

L'émergence d'un ordre public... privé : une présentation des Principes d'UNIDROIT

Élise CHARPENTIER*

Résumé

Ce texte est consacré à la question du caractère impératif des Principes d'UNIDROIT. Dans la première partie, l'auteure tente d'identifier les dispositions auxquelles les rédacteurs des Principes ont voulu donner un caractère impératif. Dans la deuxième partie, l'auteure s'interroge sur la portée de l'article 1.5 qui interdit l'exclusion conventionnelle des dispositions impératives.

Abstract

This paper deals with the mandatory aspect of UNIDROIT Principles. In the first part, the author seeks to identify the provisions which were conceived as mandatory. The second part studies the impact of article 1.5 which prohibits the exclusion of mandatory provisions by the parties.

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure remercie la professeure Marie-France Bich, les professeurs Paul-André Crépeau et Alain Prujiner, ainsi que Me France Allard de leurs commentaires et suggestions.

Plan de l'article

Introduction	359
I. L'ordre privé proposé par les Principes d'UNIDROIT	360
A. Les dispositions clairement impératives	361
B. Les dispositions possiblement impératives	362
II. La portée de l'article 1.5 des Principes d'UNIDROIT	366
A. Les Principes et les tribunaux	368
B. Les Principes et l'arbitrage	371
C. L'incorporation	372
D. Le dépeçage	373
Conclusion	374

Depuis leur adoption par l'Institut international pour l'unification du droit privé, le statut des *Principes relatifs aux contrats du commerce international*¹ a fait l'objet de vives discussions doctrinales. Peuvent-ils être considérés comme un projet de traité, une loi modèle, une codification privée, ou encore, une formulation de la *lex mercatoria*? Certaines idées semblent rallier la majorité des auteurs s'étant penchés sur la question : ils transcendent les systèmes nationaux, sans toutefois être destinés à devenir un traité et ils constituent certainement un modèle dont l'autorité dépendra de la valeur et de l'intérêt de ses dispositions. Le caractère non contraignant des Principes les distingue de la plupart des instruments élaborés en vue de l'unification du droit privé, telles les législations supranationales, les conventions internationales ou les lois modèles. La décision de présenter à la communauté internationale ce type particulier de règles s'explique par le sort trop souvent réservé aux projets d'instruments contraignants. En introduction aux Principes, on trouve en effet l'observation suivante : « Parce que ces instruments risquent souvent de rester lettre morte et qu'ils ont tendance à être fragmentaires, on préconise de plus en plus le recours à des moyens non législatifs d'unification ou d'harmonisation du droit »².

Selon le préambule des Principes, ceux-ci peuvent notamment servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux ou être utilisés pour interpréter des textes de droit uniforme³. Dans ces hypothèses, les Principes ne régissent pas les rapports des opérateurs du commerce international : leur nature est comparable à celle d'une oeuvre doctrinale. Toujours, selon le préambule, les Principes peuvent compléter des textes de droit uniforme ou apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable⁴. Dans ces situations, les Principes s'appliquent aux rapports des opérateurs du commerce international, mais en partie seulement : le contrat est soumis à une autre

¹ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994, disponibles à : [<http://www.unidroit.org/french/principles/contents.htm>] (ci-après cités « Principes d'UNIDROIT » ou « Principes »).

² *Id.*, p. vii.

³ *Id.*, Préambule, al. 5 et 6.

⁴ *Id.*, al. 4 et 5.

loi, que les Principes complètent. Dans les deux autres hypothèses mentionnées au préambule, les Principes sont destinés à être la loi applicable au contrat. Ils s'appliquent soit directement, lorsque les contractants les ont choisis; soit indirectement, par exemple, lorsque les parties ont soumis leur contrat à la *lex mercatoria* ou aux principes généraux du droit⁵. L'intérêt pour les opérateurs du commerce international de choisir les Principes comme règles gouvernant leurs rapports se situerait, selon ce qu'on peut lire dans le Commentaire relatif au préambule, dans le fait que ceux-ci « [...] représentent un système de règles du droit des contrats qui sont communes à des systèmes juridiques nationaux existants ou qui sont mieux adaptées aux conditions spéciales des opérations du commerce international [...] »⁶.

L'hypothèse de l'application volontaire des Principes semble, de prime abord, exclure que certaines de leurs dispositions soient impératives. Il est toutefois précisé dans les Principes que certaines dispositions ont un caractère impératif⁷. Cette affirmation, qu'on trouve à l'article 1.5, soulève plusieurs questions. Afin de situer le débat, il s'agira d'abord de décrire les dispositions auxquelles les rédacteurs des Principes ont voulu donner un caractère impératif, pour ensuite tenter de déterminer dans quelle mesure ces dispositions sont réellement impératives.

I. L'ordre privé proposé par les Principes d'UNIDROIT

L'identification des dispositions impératives d'un texte de nature législative peut être une tâche délicate. Dans le cas des Principes, l'opération est facilitée par les indications qu'on trouve dans les Commentaires⁸. Celui relatif à l'article 1.5 fournit une énumération

⁵ *Id.*, al. 2 et 3.

⁶ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, p. 3.

⁷ Voir l'article 1.5. Par ailleurs, l'article 1.4 précise que les contrats régis par les Principes sont néanmoins soumis aux règles impératives nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé. Il s'agit d'une « confirmation » dans la mesure où l'absence de cet article aurait peu d'impact. Les règles impératives auxquelles il est fait référence doivent être appliquées par les tribunaux judiciaires, et elles le sont généralement par les arbitres dont les décisions peuvent d'ailleurs être contrôlées, à cet égard, par les tribunaux judiciaires.

⁸ Les *Commentaires* font partie intégrante des Principes.

d'articles auxquels les rédacteurs ont estimé devoir donner un caractère impératif. Les textes de ces articles font d'ailleurs expressément mention de leur caractère impératif. Afin de dresser la liste la plus complète possible des dispositions impératives, on ne peut, selon le Commentaire accompagnant l'article 1.5, toutefois pas se contenter de ces indications puisqu'il y est précisé que « [d]e façon exceptionnelle, le caractère impératif d'une disposition n'est qu'implicite et découle du contenu et de l'objectif de la disposition elle-même »⁹. Puis, on mentionne l'exemple de l'article 7.1.6 qui serait impératif, alors que son texte ne le mentionne pas expressément¹⁰. Il est donc possible d'identifier des dispositions auxquelles les rédacteurs des Principes ont clairement voulu donner un caractère impératif et des dispositions qui seraient susceptibles d'être considérées comme étant impératives.

A. Les dispositions clairement impératives

Les dispositions présentées comme étant impératives peuvent être rattachées au principe de la bonne foi et à l'équité. D'une part, au nom de la bonne foi, ces dispositions ont pour objet de sanctionner des comportements répréhensibles. Ainsi, il est contraire à la bonne foi que les parties profitent d'un contrat dont la formation résulte d'un dol, d'une contrainte ou du fait que l'une des parties a tiré profit d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de l'autre¹¹. D'autre part, l'équité requiert un certain contrôle de la liberté contractuelle afin que celle-ci ne conduise pas à des ententes manifestement excessives, inéquitables ou déraisonnables. C'est pourquoi les Principes prévoient la substitution d'un prix raisonnable à un prix manifestement déraisonnable fixé par l'une

⁹ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, p. 13.

¹⁰ *Id.*, p. 13.

¹¹ La formulation de l'article 1.7 indique son caractère impératif :

Art. 1.7 « 1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2) Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ».

L'article 3.19 prévoit que les articles 3.8, 3.9 et 3.10 ont un caractère impératif : « Les dispositions du présent chapitre sont impératives, sauf celles qui concernent la force obligatoire du seul accord, l'impossibilité initiale ou l'erreur ».

des parties¹², la réduction de l'indemnité manifestement excessive établie au contrat¹³, l'inefficacité de la clause limitative ou exclusive de responsabilité manifestement inéquitable¹⁴, de même que la nullité ou l'adaptation du contrat accordant un avantage excessif à l'une des parties¹⁵.

B. Les dispositions possiblement impératives

L'importance accordée à la bonne foi est probablement l'élément qui caractérise le mieux les Principes¹⁶. Au-delà de l'affirmation de l'obligation pour les parties de se conformer à ses exigences, on y

¹² La formulation de l'article 5.7(2) indique son caractère impératif : « Lorsque le prix qui doit être fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable, il lui est substitué un prix raisonnable, nonobstant toute stipulation contraire ».

¹³ La formulation de l'article 7.4.13 indique son caractère impératif : « 1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi. 2) Toutefois, nonobstant toute stipulation contraire, l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances ».

¹⁴ La formulation de l'article 7.1.6 n'indique pas qu'il est impératif. Le Commentaire relatif à l'article 1.5 précise toutefois clairement que l'article 7.1.6 est impératif (Principes, précités, note 1, p. 13). L'article 7.1.6 se lit comme suit : « Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ».

Selon J.M. PERILLO, l'article 2.17 aurait également ce caractère. Cette interprétation est mentionnée, sans critique, par le professeur Bonell : M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, note 11, p. 109 (1997). L'article 2.17 se lit comme suit : « Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que le document renferme toutes les conditions dont les parties sont convenues ne peut être contredit ou complété par la preuve de déclarations ou d'accords antérieurs. Ces déclarations ou accords peuvent cependant servir à l'interprétation du document ».

¹⁵ Bien que l'article 3.19 fasse référence à la bonne foi, on peut penser que l'article 3.10 relatif à l'avantage excessif peut également être lié à l'équité.

¹⁶ Voir, à ce sujet : Paul-André CRÉPEAU et Élise CHARPENTIER, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées? - The UNIDROIT Principles and the Civil Code of Québec: Shared Values?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 46 et suiv.; M.J. BONELL, *op. cit.*, note 14. La bonne foi est une notion tellement importante pour les rédacteurs que ceux-ci ont même précisé que « rien

trouve un nombre impressionnant d'applications particulières du principe de bonne foi : le Commentaire relatif à l'article 1.7 en mentionne plus d'une vingtaine dont les dispositions clairement impératives précédemment décrites¹⁷. Parmi les autres applications du principe de bonne foi, on trouve, notamment, les articles portant sur l'obligation de négocier de bonne foi¹⁸, le devoir de confidentialité¹⁹, l'interdiction de révoquer une offre pouvant raisonnablement être considérée comme étant irrévocable²⁰, le devoir de collaboration dans l'exécution des obligations²¹, l'obligation de renégocier en cas de *hardship*²², l'interdiction de profiter d'une clause stipulant que toute modification ou révocation doit être faite par écrit lorsque l'on a incité l'autre partie à agir autrement²³, l'inefficacité de la clause-type que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à voir figurer au contrat²⁴, l'obligation d'accepter une offre d'exécution partielle ou l'exécution avant l'échéance, sauf en présence d'un intérêt légitime à refuser²⁵, l'interdiction de se prévaloir de l'inexécution par l'autre partie lorsque celle-ci est due à un acte ou à une omission de sa propre part ou encore à un événement dont elle a assumé le risque²⁶, et l'obligation du créancier de limiter l'étendue du préjudice ou d'éviter qu'il augmente²⁷.

Se pose donc la question de savoir si ces articles sont visés par l'article 1.5. On peut, en effet, se demander si toutes les applications particulières du principe de bonne foi doivent être considérées comme étant impératives. Le Commentaire portant sur la nature

n'empêche les parties de prévoir dans leur contrat l'obligation de respecter des critères de comportement plus stricts » (voir le Commentaire de l'article 1.7 portant sur la nature impérative de la bonne foi).

¹⁷ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 3.5, 3.8, 3.10, 7.1.6 et 7.4.13.

¹⁸ *Id.*, art. 2.15.

¹⁹ *Id.*, art. 2.16.

²⁰ *Id.*, art. 2.4.

²¹ *Id.*, art. 5.3.

²² *Id.*, art. 6.2.3.

²³ *Id.*, art. 2.18.

²⁴ *Id.*, art. 2.20.

²⁵ *Id.*, art. 6.1.3 et 6.1.5.

²⁶ *Id.*, art. 7.1.2.

²⁷ *Id.*, art. 7.4.8.

impérative du principe de bonne foi précise que « [l]’obligation des parties de se conformer aux exigences de la bonne foi est à ce point fondamentale que les parties ne peuvent l’exclure ou en limiter la portée par contrat »²⁸. La portée de cette observation ne semble pas être limitée, même si la suite du Commentaire précise que : « [p]our les applications spécifiques de l’interdiction générale d’exclure ou de limiter le principe de bonne foi entre les parties, voir les articles 3.19, 7.1.6 et 7.4.13 »²⁹. Étant donné le caractère fondamental donné aux exigences de la bonne foi, on pourrait s’étonner de ne voir ici mentionner que des articles auxquels font référence les Commentaires relatifs à l’article 1.5. Bien qu’elles aient pour fonction de préciser l’étendue des exigences de la bonne foi, on peut douter de l’impérativité de certaines applications particulières du principe de bonne foi. Ainsi, les dispositions relatives au *hardship* ne sont probablement pas impératives en raison, notamment, de la définition de cette notion qu’on trouve dans les Principes. L’alinéa d) de l’article 6.2.2 précise, en effet, qu’il n’y a pas de *hardship* si la partie lésée a assumé le risque du changement de circonstances. Or, on peut prétendre que les contractants ont voulu assumer ce risque en excluant l’application des dispositions relatives au *hardship*. Par ailleurs, l’examen des autres applications du principe de bonne foi permet de conclure qu’elles sont, pour la plupart, impératives, d’autant plus qu’elles correspondent à des manifestations de la bonne foi reconnues par la vaste majorité des systèmes juridiques ou par l’ordre public transnational³⁰.

Le fondement du caractère impératif des applications du principe de bonne foi peut en effet être recherché en dehors du texte même des Principes. Le Commentaire relatif à l’article 1.5 précise que les articles impératifs établissent des critères de comportement et des règles qui ont, en outre, un caractère impératif en vertu de la plupart des lois internes³¹. Cette affirmation ne saurait être acceptée sans quelques nuances aussi bien à l’égard des dispositions clairement impératives qu’à celles que nous avons identifiées

²⁸ *Id.*, Commentaire, p. 19.

²⁹ *Id.*

³⁰ Si les dispositions des Principes correspondent à des règles étatiques d’ordre public ou à un ordre public transnational émanant de la *lex mercatoria*, leur exclusion par une stipulation contractuelle n’aurait aucun effet dans la mesure où l’un de ces systèmes de droit régit, par ailleurs, les rapports des contractants.

³¹ Principes d’UNIDROIT, précités, note 1, p. 13.

comme étant possiblement impératives. Elle est certes juste quant à la plupart des dispositions clairement impératives, mais peut être mise en doute quant à quelques-unes d'entre elles. On pense ici notamment à l'article 3.10 sanctionnant l'avantage excessif. De même, les applications du principe de la bonne foi prévues par les Principes ne correspondent pas toutes à des règles reconnues par la plupart des systèmes juridiques, ni à des règles élaborées en fonction de la *lex mercatoria*. Par exemple, il faut certainement exclure la sanction du *hardship* de la liste des règles reconnues par la plupart des lois internes³².

Il ne fait néanmoins pas de doute que les applications particulières du principe de la bonne foi qu'on trouve aussi bien dans les Principes que dans les droits internes ou la *lex mercatoria* ont la même source d'inspiration et qu'elles sont comparables dans leurs résultats. Ainsi, plusieurs systèmes juridiques, de même que la jurisprudence arbitrale reconnaissent l'obligation de loyauté, de collaboration et de minimisation du préjudice³³. Selon quelques auteurs, le principe de la bonne foi, dans la mesure où il constitue un principe fondamental de la *lex mercatoria*, fait partie d'un réel ordre public international³⁴. Dans cette perspective, l'article 1.5

³² En ce sens, voir : F. BORTOLOTTI, « The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals », (2000) *Rev. dr. unif.* 141, 151 et la décision arbitrale à laquelle il fait référence (ICC 8873 *Clunet Journal du droit international* 1998.198.1017).

³³ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, p. 13.

³⁴ Voir : Berthold B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats internationaux : réalité et perspectives », *J.D.I.* 1979.475; Jean-Michel JACQUET, *Le contrat international*, Paris, Dalloz, 1992, p. 99 : « [le principe de la bonne foi peut] être considéré comme une norme de *jus cogens* des contrats internationaux. Dans cette perspective, la police du contrat international cesse d'être la police relative qui dérive du droit d'un État ou d'un groupe d'États, pour devenir une norme à vocation universelle ». À ce sujet, voir aussi : L. MATRAY, « Arbitrage et ordre public transnational », dans Jan C. SCHULTSZ et A.J. van den BERG (dir.), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Pub., 1982, 241. L'ordre public international ou transnational est souvent défini comme un concept plus étroit, interdisant, par exemple la corruption ou le trafic d'œuvres d'art; voir à ce sujet : Pierre LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », (1986) *Rev. arb.* 329.

pourrait alors être considéré, à l'instar de l'article 1.4, comme une disposition ayant simplement pour fonction d'affirmer l'existence d'un ordre juridique auquel les opérateurs du commerce international sont soumis, quelle que soit leur volonté³⁵.

L'identification des dispositions impératives au regard du système proposé par les Principes, nous amène maintenant, dans une perspective plus large, à nous interroger sur la portée qui peut être donnée à l'article 1.5.

II. La portée de l'article 1.5 des Principes d'UNIDROIT

Dans l'hypothèse où les parties désirent utiliser les Principes, l'article 1.5 prévoit qu'elles ne peuvent pas exclure l'application de certaines dispositions³⁶. Cet article soulève de nombreuses questions. On peut, d'abord, se demander, comment les Principes peuvent à la fois suggérer aux contractants de choisir d'y soumettre leur entente et, du même coup, limiter cette liberté.

Selon le point de vue des rédacteurs des Principes, les contractants ne peuvent pas à la fois choisir les Principes et exclure les dispositions fondamentales de ceux-ci. L'impérativité de certaines dispositions des Principes découlerait, en effet, de leur caractère fondamental. C'est, du moins, ce que permet de croire le Commentaire qui se lit comme suit : « [q]uelques dispositions des Principes revêtent un caractère impératif, c'est-à-dire que leur importance

³⁵ On peut également voir en l'article 1.5 un élément susceptible de contrer les adversaires de la *lex mercatoria* qui s'appuient sur l'absence d'un ordre public propre aux relations commerciales pour nier l'existence de la *lex mercatoria*. Voir à ce sujet la citation du texte de P. KAHN, « Les Principes UNIDROIT comme droit applicable aux contrats internationaux », dans M.J. BONELL, *op. cit.*, note 14, p. 110, note infrapaginale 13.

³⁶ Les autres applications possibles des Principes énumérées au préambule postulent l'absence de choix. Dans ces situations, il est donc logiquement impossible de penser que l'article 1.5 ait une portée autre qu'indicative. Il est, en effet, peu plausible que des contractants prennent la peine d'exclure l'application de dispositions qu'ils ont déjà exclues en ne les choisissant pas.

dans le système des Principes est telle que les parties ne devraient pas pouvoir les exclure ni y déroger comme elles le souhaitent »³⁷.

Pourtant, plusieurs auteurs estiment incompatibles l'application volontaire des Principes et l'existence de dispositions impératives³⁸. Les termes de l'article 1.5 seraient, selon eux, contradictoires : il serait impossible de donner un caractère impératif à des dispositions qui ne s'appliquent que dans la mesure où les parties l'ont bien voulu, d'autant plus que les Principes n'ont pas de valeur contraignante, que les rédacteurs n'ont aucune autorité, aucun pouvoir juridique leur permettant d'imposer des obligations aux contractants. Cette position repose sur une conception légaliste de l'autorité des normes juridiques. Or, plusieurs auteurs rejettent cette conception. Ils estiment que l'autorité des normes juridiques ne dépend pas d'abord de leur origine mais plutôt de l'existence d'un consensus leur reconnaissant une autorité. Dans cette perspective, le professeur Rouhette écrit que « [l]es Principes participeraient ainsi d'une codification dépourvue d'autorité *ab initio*, mais pouvant l'acquérir »³⁹.

Peu importe la valeur qu'on reconnaît aux Principes, on peut s'interroger sur la portée pratique de l'article 1.5. Afin de répondre à cette question, nous analyserons quatre situations : les Principes comme règles régissant le contrat et les tribunaux judiciaires, les Principes comme règles régissant le contrat et l'arbitrage, l'incorporation partielle des Principes au contrat et, enfin, l'utilisation de la technique du « dépeçage » afin d'exclure les dispositions impératives.

³⁷ Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, p. 13. À ce sujet, voir : G. ROUHETTE, « Les codifications du droit des contrats », *Droits* 1996.24.113, 121.

Les rédacteurs n'ont évidemment aucun pouvoir juridique qui leur permettrait de contraindre les contractants à respecter leurs prescriptions ou d'obliger les tribunaux judiciaires ou d'arbitrage à sanctionner les exclusions des dispositions impératives. Ils le reconnaissent d'ailleurs clairement : « Il est vrai qu'étant donné la nature particulière des Principes le non-respect de ce précepte peut ne pas avoir de conséquences ». On ne peut donc pas prétendre, comme le fait la professeure Kessedjian, que les « auteurs se sont pris pour des législateurs ou pour des auteurs de conventions internationales, ce qu'ils ne sont pas » : Catherine KESSEDJIAN, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes proposés par l'UNIDROIT », *R.C.D.I.P.* 1995.641, 658.

³⁸ Voir, notamment : C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 37, 658; Andrea GIARDINA, « Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *J.D.I.* 1995.547, 550.

³⁹ G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 37, 122.

A. Les Principes et les tribunaux

D'abord, qu'en est-il de la situation des contractants qui choisissent les Principes pour régir leur entente sans prévoir ou sans convenir de soumettre leur différend à l'arbitrage⁴⁰? Dans ce contexte, deux questions se posent : les tribunaux peuvent-ils reconnaître le choix des Principes comme loi gouvernant le contrat et, si oui, doivent-ils appliquer les dispositions impératives des Principes qui ont été rejetées par les contractants?

L'efficacité du choix des Principes dépend de la loi du for⁴¹. Le droit accordé aux contractants de désigner un système juridique

⁴⁰ Nous abordons cette hypothèse, quoiqu'elle paraisse marginale puisqu'il serait étonnant que des contractants choisissent les Principes d'UNIDROIT sans prévoir que la résolution de leurs éventuels conflits sera soumise à l'arbitrage.

⁴¹ Voir le Commentaire relatif au préambule (4. a); voir aussi : Ulric DROBNIG, « The UNIDROIT Principles in the Conflict of laws », (1998) *Rev. dr. unif.* 385, 386 et suiv.

Au Québec, la question de savoir si les tribunaux appliqueraient les Principes est ouverte. La formulation de l'article 3111 C.c.Q. semble de prime abord, exclure la possibilité pour un tribunal d'appliquer un droit anational. Voir, en ce sens : Gérard GOLDSTEIN et Éthel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 42, p. 77 et suiv.; Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Interprétation des règles du droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, vol. 3, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 801, à la page 871. Le texte de l'article se lit comme suit :

« L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte ».

Le professeur Glenn estime, pour sa part, que les tribunaux peuvent respecter la désignation de la *lex mercatoria* : voir : H. Patrick GLENN, « Droit international privé », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec cité au paragraphe précédent, p. 669, à la page 717 : « Le caractère subjectif des articles 3111 et 3112, quant au choix des parties, semble laisser ouverte la possibilité que les parties peuvent choisir un droit non étatique (la *lex mercatoria*) ou même adopter une clause excluant l'application de tout droit étatique (le contrat dit "sans loi") ». Si tel est le cas, les parties devraient également pouvoir choisir les Principes.

À cette opinion, on peut ajouter que selon l'article 2807 du *Code civil du Québec*, le droit international coutumier doit être allégué. Si ce droit peut être allégué et donc prouvé, c'est qu'il peut être appliqué par les tribunaux québécois. Or, la *lex mercatoria* est généralement considérée comme faisant partie du droit international coutumier et les Principes sont souvent présentés comme une codification de la *lex mercatoria*.

pour régir leurs rapports n'existe que dans la mesure où l'ordre juridique (législatif, judiciaire ou arbitral) auquel est soumis le contrat le permet. Ce qui est généralement reconnu aux parties, c'est le droit de désigner la « loi » qui régira le contrat⁴².

En supposant que la loi du for reconnaisse la désignation des Principes comme loi – ou plutôt comme ordre juridique – gouvernant le contrat, on peut se demander si les tribunaux appliqueront nécessairement leurs dispositions qualifiées d'« impératives ». À cet égard, on peut distinguer selon les effets de ces dispositions puisque celles-ci peuvent ou non entraîner l'annulation du contrat.

Ainsi, en vertu de l'article 3112 du *Code civil du Québec*, le droit applicable choisi par les contractants est écarté lorsqu'il a pour effet de rendre le contrat nul. La solution adoptée à cet égard en droit québécois s'inscrit dans un mouvement tendant à privilégier la validité des contrats plutôt que leur annulation. Dans cette perspective, les contractants qui auraient choisi de se soumettre aux Principes d'UNIDROIT, tout en excluant leurs dispositions impératives, ne risqueraient pas de se voir imposer une disposition « impérative » des Principes si celle-ci a pour effet d'entraîner l'annulation du contrat. Le contrat pourrait néanmoins être annulé si le droit applicable en vertu des règles de conflits de lois avait cet effet.

Les remarques qui précèdent ne portent que sur le sort des exclusions relatives aux dispositions des Principes relatives à la validité du contrat. Pour déterminer si les dispositions « impératives » des Principes qui n'ont pas pour effet d'entraîner l'annulation du contrat sont véritablement « impératives », on peut, par analogie,

Par ailleurs, K. Boele-Woelki mentionne une décision où – malgré le fait que la Convention de Rome de 1980 portant sur le droit applicable aux obligations conventionnelles n'accorde aux contractants que le droit de choisir de se soumettre à un droit étatique – la Cour suprême néerlandaise a reconnu le choix par des contractants d'une convention internationale (qui ne leur était pas applicable). S'appuyant sur cette décision, elle estime que le choix des Principes devrait être efficace : K. BOELE-WOELKI, « Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts », (1996) *Rev. dr. unij.* 652, 666.

⁴² Si la loi du for ne reconnaît pas la désignation des Principes comme loi gouvernant le contrat, les tribunaux interpréteront vraisemblablement la référence aux Principes comme une simple incorporation (voir à ce sujet nos commentaires, *infra*, C).

s'inspirer d'une décision de la Cour de cassation française. En l'espèce, les parties à un contrat s'étaient soumises à une convention internationale, sans respecter l'une des ses dispositions impératives⁴³. N'eût été de la volonté des parties de se soumettre à cette convention, celle-ci – comme les Principes – ne leur aurait pas été applicable. Se posait donc la question de savoir si les contractants pouvaient modifier les prescriptions de la loi qu'ils avaient choisie. La Cour d'appel avait décidé de respecter la volonté des parties⁴⁴, tandis que la Cour de cassation a décidé que « les parties qui conviennent de soumettre le contrat qu'elles concluent à une convention internationale ne peuvent écarter celles de ces prescriptions auxquelles, si la convention internationale était applicable de plein droit, il ne saurait être dérogé à peine de nullité »⁴⁵. Selon le professeur Lagarde, cet arrêt signifie clairement que « les parties, lorsqu'elles ont décidé de soumettre leur contrat à un ordre juridique, ne peuvent en écarter les prescriptions sanctionnées par la nullité »⁴⁶. La nullité dont il s'agit ici porte, non pas sur le contrat, mais sur une clause contrevenant à la convention choisie par les parties.

Cette décision de la Cour de cassation pourrait servir à fonder l'idée que lorsque la loi du for permet aux contractants de se soumettre aux Principes, ils ne peuvent pas exclure l'application ses dispositions impératives⁴⁷. Bien que cette solution soit attrayante, elle suppose que les tribunaux reconnaissent que les Principes ont une valeur comparable à celle des conventions internationales. Ces conventions se distinguent pourtant des Principes en ce qu'elles sont le résultat de négociations officielles entre nations et qu'elles sont généralement ratifiées par les gouvernements étatiques. L'impérativité de leurs dispositions est donc fondée sur une autorité qui, selon certains, fait malheureusement défaut aux Principes

⁴³ En l'espèce, les contractants, tout en se soumettant à la *Convention internationale de Bruxelles* de 1924, avaient substitué la livre sterling courante à la livre sterling-or comme unité de compte. La clause du contrat avait pour effet d'alléger la responsabilité du transporteur fixée à 100 livres sterling-or par la Convention.

⁴⁴ Paris, 9 janv. 1990, D.M.F. 1991.116.

⁴⁵ Com., 4 fév. 1992; R.C.D.I.P. 1992.495, 497.

⁴⁶ *Id.*, 502, note P. Lagarde.

⁴⁷ En ce sens, voir : G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 37, 120.

d'UNIDROIT⁴⁸. En revanche, si on admet que les Principes sont susceptibles de se voir reconnaître une autorité⁴⁹, l'impérativité de certaines de leurs dispositions pourrait alors être fondée sur l'importance de celles-ci dans le système proposé par UNIDROIT⁵⁰.

B. Les Principes et l'arbitrage

Comme le suggère la *Loi type sur l'arbitrage commercial international* de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, plusieurs législateurs reconnaissent le droit des contractants de désigner un droit « anational » lorsqu'ils soumettent leur différend à l'arbitrage⁵¹. Cette loi prévoit que « [l]e tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties »⁵². L'expression « règles de droit » permet vraisemblablement aux contractants de choisir les Principes comme règles régissant leurs rapports, alors que cela aurait pu être exclu si on avait plutôt employé le terme « loi »⁵³. Le choix des Principes sera donc, selon toute vraisemblance, reconnu par les tribunaux arbitraux⁵⁴. La loi type prévoit aussi que « [l]a sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire »⁵⁵. Si l'exécution de la sentence

⁴⁸ Cette position est notamment défendue par A. GIARDINA, *loc. cit.*, note 38, 550; C. KESSEDJIAN, *loc. cit.*, note 37, 656 et suiv.

⁴⁹ Voir, à ce sujet, les remarques introduisant cette partie et G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 37, 123 et suiv.

⁵⁰ Cette importance est soulignée dans le Commentaire relatif à l'article 1.5.

⁵¹ C'est le cas au Québec; voir l'article 940.6 C.p.c. La *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* est disponible sur Internet à l'adresse suivante : [<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>] (ci-après citée « Loi type »).

⁵² Art. 28 de la Loi type, précitée, note 51.

⁵³ Les Commentaires qui accompagnent la loi type précisent, en effet, qu'« [e]n outre, en utilisant l'expression "règles de droit choisies" plutôt que "loi choisie", la Loi type donne aux parties une plus vaste gamme d'options s'agissant d'indiquer la loi applicable au fond du différend : elles peuvent par exemple convenir d'appliquer des règles de droit qui ont été élaborées par des instances internationales mais n'ont encore été incorporées dans aucun système juridique national ».

⁵⁴ Pour un aperçu de la doctrine, voir : U. DROBNIG, *loc. cit.*, note 41, 389 et suiv.

⁵⁵ Art. 35 de la Loi type, précitée, note 51.

requiert sa reconnaissance par un tribunal judiciaire étatique, les Principes s'appliqueront de manière indirecte en vertu du droit étatique⁵⁶.

Dans cette situation, certains considèrent qu'il est possible que les contractants soient soumis aux dispositions impératives de la loi qu'ils ont choisie⁵⁷, alors que d'autres estiment que la volonté des parties devant être respectée, les Principes ne s'appliquent que dans la mesure voulue par les contractants⁵⁸.

C. L'incorporation

La situation est bien différente lorsque les parties ont incorporé les Principes à leur contrat⁵⁹. Cette hypothèse n'est pas posée au préambule, l'article 1.5 visant essentiellement l'éventualité où les parties ont choisi les Principes comme règles gouvernant leur contrat. Étant donné que les Principes ne sont alors pas destinés à régir les rapports des contractants, l'exclusion des dispositions impératives ne pose pas les mêmes problèmes, puisque le contrat est alors soumis aux dispositions impératives de la loi qui le régit. Dans ce contexte, il semble bien que les dispositions impératives des Principes puissent être exclues, le contrat étant soumis aux

⁵⁶ Les parties peuvent donc choisir de soumettre leur différend à l'arbitrage et convenir que celui-ci soit tranché conformément aux prescriptions d'un ordre juridique non étatique, comme les Principes. Ce droit leur étant accordé par un ordre étatique, celui-ci intègre indirectement l'ordre non étatique dans son droit.

⁵⁷ Voir F. BORTOLOTTI, *loc. cit.*, note 32, 148. La solution pourrait être la même si les contractants qui soumettent leur litige à l'arbitrage, sans avoir prévu l'application des Principes dans leur contrat, s'entendent pour que la décision de l'arbitre soit fondée sur les Principes.

⁵⁸ Voir, entre autres : A. GIARDINA, *loc. cit.*, note 38, 550.

⁵⁹ Dans la mesure où elle est entendue comme la création d'une loi autonome par les parties, l'incorporation est toutefois généralement rejetée; voir : Peter NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 173 et suiv. Par contre, l'incorporation définie comme l'intégration des dispositions de la loi dans le contrat ayant pour effet de les transformer en stipulations contractuelles est valide. Voir : Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Association Henri Capitant, Puf, Paris, 1987. La portée des règles incorporées est plus restreinte puisque le contrat est alors par ailleurs soumis à la loi choisie par les parties ou à celle que désignent les règles de conflit de lois; voir : U. DROBNIG, *op. cit.*, note 41, 386.

règles impératives de la loi qui lui est applicable.

D. Le dépeçage

Afin d'obtenir le résultat qu'elles désirent, soit l'application partielle des Principes, les contractants pourraient peut-être utiliser la technique du « dépeçage ». Cette technique est généralement admise lorsqu'elle a pour effet de rendre applicable des systèmes de droit étatique⁶⁰. Dans notre hypothèse, il s'agirait pour les contractants de se soumettre aux dispositions des Principes qu'elles choisissent et, pour les questions relevant des dispositions impératives des Principes qu'elles veulent exclure, à un autre droit dont les solutions seraient, selon elles, mieux adaptées à leur situation. Par exemple, afin d'empêcher l'annulation de leur contrat pour cause de lésion (avantage excessif), les contractants pourraient soumettre la formation de leur contrat à une autre loi qui ne sanctionne pas la lésion. Toutes les règles impératives de cette loi devraient alors s'appliquer⁶¹. Ainsi, si les parties choisissaient le droit québécois, le contrat ne pourrait pas être annulé pour cause de lésion, mais pourrait l'être pour dol, crainte ou erreur⁶².

Le dépeçage ne pourrait vraisemblablement pas permettre aux contractants d'échapper à des règles similaires à celles prévues par les dispositions impératives des Principes puisque, comme le souligne le Commentaire relatif à l'article 1.5, la majorité des

⁶⁰ La désignation partielle des Principes serait vraisemblablement reconnue en matière d'arbitrage. En dehors de cette hypothèse, la solution dépend de la loi du for.

Sur le dépeçage, voir : art. 3111, al. 3 C.c.Q.; voir aussi : G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, *op. cit.*, note 41, n° 55, p. 121 et suiv.; Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1981, n° 574; P. NYGH, *op. cit.*, note 59, p. 175 et suiv.

⁶¹ Il nous semble que cette solution est la plus acceptable, bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité. Dans le même sens et pour les références aux autres positions, voir : Gérald GOLDSTEIN, « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau *Code civil du Québec* », (1993) *R. du B.* 199, 217.

⁶² En vertu des Principes, la lésion aurait été sanctionnée, mais pas l'erreur.

dispositions impératives des Principes ont généralement le même caractère obligatoire dans la plupart des systèmes juridiques⁶³.

*

* *

Le droit est couramment défini en rapport avec un appareil étatique, sa spécificité se situant dans la prévision d'une sanction susceptible d'être imposée par voie de contrainte. L'inexistence d'un ordre de contrainte susceptible de régir le droit international est-elle un obstacle à sa reconnaissance ou plutôt une invitation à redéfinir le concept de droit? Le droit peut se définir comme un système de rationalisation des rapports sociaux, créant bien sûr des normes, mais aussi des institutions ou des mécanismes pour l'application de celles-ci. Plus que la nature du droit, c'est sa structure qui varie selon le degré d'organisation de la structure qui lui donne naissance. Ainsi, le droit étatique tend à monopoliser les fonctions créatrices du droit, son application et sa sanction. S'agissant des relations commerciales internationales, la situation est inversée, celles-ci échappant, du moins en partie, *de facto* au contrôle d'un État, puisqu'elles sont nécessairement liées à plusieurs États, en raison de la multiplicité des liens de rattachement. Les acteurs du commerce international sont donc bien souvent en mesure de s'affranchir des systèmes nationaux, puisqu'en créant leurs propres instances de résolution des conflits, ils peuvent choisir les règles, comme les Principes d'UNIDROIT, qui régiront leurs rapports⁶⁴.

⁶³ L'extrait pertinent du Commentaire se lit comme suit : « il convient de noter que les dispositions en question reflètent des critères de comportement et des règles qui ont également un caractère impératif en vertu de la plupart des lois internes » (Principes, p. 13). Un des auteurs qui soulignent le caractère paradoxal de l'article 1.5 reconnaît toutefois que dans la vaste majorité des systèmes juridiques ces dispositions sont également impératives, tout en précisant toutefois que ce sont alors les dispositions des systèmes nationaux, et non celles des Principes, qui sont impératives (voir : A. GIARDINA, *loc. cit.*, note 38, 550).

⁶⁴ Les Commentaires du préambule soulignent d'ailleurs l'intérêt pour les contractants désirant que leur entente soit gouvernée par les Principes d'inclure une clause d'arbitrage au contrat. Voir à ce sujet le texte du professeur Alain PRUJINER dans cette revue : « Comment utiliser les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle », (2002) 36 R.J.T. 561.