurer l'intégrité de l'entreprise qui l'édicte, mais avec des nuances qui privilégient l'intérêt des actionnaires et de l'entreprise. Après ces déclarations de principe viennent les engagements plus précis ; par exemple :

- Préserver l'environnement (*Caterpillar prend l'engagement de protéger l'environnement partout où la Société travaille. Nous mettrons en place, défendrons et respecterons des politiques et des pratiques écologiquement responsables...*) ».

Suit un développement en sept points sur la façon dont *Caterpillar* remplira ses engagements ; attitude qui paraît répondre assez bien aux exigences des politiques prônées par les écologistes :

- Respecter la loyauté de la concurrence. (Toujours *Caterpillar*, mais on trouve des textes analogues chez *Shell*, *Procter and Gamble*, *Hewlett Packard*, *IBM* etc. : *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 la puissance économique. Nous évitons ces pratiques en tout lieu, y compris dans les régions du monde où la législation ne les interdit pas*) ;

- Condamner la corruption (*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-vin, dessous-de-table ou autres paiements de complaisance*)... ;

- Assurer la qualité et l'innocuité des produits fabriqués (*Procter et Gamble* : *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*).

Ces codes se présentent souvent sous forme d'instructions données aux personnels et non d'un texte adressé au public ou aux autorités. Certains en ont conclu que l'édiction d'un code de conduite par une entreprise était surtout un moyen de se dégager de sa responsabilité en rejetant ses manquements sur le non-respect de ses instructions par le personnel.

Ce n'est peut-être pas inexact. Mais cela ne diminue pas l'attention que l'on doit porter à ces codes pour comprendre les mécanismes d'élaboration de règles de droit provenant du milieu lui-même et portant sur des objets d'intérêt général et non plus sur des objets d'intérêt corporatif. En effet, quels que soient leurs destinataires et leurs auteurs, les codes existent et leurs contenus convergent. Les différences les plus importantes proviennent de la spécificité économique de chaque auteur. Ainsi les entreprises de travaux publics sont attentives à l'environnement, les firmes pharmaceutiques à la qualité des produits. Par ailleurs, même si le style est plus flou, plus général que celui des projets de code onusiens, ces codes font apparaître une grande similitude dans l'approche des problèmes et sous les mêmes pressions : les inquiétudes de la société civile au sens large.

Si un code en tant que message d'une entreprise reste une déclaration d'intention, la multiplication de codes allant dans le même sens et issus d'opérateurs ou d'institutions représentatifs du milieu ouvre de nouvelles perspectives. En effet, pris dans leur globalité, ils manifestent l'existence d'un ordre public international accepté, sinon entièrement conçu par des éléments appartenant à la société civile, et ceci dans des domaines où la société interétatique, malgré les pressions soit de certains Etats (pays en développement) soit de certaines organisations privées (les O.N.G.), n'a pas réussi à établir les normes internationales appropriées. Les opérateurs ont donc mis en place un système de régulation de leur comportement qui, si son effectivité se confirmait - ce qui est difficile à établir -, montrerait d'une part qu'une entreprise déterminée peut s'autoréguler, c'est-à-dire rendre public et réel le comportement qu'elle entend assumer, et d'autre part que les bases d'un ordre public transnational existent, instrument de contrôle du comportement de l'ensemble des agents opérant dans l'espace économique international. Tous les éléments d'une coutume internationale d'origine privée seraient alors réunis : consensus et effectivité.

Comme le soulignait Bruno Oppetit dans son étude sur l'éthique, dans laquelle il analyse entre autres les codes de conduite, « le phénomène confirme la permanence d'un besoin du corps social qui, lorsqu'il n'est plus assuré dans le cadre de l'état de droit, resurgit par d'autres voies »²⁷.

III - LE REGLEMENT DES DIFFERENDS

L'autorégulation ne se manifeste pas simplement par l'élaboration de règles de droit et d'engagements relatifs aux comportements, mais aussi et peut-être surtout, dans la volonté de se soustraire à la justice étatique en cas

27. B. Oppetit, *Droit et modernité*, P.U.F., Paris, 1998, p. 261.

de différend. Il faut voir dans le recours à l'arbitrage la manifestation la plus tangible de cette volonté. Ce n'est pas la seule.

Certes l'arbitrage est une institution connue depuis l'antiquité. Elle a eu de grands développements en droit international public dans le cadre du règlement des conflits entre Etats²⁸. Mais depuis une cinquantaine d'années et encore plus précisément depuis vingt-cinq ans, l'arbitrage est devenu en quelque sorte la juridiction de droit commun du commerce international, les Etats eux-mêmes y recourant dans leurs litiges avec les entreprises privées. Très curieusement, cette fuite vers une juridiction privée a été sinon encouragée, du moins facilitée par les Etats qui ont été très nombreux à réformer leur législation de façon à rendre le recours à l'arbitrage aisé. Ces juridictions judiciaires, notamment la Cour de Cassation française, ont allégé les contrôles qui subsistent soit au stade de la reconnaissance des sentences étrangères, soit à celui des sentences rendues en France par exemple, ou ayant appliqué le droit français de procédure. On ajoutera que plusieurs conventions internationales sont venues, elles aussi, faciliter le fonctionnement de l'arbitrage privé.

Si quelques institutions comme la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. ou l'*American Arbitration Association* dominent le système, de nombreux centres se sont ouverts à vocation générale, et il existe en outre un nombre considérable d'arbitrages à l'intérieur de chaque organisation professionnelle.

Plus significatif encore car plus récente, l'insertion du monde sportif dans la vie économique et culturelle internationale a provoqué la création par le Comité international olympique (C.I.O.) d'un tribunal arbitral du sport qui siège à Lausanne. Ce tribunal a une compétence large touchant un grand nombre d'organisations sportives. L'on sait qu'en parallèle la plupart des contrats conclus par les sportifs professionnels comportent une clause de renonciation à la compétence des tribunaux étatiques. Cette introduction de l'arbitrage dans le monde sportif, dont l'objet est bien de contrôler entre autres la bonne application des multiples règlements élaborés par les fédérations, constitue un exemple remarquable d'autorégulation²⁹.

28. V. Coussirat-Coustère et P. M. Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale*, 4 volumes, Kluwer, Dordrecht, 1991.

29. F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *R.C.A.D.I.* 1989, vol. I, tome 213, notamment n° 196 à 199, « L'ordre juridique transnational du football professionnel ; chronique de la jurisprudence du Tribunal arbitral du sport », par M. Reeb, E. Loquin, G. Simon, *J.D.I.* 2001, n° 1, p. 233.

L'arbitrage international privé joue un rôle déterminant dans la construction de règles de droit d'origine non étatique pour plusieurs raisons certes bien connues, mais qu'il faut rappeler ici³⁰.

Tout d'abord, il a permis dans une large mesure de soumettre à un juge issu des mêmes milieux les règles élaborées par ces milieux, c'est-à-dire d'assurer la compréhension et l'homogénéité du système. Certes les Etats ne sont pas éliminés du processus car ils constituent le dernier recours, en bout de course, lorsque les parties ne sont pas d'accord sur la solution du juge arbitral. Mais comme on le sait, ce recours est très libéral.

Ensuite, et notamment depuis une trentaine d'années, c'est-à-dire depuis que la publication des sentences rendues est devenue plus fréquente, cette connaissance a entraîné l'existence d'une véritable jurisprudence arbitrale à laquelle se réfèrent les arbitres dans les nouvelles affaires qu'ils ont à juger, la doctrine dans ses commentaires et l'on peut le supposer, les juristes d'entreprise lorsqu'ils interviennent dans la conclusion des contrats, et les avocats quand ils préparent leurs dossiers³¹.

Enfin (mais la liste n'est pas limitative), la pratique arbitrale a entraîné l'expression et la reconnaissance de principes généraux qui ont structuré un ensemble de règles souvent diffuses (spécifiques d'un milieu) et floues. Cette armature donne au droit issu des contrats une cohérence et une généralité qu'il n'aurait sans doute pas autrement³².

Pour conclure, il me paraît évident que dans le domaine des relations économiques internationales, les opérateurs, soit directement soit par l'intermédiaire d'organisations professionnelles, interviennent dans l'élaboration des normes applicables au commerce international. Cette intervention se fait selon deux modalités principales :

- par influence, en coopérant avec les organes étatiques et interétatiques compétents. La norme est formellement étatique ou émanant d'une institution internationale ; matériellement, elle est plus ou moins issue d'organismes privés dont elle fait triompher les intérêts ;

30. Ph. Fouchard, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Litec, Paris, 2000, p. 95.

31. « L'apport de la jurisprudence arbitrale », in *Les dossiers de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales*, C.C.I., 1986 ; C.-M. Schmitthoff, « International Trade Usages », Institut du droit et des pratiques des affaires internationales, *News Letter Special Issue*, 1987.

32. E. Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria*, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J.D.I.* 1985, p. 5 ; Ph. Kahn, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international », *J.D.I.* 1989, p. 305.

- par la création directe de normes ou de règles, pour utiliser une terminologie plus souple, régulant de nombreuses opérations du commerce international, moralisant certains comportements, et ce système parfait son autorégulation en s'adossant à des organes sanctionneurs, les tribunaux arbitraux.

De nombreux auteurs parlent de subversion de la souveraineté des Etats par les opérateurs économiques. Il y a certainement une grande part d'exactitude dans cette qualification et si ce n'est pas encore une privatisation totale du droit international, dans ce domaine c'est plus qu'une émergence.

Philippe KAHN :

La façon dont on est passé dans ce droit élaboré, je parle bien de droit élaboré par les opérateurs mais qui peut être fait par d'autres groupements très constitués, ne s'est pas faite sur une base théorique. *A priori*, ça été le résultat, je dirais, d'un travail banal.

Historiquement, en ce qui concerne la doctrine française, on a démarré sur cette notion de droit construit par les opérateurs, dans la période récente, sur la base ou sur le fondement de la thèse, soutenue en 1956, de Jean Stoufflet sur le crédit documentaire qui était une étude technique sur *Les règles et usances du crédit documentaire élaborée par la Chambre de commerce internationale*. Evidemment, travaillant sur ces types d'instruments, Jean Stoufflet aboutit, sans utiliser ni les termes ni même se poser la question autant que je me souviens, à un instrument qui est utilisé mondialement dans le domaine du commerce international élaboré entièrement par la pratique où les Etats n'avaient aucune forme d'intervention et que les tribunaux ont appliqué comme ça parce que tout le monde l'appliquait. Donc c'était reconnu.

Ensuite, il y a eu un article de Berthold Goldman dans *Le Monde* sous la forme d'une libre opinion, je crois en novembre 1956, au lendemain de la nationalisation du Canal de Suez et qui consistait à dire « est-ce que la Compagnie universelle du Canal de Suez ne serait pas en réalité une compagnie internationale » ? Il s'appuyait à la fois sur l'objet de la compagnie qui était l'exploitation d'un canal qui servait au trafic universel de la navigation maritime et en même temps sur la bilatéralité des propriétaires, les intérêts étant français et anglais. C'était une libre opinion dans un journal quotidien.

Il y a eu ensuite, troisième position, la thèse que j'ai soutenue, en 1961, sur *La vente commerciale internationale*. J'ai commencé à travailler sur le sujet sans aucune idée préconçue. Berthold Goldman, qui était mon directeur de thèse, m'avait conseillé de faire une thèse sur le conflit de lois. C'était au lendemain de la Convention de La Haye de 1955 sur le droit applicable à la vente internationale, et il me demandait de voir - c'était exactement ses paroles - « s'il n'y aurait pas une espèce de spécificité dans le commerce international par exemple pour les financements ». Il venait de diriger la thèse de Jean Stoufflet. Quand j'ai commencé à travailler, j'ai pris la jurisprudence et je n'ai rien trouvé. Grand paradoxe, dans les années 1958 et 1959, il n'y avait pas de jurisprudence sur la vente internationale même en matière de conflit de lois. Il y avait juste un certain nombre de décisions concernant le transport maritime, la vente maritime. Ma grande chance a été de rencontrer Frédéric Eisemann à la Chambre de commerce internationale

qui ne m'a pas donné de document mais qui m'a expliqué comment les mécanismes se faisaient et qui m'a conseillé d'aller à Genève, à la Commission économique pour l'Europe. C'était mon chemin de Damas parce que là j'ai vu réellement ce qu'étaient les instruments de la pratique, d'où j'ai sorti cette thèse, et concernant l'élaboration par des praticiens, la notion de droit fabriqué par des opérateurs indépendamment des Etats. Peu de temps après, deux ans après, Philippe Fouchard, toujours sous la direction de Berthold Goldman, a soutenu une thèse sur l'arbitrage commercial international avec une partie des documents d'ailleurs dont je m'étais servi. Il a complété en quelque sorte le tableau puisque nous avons l'instrument financier, le droit des sociétés, le contrat - à l'époque le plus courant - la vente, et puis l'organe juridictionnel.

A partir de là, Berthold Goldman, dans ce fameux article de 1964 paru aux *Archives de philosophie du droit*, a fait la synthèse et a lancé « sur le marché », si j'ose dire, le terme, la *lex mercatoria*. C'était la première époque et on a continué à travailler dans une relative discrétion. Donc tout ce que je peux, c'est vous donner ces deux façons dont cette thèse a été appréciée. Quand je suis retourné voir Frédéric Eisemann pour lui apporter la thèse imprimée. Il avait déjà eu la thèse dactylographiée et m'a dit « c'est bien Kahn, mais vous êtes 30 ans en avance », ce qui voulait dire, « vous êtes sur la lune ». C'est comme ça que j'ai traduit. Quelque temps après, je suis allé à un colloque en Bulgarie dans le cadre de la Société de législations comparées et j'avais un rapport à faire bien sûr. La délégation était dirigée par René Rodière et un des intervenants français n'était pas venu. Il devait faire l'exposé sur le droit international privé économique, enfin sur les contrats. Aussi m'a-t-on demandé de le remplacer aussi. Evidemment en Bulgarie je n'avais rien, pas de documents. Alors, il a fallu que j'improvise et j'ai donc fait un exposé sur la *lex mercatoria*. René Rodière qui m'aimait bien m'a dit gentiment « c'est très bien ce que vous êtes, mais vous êtes un poète du droit ». Alors là, je peux dire quand j'ai raconté ça à ma famille, tout le monde a éclaté de rire parce que personne n'avait pu imaginer que je pouvais être un poète du droit. Ceci voulait dire que pour René Rodière c'était vraiment pire que la lune, c'était au moins Mars au minimum.

Ceci étant, nous avons eu une espèce de révolution culturelle en 1975 avec la traduction par Pierre Gothot de *L'ordre juridique* de Santi Romano. Il a apporté à cette vision qui était quand même très pragmatique - que ce soit celle de Berthold Goldman ou celle de Philippe Fouchard, de Jean Stoufflet ou la mienne -, la dimension théorique. On avait vu un phénomène, on l'avait décrit et c'est tout. Santi Romano nous a apporté, ainsi que Phocion Francescakis dans la préface qu'il a donné à cette traduction, nous a donné la structuration en quelque sorte plus philosophique que je traduis par le

pluralisme des ordres juridiques. Et c'est à partir de là qu'on a, au fond, plus systématisé dans tous nos écrits. Déjà à Dijon, nous avons sorti les euro-obligations en 1975. A ce moment là, il y a eu la grande controverse. 1975, c'est la traduction en français de *l'ordre juridique* mais c'est en même temps, à partir de 1974, la publication par la C.C.I., ou plutôt l'accord de la C.C.I., pour qu'un certain nombre de sentences soient publiées, au *Yearbook of Arbitration* et au *Clunet*. Donc, il y a eu à partir de ce moment là un flot suffisamment intéressant de sentences arbitrales. Il y a eu de nombreux écrits sur ces sentences qui sont venus renforcer ceux qui croyaient à l'existence de la *lex mercatoria* mais en même temps cela a déclenché l'hostilité, l'horreur, des positivistes, qu'ils soient de droit privé ou de droit public.

Et puis, avec la mondialisation, j'ai l'impression que, depuis une dizaine d'années, même ceux qui comme François Rigaux étaient, me semble t-il, assez hostiles à cette notion de *lex mercatoria*, ont dû reconnaître, et François Rigaux l'a fait dans son cours de La Haye, que finalement il y avait des éléments dont on était obligé de tenir compte, qu'il y avait quand même une existence plus ou moins étendue suivant les options que l'on peut avoir de ce droit fabriqué par les opérateurs avec toutes les conséquences que cela peut avoir. Conséquences positives, parce qu'ont été mises en place tout une série d'institutions que les Etats n'avaient pas inventées. Les euro-crédits, c'est vraiment une invention de la pratique. Tout une partie du droit bancaire, c'est une invention de la pratique, le contrat « clés en main » et ses dérivés sont aussi une invention de la pratique. Mais tout ceci correspond à des besoins pour lesquels il n'est peut-être pas absolument nécessaire que des collectivités ou les Etats interviennent parce qu'il y a beaucoup de choses individuelles.

Mais malgré tout, avec la mondialisation, on voit apparaître, de plus en plus, non seulement des groupes d'opérateurs économiques au sens littéral du terme mais également tout une série de sociétés civiles spécifiques et propres à des systèmes juridiques très caractérisés et qui ne sont pas tout à fait en dehors du système étatique. Finalement, le droit canonique auquel faisait allusion plus ou moins Jean Touscoz hier, c'est une forme de pluralisme, c'est le droit d'une société religieuse, chaque société religieuse a ses propres règles juridiques qui ne dépendent pas en principe tellement des Etats. Il y a des quantités de sociétés qui ont un droit qui leur est propre. Ce qu'il leur faut, c'est suffisamment de cohérence pour fabriquer ces règles et pour qu'elles soient acceptées par les intéressés. Voilà, donc, je ne crois pas que ceci se soit construit en hostilité à l'égard des Etats. Le besoin a été ressenti par des groupements qui sont cohérents et qui se situent à côté, contre, et dans les Etats suivant les circonstances, la nature des rapports de forces ou l'étendue des rapports de forces.