

# L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et par les juges étatiques

Emmanuel S. DARANKOUM\*

## **Résumé**

*La présente contribution fait ressortir la réalité de l'application des Principes d'UNIDROIT dans le règlement des litiges commerciaux. La première partie traite de l'applicabilité des Principes et fait ressortir le besoin constant de légitimation de la part des tribunaux lorsqu'ils recourent aux Principes, tout en leur accordant une place supérieure dans la hiérarchie des normes. Quant à la deuxième partie, elle explore l'efficacité des Principes devant les questions de fond soulevées lors de litiges. Il en découle que les Principes apportent une sécurisation dans les relations contractuelles, en plus de poser les bases d'une moralisation des relations d'affaires. Ce qui soulève la question de l'émergence de nouveaux principes généraux du droit des contrats du commerce international.*

## **Abstract**

*This paper expatiates on the reality of the applications of the UNIDROIT Principles in the international commercial litigation field. The first part concerns the applicability of those Principles and reveals a constant need on the behalf of the tribunals of legitimating their use of the Principles even though they place them at the top of the hierarchy of norms. The second part explores the Principles' effectiveness when confronted to substantial questions. The Principles bring certainty and moralisation in the business practice which rises the need of new general principles of international commercial law.*

---

\* Professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal et membre du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) de cette même institution.



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	425
<b>I. Les titres d'application des Principes d'UNIDROIT devant les arbitres et devant les juges</b> .....	426
A. Les Principes comme règles de droit régissant le contrat .....	427
1. Le choix des Principes par les parties au contrat .....	427
2. Le choix des Principes par l'arbitre ou par le juge .....	432
B. L'application des Principes en vue d'interpréter ou compléter d'autres instruments de droit .....	439
1. Moyen pour interpréter ou compléter le droit uniforme international .....	439
2. Moyen pour interpréter ou compléter le droit national .....	441
<b>II. Les Principes d'UNIDROIT et le fond des litiges</b> .....	445
A. La sécurisation des relations contractuelles .....	445
1. La réparation du préjudice : clause pénale, évaluation du dommage et fixation du taux des intérêts moratoires .....	445
2. La force majeure selon les Principes et la pratique .....	454
B. La moralisation des relations contractuelles .....	459
1. De l'obligation de négocier .....	459

2. L'obligation de renégocier ( <i>hardship</i> ) :	
« <i>a legal hot zone</i> » .....	466
<b>Conclusion</b> .....	476

L'unification que proposent les *Principes relatifs aux contrats du commerce international* élaborés par UNIDROIT occupe désormais une place privilégiée dans le contexte juridique de la mondialisation. Tel qu'indiqué dans leur préambule :

*Les principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international.*

*Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat. Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « Principes généraux du droit », la « lex mercatoria » ou toute autre formule similaire.*

*Ils peuvent apporter une solution lorsqu'il est impossible d'établir la règle pertinente de la loi applicable.*

*Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme.*

*Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux.<sup>1</sup>*

À l'orée des dispositions de ce préambule, rien ne laissait présager que les Principes rencontreraient le mérite scientifique et pratique qui les anime aujourd'hui (représentent-ils le droit des marchands ou un droit pour les marchands? Probablement un mélange des deux) et dont l'aboutissement est la fin progressive de la controverse autour de la *lex mercatoria*. Mais grâce aux efforts conjugués des théoriciens et praticiens, les Principes revêtent désormais le statut de véritables règles de droit. Ils continuent d'être un terrain exceptionnel d'observation et de réflexion sur des questions fondamentales comme celles de l'existence et de la réalité d'un droit matériel uniforme qui se voudrait autonome et exclusivement applicable aux contrats du commerce international. En effet, les Principes énoncent des *règles générales propres à régir les contrats du commerce international*. Cette ambition suscite de longues discussions portant sur la nécessité, pour les besoins du commerce international, d'appliquer aux contrats commerciaux internationaux un droit neutre indépendamment des diverses conceptions

---

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

doctrinaires<sup>2</sup>. Ce souci d'uniformité se manifeste dans le règlement des litiges commerciaux par la mise en œuvre des Principes (I), en dépit des conséquences pratiques qui en découlent (II).

## **I. Les titres d'application des Principes d'UNIDROIT devant les arbitres et devant les juges**

Pour remplir leurs diverses fonctions (*proper law of the contract*, outils servant à interpréter ou à compléter la loi nationale et/ou les instruments de droit uniforme international), les Principes ont besoin à cet égard d'une large réception par les juges et par les arbitres<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sur l'application des Principes d'UNIDROIT dans le règlement des litiges commerciaux internationaux, voir : Michael Joachim BONELL, « The UNIDROIT Principles and Transnational Law », (2000-2) *Rev. dr. unif.* 199; Jean Paul BÉRAUDO, « La mise en œuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l'arbitre dans le règlement des litiges commerciaux », (1998-2 et 3) *Rev. dr. unif.* 259; Ulrich DROBNIG, « The UNIDROIT Principles in the Conflict of Laws », *id.*, 385 et ses références bibliographiques; Philippe KAHN, « Les conventions internationales de droit uniforme devant les tribunaux arbitraux », (2000-2 et 3) *Rev. dr. unif.* 121; Jürgen BASEDOW, « Uniform Law Convention and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », *id.*, 129; Fabio BORTOLOTTI, « The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals », *id.*, 141; Klaus Peter BERGER, « International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », 46 *Am. J. Comp. L.* 129 (1998).

En tant que codification privée, les Principes d'UNIDROIT se rapprochent aussi des Principes européens du droit des contrats. Ces derniers sont une espèce d'actualisation du *jus commune* ou « droit commun » continental remontant au Moyen-Âge (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle) et qui représentait déjà un « droit fédérateur » par opposition aux droits royal, seigneurial, communal... de l'époque. Était alors utilisé le droit romain comme méthode, dialectique et rhétorique, de découverte des solutions juridiques aux problèmes susceptibles de se poser. Mais la particularité de ce droit résidait surtout dans son caractère académique ou doctrinal par opposition au droit édicté par l'autorité politique. Systématisé par les *doctores legum*, ce droit savant tire sa juridicité de l'autorité de la raison (*imperium rationis*) ou légitimité scientifique. L'avènement du positivisme avec l'État-nation a rompu avec les méthodes du *jus commune*. La mission de la doctrine moderne était donc de faire resurgir les concepts de ce vieux droit de raison en les adaptant aux besoins actuels du commerce international.

<sup>3</sup> Pour consulter l'ensemble des décisions appliquant les Principes, voir : [<http://ra.irv.vit.no/trade-law/organizations/unidroit.html>]; [<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.html>].

## A. Les Principes comme règles de droit régissant le contrat

L'application des Principes à titre de loi gouvernant le contrat concerne deux situations. La première est celle où les parties ont manifesté leur choix en faveur des Principes; quant à la deuxième situation, elle vise celle où le tribunal désigne lui-même les Principes en tant que droit applicable au contrat.

### 1. Le choix des Principes par les parties au contrat

L'autonomie de la volonté des parties est considérée comme l'un des principes les plus acquis en matière de contrats internationaux et reconnue par les droits nationaux<sup>4</sup>. En matière d'arbitrage, la résolution de l'Institut de droit international adoptée à Saint-Jacques de Compostelle le 12 septembre 1989 prévoit que « les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes... de droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres ». Cette formulation a été reprise par l'article 17 (1) du Règlement d'arbitrage de 1998 de la Chambre de commerce internationale qui précise aussi que « les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige ». Dès lors, il n'est donc pas surprenant de constater dans les Principes d'UNIDROIT, qui sont par ailleurs fortement inspirés par le droit comparé et par les sentences arbitrales<sup>5</sup>, la formalisation du principe d'autonomie dans le préambule.

<sup>4</sup> Voir, en droit québécois, le *Code civil du Québec*, qui prévoit le principe d'autonomie aux articles 3111 à 3114.

<sup>5</sup> En ce sens, la sentence C.C.I. 5865 de 1989 (*J.D.I.* 1998.1008, 1010 et 1011), qui rappelle l'affirmation de la loi d'autonomie en tant que principe général du droit du commerce international :

*selon une solution largement admise par les systèmes nationaux de conflit de lois et consacrée comme un principe général du droit du commerce international, lorsqu'une clause d'un contrat a désigné la loi applicable, directement ou par référence à un contrat-type, la loi ainsi désignée doit être appliquée. En l'espèce, le tribunal ne voit aucune raison d'interpréter restrictivement la référence au contrat-type Sonatrach, de manière à en exclure l'article sur le droit applicable, ni de déroger à ce principe général.*

Sur ce fondement, l'arbitre s'objecte aux tentatives visant à écarter la loi d'autonomie :

*il s'agit, en effet, de supputations relatives à ce que pouvaient, non point les parties elles-mêmes, mais leurs représentants, quant à l'environnement juridique du contrat. Ainsi limitées quant à leur objet, ces supputations, ou certaines d'entre elles, sont peut-être fondées; mais elles ne sauraient prévaloir sur désignation expresse de la loi applicable, ni sur la localisation objective du*

Quant au moment du choix des Principes par les parties au contrat, tout le monde sait qu'il peut intervenir avant ou après la naissance du litige. Cette manifestation de la volonté peut être expresse ou implicite.

Le premier exemple de l'application des Principes d'UNIDROIT par la volonté expresse des parties découle d'une sentence arbitrale rendue en 1996 par la Chambre d'arbitrage national et international de Milan<sup>6</sup>. Les faits de l'espèce soumise à l'arbitre unique concernaient un contrat d'agence commerciale pour la distribution de meubles conclu entre une société italienne (représentée) et une société des États-Unis (agent). Par suite d'une résolution du contrat par le représenté fondée sur l'inexécution de l'agent qui n'a pas atteint les résultats escomptés, ce dernier, en qualité de demandeur, décide de soumettre à l'arbitre l'appréciation du caractère abusif de la résolution et réclame réparation de son préjudice. Sur la question du droit applicable, les parties se sont accordées au début de la procédure arbitrale pour appliquer à leur différend les Principes d'UNIDROIT, tempérés par le recours à l'équité.

La force démonstrative de l'autonomie de la volonté à travers cette sentence explique l'aisance de l'arbitre dans l'application des Principes. Parce que le contrat international est le lieu de l'hétérogénéité et de l'aléa, les parties dans cette affaire ont expressément désigné les Principes afin de situer leur différend dans un cadre anational. Ce faisant, elles gagnent plus en sécurité juridique à travers un droit neutre, pertinent quant à son contenu et mieux adapté aux besoins d'une transaction qu'elles ont peut-être longuement et coûteusement négociée.

La désignation expresse des Principes à titre de droit exclusivement applicable aux contrats internationaux a également reçu d'autres sanctions de la part des arbitres méritant qu'on leur accorde une attention. Ainsi, en est-il de la sentence arbitrale rendue le 20 janvier 1997 par la cour d'arbitrage de la chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (sentence

---

*contrat, et pas davantage elles ne suffisent pour déceler une prétendue volonté tacite et commune des parties elles-mêmes.*

<sup>6</sup> Sentence arbitrale – Chambre d'arbitrage national et international de Milan (Italie), 1 .XII. 1996 – n° A – 1795/51 (arbitre unique) (en italien).

n° 116)<sup>7</sup>, de la sentence C.C.I. n° 8331<sup>8</sup> rendue à Paris en décembre 1996 et de la sentence rendue le 21 avril 1996 par un tribunal *ad hoc*<sup>9</sup>. Précisons d'emblée que cette dernière décision n'appelle pas de commentaires particuliers. Les parties ayant choisi le droit russe, « si nécessaire complété par les Principes d'UNIDROIT », l'arbitre applique au contrat de prêt qui concernait une organisation de commerce russe et une société des États-Unis, les articles 3.12 (« le contrat ne peut être annulé lorsque la partie en droit de le faire confirme expressément ou implicitement ce contrat dès que le délai pour la notification de l'annulation a commencé à courir »), et 4.3(c) relatif aux circonstances pertinentes dans l'interprétation du contrat, précisément le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat.

La sentence rendue le 20 janvier 1997 représente un exemple d'application des Principes lorsque ceux-ci ont été expressément désignés par les parties au contrat. L'affaire concernait un contrat de vente conclu entre une organisation russe et une société de Hong Kong sans clause de loi applicable, les parties ayant convenu à un stade ultérieur du procès de l'application des Principes pour résoudre toute question non expressément réglée par le contrat. Ce qui conduit le tribunal arbitral à appliquer au litige les articles 7.3.1 pour la question de la résolution du contrat; 7.3.6 pour régler le problème de la restitution des marchandises vendues; et 7.4.5. traitant du recouvrement de la différence de prix.

Quant à la sentence C.C.I. n° 8331 de 1996, les parties ont convenu que le tribunal appliquerait les accords intervenus entre elles, et pour autant qu'il l'estimerait nécessaire et approprié, les Principes d'UNIDROIT. Les faits de l'espèce sont simples : un protocole d'accord, *Memorandum of Understanding (MOU)*<sup>10</sup>, convenu entre le demandeur (un constructeur suédois de camions et de pièces détachées) et le défendeur (une société iranienne) organisait la vente, le service après-vente ainsi que la coopération future des parties. À la suite d'une mésentente quant à la nature juridique et

---

<sup>7</sup> Citée dans M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 2<sup>e</sup> éd., p. 252 et 253 (1997).

<sup>8</sup> Voir : *J.D.I.* 1998.1041, note Y. Derains et dans (1999) 10, n° 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 67.

<sup>9</sup> Citée dans M.J. BONELL, *op. cit.*, note 7, p. 253.

<sup>10</sup> Sur ce protocole d'accord, voir le commentaire de Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 8, 1044 et sa bibliographie.

la portée des obligations du premier contrat de vente conclu selon les termes du MOU, le tribunal arbitral est saisi pour se prononcer sur ces questions.

Dans l'analyse des sentences qui précèdent, si les Principes étaient expressément désignés par les parties, il ne faudrait cependant pas se limiter à de telles situations. En effet, la volonté des parties peut s'exprimer aussi de façon implicite, ainsi que le traduit la sentence C.C.I. n° 8874 de 1996<sup>11</sup>. En l'espèce, l'arbitre unique, statuant en tant qu'amiable compositeur déduit, à partir du statut qui lui a été conféré, la volonté implicite des parties de soumettre leur litige aux principes d'équité. Sans se justifier davantage, l'arbitre procède à l'application des Principes d'UNIDROIT. Cette démarche est conforme à la théorie de la *lex mercatoria* qui donne à l'arbitre amiable compositeur la liberté, et, pour tout dire, l'oblige à appliquer les règles de la *lex mercatoria*. En choisissant l'amiable composition, les parties ont ainsi décidé implicitement de l'application de la *lex mercatoria*. Ce ressort permet à l'arbitre d'utiliser les Principes d'UNIDROIT (art. 7.4.9 relatif au taux d'intérêt) conformément aux critères prévus au préambule pour résoudre ainsi le litige concernant un contrat de publicité entre une société britannique (demandeur) et une société biélorusse (défendeur). En revanche, l'application des Principes est-elle contestable lorsque les parties, après avoir choisi le droit iranien, s'entendent sur l'utilisation complémentaire par l'arbitre des principes généraux du droit international?

Tel est le problème soulevé par la sentence C.C.I. n° 7365/FMS rendue le 5 mai 1997<sup>12</sup> opposant la *République Islamique d'Iran* contre *Cubic Defense Systems* et connue sous le nom de la sentence *Cubic*. Dans cette sentence, les arbitres se sont prononcés en faveur du rôle des Principes en tant que source des principes généraux

---

<sup>11</sup> Voir : (1999) 10, n° 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 85; sentence C.C.I. n° 8264, *id.*, 86; sentence C.C.I. n° 9419 de septembre 1998, *id.*, 107 (l'espèce comporte une note discordante en ce que l'arbitre invité par une des parties à appliquer les Principes refusa au motif qu'il adhère à la partie de la doctrine, il est vrai désormais très minoritaire, qui ne reconnaît pas l'existence de la *lex mercatoria*).

<sup>12</sup> Le résumé de la sentence et la décision sur son *exequatur* devant la United District Court sont publiés à : (1999) 3 *Rev. dr. unif.* 796-803; voir surtout, dans le même volume, l'important article consacré à cette affaire par Michael Joachim BONELL, « UNIDROIT Principles: a Most Significant Recognition by a United States District Court », (1999) 4, n° 3 *Rev. dr. unif.* 651.

du droit ou de la *lex mercatoria*. Le contrat litigieux conclu en 1977 concernait la vente et l'installation de matériel militaire par la société américaine Cubic Defense Systems au ministère de la Défense et des Forces armées de la République Islamique d'Iran. Le contrat prévoyait un paiement progressif au fur et à mesure que des portions du contrat seraient exécutées. Une partie du matériel devait être complétée par Cubic contre un versement de 30% de la part du ministère iranien de la Défense. Par suite des bouleversements politiques en Iran intervenus en 1979, Cubic traite avec le Canada en 1982 relativement au même matériel militaire sans informer l'Iran. Ce dernier réclame à Cubic de compléter ses obligations selon l'entente initiale devant le tribunal irano-américain, qui décline sa compétence. L'affaire est soumise à l'arbitrage de la Chambre de commerce international conformément à la clause d'arbitrage contenue dans le contrat. Au cours du litige, la partie iranienne reproche à la partie américaine d'avoir rompu le contrat et réclame le remboursement des paiements antérieurs effectués ainsi que des dommages et intérêts. Cubic, la partie américaine, soumet que c'est l'Iran qui a rompu le contrat en ne respectant pas ses engagements de payer le reliquat de la facture et demande à son tour des dommages et intérêts de ce chef. À ce stade, chaque partie était en droit de mettre fin unilatéralement aux contrats ou de demander l'adaptation de leurs conditions. Pour régler ce différend, le tribunal arbitral détermine avant tout le droit applicable et sur ce fondement s'interroge sur la terminaison du contrat en rapport avec le *hardship*.

Sur la question du droit applicable, le tribunal constate le choix du droit iranien comme loi gouvernant le contrat. Mais le tribunal relève aussi que les parties ont convenu que :

*general principles of international law, including the lex mercatoria and trade usages should complement and, as necessary, supplement the applicable iranian law. Claimant eventually agreed to the complementary and supplementary application of general principles of international law emphasizing, however, that there is no conflict between basic principles of Iranian law and general principles of international law. Claimant further referred to article 3 of the Iranian Civil Code of Procedure provides that disputes must be decided in accordance, inter alia, with established trade usages (in particular where the existing laws of the country are not perfect) and to a similar provision in the ICC Rules (Art. 13(5)).*

*According to the Arbitral Tribunal, since both Parties eventually agreed to the complementary and supplementary application of general principles of international law and trade usages, and based on Article 13(5) of the ICC Rules, the tribunal shall, to the extent necessary, take into account such principles and usages as well. As to the contents of such rules, the Tribunal shall be guided by the Principles of International Commercial Contracts, published in 1994 by the UNIDROIT Institute, Rome [...].*

L'absence de désignation expresse des Principes par les parties au contrat n'équivaut pas à leur exclusion, surtout lorsqu'elles demandent expressément l'application des principes généraux du droit international, de la *lex mercatoria* ainsi que des usages commerciaux. En ce cas, selon la tendance récente de la jurisprudence arbitrale internationale, le contenu de tels principes généraux et usages est codifié dans les Principes d'UNIDROIT<sup>13</sup>. Un tel choix, mi-exprès, mi-implicite en faveur des Principes, laisse à la discrétion des arbitres le soin de préciser la portée de la volonté des parties.

L'adoption des Principes par les parties au contrat leur accorde un rang de *valeurs supérieures* que ces parties s'engagent mutuellement à respecter. À cet égard, les juges et les arbitres ne peuvent écarter un tel choix que s'ils disposent de bonnes et sérieuses raisons de le faire<sup>14</sup>, à moins que les parties aient convenu, en matière d'arbitrage notamment, de faire de l'application des Principes un élément de la mission de l'arbitre.

## **2. Le choix des Principes par l'arbitre ou par le juge**

Depuis leur parution, les Principes ont été vite apprivoisés, surtout par les arbitres du commerce international en quête de légitimité du droit applicable à leurs sentences arbitrales. Les

---

<sup>13</sup> Sur le choix des arbitres, en l'absence de loi d'autonomie, voir les décisions citées par M.J. BONELL, *loc. cit.*, note 12, 653-658; voir aussi : sentence arbitrale de la London Court of Arbitration (Angleterre), 1995, résumée dans UNILEX-UNIDROIT Principles, C1995-1, juin 2000, 9, appliquant les Principes d'UNIDROIT à titre de principes généraux de droit anglais.

<sup>14</sup> Par exemple, pour respecter les dispositions impératives de la loi normalement applicable ou encore pour des raisons visant à accorder au contrat un meilleur traitement juridique, par exemple la préférence de la Convention de Vienne aux Principes d'UNIDROIT dans l'hypothèse d'un contrat de vente auquel les parties décident de le soumettre aux principes généraux et aux usages commerciaux.

Principes ont ainsi servi d'appui à l'œuvre prétorienne des arbitres internationaux. La force d'attraction des Principes sur l'arbitrage se comprend aisément. C'est devenu d'une grande banalité que de le répéter : contrairement au juge étatique qui applique le droit national ou les conventions internationales de droit matériel uniforme, l'arbitre international est dépourvu de *for*. Cependant, il jouit en retour d'une plus grande liberté dans la détermination du droit applicable, notamment en l'absence de loi d'autonomie de la volonté des parties. Au risque d'une grande simplification, notons que cette liberté est également reconnue par la plupart des règlements d'arbitrage ainsi que législations nationales récentes<sup>15</sup>. Elle caractérise l'arbitrage international et conduit naturellement l'arbitre, à défaut de choix de loi applicable par les parties au contrat, à déterminer lui-même directement les règles de droit matériel qu'il estime appropriées pour trancher le litige qui lui est soumis et, dans tous les cas, de tenir compte des usages du commerce. Une telle démarche, qui est basée sur la théorie du substantivisme, représente, à plusieurs égards, un réquisitoire contre la méthode des conflits de lois<sup>16</sup>, jugée par ailleurs, trop complexe et hasardeuse. On le sait, l'expression règles de droit inclut, à côté des lois étatiques, les principes généraux du droit et les usages du commerce. Dans un tel contexte, les Principes d'UNIDROIT sont les bienvenus, et ce, conformément aux dispositions

---

<sup>15</sup> Voir, à titre d'exemple : art. 17 Règlement d'arbitrage de la C.C.I.; art. 1496 N.C.P.C. français; art. 1054(2) CPC néerlandais ou art. 187 L.D.I.P. suisse; dans le même sens, cette conception est celle qui a été consacrée par la résolution adoptée au Caire par l'International Law Association le 28 avril 1992. Celle-ci dispose en effet que

*le fait qu'un arbitre international ait fondé une sentence sur des règles transnationales (principes généraux du droit, principes communs à plusieurs droits, droit international, usages du commerce, etc.) plutôt que sur le droit d'un État déterminé ne devrait à lui seul, affecter la validité ou le caractère exécutoire de la sentence (1) lorsque les parties se sont accordées pour que l'arbitre applique des règles transnationales ou (2) lorsque les parties sont demeurées silencieuses sur le droit applicable.*

Sur cette résolution, voir : « Informations », *Rev. arb.* 1994.211, ainsi que la discussion approfondie à ce sujet dans Piero BERNADINI (dir.), *Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Paris, Publication C.C.I./International Law Association, 1993, p. 37 et suiv. Par ailleurs, lors de la discussion au Caire, un projet de résolution tendant à la condamnation de l'application de règles transnationales en cas de choix par les parties d'une loi étatique déterminée n'a pu être adoptée faute de consensus : *id.* p. 86 et 87.

<sup>16</sup> Voir : Friedrich K. JUENGER, « The *lex mercatoria* and Private International Law », (2000-1) *Rev. dr. unif.* 171.

de leur préambule, mais aussi en ce qu'ils rassemblent les usages les plus courants du commerce international<sup>17</sup>.

L'application des Principes par les arbitres à titre de loi du contrat se rencontre lorsque, en pratique, les parties n'ont pas choisi elles-mêmes la loi applicable à leur relation. Dans pareille situation, il est souvent moins conforme aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridique de contraindre les arbitres à choisir entre les droits étatiques en présence que de leur permettre de faire application des Principes d'UNIDROIT à titre de *lex mercatoria*, d'usages commerciaux ou de principes généraux du droit. En effet, aux yeux de l'arbitre international, les Principes représentent une formalisation des règles transnationales dont la philosophie n'est pas d'exclure le rôle des normes d'origine étatique, mais plutôt d'éviter que des solutions, qui n'ont pas reçu un support suffisant en droit comparé, ne l'emportent sur des conceptions plus généralement admises dans la communauté internationale<sup>18</sup>. D'où le souci constant pour les arbitres de vouloir légitimer leur choix en faveur des Principes. Ainsi en est-il de la sentence C.C.I. n° 7375 rendue le 5 juin 1996<sup>19</sup>, concernant un contrat de fourniture de matériel

---

<sup>17</sup> En ce sens : Jean-Paul BÉRAUDO, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs au droit du commerce international », J.C.P. éd. G 1995.3842.192. En dépit de la doctrine majoritaire au sein de la *lex mercatoria* qui favorise l'assimilation des principes généraux de droit et des usages commerciaux, d'autres préconisent une distinction : voir : Emmanuel GAILLARD, « La distinction des principes généraux et des usages du commerce international », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 203.

<sup>18</sup> À cet égard, le Conseil de direction d'UNIDROIT ne s'y est pas trompé en précisant, dans la présentation introductive aux Principes que  
*les Principes d'UNIDROIT reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Étant donné cependant que les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérateurs du commerce international, ils renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale.*

Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, p. VIII.

Il importe toutefois de souligner que les arbitres ne pourraient à ce sujet, sans méconnaître le principe du contradictoire, trancher le litige en application d'une règle transnationale précise sans avoir provoqué la discussion entre les parties à la transaction litigieuse. La règle est assurément importante lorsque, dans le silence des parties sur la loi applicable, les arbitres décident de trancher le litige en application des Principes.

<sup>19</sup> Sentence intérimaire en anglais dans : (1996) 11 *Mealey's International Arbitration Report* A-1 et suiv.

conclu entre un vendeur américain et un acheteur du Moyen-Orient. Les parties n'ayant pas désigné le droit applicable, l'arbitre soumet qu'il s'agit là d'un *choix négatif* en faveur d'une loi neutre. La solution de la dénationalisation, menant à l'application de règles de droit jouissant d'une acceptation générale, est retenue par la Cour comme la seule qui préserve l'équilibre entre les parties et qui réponde à leurs attentes raisonnables. Plus précisément,

*la Cour décide d'appliquer les principes généraux du droit et les règles de droit applicables aux obligations contractuelles internationales qui ont acquis une large reconnaissance et un consensus international dans la communauté des affaires internationales, y compris des notions qui sont considérées comme appartenant à la lex mercatoria, et de prendre en considération les Principes d'UNIDROIT, dans la mesure où ils peuvent être considérés refléter des principes et des règles généralement acceptés. En effet, la Cour estime que les Principes d'UNIDROIT, préparés par un groupe d'experts et de professeurs du plus haut niveau des principaux systèmes juridiques, renferment ce qui pourrait être défini comme des principes directeurs qui ont reçu une acceptation universelle et sont en outre au cœur de la plupart des notions les plus fondamentales qui ont été régulièrement appliquées dans la pratique arbitrale.*

C'est une constance dans la jurisprudence arbitrale internationale que ce besoin de légitimation de l'application directe des Principes en tant que règles de droit régissant le contrat. Ainsi, toute une série de sentences arbitrales appliquent les Principes parce que ces derniers bénéficient d'un consensus international et méritent d'être considérés comme la pièce maîtresse des principes généraux applicables aux contrats internationaux<sup>20</sup>. Selon d'autres décisions, les Principes constituent des usages du commerce international reflétant les solutions en vigueur dans les différents systèmes juridiques et dans la pratique contractuelle internationale<sup>21</sup>. Enfin,

<sup>20</sup> Sentence C.C.I. n° 700 de 1995, citée par Pierre LALIVE, « L'arbitrage international et les Principes d'UNIDROIT », dans Michael Joachim BONELLI et Franco BONELLI (dir.), *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*, Milan, Giuffrè Editore, 1997, p. 84. En l'espèce, par leur choix négatif, les parties excluaient tout droit étatique.

<sup>21</sup> Sentence arbitrale *ad hoc*, Buenos Aires, Argentine, 10.xii.1997; Sentence C.C.I. n° 8502 (et 8501 et 8503) de novembre 1996, 10, n° 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 74, précisant que les trois sentences ont résolu de la même manière la question du droit applicable. Dans le même sens, mais avec plus de subtilité, voir : sentence arbitrale rendue à Berlin en 1990, SG 126/90, citée par D. MASKOW, « Hardship and Force Majeure », 40 *Am. J. Comp. L.* 657 et suiv. (1992); Commission d'Indemnisation des Nations Unies, recommandation du Panel pour les demandes F- 23. ix. 1997, Conseil de sécurité des Nations Unies,

selon une dernière catégorie de décisions, la légitimité des Principes découle des principes généraux du droit et de l'équité communément acceptés par les systèmes juridiques, en ce qu'ils représentent une source autorisée du droit commercial international, ou encore en ce qu'ils représentent le cœur (noyau dur) des notions fondamentales appliquées par les arbitres<sup>22</sup>. En effet, si l'on admet largement que les Principes véhiculent certaines normes de *jus cogens* du droit des contrats du commerce international, ils pourraient jouer un rôle plus fondamental dans notre siècle et apporter davantage à la mondialisation. La thèse *lex mercatoriste* peut jouer un rôle, où l'arbitre se cantonne à faire primer la norme supérieure, de source internationale, sur la norme inférieure, de source nationale. Ainsi, par exemple, certaines dispositions énoncées par les Principes occupent un rang supérieur lorsqu'elles ménagent les intérêts généraux et la protection de la partie faible. Dès lors que cette supériorité est démontrée, ces dispositions doivent absolument s'appliquer en complétant ou en évinçant certaines règles nationales par le mécanisme de l'ordre public véritablement international<sup>23</sup>. En ce cas, si ce n'est pas l'ordre juridique transnational auquel appartient la règle d'ordre public qui est supérieur à la loi choisie par les parties, l'éviction ne peut se fonder que sur la supériorité intrinsèque du principe méconnu par la loi choisie. L'aboutissement de cette logique serait d'accorder aux Principes d'UNIDROIT une éventuelle fonction dans le cadre de l'arbitrage CIRDI, où le droit national applicable est généralement évalué à l'aune des principes du droit international général.

---

S/AC./1997/6, 18 décembre 1997; sentence C.C.I. n° 8261 du 27 septembre 1996, citée par M.J. BONELL, *op. cit.*, note 7, p. 249 ainsi que les autres décisions citées à la page 250 et 251.

<sup>22</sup> Sentence C.C.I. n° 9797/CK/AER/ACS du 28 juillet 2000, *Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*, dans « Résumés de jurisprudence appliquant et interprétant des instruments internationaux de droit uniforme », (2000-4) *Rev. dr. unif.* 805 et suiv.

<sup>23</sup> Pierre LALIVE, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Revue arbitrage*, 1986, p. 329; Pierre MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, *op. cit.*, note 17, p. 379; Philippe KAHN, « À propos de l'ordre public transnational : quelques observations », dans Jean-François GERKENS, Hansjörg PETER, Peter TRENK-HINTERBERGER et Roger VIGNERON (dir.), *Mélanges Fritz Sturm*, vol. 2, Liège, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 1999, p. 1539 et sa bibliographie.

L'analyse des sentences arbitrales révèle donc un témoignage éloquent des arbitres internationaux qui rivalisent d'ingéniosité dans la démonstration de l'existence d'un droit autonome du commerce international. Les arbitres se situent ainsi sur la même longueur d'onde que les rédacteurs de contrats internationaux dont les attitudes très variées rendent superflu le recours au droit national grâce au processus de reproduction et de standardisation par lequel des clauses de grands contrats internationaux, soigneusement rédigées pour éviter des liens avec un droit national, servent de modèles pour des catégories beaucoup plus larges de contrats internationaux. L'arbitrage international est donc le cadre institutionnel, le *forum* de ce nouveau développement. C'est l'inclinaison à la dénationalisation, devenue réalité dans la jurisprudence arbitrale. Ce constat permet de conclure au rôle prédominant des Principes d'UNIDROIT dans le domaine du commerce international. Si le recours aux Principes favorise l'émancipation de l'arbitrage international, leur reconnaissance par les tribunaux étatiques permet un rapprochement entre les deux formes de justice.

Là se situe un carrefour où s'entrecroisent des avenues diverses telles la justice arbitrale et la justice étatique<sup>24</sup>. La tendance est amorcée dans la décision rendue par la United States District Court<sup>25</sup>, en confirmation de la sentence arbitrale Cubic selon laquelle l'application des Principes d'UNIDROIT au fond du litige ne constitue pas un motif de rejet. Présentés jadis comme des rivaux, les juges étatiques, tout comme les arbitres internationaux, semblent aujourd'hui entreprendre une action complémentaire en vue de la promotion des Principes d'UNIDROIT. Selon Jean-Paul Béraudo, l'existence même des Principes pourrait inciter les juges à plus de hardiesse<sup>26</sup>. L'arrêt du 24 janvier de la Cour d'appel de Grenoble<sup>27</sup> confirme cette hardiesse qui montre qu'il n'y a pas de

---

<sup>24</sup> Bruno OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, *op. cit.*, note 17, p. 415.

<sup>25</sup> *Ministry of Defense and support for the armed forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, inc.*, 29 F. Supp. 2d 1168 (S.D. Cal. 1998); « Cases Applying and Interpreting International Uniform Law Instruments », (1999) *Rev. dr. unif.* 799; commentaire de M.J. BONELL, *op. cit.*, note 12, p. 658.

<sup>26</sup> *Loc. cit.*, note 17, 193, qui ajoute, à cet égard que bien souvent les Principes sont limités à ce qui est admissible par la plupart des systèmes juridiques. C'est dans ces règles qu'on peut trouver l'expression de la sagesse judiciaire et que le bon sens devrait encore autoriser leur utilisation par le juge.

<sup>27</sup> Grenoble, 24 janv. 1996, *J.D.I.* 1997.115, note Philippe Kann, *Société Harper Robinson c. Société internationale de maintenance et de réalisation industrielles*.

divergences fondamentales entre l'attitude des arbitres et celle des juges. Les juges en l'espèce devaient se prononcer sur l'applicabilité d'une clause de responsabilité (contenue dans des conditions générales présentées dans une graphie peu lisible), suite à la détérioration d'un outil de calage lors de l'exécution d'un contrat de fourniture et de transport de machines-outils par la société Harper Robinson des États-Unis vers la France au profit de la société internationale de maintenance et de réalisation industrielle (SIMRI). À cette occasion les juges ont décidé, sans discussion relative au droit applicable, que la clause litigieuse était inopposable à l'acheteur. Selon les juges, il est de principe dans le droit du commerce international qu'expriment les Principes d'UNIDROIT, qu'en cas de contradiction, le contrat prime sur les clauses types et qu'une clause doit s'interpréter contre celui qui en est l'inspirateur. Dans cette affaire, la portée de l'application directe des Principes par les juges étatiques, en tant que règles de droit régissant un contrat d'ingénierie-vente, a été formulée par la doctrine dans un long passage :

*La Cour n'a pas jugé nécessaire pour un contrat manifestement international de rechercher le droit applicable comme si les constatations faites conduisaient au même résultat quelle que soit la juridiction compétente quel que soit le droit applicable. Toutefois on peut relever une inclination non dissimulée vers la reconnaissance d'un droit uniforme matériel du commerce international [...] La Cour ne prend pas position sur leur signification et donc leur force obligatoire (les Principes d'UNIDROIT) : simple témoignage d'une autorité venant à l'appui d'une solution justifiée [...] La référence aux Principes d'UNIDROIT jumelée avec l'idée d'un droit du commerce international émanant d'une juridiction judiciaire constitue une avancée importante [...] et prépare peut-être une reconnaissance plus large d'un droit transnational du commerce international.<sup>28</sup>*

À partir des constatations qui précèdent on a pu montrer que la conviction des tribunaux est claire. C'est bien parce que les Principes reflètent des pratiques autour desquelles se réalise un large consensus qu'ils décident d'y recourir à titre de droit applicable. Ces mêmes considérations président à l'application des Principes en vue de compléter ou d'interpréter d'autres instruments de droit.

---

<sup>28</sup> *Id.*, 122.

## **B. L'application des principes en vue d'interpréter ou compléter d'autres instruments de droit**

Les Principes peuvent être utilisés à titre subsidiaire par les juges ou par les arbitres pour interpréter ou compléter soit le droit national, soit le droit uniforme international. Comme on va le voir, ces diverses fonctions des Principes sont devenues classiques et ne demandent que peu de commentaires.

### **1. Moyen pour interpréter ou compléter le droit uniforme international**

C'est le domaine par excellence de l'utilisation des Principes par les arbitres et les juges. Les premières applications jurisprudentielles des Principes concernaient le comblement des lacunes de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises<sup>29</sup>. En effet, conformément à l'article 7(2) de la Convention de Vienne, les lacunes internes à celle-ci doivent être comblées par *l'application des principes généraux dont elle s'inspire*. La tendance majoritaire, tant en doctrine que dans la jurisprudence, soutient l'application des Principes à titre de règles complémentaires aux dispositions de la Convention de Vienne, puisque les deux sont inspirés par les mêmes usages commerciaux et principes généraux du droit. C'est donc de manière particulièrement intéressante que les décisions précitées s'appuient sur les Principes en faisant surtout application du chapitre 7 traitant de l'inexécution et de ses suites<sup>30</sup>. L'utilisation des Principes par le canal de l'article 7(2) de la Convention de Vienne souligne leur caractère universel. Cela témoigne aussi de l'existence d'un certain *jus cogens*, puisque certaines normes dans les Principes (comme la bonne foi dans le

---

<sup>29</sup> Voir les deux sentences arbitrales de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce autrichienne du 15 juin 1994, n° SCH-4318 et n° S.C.H. 4366, *J.D.I.* 1995.1055; sentence arbitrale de la Chambre de commerce internationale de Bâle (Suisse) n° 8128 de 1995, *J.D.I.* 1996.1024; sentence C.C.I. n° 8769, décembre 1996, (1999) 10, n° 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 75; sentence C.C.I. n° 8817, décembre 1997, (1999) 10, n° 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.*; sentence C.C.I. n° 8908, septembre 1998, (1999) 10, n° 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 83.

<sup>30</sup> Sur l'importance de ce chapitre, voir : Arthur ROSETT, « UNIDROIT Principles and Harmonisation of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven », (1997-3) *Rev. dr. unif.* 441; Marcel FONTAINE, « Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'UNIDROIT : observations critiques », (1998-2 et 3) *Rev. dr. unif.* 405.

commerce international) ont un caractère impératif. Cette considération va dans le sens de l'existence d'un ordre public de la *lex mercatoria* qui justifie et renforce les rapports d'interaction entre les instruments de droit uniforme international. La force d'attraction des Principes est perçue comme une nécessité continue et l'idée même d'une obligation en ce sens apparaît progressivement. Elle vise à perpétuer le *statu quo* existant. Cette analyse se vérifie autant dans la jurisprudence arbitrale que dans la jurisprudence étatique<sup>31</sup>.

Les fondements de cette tendance récente s'organisent autour de ce qu'on appelle le substantivisme.

Le substantivisme tire avant tout sa légitimité de la liberté reconnue aux opérateurs du commerce international de choisir de se placer sous l'empire de normes d'origine et de nature très diverses, mais autres que des normes conçues pour les opérations internes. Cette théorie vise à résoudre le problème de l'insécurité générée par la méthode conflictuelle du droit international privé. Or, les opérateurs du commerce international, plus pragmatiques que scientifiques, trouvent les conflits de lois très complexes. Face à ce problème, le droit du commerce international connaît au moins deux solutions. La première consiste à appliquer au contrat international un droit interne désigné par une règle de conflit de lois. Le droit ainsi désigné a été conçu à la base pour des opérations internes et ne tient pas suffisamment compte des besoins spécifiques au commerce international. Quant à la seconde solution, elle conduit à l'application des règles matérielles supranationales ou anationales tout en évitant le détour par les conflits de lois. Cette seconde option constitue le substantivisme qui emporte la préférence des auteurs contemporains et surtout des milieux d'affaires. Le substantivisme se définit alors comme la possibilité pour le juge étatique, et surtout pour l'arbitre international, d'appliquer des règles matérielles ou substantielles qui, à l'instar du *jus gentium* romain, sont propres aux rapports internationaux et fournissent directement la réglementation d'un tel rapport,

---

<sup>31</sup> En ce sens, C.A. Grenoble, 23 octobre 1996; C. Sup. Venezuela, 9 octobre 1997, utilisant les Principes pour interpréter la Convention de New York de 1958, notamment sur l'étendue de la notion de contrat international; et le Tribunal de Zwolle (Pays-Bas), 5 mars 1997, n° HA ZA 95-640, *Nederlands International Privaatrecht*, vol. 15, 1997, 282, rappelant la notion plus large de la bonne foi contenue dans les Principes.

indépendamment des lois internes avec lesquelles il est en contact. L'application des Principes d'UNIDROIT pour compléter ou interpréter la Convention de Vienne s'inscrit dans ce courant.

On peut, sans se tromper, affirmer que le courant substantiviste est révolutionnaire. Il s'analyse en un réquisitoire contre la méthode des conflits de lois dans le domaine des contrats internationaux. Mais l'ambition n'est-elle pas démesurée?

Tel que défini, le substantivisme est à la fois une méthode et une science. D'abord, il s'agit d'une méthode qui influence la démarche du juge et surtout de l'arbitre international, puisqu'il permet à ces derniers d'appliquer directement aux transactions commerciales internationales des règles substantielles uniformes appropriées. Ensuite, il s'agit d'une science ou d'une théorie qui oblige à une prise en considération du droit comparé et des pratiques contractuelles dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit matériel uniforme international. À ces titres, l'apport du substantivisme est donc loin d'être négligeable.

## **2. Moyen pour interpréter ou compléter le droit national**

L'application d'un droit national aux contrats internationaux est devenue doublement suspecte. À cet égard, les Principes d'UNIDROIT sont utilisés pour interpréter ou compléter le droit national, qui est généralement inadapté aux transactions commerciales internationales. Ainsi, dans certains litiges, les tribunaux se réfèrent aux Principes d'UNIDROIT, déclarant qu'ils sont pleinement fondés à avoir recours à des principes généraux plutôt qu'à choisir entre des systèmes juridiques concurrents lorsque les facteurs de rattachement n'indiquent pas impérativement l'un d'entre eux. L'identité des solutions est aussi utilisée par les tribunaux pour justifier le renfort qu'apportent les Principes d'UNIDROIT (source utile pour établir des règles générales pour les contrats commerciaux internationaux et dont l'application aboutit à la même solution que celle indiquée par la loi nationale compétente) aux droits nationaux<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Sentence partielle C.C.I., 4 septembre 1996, citée dans (March 1997) 10 *White & Case International Dispute Resolution* 3; sentence de la Cour d'arbitrage de la Chambre économique et de la Chambre agraire tchèque (Prague), 17 décembre 1996, n° Rsp 88/94, statuant sur la délégation d'une obligation de paiement à un tiers; sentence arbitrale *ad hoc*, Helsinki, Finlande, 1998, statuant sur une indemnité prévue au contrat ainsi que le pouvoir modérateur du tribunal à cet

En plus de servir de moyen de comparaison afin de dégager des solutions identiques, les Principes procurent aussi des solutions adéquates lorsque le droit national réfère aux usages<sup>33</sup> ou lorsque ce droit national n'est pas clair. Précisément, lorsque la question en litige est incertaine en vertu de la loi nationale, les tribunaux ont recours aux Principes au motif qu'il « n'existe actuellement aucun texte international plus concluant que les Principes d'UNIDROIT pour régir l'interprétation des dispositions d'un contrat »<sup>34</sup> et résoudre ainsi les questions de fond.

Comment expliquer cette attitude des tribunaux?

C'est que le monde d'aujourd'hui n'est plus celui d'autrefois. L'époque où le droit interne pouvait régir indiscutablement les contrats internationaux, comme la vente internationale, est définitivement révolue. Désormais, le droit interne subit la concurrence

---

égard; sentence préliminaire du 25 novembre 1994 de la Chambre de commerce de Zurich (Suisse), (1997) 22 *Y.B. Comm. Arb.* 211-221 appliquant les Principes pour donner confirmation que la règle correspondante au droit interne applicable reflète un consensus général; sentence C.C.I. n° 8240 rendue en 1995 et qui applique les Principes pour interpréter la loi nationale, précisément comme confirmation au niveau international d'une règle semblable de la loi nationale applicable, sentence citée par Klauss Peter BERGER, « The *lex mercatoria* Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1997) 28 *L. & Pol'y Int'l Bus.* 943 et suiv., 982; sentence C.C.I. n° 8486 de 1996, *J.D.I.* 1998.1047 (pour interpréter le droit national, le tribunal se sert, des Principes comme conviction juridique en vigueur dans le droit des contrats internationaux); sentence arbitrale rendue à Rome (Italie), 4 décembre 1996, interprétant le droit national à la lumière des Principes, et ce, sur renvoi des règles de procédure nationale invitant à prendre en considération les usages commerciaux, les Principes étant visés par le tribunal comme un paramètre des principes et des usages du commerce international. Pour d'autres décisions référant aux Principes d'UNIDROIT dans l'application du droit national, voir : M.J. BONELL, *op. cit.*, note 7, 240-251.

<sup>33</sup> Sentence C.C.I. n° 8873 de 1997, *J.D.I.* 1998.1017.

<sup>34</sup> Voir : Federal Court (Australie), 30 juin 1997, *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia*; sentence arbitrale rendue en 1995, Auckland (Nouvelle-Zélande), voir les commentaires de A.R. WILLIAM, « Further Development of International Commercial Arbitration Through the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts », (1996) 2 *New-Zealand Business Law Quarterly* 7 et suiv., 17-20; sentence C.C.I. n° 5835 de juin 1996, (1999) 10, n° 2 *Bulletin de la Cour d'arbitrage de la C.C.I.* 34-39; sentence C.C.I. n° 8223 d'avril 1998, *id.* 58; New South Wales Supreme Court (Australia), 16 juillet 1998, *Alcatel Australia v. Scarcelle & Ors Matter*; New South Wales Supreme Court, 1<sup>er</sup> Octobre 1999, *Aiton v. Transfield*, texte intégral des deux décisions disponibles sur Internet : [<http://www.austlii.edu.au/>].

des règles matérielles uniformes plus adaptées aux besoins du commerce international. Dans le domaine de la vente, on assiste à une conséquence peu ordinaire de l'impact du droit uniforme sur les droits nationaux de la vente interne.

À cet égard, les Principes représentent indéniablement une étape décisive, car ils sont destinés à être mondialement utilisés, quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays susceptibles de les appliquer. En définissant un concept autonome du contrat commercial international, l'adoption des Principes marque ainsi un tournant décisif vers une étape finale d'unification du droit des contrats internationaux devenue indispensable avec la mondialisation de l'économie.

L'applicabilité des Principes en vue de compléter le droit national s'explique aussi par l'absence d'inconvénients quant à une telle technique, puisque les valeurs véhiculées par les Principes sont acceptables quel que soit le système juridique. Ce sont, par exemple, les principes de *liberté contractuelle* et de *justice contractuelle* qui innervent toute l'œuvre. Ces idées (car les Principes sont faits de beaucoup d'idées) pourraient étonner, car d'ordinaire, dans la vie des affaires, les rapports des parties sont marqués par le fort antagonisme de leurs intérêts divergents, que reflètent généralement les règles juridiques. La première grande idée est celle de la liberté contractuelle et de la liberté d'élaboration des clauses qui figurent dans les contrats (art. 1.1). La seconde grande idée est représentée par le principe de bonne foi (art. 1.7). La troisième idée est l'ouverture aux usages dont la valeur positive est consacrée par l'article 1.8. La quatrième idée fondamentale est la *favor contractus* ou maintien du contrat, sauf inexécution essentielle ou nullité du contrat consécutive à l'impossibilité, au moment de la conclusion du contrat, de l'une des parties de pouvoir disposer des biens qui en faisaient l'objet (art. 3.3). Enfin, la cinquième idée reflète la volonté des auteurs d'instaurer un degré élevé de loyauté dans les relations commerciales internationales (art. 2.15 et 2.16).

Par ailleurs, lorsque le contrat est régi par une loi interne particulière, les Principes peuvent intervenir pour combler les lacunes de ce droit. C'est le cas, lorsqu'il s'avère difficile, sinon impossible d'établir la règle pertinente d'une loi interne, notamment étrangère. Enfin, dans le cadre des arbitrages du Centre

international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), l'article 42 du règlement prévoit que le droit national applicable sera corrigé au besoin par les principes généraux. Par cette disposition, les Principes peuvent être utilisés pour compléter le droit national.

On peut mettre en doute ces arguments en opinant que le positivisme étatique interdit ce mélange de genre. Toutefois, le pluralisme juridique n'est-il pas un fait qu'il est vain de vouloir renier? En effet, pour les positivistes durs, la loi est la seule expression du droit; le système juridique étatique se suffit à lui-même et n'a aucunement besoin d'une quelconque proposition de directives ni pour ses tribunaux ni pour son législateur. D'ailleurs, il appert que ce dernier n'éprouve pas de « réel besoin en la matière », d'abord parce que les opérateurs préfèrent agir pour eux-mêmes plutôt que de laisser leurs législateurs respectifs prendre l'initiative; les législateurs nationaux auraient d'autres préoccupations que de légiférer spécifiquement pour les opérations du commerce international sauf, à la limite, afin de protéger un ordre public économique très fort... Ce reniement de l'harmonisation du droit par un procédé non législatif manque cependant de réalisme. En effet, en proposant des directives aux tribunaux et aux législateurs nationaux, les Principes ne font qu'ouvrir à ces derniers de nouvelles perspectives pour le droit positif sans contrarier les orientations de celui-ci. On accepte en général l'idée que les rapports entre les régulations juridiques étatiques et non étatiques s'expriment davantage sous le mode de la complémentarité que de l'antagonisme. La fonction assignée des Principes est de faciliter l'apport de nouvelles normes juridiques à un système pauvre en règles de droit : il s'agit, en somme, d'un procédé de formation du droit par emprunt à d'autres systèmes juridiques, sinon de règles entièrement formées, du moins d'un germe que l'on va ensuite faire pousser dans le terreau où il est appelé à se développer.

C'est donc tout le mérite intrinsèque des Principes que de pouvoir servir de relais au droit national applicable. Enfin, il ne faut pas oublier la fonction didactique des Principes. Cette fonction des Principes recoupe le caractère pédagogique qui leur est assigné : un véritable rôle de *check list*. Ainsi, les parties aux contrats commerciaux internationaux, appartenant à des systèmes juridiques différents disposent désormais d'une plate-forme commune pour communiquer entre elles lors de la négociation et de la rédaction

des contrats. Disponibles dans pratiquement toutes les langues, les Principes offrent une terminologie unique et neutre aux yeux des contractants. Ceci règle le problème de la méfiance à l'égard du droit étranger et permet la rapidité des transactions commerciales internationales. En revanche il faut éviter les risques de dérapage; car, face au vide juridique de certains pays et aux affrontements auxquels pourraient se livrer les milieux d'affaires, les Principes pourraient être pris entre l'enclume et le marteau et servir alternativement de bouclier ou d'arme agressive pour obtenir gain de cause.

## **II. Les Principes d'UNIDROIT et le fond des litiges**

L'innovation en matière législative peut susciter des réactions fortes si elle est entreprise de manière frivole.

### **A. La sécurisation des relations contractuelles**

L'application des Principes au fond du litige procure une sécurisation des relations contractuelles, car leur formulation et leurs solutions sont limitées à ce qui est perçu comme admissible par la plupart des systèmes juridiques, en plus de consacrer la liberté contractuelle tempérée par l'idée de justice contractuelle.

#### **1. La réparation du préjudice : clause pénale, évaluation du dommage et fixation du taux des intérêts moratoires**

La sentence arbitrale rendue en 1996 par la Chambre d'arbitrage national et international de Milan<sup>35</sup> représente un exemple où l'application des Principes au fond du litige apporte une sécurisation des relations contractuelles. Les faits de l'espèce soumise à l'arbitre unique concernaient un contrat d'agence commerciale pour la distribution de meubles conclu entre une société italienne (représentée) et une société aux États-Unis (agent). Par suite d'une résolution du contrat par le représenté fondée sur l'inexécution de l'agent qui n'a pas atteint les résultats escomptés, ce dernier, en qualité de demandeur, soumet à l'arbitre l'appréciation du caractère

---

<sup>35</sup> Sentence arbitrale – Chambre d'arbitrage national et international de Milan (Italie), précitée, note 5.

abusif de la résolution et réclame réparation de son préjudice. Pour régler ce litige, l'arbitre a fait pleine application des Principes quant au fond du litige. Comme le rapporte le résumé de la sentence, plusieurs dispositions des Principes ont été appliquées, notamment :

*l'article 1.3 pour affirmer la force obligatoire du contrat; les articles 4.1 et 4.2 pour interpréter une déclaration d'une partie comme un avis de résolution; l'article 7.3.1 pour exclure le caractère d'inexécution essentielle à une situation précisément et expressément envisagée par les parties comme susceptible de renégociation; l'article 7.3.5 pour affirmer l'effet des clauses contractuelles prévoyant, après la fin du contrat, la remise par l'agent au représenté du matériel promotionnel et le paiement par le représenté des commissions sur les commandes intervenues; les articles 7.4.1 et 7.4.2 pour affirmer le droit du créancier à la réparation intégrale de son préjudice par suite de l'inexécution par l'autre partie, mais refuser l'indemnisation des souffrances et du préjudice moral invoqués s'agissant d'une société; les articles 7.4.3 et 7.4.4 pour limiter l'indemnisation aux frais qui résultent de l'inexécution du contrat et au préjudice prévisible (et exclure les frais résultant de l'exécution du contrat – les frais d'installation de l'agent, ainsi que l'achat d'une résidence sur le lieu d'exécution du contrat); l'article 7.4.9 pour confirmer la validité de la clause contractuelle prévoyant que des intérêts sont dus à compter de l'échéance pour le paiement des commissions et l'article 7.4.13 pour confirmer la validité du taux convenu contractuellement pour les intérêts (15%).*

Cet exemple explique l'un des principaux mérites des Principes d'UNIDROIT qui rencontrent les besoins du commerce international, en s'attachant à fournir un régime approprié aux clauses les plus fréquemment inscrites dans les contrats internationaux, notamment les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles<sup>36</sup>. Tout le monde sait que l'essentiel du contentieux concerne la réparation du préjudice. À cet égard, les Principes ne sont nullement elliptiques, comme l'illustrent leurs chapitres 6 et 7. Conformément aux légitimes prévisions des parties, les tribunaux y trouveront le moyen de compenser le préjudice réellement subi par le créancier, sans se perdre dans certaines constructions théoriques.

Il faut enfin noter que les Principes d'UNIDROIT consacrent la validité des clauses contractuelles prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de non-exécution du contrat. L'article 7.4.13 des Principes encadre toutefois le contenu de ces clauses en permettant

---

<sup>36</sup> Sur ces questions, voir : M. FONTAINE, *loc. cit.*, note 30, 405.

au tribunal d'en réduire le montant et de le porter à une somme raisonnable si celle prévue au contrat est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution<sup>37</sup>. Sur ce plan, les Principes peuvent compléter utilement la Convention de Vienne qui ne règle pas le sort des clauses pénales. Celles-ci sont fréquentes dans les contrats internationaux<sup>38</sup>. On peut définir la clause pénale comme celle qui tend à fournir au créancier d'une obligation inexécutée une réparation forfaitaire du préjudice subi. Elle sanctionne généralement un retard dans l'exécution ou dans la livraison, une insuffisance de performances ou encore un défaut total. L'une des difficultés rencontrées par les clauses pénales est la question de leur validité, qui dépend en général de la loi applicable au contrat. Les parties ont la possibilité de modeler le régime en fonction de la nature des obligations en cause. Ainsi, la pénalité peut être progressive selon la durée du retard ou être imputée ou non sur les sommes dues, etc.

La Convention ne régleme pas le régime des clauses pénales. Cependant, elle ne semble pas les interdire comme en témoigne une sentence rendue en 1992<sup>39</sup>. En l'espèce, le contrat stipulait des pénalités en cas d'inexécution. L'arbitre examine la clause au regard du droit autrichien et juge que le vendeur conserve l'option de demander la réparation du préjudice effectivement subi qui excède le montant de la pénalité contractuelle, car estime-t-il : « des termes du contrat on ne peut déduire une volonté des parties visant la limitation au droit à des dommages-intérêts ». L'arbitre semble fonder sa décision sur l'article 74 de la Convention relatif aux dommages-intérêts compensatoires. Or cette disposition n'interdit pas les clauses pénales et les parties peuvent déplacer les règles de

---

<sup>37</sup> Cette solution est proche de celle des systèmes civilistes qui reconnaissent la validité des clauses pénales. En ce sens, voir : Fredj LOKSAIER, *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux : étude de droit français avec références au droit suisse et au droit tunisien*, Lausanne, Payot, 1985.

<sup>38</sup> Marcel FONTAINE, *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction des clauses*, Paris, Forum européen de la communication, 1989, p. 127-169. L'auteur traite profondément de la question et souligne qu'elle connaît une actualité renouvelée depuis plusieurs années. En droit comparé, notons que la common law, de manière tout à fait discutable, ne valide pas les clauses pénales et la qualification des parties sur ce point ne lie pas le juge.

<sup>39</sup> Sentence C.C.I. n° 7197 de 1992, *J.D.I.* 1993.1029. Voir aussi : Claude WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 102.

la Convention d'après l'article 6. À notre avis, l'arbitre aurait pu éviter le détour du droit autrichien et résoudre la question selon les principes généraux dont la Convention s'inspire et notamment le principe *pacta sunt servanda*<sup>40</sup>. Quant à l'article 74, il n'interviendrait que pour permettre l'appréciation de l'étendue du préjudice. En outre, toutes ces difficultés pourraient être réglées avec beaucoup de simplicité si les Principes d'UNIDROIT étaient utilisés, en l'espèce pour compléter la Convention. Enfin, l'évaluation des dommages-intérêts présente toujours un intérêt pratique et n'a pas encore reçu en doctrine l'approfondissement qu'elle mérite. Nombreux sont les juristes et les arbitres qui abordent le problème du bout des lèvres. Mais cette réticence inconsciente est étrangère au droit et il faut y voir une aversion pour les chiffres de la part des juristes. Or, il n'est pas exclu qu'une question aussi pratique et technique que celle de l'évaluation des dommages puisse donner lieu à des principes généraux<sup>41</sup>. Il en est de même des intérêts moratoires qui sont généralement réglés avec une légèreté déconcertante.

Dans la plupart des systèmes juridiques étatiques où l'intérêt n'est pas interdit<sup>42</sup>, son taux légal est fixé forfaitairement, sans souci de dédommager véritablement le créancier du préjudice causé

---

<sup>40</sup> Voir : Y. DERAÏNS, note sous sentence C.C.I. n° 7197 de 1992, précitée, note 39. Mérite aussi d'être approuvée la sentence C.C.I. n° 7585 de 1994, *J.D.I.* 1995.1015, qui dans l'interprétation d'une clause fixant un forfait, s'est référée aux articles 7 et 8 de la Convention avant de conclure que la volonté des parties n'était pas assez claire pour que la clause soit interprétée comme « comportant renonciation au droit d'obtenir réparation énoncée à l'article 74 de la Convention de Vienne sur la vente » (1019).

<sup>41</sup> Sur l'ensemble de la question, voir : Bernard HANOTIAU, « La détermination et l'évaluation du dommage réparable : principes généraux et principes en émergence », dans P. BERNADINI (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 209 et suiv.; sur la question, spécialement en matière de contrats d'État, voir: Seidl HOHENVELDERN, « L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux », *A.F.D.I.* 1987.7; voir aussi : Louis MARQUIS, « L'arbitre et la détermination des dommages-intérêts en vertu de l'article 944.10 du C.p.c. québécois », (1991) 20 *R.D.U.S.* 220.

<sup>42</sup> Certains systèmes, musulmans pour la plupart, prohibent l'intérêt sur les sommes d'argent. C'est le cas de l'Arabie Saoudite où la loi sur l'usure (*riba*) interdit l'intérêt; c'est également le cas de la loi Zaydi du Yémen du Nord. La même prohibition existe en droit civil iranien. D'autres pays par contre, comme l'Égypte, l'autorisent (art. 226-32 *Code civil* égyptien). Il en va de même pour le *Code civil* irakien (art. 171). Pour le Koweït, la situation est double : le *Code civil* interdit l'intérêt tandis que le *Code du commerce* l'autorise (voir art. 262 et 574 du *Code civil* et art. 102 du *Code du commerce*). En conclusion, on observe

par la privation de la somme d'argent due. Pothier justifie l'évaluation du préjudice financier à un taux forfaitaire par le fait qu'il serait impossible d'établir l'usage que le créancier aurait fait de la somme due s'il l'avait perçue, ni même qu'il l'aurait véritablement employée d'une façon quelconque<sup>43</sup>. Cependant, on voit croître dans l'arbitrage international une nouvelle sensibilité. Les arbitres s'efforcent de réparer convenablement le préjudice économique causé par la privation d'une somme d'argent par l'octroi d'intérêts moratoires qui compensent le dommage mieux que ne le font les intérêts légaux des droits étatiques. L'application de la Convention de Vienne est un domaine où se sont expérimentées les différentes tendances et où les Principes d'UNIDROIT pourraient jouer un rôle complémentaire. Quelles sont ces tendances?

L'article 78 énonce qu'une partie a droit à des intérêts sur toute somme d'argent qui lui était due en vertu du contrat<sup>44</sup>. Les intérêts prévus sont des intérêts de droit, c'est-à-dire que le créancier n'a pas besoin, pour y accéder, de démontrer que le retard de paiement lui cause un préjudice. Mais au cas où le créancier subit un préjudice particulier, il est fondé à en demander réparation, car les intérêts moratoires sont dus sans préjudice des dommages-intérêts que ce dernier est fondé à demander en vertu de l'article 74<sup>45</sup>. Comme on peut le constater, la Convention prévoit le paiement d'intérêts moratoires mais elle ne règle ni la question du taux, ni celle de leur point de départ. Ce sont deux questions qui ont

---

qu'il n'y a pas de consensus au sein des systèmes de tradition musulmane sur la question des intérêts.

<sup>43</sup> Robert Joseph POTHIER, *Oeuvres de Pothier*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Plon, 1861, n° 170 et suiv.

<sup>44</sup> Il peut s'agir du prix de vente, des remboursements de frais exposés par une partie pour le compte de l'autre et qui sont à la charge de celle-ci (comme par exemple, la conservation des marchandises), ou encore d'une restitution de prix consécutive à la résolution du contrat (art. 84(1) de la Convention). Enfin, il peut être question d'intérêt moratoire sur les dommages-intérêts accordés en vertu de l'article 74.

<sup>45</sup> Les intérêts peuvent se cumuler avec les dommages-intérêts si le retard dans le paiement a causé un préjudice particulier. Cette règle, étrangère à certains systèmes (ex. art. 1153 du *Code civil français*), peut conduire à des résultats surprenants pour certains débiteurs, notamment lorsqu'elle est combinée avec la réparation du préjudice indirect. Sur la question du cumul, voir : Vincent KARIM, « Les intérêts moratoires et l'indemnité additionnelle », (1990) 50 *R. du B.* 1009.

profondément divisé la doctrine<sup>46</sup>. On s'interroge même sur l'émergence possible de règles de la *lex mercatoria* sur les intérêts<sup>47</sup>.

Une première possibilité est de se référer au taux contractuel. Il s'agit pour l'arbitre ou le juge de constater le rôle de la volonté des parties concernant le taux des intérêts moratoires et de respecter cette volonté si elle a été clairement exprimée<sup>48</sup>. En l'absence de l'expression de la volonté des parties quant au taux des intérêts moratoires, l'arbitre ou le juge peut résoudre le problème suivant une démarche conflictualiste lui permettant de déterminer le droit national applicable à la question.

---

<sup>46</sup> La question a également divisé les auteurs mêmes de la Convention de Vienne, voir: C. WITZ, *op. cit.*, note 39, p. 104. S'agit-il d'un problème restant en dehors des questions réglées par la Convention, ce qui aurait comme conséquence que le taux d'intérêt serait déterminé toujours selon le droit national compétent en vertu des règles de conflit de lois applicables? En faveur de cette solution, voir: Jean-Pierre PLANTARD, « Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 », *J.D.I.* 1988.359. Ou ne s'agit-il pas d'une lacune au sens de l'article 7 de la Convention, ce qui aurait comme conséquence que le taux d'intérêt applicable pourrait être établi d'une façon autonome? En ce sens, voir la sentence C.C.I. n° 6653 de 1993, *J.D.I.* 1993.1040, et particulièrement, la sentence n° 8128 de 1995, précitée, note 29, qui s'appuie clairement sur les Principes d'UNIDROIT (art. 7.4.9). L'utilisation des Principes d'UNIDROIT au moyen de l'article 7.2 de la Convention de Vienne souligne l'identité des principes généraux qui inspirent la Convention et les Principes d'UNIDROIT.

<sup>47</sup> Pour une étude de la question à partir de sentences arbitrales, voir: Yves DERAÏNS, « Intérêts moratoires, dommages-intérêts compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, *op. cit.*, note 17, p. 101. À titre complémentaire voir: Herbert SCHÖNLE, « Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international », dans Christian DOMINICÉ, Robert PATRY et Claude REYMOND (dir.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p. 649; Pierre A. KARRER, « Transnational Law of Interest in International Arbitration? », dans P. BERNADINI (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 223; Martin HUNTER et Volker TRIEBEL, « Awarding Interest in International Arbitration », (1989) 6 *J. Int'l. Arb.* 7; J.Y. GOTANDA, « Awarding Interest in International Arbitration », 90 *Am. J. Int'l. L.* 405 (1996); Yves REINHARDT, « Intérêts échus et droit de vente des Nations Unies », *IPRax*.1991.376, pour qui le montant du taux d'intérêt doit être déterminé selon l'article 7(2) de la Convention de Vienne. Mentionnons, pour terminer, l'article 7.4.9 des Principes d'UNIDROIT, dont la sentence C.C.I. n° 8128, précitée, note 29, dit qu'il ne fait que codifier les principes dont s'inspire la Convention de Vienne en vertu de l'article 7(2).

<sup>48</sup> Sentence C.C.I. n° 6840 de 1991, *J.D.I.* 1992.1030, qui pose le principe de la liberté dans la fixation du taux; sentence C.C.I. n° 6219 de 1990, *J.D.I.* 1990.1039, note Y. Derains.

Ainsi, la méthode des conflits de lois peut conduire à retenir<sup>49</sup> : le droit de l'État dont la devise est l'unité de compte contractuelle<sup>50</sup>; le droit du pays du créancier (là où ce dernier a son établissement) où le préjudice est subi<sup>51</sup>; le droit du lieu de paiement<sup>52</sup>; le droit du lieu de la procédure (en général, le lieu de l'arbitrage).

Enfin, une troisième démarche consiste, notamment pour l'arbitre international, à déterminer directement le taux d'intérêt applicable sans en référer à aucun droit national. Cette démarche attrayante nous amène dans le débat sur l'existence éventuelle d'une *lex mercatoria* relative à la fixation du taux d'intérêt. Ce procédé comporte deux solutions possibles qui convergent sur bien des points : la recherche directe d'un « taux raisonnable »<sup>53</sup>, ou l'option pour un taux de référence international, tel le taux LIBOR (London Interbank Offered Rate)<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Toutefois, l'esprit de la Convention de Vienne n'est pas de recourir aux conflits de lois mais de les éviter au maximum. Cependant, voir : C. WITZ, *op. cit.*, note 39, p. 104-106.

<sup>50</sup> Sentence C.C.I. n° 7585 de 1994, précitée, note 40.

<sup>51</sup> Sentence C.C.I. n° 7331 de 1990, *J.D.I.* 1995.1001; sentence C.C.I. n° 2375 de 1975, *J.D.I.* 1976.973; sentence C.C.I. n° 5460 de 1987, [1988] *Y.B. Com. Arb.* 104; voir aussi les sentences S.C.H. n° 4316 et n° 4366 du 15 juin 1994, *J.D.I.* 1995.1055.

<sup>52</sup> Sentence C.C.I. n° 7153 de 1992, *J.D.I.* 1993.1015 .

<sup>53</sup> Sentence C.C.I. n° 7585, précitée, note 40, qui applique un taux contractuel en soulignant cependant son caractère raisonnable; sentence C.C.I. n° 5030 de 1992, *J.D.I.* 1993.1004 (C.C.I.); sentence C.C.I. n° 6840 de 1991, précitée, note 48; et surtout la sentence C.C.I. n° 6219, précitée, note 48, qui a posé le principe même de la libre détermination par l'arbitre d'un taux raisonnable. La règle posée a été considérée par la doctrine comme faisant partie de la *lex mercatoria*. Cependant, voir : Paris, 13 juin 1996, *Rev. Arb.* 1997.251, *Société KFTCIC c. Société Icori Estero*, note Emmanuel Gaillard, qui souligne le caractère elliptique des motivations dont le risque d'arbitraire est à craindre. Pourtant, la règle a eu un succès particulier, notamment auprès du Tribunal irano-américain. Voir à ce sujet : Y. DERAIS, *loc. cit.*, note 47, ainsi que ses références.

<sup>54</sup> Sentence C.C.I. n° 8128 de 1995, précitée, note 29, qui applique le taux LIBOR sur le fondement des Principes d'UNIDROIT en ce qu'ils représentent les principes dont la Convention de Vienne s'inspire (voir : art. 7(2) de la Convention); sentence C.C.I. n° 7331 de 1994, précitée, note 51; sentence C.C.I. n° 6653 de 1993, précitée, note 66; sentence C.C.I. n° 7660 de 1994, précitée, note 17; voir aussi : Paris, 6 avril 1995, *J.D.I.* 1995.971, qui retient le taux LIBOR; mais la décision est cassée pour violation du principe de la contradiction. Voir : Jean-Paul BÉRAUDO et Philippe KAHN, *Le nouveau droit de la vente internationale*, Paris, C.C.I.P., 1989, p. 107, qui proposent le recours à un taux international de référence, comme le LIBOR. Pourquoi appliquer le LIBOR qui joue uniquement dans le contexte des entreprises les plus importantes? Au surplus, les taux

À l'instar de la fixation du taux d'intérêt, le point de départ de la computation de celui-ci postule aussi des solutions multiples.

Concernant la date à partir de laquelle les intérêts sont calculés, il convient d'opérer une double distinction selon que la somme allouée possède un caractère indemnitaire ou non.

Si la somme porteuse d'intérêt concerne le prix ou d'autres frais engagés par le créancier, les intérêts sont dus à compter de la date d'échéance du paiement, sans qu'aucune mise en demeure ne soit nécessaire<sup>55</sup>. S'il s'agit d'intérêts moratoires sur des indemnités compensatoires, la date de computation peut varier entre la date de la requête d'arbitrage<sup>56</sup>, celle de l'événement qui a causé le préjudice<sup>57</sup> ou celle de la notification de la sentence<sup>58</sup>.

Les intérêts prévus par l'article 78 de la Convention sont des intérêts de droit. Aussi, l'arbitre et le juge sont fondés à en accorder le bénéfice, même au créancier qui n'en a pas formulé la demande. Toutefois, la décision à cet égard ne sera valable que si le tribunal,

---

d'intérêts varient énormément d'une région à l'autre du globe. Le défaut de prévoir une méthode de calcul à l'article 78 ne découle-t-il pas du refus des États de discuter la question lors de la négociation de la Convention? Il n'y a pas de solution idéale quant à la méthode de calcul à appliquer. Celle-ci variera en fonction des circonstances particulières de chacune des transactions. Ce sujet mérite certainement une étude approfondie qui dépasse largement le contexte de notre étude.

<sup>55</sup> En ce sens, voir la sentence C.C.I. n° 8128 de 1995, précitée, note 29. En revanche certaines décisions ont exigé de faire courir les intérêts à compter de la mise en demeure, en dépit de la Convention de Vienne qui ne l'exige pas. Un argument de cohérence juridique permet de mieux comprendre ces décisions. En effet, lorsque le taux est fixé d'après un droit national, il est logique de respecter les dispositions de ce même droit qui portent sur la procédure de départ des intérêts : voir la sentence n° 7331 de 1994, précitée, note 51.

<sup>56</sup> Sentence C.C.I. n° 2637 de 1975, [1977] *Y.B. Com. Arb.* 153; voir aussi les sentences C.C.I. n° 2475 et n° 2762 de 1977, *J.D.I.* 1978.325, note Y. Derains; sentence C.C.I. n° 5121, inédite; sentence C.C.I. n° 7331 de 1994, précitée, note 51, qui adopte la date de la procédure d'arbitrage à défaut d'une mise en demeure.

<sup>57</sup> Sentence C.C.I. n° 6840 de 1991, précitée, note 48; elle rejoint d'autres sentences qui allouent des intérêts moratoires sur des indemnités compensatoires et les font courir à compter de la date de l'événement qui a causé le préjudice. Voir la sentence rendue par la Chambre n° 1 du Tribunal arbitral irano-américain de La Haye, 14 août 1987, [1990] *Y.B. Com. Arb.* 96 (l'affaire *Starret*).

<sup>58</sup> Sentence C.C.I. n° 5030 de 1992, précitée, note 53; sentence C.C.I. n° 6057 de 1991, *J.D.I.* 1993.1016 (C.C.I.).

agissant de son propre chef, invite les parties à discuter la question de la fixation du taux, car le principe du contradictoire ne se divise pas<sup>59</sup>.

S'agissant des intérêts postérieurs à la notification de la sentence, les arbitres se reconnaissent le droit de les octroyer avec cependant des difficultés relatives à la fixation de leur taux, notamment en l'absence de taux contractuel ou de taux légal<sup>60</sup>.

Quant aux intérêts composés (capitalisation), les arbitres sont méfiants sur cette question et n'en accordent le bénéfice que dans certaines situations particulières où ils reconnaissent leur fonction, non pas punitive ou dissuasive, mais simplement compensatoire<sup>61</sup>. C'est le cas dans l'affaire 5514 jugée en 1990<sup>62</sup>. En l'espèce, le caractère compensatoire des intérêts composés était certain : ceux-ci visaient une indemnisation du préjudice réellement subi. Il découle qu'en cas de non-paiement d'une somme d'argent, le créancier contractera vraisemblablement un crédit bancaire à la suite d'un retard de paiement. Il aura alors droit aux intérêts bancaires commerciaux usuels dans son pays pour des prêts dans la monnaie de celui-ci ou dans la monnaie étrangère choisie par les parties. Dans ces cas, le créancier qui subit les intérêts composés de sa banque a droit à son tour à de tels intérêts à la charge du débiteur dont la défaillance a entraîné le prêt bancaire.

---

<sup>59</sup> Ainsi en décide la Cour d'appel de Paris, dans l'affaire du 6 avril 1995, *J.D.I.* 1995.971, appelée à se prononcer sur une sentence arbitrale internationale rendue en application de la Convention. La Cour évite d'exercer son contrôle sur la question de droit concernant l'article 78 de la Convention. En revanche, elle annule la sentence aux motifs que le tribunal arbitral n'a pas respecté le principe du contradictoire dans la fixation du taux d'intérêt. Sur le contradictoire en général, voir : Serge GUINCHARD, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », (1997) *Rev. Arb.* 185.

<sup>60</sup> Sur la question, voir Y. DERAÏNS, *loc. cit.*, note 47, 111-113 ainsi que les références citées.

<sup>61</sup> *Id.*, 114 et 115; Grenoble, 29 mars 1995, *J.D.I.* 1995.964 qui fait droit à la demande de capitalisation des intérêts. Plus caractéristique est la sentence C.C.I. n° 5514 de 1990, *J.D.I.* 1992.1022 qui affirme l'existence d'un usage en matière d'intérêts composés. Pourtant, il n'est pas certain que dans ce domaine, les usages soient solidement établis (voir : Y. DERAÏNS, *id.*, 113). Toutefois, le tribunal souligne que les usages commerciaux demandent d'allouer « dans le cas présent » des intérêts composés puisque le créancier devait subir les mêmes intérêts auprès de sa banque.

<sup>62</sup> Grenoble, 29 mars 1995, précitée, note 61.

Sans qu'il soit nécessaire de référer à des dispositions spécifiques des Principes, notons que toutes ces questions, qui représentent l'essentiel du contentieux dans la Convention de Vienne, font l'objet d'un traitement détaillé dans le chapitre 7 des Principes, qui pourrait servir de référence tout en procurant une plus grande sécurisation comme c'est le cas avec la force majeure.

## 2. La force majeure selon les Principes et la pratique

La force majeure et le fait du créancier sont deux concepts dont la mise en œuvre contribue à la sécurisation des relations contractuelles.

L'exception de force majeure est assez souvent plaidée dans les arbitrages de la C.C.I. pour ne pas permettre d'en faire abstraction dans le cadre d'une discussion générale. Les éléments caractéristiques de la force majeure se trouvent dans la portée des exigences relatives au caractère imprévisible, irrésistible et extérieur de l'événement<sup>63</sup>.

Les droits nationaux connaissent tous la force majeure, tout comme l'ordre juridique anational<sup>64</sup>, et en définissent les conditions et les effets. Tous les ordres juridiques soulignent le caractère souvent momentané de l'exonération consécutive à la force majeure. La simple suspension du contrat ne peut pas viser à attribuer à la force majeure un effet libératoire absolu. En effet, lorsque l'événement de force majeure a cessé de produire ses effets, l'exécution de l'obligation momentanément suspendue redevient exigible. C'est d'ailleurs ce qui ressort clairement de l'article 7.1.7, alinéa 2 des Principes d'UNIDROIT, qui indique que « lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat ». Ceci permet de mesurer la différence de nature entre la notion de *frustration*, que connaît la common law, et la notion de force majeure, répandue dans les systèmes civilistes. Contrairement à la force majeure, la *frustration*, prise dans sa signification spécifique, libère définitivement les parties de leurs obligations respectives. Sa mise en œuvre suppose en effet que les

---

<sup>63</sup> Werner MELIS, « Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the I.C.C. Court of Arbitration », (1984) 1 *J. Int'l Arb.* 214.

<sup>64</sup> Voir : art. 7.1.7, Principes d'UNIDROIT, précités, note 1.

fondements du contrat aient disparu<sup>65</sup>. La force majeure peut produire le même effet lorsqu'elle rend définitivement impossible l'exécution du contrat. Le contrat est alors résilié et les conséquences se rapprochent alors de celles de la *frustration*. Cependant, les deux notions demeurent fondamentalement différentes : une cause exonératoire temporaire n'est pas une *frustration* au sens propre<sup>66</sup>.

Très souvent les arbitres sont confrontés à la force majeure invoquée par une partie en l'absence de clause contractuelle prévue à cet effet<sup>67</sup>.

En général, les clauses de force majeure définissent l'hypothèse de celle-ci assortie ou non d'exemples, ou procèdent à une énumération des cas de force majeure<sup>68</sup>. L'exemple typique de la tempête de verglas survenue au Québec au début de janvier 1998 atteste que les hypothèses visées ne sont pas si rares qu'on le croirait : les sinistrés se comptaient par millions et des pans entiers de l'économie ont été paralysés. Le secteur commercial a été si touché que les graves conséquences qui en découlèrent ne pouvaient que constituer un cas de force majeure ou de *hardship*.

La partie qui a l'intention de se prévaloir de la force majeure a l'obligation de la notifier à son cocontractant. Les clauses qui se préoccupent à juste titre de cette notification prévoient généralement ses conditions de forme, de délai et de preuve. Quant aux

---

<sup>65</sup> Clive M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade: the Law and Practice of International Trade*, 9<sup>e</sup> éd., London, Stevens and Sons, 1990, p. 180.

<sup>66</sup> Joseph CHITTY, *Chitty on Contracts*, 27<sup>e</sup> éd., vol. 1, London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 1024.

<sup>67</sup> Voir les sentences C.C.I. n° 3033 de 1979, *J.D.I.* 1980.951; n° 2216 de 1974, *J.D.I.* 1996.917; C.C.I. n° 2478 de 1974, *J.D.I.* 1975.925; C.C.I. n° 2142 de 1974, *J.D.I.* 1974.892; C.C.I. n° 1703 de 1971, *J.D.I.* 1974.894; C.C.I. n° 1782 de 1973, *J.D.I.* 1975.923; C.C.I. n° 2139 de 1974, *J.D.I.* 1975.929; C.C.I. n° 2138 de 1974, *J.D.I.* 1975.934. Pour des situations créées par la guerre, voir les sentences C.C.I. n° 1703 de 1971 précitée dans la présente note et n° 2546, cité par W. MELIS, *loc. cit.*, note 63, 217 et 218. Pour d'autres sentences, voir : Filali OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 151 et suiv.; voir aussi la sentence C.C.I. n° 7197 de 1992, précitée, note 39.

<sup>68</sup> Parmi les exemples figurent les cataclysmes naturels (tremblement de terre, typhon, inondation, sécheresse, tempête, etc.) les conflits armés (révolution, guerre civile, insurrection, émeute, invasion), le fait du prince, des événements comme les difficultés de transport et d'approvisionnement, certains accidents d'exploitation et certains conflits de travail qui peuvent empêcher une partie de produire ou de livrer.

effets de la force majeure, il ne suffit pas de savoir que le débiteur est exonéré en raison de la force majeure, il faut trancher le sort du contrat : la suspension du contrat, solution favorable à la pérennité ou au maintien des relations contractuelles, ne peut être que temporaire, comme on l'a déjà indiqué. Le propre de la force majeure est d'avoir brutalement contraint un contractant à cesser d'exécuter. Mais l'attente ne peut se prolonger indéfiniment. C'est pourquoi la majorité des clauses prévoient qu'à l'expiration du délai de suspension, les parties entreprendront la renégociation du contrat. L'obligation de renégociation étant une simple obligation de moyen et non de résultat, la résiliation du contrat peut être envisagée en dernier ressort.

L'article 7.1.2 des Principes d'UNIDROIT comporte les mêmes termes que l'article 80 de la Convention de Vienne mais ajoute, outre l'acte ou l'omission, l'« événement dont [le créancier] a assumé le risque ». La force majeure des Principes d'UNIDROIT est une notion spécifique, semble-t-il, par rapport à celle du droit civil. Cette expression a été retenue par ses rédacteurs parce qu'elle est « largement connue dans la pratique internationale, comme le confirme l'introduction de ce qu'on appelle les clauses de force majeure dans de nombreux contrats internationaux »<sup>69</sup>.

L'impossibilité d'exécution et le fait du créancier constituent les deux causes qui dispensent le débiteur de ses obligations.

Selon les dispositions pertinentes précitées, la partie qui invoque la force majeure doit prouver que l'inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences.

La disposition est applicable quelle que soit la nature de l'obligation inexécutée (empêchement de livrer la marchandise pour le vendeur et empêchement de payer le prix ou de prendre livraison pour l'acheteur).

---

<sup>69</sup> Voir le commentaire de l'article 7.1.7, Principes d'UNIDROIT, précités, note 1.

L'événement exonératoire peut être naturel (catastrophes naturelles), politique (guerre, embargo, interdiction d'exporter, restrictions à la réglementation des changes) ou économique (changement brusque et inattendu des cours, dévaluation de la monnaie).

De manière synthétique, l'empêchement doit être : extérieur ou indépendant de la volonté de la partie qui l'invoque, aucune faute n'ayant occasionné l'empêchement ne doit lui être imputable; il doit être raisonnablement imprévisible que l'événement exonératoire se réalise durant l'exécution du contrat (cette prévisibilité doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat); l'empêchement doit être irrésistible et insurmontable : l'événement *per se* et ses conséquences ne pouvaient pas être surmontées (l'exemple de la dévaluation d'une monnaie revêt ce caractère).

La sentence rendue dans l'affaire 7197<sup>70</sup> représente une bonne illustration du recours à la force majeure. D'autres illustrations concernent l'inexécution due à un tiers participant à l'exécution du contrat. Ainsi, l'inexécution par un sous-traitant ne peut être exonératoire que si les conditions de l'exonération sont réunies à la fois pour le débiteur de l'obligation et pour son sous-traitant. La défaillance du tiers doit être imprévisible et le débiteur principal doit être dans l'impossibilité d'y pallier<sup>71</sup>.

L'exonération produit ses effets seulement pendant la durée de l'empêchement. Cette restriction est très importante. Elle traduit le caractère souvent temporaire de la cause exonératoire. Comme l'écrit Derains : « ce caractère momentané est souvent mal perçu par les praticiens qui ont tendance à attribuer à la force majeure un effet libératoire. Pourtant, cet effet n'est pas automatique. Dès que l'événement de force majeure a cessé de produire ses effets [...] l'exécution de l'obligation, momentanément suspendue, redevient exigible »<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Sentence C.C.I. n° 7197 de 1992, précitée, note 39; C. WITZ, *op. cit.*, note 39, p. 108.

<sup>71</sup> En ce sens : sentence C.C.I. n° 8128 de 1995, précitée, note 29.

<sup>72</sup> Sentence C.C.I. n° 7539 de 1995, *J.D.I.* 1996.1030, 1035, note Y. Derains. En l'espèce, la libéralisation du contrôle des changes de Grèce en 1987 mettait fin à la cause exonératoire et l'obligation suspendue redevenait exigible. Sur la portée d'un empêchement définitif : Bernard AUDIT, *La vente internationale de marchandises : convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 176.

La partie empêchée d'exécuter l'obligation doit avertir aussitôt son cocontractant de l'empêchement et de ses effets sur sa capacité d'exécuter<sup>73</sup>. Si l'avertissement n'arrive pas à destination dans un délai raisonnable à partir du moment où la partie qui n'a pas exécuté a connu ou aurait dû connaître l'empêchement, celle-ci est tenue à des dommages-intérêts du fait de ce défaut.

Qu'en est-il du concept voisin du fait du créancier prévu à l'article 7.1.2 des Principes?

Selon cette disposition une partie ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par l'autre partie dans la mesure où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part ou à un événement dont elle a assumé le risque. Cette disposition prévoit deux types d'exonération de responsabilité en cas d'inexécution (le fait d'un acte ou le fait d'une omission). Mais, d'un point de vue conceptuel, elle va plus loin. Lorsque ladite disposition s'applique, le comportement en question ne devient pas une inexécution non imputable, il cesse d'être une inexécution. Il s'ensuit par exemple que l'autre partie ne pourra pas mettre fin au contrat pour cause d'inexécution, ni demander des dommages-intérêts. L'inexécution dont le créancier n'a pas la possibilité de se prévaloir peut être partielle ou totale.

Examinons à présent l'ébranlement suscité par la moralisation des transactions commerciales, plus précisément l'obligation de négocier et les techniques d'adaptation forcée des contrats internationaux aux changements de circonstances<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Sentence n° 7197 de 1992, précitée, note 39; B. AUDIT, *op. cit.*, note 72.

<sup>74</sup> Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *J.D.I.* 1974.734; Jean-Louis DELVOLVÉ, « L'imprévision dans les contrats internationaux », dans COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (dir.), *Travaux du Comité français de droit international privé*, Paris, Édition du Centre national de la recherche scientifique, 1989-1990, p. 147 et suiv.; David W. RIVKIN, « *Lex Mercatoria* and Force majeure », dans P. BERNADINI (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 161; dans le même volume : Hans VAN HOUTTE, « Changed Circumstances and *Pacta Sunt Servanda* », p. 105; Jan PAULSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », *Rev. Arb.* 1990.55, 85 et 95; Philippe FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. Arb.* 1979.67; Philippe KAHN, « Force majeure et contrats internationaux », *J.D.I.* 1974.467; Denis PHILIPPE, « *Pacta Sunt Servanda et Rebus Sic Stantibus* », dans CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *L'apport de la jurisprudence arbitrale : l'arbitrage commercial international*, Paris, Chambre de commerce internationale, 1986, p. 181. Voir

## **B. La moralisation des relations contractuelles**

Certaines dispositions des Principes ont une inclinaison à consacrer la morale dans le droit dans les affaires. Avec une telle consécration, s'achemine-t-on vers l'émergence de nouveaux principes généraux (indépendants mais rattachés au principe de bonne foi) du droit des contrats du commerce international?

### **1. De l'obligation de négocier**

L'élaboration d'un contrat international est souvent une opération très complexe qui nécessite un long processus. Celui-ci peut comporter plusieurs étapes, chacune susceptible de générer des difficultés particulières. Ainsi, à la phase des pourparlers ou des négociations succèdent souvent des accords préliminaires ou intermédiaires (accord sur la confidentialité des informations révélées lors de la négociation et autres avant-contrats plausibles). Leur valeur juridique est cependant très discutée en doctrine et les solutions en droit comparé sont à la fois diverses et incertaines<sup>75</sup>. En droit conventionnel, ni la Convention de Vienne ni par ailleurs la L.U.F.C., destinée à compléter la L.U.V.I., ne contiennent de dispositions sur les lettres d'intention ou toute autre stipulation formalisant les pourparlers. Or, la phase préparatoire du contrat, qu'elle conduise à la conclusion de celui-ci ou à son abandon, n'échappe pas à l'emprise du droit. Elle peut même entraîner la responsabilité de l'une ou l'autre des parties sous certaines conditions. C'est le domaine de la *culpa in contrahendo* utilisée pour « sanctionner toutes les fautes commises antérieurement au contrat

---

aussi deux ouvrages fondamentaux qui abordent les questions de manière systématique sous l'angle du droit commercial international et du droit comparé : F. OSMAN, *op. cit.*, note 67, p. 151-174 et p. 191-206 et son abondante bibliographie ainsi que la jurisprudence arbitrale citée; M. FONTAINE, *op. cit.*, note 38, p. 211-267 (force majeure) et p. 269-285 (*hardship*), ainsi que ses références sur la vente internationale tout comme la multitude de clauses contractuelles fournies en illustration; Henry LESGUILLONS, « Frustration, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage », *Dr. prat. com. int.* 1979.507; Christine BELLOCQ, « La force majeure et la frustration devant le tribunal des différends irano-américains », *Dr. prat. com. int.* 1996.406 et sa bibliographie.

<sup>75</sup> Voir : Jean-Marc LONCLE et Jean-Yves TROCHON, « La phase des pourparlers dans les contrats internationaux », *R.D.A.I.* 1997.3; Ugo DRAETTA, « Lettres d'intention et responsabilité précontractuelle », *R.D.A.I.* 1993.835; Marcel FONTAINE, *op. cit.*, note 38, p. 5-54; F. OSMAN, *op. cit.*, note 67, p. 184.

à l'occasion de sa préparation et de son élaboration, que les pourparlers aient ou non abouti ou encore si le contrat a été conclu, qu'il soit valable ou au contraire entaché d'un vice de nature à entraîner sa nullité »<sup>76</sup>. Mais aucune réponse ni tentative de solution idéale n'a pu être trouvée après plus d'un siècle de recherches juridiques<sup>77</sup>, de sorte que la Convention de Vienne souffre encore de cette lacune. D'où l'intérêt, dans un tel contexte, de soulever la problématique de la portée réelle d'une telle question dans le cadre de la Convention.

Le préjudice précontractuel est assurément polymorphe à maints égards. Il peut s'agir de fautes précontractuelles antérieures à l'offre (pourparlers très avancés) ou postérieures à l'offre (révocation abusive de l'offre dans le cas où l'offrant a l'obligation de maintenir son offre et l'hypothèse où l'échec de la négociation est dû au refus d'acceptation)<sup>78</sup>. Se pose alors la question de la réparation de tels préjudices avec la difficulté supplémentaire liée à l'évaluation de leur quantum.

Dans le cadre de la Convention de Vienne, la solution à ces problèmes comporte trois possibilités. Aucune d'elles n'étant satisfaisante, nous proposerons une autre solution qui pourrait susciter toute une théorisation, impossible à esquisser dans les limites restrictives de notre présent propos.

Les trois possibilités sont les suivantes :

- La Convention ne régleme pas les questions précontractuelles. S'il s'agit d'un problème situé en dehors des questions réglées par la Convention, cela aurait comme conséquence d'entraîner la vocation subsidiaire d'un droit

---

<sup>76</sup> M. VANWIJK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation du contrat », [1980] *Annales de la Faculté de droit de Liège* 18; Alfredo Mordechai RABELLO, « La théorie de la *culpa in contrahendo* et la loi israélienne sur les contrats de 1993 », *R.I.D.C.* 1997.440.

<sup>77</sup> Le premier article en la matière est celui de Rudolf von IHERING, « *Culpa in contrahendo* », *Oder Schadenersatz Ber Nichtigen Oder Nicht Zu Perfektion Gelangten Vertragën*, 1861; Rudolf von IHERING, « *De la culpa in contrahendo* », dans O. de Meulenarée, Paris, Éd. Oeuvres choisies, 1893, p. 1; SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *R.I.D.C.* 1907.697.

<sup>78</sup> Paul-André CRÉPEAU, *Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 56-59; Principes d'UNIDROIT, précités, note 1.

national pour les résoudre. Dans ce cas, le problème trouvera sa solution soit dans la responsabilité contractuelle, soit dans la responsabilité extra-contractuelle, les systèmes nationaux ne connaissant que cette double distinction en matière civile ou commerciale<sup>79</sup>.

- Si l'on considère qu'il s'agit d'une lacune interne au sens de l'article 7 de la Convention, la solution doit être recherchée d'une façon autonome selon les « principes généraux » du droit dont la Convention s'inspire. La difficulté sera alors de retrouver ces « principes généraux » quand on sait qu'il n'existe aucune convergence des droits nationaux sur la question. Si certains de ces principes sont moins discutés (bonne foi, mitigation des dommages, etc.), l'inverse s'observe en matière de responsabilité précontractuelle. Mais depuis l'avènement, en 1994, des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*<sup>80</sup>, ces derniers élaborés dans le même esprit que la Convention de Vienne sont perçus comme codifiant aussi bien les « principes généraux » du droit que certains usages. Comme il fallait s'y attendre, en dépit des controverses, ces principes rencontrent un grand succès au sein de la communauté internationale<sup>81</sup>. Les articles 2.15 et 2.16 sont les premiers, dans

<sup>79</sup> Avec le succès des Principes d'UNIDROIT, il est désormais permis de s'interroger sur l'avenir et l'efficacité de la codification étatique en matière de contrats internationaux.

<sup>80</sup> De façon implicite en ce sens, voir : Guillaume FORBIB, « Comment gérer les informations confidentielles en cours de pourparlers? », *R.D.A.I.* 1988.488; Sur la mise en œuvre des articles 2.15 et 2.16 des Principes d'UNIDROIT, voir : M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, p. 82-84 (1995); INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Formation of Contracts and Precontractual Liability*, Paris, ICC Publishing, 1990.

<sup>81</sup> Ce qui peut occasionner les critiques suivantes :

*Les Principes d'UNIDROIT ne reconnaissent pas la notion d'avant-contrat [...] si bien que les dispositions de ces Principes relatives à la conclusion du contrat se trouvent privées d'effet, puisque le contrat qui leur conférerait leur valeur normative ne s'est pas, par hypothèse, formé. Véritable cercle vicieux, cette absence de valeur normative intrinsèque [...] de l'article 2.15 relatif à la responsabilité précontractuelle est privé de toute valeur pratique et le fait qu'il soit conforme aux droits continentaux est sans véritable portée, [...]*

Richard MARTY, « Conflits d'application entre les Principes d'UNIDROIT et la loi française applicable au contrat », *D. Aff.* 1997.100, 103. « Il est malaisément concevable que trouvent à s'appliquer les dispositions relatives à la responsabilité précontractuelle [...]. Si les intéressés viennent à en débattre c'est généralement que la négociation aura échoué, que le contrat n'aura pas été

l'histoire de la codification anationale, à prévoir expressément l'obligation de loyauté dans la négociation des contrats, notamment l'obligation de confidentialité des informations reçues. Une sanction juridique par la mise en cause de la responsabilité du fautif est prévue. On peut donc valablement soutenir l'application des articles 2.15 et 2.16 des Principes d'UNIDROIT à titre de « principes généraux » dont s'inspire la Convention de Vienne<sup>82</sup>. La création des articles 2.15 et 2.16 en tant que « principes généraux » est cependant arbitraire, mais si elle est acceptée par la communauté internationale des commerçants, elle n'aura que des effets bénéfiques. Toutefois, on peut se demander sur quel fondement (contractuel ou extra-contractuel) les juges ou arbitres s'appuieront dans l'application des articles 2.15 et 2.16. En effet, le préjudice se situe ou a été commis dans le cadre d'un contrat à conclure (mais ce dernier n'a pas encore été conclu). La responsabilité contractuelle est alors inadaptée et le recours à la responsabilité extra-contractuelle trop éloignée à l'égard du préjudice<sup>83</sup>. On peut ainsi ranger la sanction de la mauvaise foi dans les négociations dans une catégorie plus large, celle du manquement à l'obligation de négocier.

- La troisième solution est celle proposée par la doctrine du droit anational<sup>84</sup>. Elle distingue selon que la négociation est très avancée ou non. La responsabilité est contractuelle dans le premier cas et extra-contractuelle dans le second. Elle distingue aussi les pourparlers (ou simples négociations) qui entraînent la responsabilité extra-contractuelle et les accords préliminaires qui engagent la responsabilité contractuelle.

---

conclu. Et dans ces conditions, faute de contrat auquel s'accrocher, aucune référence aux Principes d'UNIDROIT ne semble pouvoir se justifier. On est dans un cercle vicieux », dans Jérôme HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT : une nouvelle *lex mercatoria*? », *Petites aff.* 1995.135.8, 10.

<sup>82</sup> Ces exemples sont tirés de : Joanna SCHMIDT, *Négociation et conclusion des contrats*, Paris, Dalloz, 1982, p. 112.

<sup>83</sup> Philippe RÉMY, « La responsabilité contractuelle histoire d'un faux concept », *R.I.D.C.* 1997.323.

<sup>84</sup> *Id.*

Comme on le constate, l'incapacité à se détacher des deux types de responsabilité apparaît comme un cercle vicieux et toutes les tentatives réalisées sont artificielles.

Face à ce constat, les idées suivantes contenues dans les Principes doivent être recommandées. Dans un premier temps, il faut recourir à la notion de l'obligation de négocier pour sanctionner les fautes précontractuelles, et ce, conformément à la jurisprudence récente<sup>85</sup>. Cette obligation de négocier est applicable aux avant-contrats. Elle n'impose point de ne pas rompre les pourparlers, mais commande de ne pas y mettre fin alors que l'on a suscité chez le partenaire une confiance légitime dans la conclusion du contrat.

Le manquement à l'obligation de négocier peut se traduire de la façon suivante : faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'un contrat et refuser ensuite de le réaliser. Le caractère fautif de la rupture est susceptible d'être révélé par les circonstances qui l'entourent : l'engagement et l'entretien de pourparlers sans intention sérieuse de contracter mènent, en effet, presque inéluctablement à leur échec. L'obligation de négocier signifie qu'il faut être capable de négocier lorsqu'on se retrouve dans une situation où l'autre partenaire attend de son cocontractant une telle capacité... Ainsi, la faute dans l'obligation de négocier peut consister à entreprendre les négociations sans être propriétaire du bien à vendre ou encore à laisser le partenaire engager des dépenses alors que l'on n'avait plus l'intention sérieuse de contracter. L'auteur de la rupture ne serait cependant pas responsable, si la victime avait elle-même commis une faute en engageant des dépenses à la légère sans qu'il soit prouvé qu'une chance sérieuse de conclusion du contrat puisse naître des pourparlers.

La faute peut être aggravée par la conclusion du contrat projeté avec un concurrent auquel on accorde, de surcroît, l'exclusivité. Par conséquent, le partenaire éconduit ne pourra plus conclure le contrat envisagé. Le droit de la concurrence sanctionne souvent ce comportement déloyal, dans certains systèmes juridiques, par l'allocation de dommages punitifs à la victime.

---

<sup>85</sup> Sentence arbitrale, Chambre d'arbitrage national et international de Milan (Italie), 1.XII. 1996- n°A-1795/51, *White and Carter International Dispute Resolution*, vol. 10, March 1997, 3; Federal Court (Australie), 30.VI.97- *Hughes Aircraft Systems International v. Airservices Australia*, sur Internet : [<http://www.lawnet.com.au/private/fct/1997/j970558.html>].

Ces développements sur l'obligation de négociier procurent une solution conforme à la Convention de Vienne et aux Principes d'UNIDROIT. Une autre solution consisterait à écarter purement et simplement les responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Des auteurs proposent l'unification des deux types de responsabilités ou la multiplication des cas de responsabilités légales qui transcenderaient la distinction de ces deux ordres de responsabilité<sup>86</sup>. Mais la jurisprudence ne semble pas évoluer dans ce sens. En revanche, comme on va le constater, le raisonnement des tribunaux permet de dégager la nécessité d'un principe intermédiaire à celui de la bonne foi, qui servirait d'appui ponctuel à des obligations plus précises comme le devoir de coopération.

Dans la sentence C.C.I. n° 8331 de 1996, un protocole d'accord, *Memorandum of Understanding* (MOU)<sup>87</sup>, convenu entre le demandeur (un constructeur suédois de camions et de pièces détachées) et le défendeur (une société iranienne), organisait la vente, le service après-vente ainsi que la coopération future des parties. À la suite d'une mésentente quant à la nature juridique et la portée des obligations du premier contrat de vente conclu selon les termes du MOU, le tribunal arbitral est saisi pour se prononcer sur ces questions. Il se fonde tout d'abord sur l'article 4.5 (« les clauses d'un contrat s'interprètent dans le sens avec<sup>88</sup> lequel elles peuvent toutes avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel certaines n'en auraient aucun »), qui pose le principe dit de *l'interprétation utile* permettant, en l'espèce, aux arbitres de présumer que toutes les dispositions du protocole d'accord devraient produire des effets obligatoires. Mais, comme le précise Yves Derains :

*la question est alors de savoir quels sont ces effets. Le tribunal arbitral opère une distinction entre deux catégories de clauses du Memorandum of Understanding. Les unes créent des obligations définies par des termes et conditions spécifiques et s'imposent comme les clauses d'un contrat ordinaire. Les autres expriment l'intention des parties de conclure de nouveaux accords, afin de développer leur coopération. La coexistence dans le même texte de ces deux types de différentes clauses n'a pas pour conséquence, aux yeux du tribunal arbitral, de compromettre l'effet*

---

<sup>86</sup> Philippe RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.323.

<sup>87</sup> Sur ce protocole d'accord, voir le commentaire de Y. DERAÏNS, note 8, 1044 et sa bibliographie.

<sup>88</sup> *Id.* 1045.

*obligatoire de l'ensemble, parce qu'il ne constituerait pas un contrat « complet » et resterait « ouvert » [...] Mais, bien sûr, les clauses qui ne se ramènent qu'à des déclarations d'intentions ne sauraient produire le même effet juridique que les autres.*

La deuxième disposition des Principes appliquée au fond du litige est l'article 5.4(2), aux termes duquel « le débiteur d'une obligation de moyens est tenu d'apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ». Cette disposition n'est qu'une application spécifique d'un principe plus général, à savoir le devoir de coopération tel que formulé par l'article 5.3 disposant que « les parties ont entre elles un devoir de collaboration lorsque l'on peut raisonnablement s'y attendre dans l'exécution de leurs obligations ». Le tribunal arbitral parvient ainsi à la conclusion que « la prescription générale de l'intention des parties de s'entendre sur certains points contenus au MOU, oblige les parties à exercer leurs meilleurs efforts afin que de telles intentions deviennent des termes définis de contrats obligatoires en droit pour chacune d'entre elles ». Sur ce point, Derains, le commentateur précité de la sentence, observe qu'il est dommage que le tribunal arbitral ne se fonde pas sur le principe de bonne foi, conformément à la jurisprudence arbitrale antérieure.

Il est vrai que le devoir de coopération représente une application du principe de bonne foi<sup>89</sup>. Mais ce devoir est un peu plus précis; car, comme le précise Mercadal<sup>90</sup>, dans le droit et la pratique des affaires :

*promettre de coopérer, c'est accepter d'agir uni, c'est avouer que l'on se reconnaît lié par des intérêts communs ou convergents. Ce n'est donc pas, comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore : c'est s'obliger à prendre en compte ces intérêts, à les respecter et à agir en vue de leur développement.*

---

<sup>89</sup> Pour une systématisation de l'obligation de coopération en tant que principe général autonome, voir : François DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de philosophie du droit*, 1999.259 et suiv. (sur le droit et l'immatériel); du même auteur, « l'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *R.D.A.I.* 1999.7.737 et suiv.

<sup>90</sup> Barthélémy MERCADAL, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopérations industrielles », *D.P.C.I.* 1984.3.319.

Bref, c'est accepter un certain risque de compromis. Une obligation aussi précise que le devoir de coopération trouverait davantage son expression dans le principe plus général de l'obligation de négocier. En effet, la thèse de la force d'attraction du principe général de l'obligation de négocier dans un contexte où la nécessité d'un ordre public de la *lex mercatoria* se fait sentir est séduisante. Un tel principe général relevant de l'essence de la *lex mercatoria* peut aider à réduire les critiques du caractère envahissant de la bonne foi (signe révolu d'une immaturité de la *lex mercatoria*). Grâce à une pratique très nourrie, l'obligation de négocier bénéficie d'un affermissement qui peut faciliter son insertion dans l'ordre juridique transnational en tant que principe général autonome, mais constituant un trait d'union entre la bonne foi et beaucoup d'autres obligations contractuelles et extra-contractuelles. Cela permet, du reste, de débarrasser la reconnaissance de ce principe général des discussions entourant la bonne foi (rappelons, par exemple, les vicissitudes relatives à la bonne foi dans le cadre de la Convention de Vienne unifiant le droit de la vente, le principe n'ayant pu être inséré expressément qu'à titre de compromis entre les systèmes de droit civil et les systèmes de common law, et ce, comme règle présidant à l'interprétation de la Convention). Ces considérations expliquent l'émergence progressive de ce que l'on convient d'appeler le principe de l'obligation de négocier. La reconnaissance de l'existence d'un tel principe peut aussi se défendre aisément à travers les outils manquants qu'il apporte au concept de *hardship*.

## **2. L'obligation de renégocier (*hardship*) : « a legal hot zone »**

La règle générale dans les contrats internationaux est le respect du principe de la force obligatoire du contrat. Ceci est conforme au principe de droit international général, *pacta sunt servanda*, qui consacre l'intangibilité du contrat<sup>91</sup>. En considération de tels principes, « les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse »,

---

<sup>91</sup> Ces principes sont largement développés par Denis PHILIPPE, « *Pacta Sunt Servanda et Rebus Sic Stantibus* », dans *L'apport de la jurisprudence arbitrale commerciale*, Paris, Publication C.C.I., n° 440/1, 1986, p. 181 et suiv.; F. OSMAN, *op. cit.*, note 67, p. 151 et suiv.

sous réserve des dispositions relatives à la force majeure et au *hardship*<sup>92</sup>.

Mais lorsque surviennent des circonstances si drastiques qu'elles altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, elles créent une situation exceptionnelle qui peut entraîner l'exonération du débiteur ou le *hardship*. Comme le rappelle la sentence n° 2291 de la C.C.I., « toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et [...] nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la *lex mercatoria* que les prestations restent équilibrées sur le plan financier »<sup>93</sup>.

La Convention prévoit aux articles 79 et 80 les causes d'exonération du débiteur. Mais elle ne tient pas compte du *hardship* ou « théorie de l'imprévision » dont la présence dans tous les droits nationaux n'est pas certaine mais dont la réalité internationale est devenue incontestable. Cette lacune a été corrigée par les Principes d'UNIDROIT qui prévoient expressément la force majeure et le *hardship*<sup>94</sup>. Le rapport entre ces deux notions mérite également quelques observations en raison de leur double intérêt, théorique et pratique.

Le commerce international est bien souvent une aventure : vendre, transporter, construire à l'étranger peut constituer un saut

---

<sup>92</sup> Art. 6.2.1, Principes d'UNIDROIT, précités, note 1. Les professionnels du contrat international sont présumés accepter les risques ou aléas lorsqu'ils concluent leur contrat. Voir : sentence C.C.I. n° 2708 de 1976, *J.D.I.* 1977.943; sentences C.C.I. n° 3097/3100 de 1979, *J.D.I.* 1980.951; sentence C.C.I. n° 2014, 13 septembre 1984, [1986] *Y.B. Com. Arb.* 202; J. PAULSON, *loc. cit.*, note 74, 87 et suiv.; F. OSMAN, *op. cit.*, note 67.

<sup>93</sup> Sentence C.C.I. n° 2291 de 1975, *J.D.I.* 1976.989. Certains auteurs, qui contestent la *lex mercatoria*, y voient deux principes contradictoires et l'accusent d'être fait de montages incohérents : le premier principe consistant à affirmer une force obligatoire du contrat et le second, déniait cette force obligatoire. Voir : Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages de commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 349 et suiv. Mais en vérité, il n'y a rien d'illogique dans cette contradiction. Tous les ordres juridiques connaissent le raisonnement qui part du principe pour aboutir à l'exception : affirmer la force obligatoire du contrat et la théorie du *hardship* ou de la force majeure participent de ce raisonnement. Voir, en ce sens, la démonstration convaincante de Emmanuel GAILLARD, « Trente ans de *lex mercatoria* », *J.D.I.* 1995.5, 12.

<sup>94</sup> La section 2 des Principes est intitulée « *Hardship* » et comporte les articles 6.2.1 à 6.2.3 consacrés à cet effet. L'article 7.1.7 quant à lui régit la « Force majeure ».

dans l'inconnu, de sorte qu'il faut se prémunir adéquatement. Les commerçants et industriels qui concourent au parfait accomplissement de leurs tâches contractuelles sont exposés à des risques naturels, sociaux, économiques, techniques et humains.

À risques exceptionnels, solutions exceptionnelles : on ne peut sans réflexion condamner à la ruine le débiteur qui, pour remplir ses obligations, est exposé à y faire face. La théorie de l'imprévision a été conçue pour répondre à ce type de besoin. Elle a été définie comme « une situation caractérisée par la survenance de circonstances exceptionnelles, imprévisibles et extérieures aux parties, ayant sur l'équilibre du contrat un effet de bouleversement tel que le débiteur de l'obligation, sans être dans l'impossibilité d'exécuter celle-ci, ne pourrait le faire sans s'exposer lui-même à la ruine, en tous cas un préjudice considérable »<sup>95</sup>. Il faut alors que les événements altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations (art. 6.2.2 des Principes d'UNIDROIT).

Cependant, les parties aux contrats internationaux sont présumées avoir une certaine capacité à tenir compte des aléas des transactions économiques. La survenance d'un événement prévisible ignoré par le contrat ne relève pas une partie de ses obligations. Les contrats internationaux sont réputés être particulièrement sensibles aux fluctuations des prix et aux régulations gouvernementales du commerce extérieur. Le risque du marché est un facteur élémentaire du commerce international. Même la modification considérable d'un prix ne sera généralement pas acceptée comme constituant un *hardship*<sup>96</sup>. L'idée que les obligations contractuelles puissent être atténuées ou neutralisées par un changement de circonstances, au motif que les termes du contrat sont injustes, pose déjà de sérieuses difficultés en droit interne<sup>97</sup> et

---

<sup>95</sup> J.-L. DEVOLVÉ, « L'imprévision dans les contrats internationaux », dans COMITÉ FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *op. cit.*, note 74, p. 150.

<sup>96</sup> Voir : sentence C.C.I. n° 1717/1792, *J.D.I.* 1974.890; sentence C.C.I. n° 2708 de 1976, *J.D.I.* 1977.943; sentence C.C.I. n° 3093/3100 de 1979, *J.D.I.* 1980.951; sentence C.C.I. n° 1512 de 1972, *J.D.I.* 1974.904; sentence C.C.I. n° 2014 du 13 septembre 1984, [1986] *Y.B. Com. Arb.* 202; sentence C.C.I. n° 2216 de 1975, précitée, note 67; sentences C.C.I. n° 2508, *J.D.I.* 1977.939 et n° 2708, *J.D.I.* 1977.939; sentence C.C.I. n° 2478 de 1974, précitée, note 67; et surtout la sentence C.C.I. n° 5961 de 1989, *J.D.I.* 1997.1051, appliquant une clause de *hardship* entre le vendeur et l'un des acheteurs.

<sup>97</sup> En droit interne, la notion d'imprévision est inconnue de certains systèmes. Mais d'autres la réglementent d'une manière flottante (voir art. 388 *Code civil*

crée de véritables zones d'ombre en droit international général<sup>98</sup> et en droit anational<sup>99</sup>.

Les Principes d'UNIDROIT apportent une lumière certaine à la question dans la section 2 du chapitre 6. Mais si certains souhaitent rester fidèles aux règles commerciales et au caractère absolu de la règle *pacta sunt servanda*, ils peuvent déroger alors aux Principes grâce à l'article 1.5. Mais selon la doctrine autorisée,

*préfèrent-ils vraiment les complexités d'une faillite à l'étranger où une maladresse formelle pourra les priver de leur créance plutôt qu'une renégociation ? La réponse dépend de la maîtrise économique de l'opération. Si elle s'exécute trait pour trait, la clause de hardship est inutile. Si les prestations sont imbriquées de telle façon que les parties sont successivement créancière et débitrice l'une de l'autre de façon significative, la clause peut rendre des services.*<sup>100</sup>

Toutes ces difficultés sont néanmoins amoindries dès lors que les parties ont prévu une clause dite de *hardship*. C'est celle aux termes de laquelle les parties organisent un réaménagement de leur contrat si un changement intervenu dans les données initiales lors

---

grec; art. 148 *Code civil* syrien; art. 147/2 *Code des obligations* d'Égypte; art. 107 *Code civil* algérien; art. 437 *Code civil* portugais; art. 147 et 242 B.G.B. allemand; art. 2 *Code civil* suisse. En droit français, seul le droit administratif (et non le droit privé) connaît l'imprévision au nom de la continuité du service public; voir : F. OSMAN, *op. cit.*, note 67, p. 191 et suiv.

<sup>98</sup> En droit international général, voir la règle *rebus sic stantibus*, dans D. PHILIPPE, *loc. cit.*, note 91; A. KASSIS, *op. cit.*, note 93, n° 548 et suiv.

<sup>99</sup> En droit anational : F. OSMAN, *op. cit.*, note 67, p. 195-206 concernant le fait du Prince. La question est cependant très controversée aussi bien dans la jurisprudence arbitrale que dans la doctrine. F. OSMAN, *id.*, p. 152-174. Cependant des sentences affirment le principe : sentence C.C.I. n° 2291, précitée, note 93; sentence *ad hoc* rendue à Paris, le 29 décembre 1993, (appliquant l'imprévision en vertu du droit algérien qui la reconnaît), dans l'affaire *Icori Estero c. KFTCI*, (1984) 9 *Int'l Arb. Rep.* 1; W. MELIS, *loc. cit.*, note 63, pour des sentences appliquant le principe *Rebus Sic Stantibus*; sentence C.C.I. n° 4145 de 1986, [1988] *Y.B. Com. Arb.* 102; voir la sentence C.C.I. n° 4761 de 1987, *J.D.I.* 1987.1012; sentence C.C.I. n° 6281 de 1989, [1986-1990] *Rec. sent. arb. C.C.I.* 394; sentence du 25 septembre 1985 dans l'affaire n° 59 du tribunal irano-américain, [1984] *Y.B. Com. Arb.* 283. Les Principes d'UNIDROIT consacrent expressément le *hardship* à la section 2 du chapitre 6 comportant trois articles. Voir aussi : C. WITZ, *op. cit.*, note 39, p. 109 et 110. En matière d'arbitrage, l'amiable composition est un champ propice au succès du *hardship*, voir : F. OSMAN, *id.*, p. 171-173.

<sup>100</sup> Jean-Paul BÉRAUDO, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *J.C.P.* 1992.3842.189 et 191.

de la conclusion de celui-ci vient à modifier substantiellement son équilibre, faisant ainsi subir à l'une d'elles une rigueur injuste.

Pareilles clauses ont été observées pour la première fois dans les pays de common law (Angleterre et États-Unis) que leur système interne semble ignorer<sup>101</sup>. Elles ont été introduites dans la pratique contractuelle internationale à l'instigation des juristes de ces pays. Leur apparition correspondrait donc à une création de la pratique secrétée par les besoins spécifiques du commerce international<sup>102</sup>.

La clause de *hardship* envisage la survenance des circonstances éventuelles provoquant le bouleversement du contrat. Il s'agit en l'occurrence des mêmes circonstances que celles susceptibles de causer la force majeure. Ces circonstances doivent être imprévisibles, c'est-à-dire que la probabilité même de leur survenance est impossible à apprécier, de même que les conséquences susceptibles d'en découler.

La constatation du *hardship* doit être faite par les deux parties qui ont stipulé la clause. S'ouvre alors la phase de réadaptation du contrat, la fonction essentielle de la clause étant la renégociation des conditions du contrat. La renégociation peut être l'œuvre des parties elles-mêmes. Mais elles ont la possibilité de désigner un tiers, généralement un arbitre, à cette fin. La mission juridictionnelle, contractuelle ou conciliatrice de l'arbitre doit être spécifiée, au besoin, par une clause distincte. L'obligation de renégocier est une obligation de moyens. Cependant la mauvaise foi d'une partie cherchant à bloquer délibérément la renégociation peut être sanctionnée. Le sort du contrat en cas d'échec de la renégociation est de la plus grande importance. En théorie, il est possible de maintenir le contrat non renégocié. Mais les inconvénients de cette solution peu réaliste doivent inciter les parties à prévoir, dans leur intérêt, les dénouements suivants : la suspension du contrat, sa résiliation par l'une des parties à titre curatif, ou encore le recours à un arbitre pour modifier le contrat ou en prononcer la résolution et décider des dommages-intérêts.

---

<sup>101</sup> Ullman HAROLD, « Droit et pratique des clauses de *hardship* dans le système juridique américain », *R.D.A.I.* 1988.889; H. LESGUILLONS, *op. cit.*, note 74.

<sup>102</sup> B. OPPETIT, *op. cit.*, note 74, p. 797. Le *hardship* en tant qu'une émanation de la pratique prouve, à notre avis, que le commerce international est un fait qui secrète du droit comme en témoignent d'ailleurs tous les incoterms.

Le principe de la force obligatoire du contrat prévaut et exige des parties une étroite coopération qui est fortement ressentie. Mais la notion de *hardship* ne remet-elle pas en question le principe de la force obligatoire du contrat? Les tendances de la jurisprudence laissent percevoir une théorisation possible sur la nécessité d'une reconnaissance d'un statut juridique rattachant le *hardship* à l'obligation de négocier.

Dans la sentence C.C.I. n° 7365/FMS rendue le 5 mai 1997<sup>103</sup> opposant la République Islamique d'Iran contre Cubic Defense Systems et connue sous le nom de la sentence Cubic, les arbitres se sont penchés sur le problème de fond concernant la rupture du contrat consécutive au *hardship*. En l'espèce, ils s'appuient sur les articles 5.1<sup>104</sup> et 5.2<sup>105</sup> des Principes pour établir l'existence d'obligations implicites et justifier l'application par analogie d'une clause des contrats prévoyant la résolution pour convenance des parties, à la résolution du contrat par suite de changement des circonstances. Le tribunal arbitral s'est expressément référé à l'article 6.2.3.(4) des Principes d'UNIDROIT, relevant que :

*il résulte de l'obligation de bonne foi implicite dans tout contrat que lorsque les circonstances du contrat connaissent des changements fondamentaux d'une façon imprévisible, il n'est pas possible d'invoquer l'effet obligatoire du contrat [...]. Sous cette forme aussi restrictive et étroite, cette notion de hardship ou clausula rebus sic stantibus a été introduite dans tant de systèmes juridiques, qu'elle est largement considérée comme un principe général du droit. À ce titre, elle serait en l'espèce applicable même si elle ne fait pas partie du droit iranien.*

Les arbitres prononcent par conséquent la résolution du contrat, la restitution réciproque des prestations (art. 7.3.6) et l'allocation des intérêts (art. 7.4.9).

<sup>103</sup> Le résumé de la sentence et la décision sur son *exequatur* devant le United District Court sont publiés dans « Cases Applying and Interpreting International Uniform Law Instruments », (1999-3) *Rev. dr. unif.* 796-803, et surtout l'important article consacré à cette affaire par M.J. BONELL, *loc. cit.*, note 12.

<sup>104</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 5.1 : « Les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites. »

<sup>105</sup> Principes d'UNIDROIT, précités, note 1, art. 5.2 :

*Les obligations implicites découlent :*

*a) de la nature et du but du contrat;*

*b) des pratiques établies entre les parties et des usages;*

*c) de la bonne foi;*

*d) de ce qui est raisonnable.*

La sentence *Cubic* soulève un problème, controversé en soi dans la doctrine et dans la jurisprudence<sup>106</sup>, celui du *hardship*. L'idée du *hardship* est certes avant tout subordonnée au principe de l'équité et de la bonne foi<sup>107</sup>. L'article 6.2.2 définit ce concept de *hardship* qui recoupe : l'existence d'« événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué [...] »; la partie qui se prévaut du *hardship* peut demander l'ouverture des renégociations ou, à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, saisir le tribunal qui statuera sur le sort final du contrat (art. 6.2.3). Telle que conçue, la notion de *hardship* est à la fois objective et subjective; elle tient compte du pouvoir personnel et de l'esprit collectif ou solidaire des parties puisque le droit des affaires n'est pas exempt d'une certaine éthique<sup>108</sup> (la renégociation à leur initiative du contrat déséquilibré),

---

<sup>106</sup> Voir les décisions concernant le *hardship* rendues dans le cadre des Principes d'UNIDROIT : Commission d'indemnisation des Nations Unies, recommandations du panel pour les demandes F – 23. ix. 1997; sentence arbitrale C.C.I. n° 8486 de 1996, précitée, note 32; sentence arbitrale C.C.I. n° 8873 de 1997, précitée, note 33; sentence arbitrale, Schiedsgericht Berlin, 190- SG 126/90, appliquant le *hardship* à une situation de changement drastique des circonstances tout en démontrant que le « le principe selon lequel un changement fondamental dans l'équilibre initial des prestations peut justifier la résolution du contrat est de plus en plus admis sur le plan international », citée par Dietrich MASKOW, « Hardship and Force majeure », 40 *Am. J. Comp. L.* 657, 665 (1992).

<sup>107</sup> En ce sens, l'article 6.2.1 des Principes : « Les parties sont tenues de remplir leurs obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, sous réserve des dispositions suivantes relatives au *hardship*. »

<sup>108</sup> Le devoir de bonne foi qui innerve l'esprit collectif que doivent manifester les contractants n'exclut pas un souci d'efficacité économique. Plutôt que de voir dans le contrat l'opposition d'intérêts individuels (idée chère à Jean Carbonnier), le droit matériel uniforme contemporain applicable aux contrats du commerce international voit dans les transactions une manifestation du *jus fraternitatis*, une entreprise commune où les intérêts des parties convergent ou sont interdépendants (idée chère à Demogue). En ce sens, voir aussi : Denis MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », dans François TERRÉ, *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses Universitaires, 1999, p. 603 et suiv.; A. BÉNABENT, « La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat », dans *La bonne foi : travaux de l'association Henri Capitant*, t. 43, Paris, Litec, 1994, p. 291 et suiv.; Bruno OPPETIT, « L'éthique », dans Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Puf, 1998, p. 261 et suiv.; Pierre-Paul CÔTÉ et Christiane DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires*, Les Journées Maximilien-Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1994.

ni du pouvoir salvateur<sup>109</sup> (la résolution du contrat) et concepteur<sup>110</sup> (l'adaptation du contrat au changement des circonstances) du juge. Ce pouvoir s'exerce en toute indépendance, afin qu'il soit conforme aux exigences de la bonne foi, en répartissant équitablement entre les parties les pertes et les profits qui résultent du changement des circonstances. *De jure*, le *hardship* est inséparable de l'obligation de négociier, qui est plus proche de l'équité. Dans ce contexte, l'esquisse d'une obligation de négociier offre aux tribunaux toute latitude pour restaurer l'équilibre contractuel, apprécier les intérêts respectifs des contractants et, en fin de compte, déterminer l'économie nouvelle de la convention en fonction du sentiment de justice contractuelle qu'il éprouve. Même exercé à la marge, puisque le principe reste celui de l'intangibilité du contrat, le pouvoir de révision judiciaire a donc une portée considérable<sup>111</sup> si on lui adjoint l'exigence de la renégociation. Ce rôle des tribunaux dans la perfection et la moralisation des affaires créent un effet de bon voisinage, d'interaction entre les contractants et les tribunaux dans l'intérêt d'une meilleure gestions des opérations commerciales internationales. Cela implique aussi que, dans certains cas, il n'est pas absurde de mettre fin à une opération

---

<sup>109</sup> Comme l'exprime si bien Denis Mazeaud, les Principes d'UNIDROIT consacrent la théorie de l'imprévision. Mais, précise-t-il,

*que les gardiens du temple, adorateurs zélés de la liberté et de la stabilité contractuelles ne s'inquiètent point! Les Principes ne sacrifient toutefois point l'impératif de sécurité juridique. Simplement [...], ils concilient ce dernier avec l'exigence de bonne foi et, en particulier, un devoir de collaboration qui sont incompatibles avec des déséquilibres contractuels excessifs. Le juge n'a donc pas pour mission d'instiller la proportionnalité dans le contrat en promouvant l'équivalence des prestations; il lui appartient seulement d'effacer les excès manifestes qui ont leur source dans la loyauté d'un contractant ou dans un bouleversement profond du contexte économique, politique et social dans lequel évolue le contrat. La flexibilité du contrat assurée par le juge n'est donc pas une injure au principe de l'intangibilité; il s'agit tout au plus d'un tempérament appelé à jouer dans des cas extrêmes où le maintien du contrat constitueraient une offense à l'idée de justice contractuelle.*

Denis MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la Commission Lando », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 215 et 216.

<sup>110</sup> *Id.*, p. 218 : pour Denis Mazeaud, les Principes n'éprouvent aucun scrupule à l'idée de l'intervention des tribunaux dans le contrat.

<sup>111</sup> *Id.* Le contrat dans ce contexte devient le fruit de la rencontre de la volonté des contractants et de l'intervention des tribunaux. Lorsque les volontés des parties n'ont porté que sur l'accord de principe, il revient aux tribunaux à lui ciseler un contenu. Le contrat devient ainsi une œuvre collective, fruit de la collaboration active des contractants et des tribunaux.

contractuelle que l'une des parties n'est plus à mesure de supporter jusqu'au bout.

La science naît à partir du moment où on applique une théorie nouvelle à des problèmes nouveaux; contrairement à d'autres systèmes, dans les Principes la règle *pacta sunt servanda* n'est pas absolue<sup>112</sup>. Les Principes apportent des solutions nouvelles à des problèmes de plus en plus accrus dans les contrats internationaux. Certes, la présence du *hardship* peut inoculer l'inquiétude dans certains esprits qui ont perdu prise sur la réalité des contrats internationaux. Mais sa consécration traduit un authentique point de vue scientifique qui ne tient compte que des besoins du commerce international. Il faut cependant demeurer prudent et n'envisager le *hardship* que de façon exceptionnelle, eu égard aux principes de force obligatoire des contrats et de *favor contractus* qui caractérisent aussi les Principes d'UNIDROIT. En effet, un contrat apparemment déséquilibré peut comporter des contreparties implicites, tout comme il est permis de présumer que tout contractant dans le commerce international devrait pouvoir résister à certains aléas prévisibles et imprévisibles. C'est pourquoi il est difficile pour certains arbitres, en l'absence de clause contractuelle envisageant le *hardship*, d'accepter de fonder l'application de celle-ci sur les usages ou sur les principes généraux. L'exemple de la sentence C.C.I. n° 8873 de 1997<sup>113</sup> constitue une bonne illustration. En l'espèce, sur renvoi aux usages commerciaux opéré par le droit espagnol applicable au contrat, une partie au contrat

---

<sup>112</sup> Le fondement du *hardship* doit être recherché dans les notions de bonne foi et d'équité qui doivent présider à l'exécution des contrats. Comme l'écrit Von Thurn, « On admet que le principe *pacta sunt servanda* trouve lui-même sa limite dans le principe supérieur de la bonne foi. Or il est contraire à la bonne foi de maintenir les obligations imposées au débiteur par le contrat si les circonstances se sont modifiées au point qu'en échange de sa prestation cette partie ne recevra aucune contre-prestation ou seulement une prestation dérisoire. On lui permettra donc de résoudre le contrat si l'autre partie n'accepte pas une solution équitable. », cité dans Henry LESGUILLONS, *LAMY contrats internationaux*, Paris, Lamy, juin 1995, division 4, art. 398. À titre de droit comparé, notons que l'Italie, la Grèce, les Pays-Bas, la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Pologne, l'Égypte, l'Éthiopie, la Russie, l'Algérie et le droit allemand codifient le *hardship*. Dans ces législations le rattachement à la bonne foi est d'ailleurs fondamental : cf. l'article 197 du Code civil algérien : « le contrat doit être exécuté conformément à son contenu et de bonne foi » et l'article 242 du BGB allemand : « le débiteur a l'obligation de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi compte tenu des usages ».

<sup>113</sup> *J.D.I.* 1998.1017 et suiv., note D. H.

demande l'application du *hardship* tel que codifié dans les Principes d'UNIDROIT, et ce, à titre d'usage commercial. L'arbitre quant à lui, a décidé que le *hardship* n'avait pas encore atteint le degré de maturité requis pour être considéré comme un usage : « le *hardship* est un principe tout à fait exceptionnel qui n'est accepté que dans le cadre de clauses contractuelles [...] Il est donc exclu que l'on puisse considérer les dispositions en matière de *hardship* contenues dans les Principes d'UNIDROIT comme des usages du commerce ».

La portée d'une sentence arbitrale est parfois limitée au cas d'espèce. Même si la grande tendance dans l'arbitrage est de tenir compte de la *jurisprudence arbitrale* dans son ensemble, il arrive néanmoins qu'une sentence ne reflète que l'opinion doctrinale de son auteur. Ainsi, dans certains cas spécifiques, il n'est pas impossible d'accorder au *hardship* le statut d'usage commercial si la preuve est rapportée de sa fréquence dans les contrats internationaux de certains secteurs commerciaux spécialisés<sup>114</sup>. C'est le cas, par exemple, dans les contrats de longue durée où le temps est sans doute l'élément le plus décisif de l'économie contractuelle. Dans ces situations, il est permis de soutenir que le contrat c'est l'avenir anticipée où l'alliance est non seulement ouverte mais aussi évolutive entre des partenaires commerciaux que rapproche une obligation de renégocier. La sécurité juridique dont s'accompagne l'intangibilité du contrat doit-elle vraiment s'entendre comme l'inflexible exécution des clauses d'un contrat devenu déraisonnable et inéquitable? Le *hardship* est donc un moyen de maîtriser ou de gérer le futur, un outil destiné à réduire les aléas du changement des circonstances bouleversant toute l'économie contractuelle et produisant par ce fait même un fléchissement des volontés<sup>115</sup>. Devant les situations où il est impossible d'assumer la part inévitable de risque que comporte le temps, les parties doivent renégocier. La confiance dans le partenaire contractuel s'accompagne d'une confiance dans les virtualités du futur. Dans ces conditions, admettre avec mesure la renégociation du contrat, c'est inscrire ce dernier dans une perspective de temps qui se veut mobile, c'est-à-dire le prémunir

---

<sup>114</sup> Hugues BOUTHINON-DUMAS, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », (2001) n° 3 *Rev. gén. dr. écon.* 340 et sa bibliographie.

<sup>115</sup> Certes, dans l'optique des Principes d'UNIDROIT, il ne s'agit pas de s'engager dans la voie d'une renégociation permanente, relevant d'une stratégie sécuritaire, que de vouloir compenser les déséquilibres les plus frappants et parer les risques irrésistibles.

de ses conditions de réussite<sup>116</sup>. En ce sens, l'intangibilité du contrat fait place à l'esprit d'évolution qui conçoit le contrat comme un lien vivant perméable à une réécriture lorsque l'utilité sociale et la conformité à la justice contractuelle le justifient.

Le dogme de l'intangibilité du contrat peut étouffer tout esprit de renégociation ou de collaboration<sup>117</sup>, car la rigidité qui l'accompagne méconnaît la vulnérabilité du contrat et les chances de survie de celui-ci lorsqu'il peut s'adapter aux aléas des circonstances. En dernier ressort, cette solution n'est-elle pas conforme à l'idée de *favor contractus* qui caractérise le nouveau droit uniforme des contrats du commerce international?

\*

\* \*

Les Principes affectent l'univers contractuel dans son ensemble et conduisent progressivement à une uniformisation des droits internes en matière du droit des contrats. Ce phénomène transnational qui marque de plus en plus l'évolution du droit renforce l'idée que ce dernier n'est pas une création arbitraire des législateurs et qu'il s'adapte aux besoins du commerce international ainsi qu'aux conditions économiques, sociales et morales de chaque époque. C'est la preuve que le juridique suit l'économique. Comme

---

<sup>116</sup> Cette approche fonctionnelle se distingue de celle dogmatique de la temporalité contractuelle basée sur l'intangibilité du contrat; c'est plus par exceptions apportées au dogme que par changement de paradigme que se construira la théorie du *hardship*. En ce sens : C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », dans *Rev. trim. dr. civ.*, avril-juin 1977.370.

<sup>117</sup> Selon la conception stricte de l'intangibilité, le contrat s'isole du flux du temps, cristallise les droits et obligations des parties, résiste à toute dégradation et empêche qu'une quelconque intervention puisse rétablir les termes d'un contrat devenu inique. Les Principes d'UNIDROIT assouplissent cette rigidité excessive et appréhendent le contrat comme un *affectio fraternitatis* (et non un antagonisme d'intérêts entre les parties) basé sur une volonté de coopérer à la réussite d'une œuvre commune. Ainsi, se justifie aussi la consécration du pouvoir modérateur du tribunal dans les déséquilibres apparents générés par les clauses pénales manifestement excessives. L'esprit de collaboration, quant à lui, oblige chaque partie à transcender ses propres intérêts pour prendre en considération les intérêts du contrat et ceux du partenaire commercial, en acceptant certaines concessions afin de permettre le renégociation et le maintien de la relation d'affaires.

l'a dit l'honorable juge de la Cour suprême du Canada, Michel Bastarache, l'influence du contexte international sur le droit « se manifeste [...] au plan du droit commercial [...]. Les développements scientifiques et l'internationalisation du débat sur les grandes questions morales ajoutés à la mobilité des populations ont transformé le contexte socio-politique qui conditionne la formulation des normes juridiques »<sup>118</sup>.

Par ailleurs, l'application des Principes dans le règlement des litiges internationaux modifie aussi un ordre ancien qui reflétait les incertitudes auxquelles étaient confrontées les juristes et les intervenants dans un espace par essence transnational que les droits nationaux seuls étaient impuissants à régler de façon efficace. En ce sens, les Principes identifient les problèmes et suggèrent aux tribunaux des solutions, en traçant la voie qui mène à une approche internationale possible. De la sorte, la mise en œuvre des Principes peut permettre le rapprochement entre la justice étatique et la justice arbitrale dans le règlement des litiges commerciaux internationaux. Car, comme on a pu le constater, les Principes constituent un creuset des évolutions actuelles et à venir du droit des contrats. À cet égard, l'appréhension mi-constat, mi-prophétie des Principes en tant que nouvelle formulation du droit des contrats du commerce international représente une action orientée vers la transformation du monde. L'action complémentaire des arbitres et des juges en vue de promouvoir l'application des Principes est déjà sensiblement ressentie. Jean-Paul Béraudo, juge et président de la Cour d'appel de Grenoble, exprime cette sensibilité en ces termes :

*[L]a seule existence des Principes d'UNIDROIT devrait éviter la multiplication de règles différentes dans les futures conventions internationales à objet spécifique. Il y a tout lieu de penser que les délégués gouvernementaux des États membres d'UNIDROIT négocieraient les futurs instruments en se référant le plus possible aux Principes. La sagesse voudrait que, dans les comités de rédaction, on reproduise, sauf motifs mûrement réfléchis, le texte des Principes lorsqu'il correspond aux solutions de fond sur lesquelles l'accord des négociateurs s'est réalisé. Quant à la substance du texte, les solutions contraires devraient être rares. Dès lors qu'un code international des obligations existe, il est préférable de ne pas contrarier ses règles, même dans un souci de mieux faire. Ici, le mieux est l'ennemi du bien. En effet, il n'est pas opportun de*

---

<sup>118</sup> Michel BASTARACHE, « Les défis nouveaux du bijuridisme », (1998) 29 R.G.D. 241, 245.

*remettre en cause les Principes du droit des contrats internationaux à l'occasion d'une négociation sur un texte à objet déterminé.*<sup>119</sup>

Mais, cette prise de position n'en cache-t-elle pas une autre qui dénonce la fonction plutôt subversive des Principes<sup>120</sup>?

Certains systèmes par ailleurs ne reconnaissent pas la juridicité de la *lex mercatoria*. Ainsi, l'application des Principes à travers la formule de la *lex mercatoria* désignée par les parties peut poser problème. On pourrait objecter que pareilles décisions sont rendues en équité (amiable composition ou *ex aequo bono*) contrairement à la volonté implicite (mais certaine) des parties. Ce facteur peut réduire les chances de reconnaissance ou d'exécution de décisions appliquant les Principes. Consciente de ces problèmes, l'Association de Droit international a fait adopter une résolution spéciale qui indique qu'on ne doit pas refuser une sentence sous le prétexte qu'elle applique les Principes d'UNIDROIT ou les règles transnationales. Dans une voie semblable, la doctrine en matière d'arbitrage commercial international est en faveur d'une ample reconnaissance des sentences appliquant un quelconque droit transnational. L'alternative serait de déterminer une autorité internationale qui puissent décider de l'*exequatur* des décisions dans tous les États. Cette proposition innovatrice est cependant utopique. En revanche, une ébauche qui pourrait se généraliser réside dans le système actuel prévu par la Convention de Washington de 1965 en matière d'investissement et selon lequel une sentence arbitrale prononcée par un collège arbitral C.I.R.D.I. acquiert par définition autorité de chose jugée dans tous les États parties à cette Convention. Les États membres de l'O.H.A.D.A. ont déjà évolué dans cette direction : une Convention spéciale y prévoit en effet que les sentences rendues dans le cadre du marché commun sont directement exécutoires dans tous les pays membres. Cette tendance facilite l'attrait des investissements étrangers et anéantit la crainte des créanciers ou partenaires étrangers quant à l'inexécution des sentences rendues en leur faveur.

Si les Principes représentent la pierre angulaire d'un ordre juridique transnational en formation, ils forment aussi un ensemble

---

<sup>119</sup> Jean-Paul BÉRAUDO, *loc. cit.*, note 100, 190.

<sup>120</sup> Selon certains auteurs, il est illogique d'utiliser les Principes pour compléter ou interpréter les conventions internationales antérieures à l'instar de la Convention de Vienne.

de règles juridiques matérielles susceptibles d'entrer en conflit avec d'autres normes. Leur triomphe dépendra de leur qualité intrinsèque et de l'usage qu'on en fait. Tout le monde a un rôle actif à jouer : juges, arbitres, milieux professionnels du commerce international, académiciens... L'attrait que suscite donc un tel sujet pour l'auteur des présentes lignes ne tient pas aux intérêts matériels parfois considérables qui se trouvent dans le commerce international, mais surtout l'importance même de la problématique en cause: les Principes d'UNIDROIT ne peuvent résoudre efficacement les difficultés en cours dans les contrats commerciaux internationaux qu'au prix d'une réflexion sur les questions fondamentales qui s'y retrouvent. On pourrait qualifier ces questions d'un seul mot, les aléas du domaine international.

Ajoutons aussi cet autre aspect provoqué par la nature des sentences arbitrales. On sait, en effet, que les Principes codifient nombre de règles jadis consacrées par la jurisprudence arbitrale internationale : les rédacteurs des Principes, impliqués depuis de longues années dans les négociations internationales et additionnant des expériences d'enseignant et d'arbitre, ont largement utilisé les codifications récentes ainsi que les solutions de la jurisprudence arbitrale. Cependant, cette situation peut nuire à la crédibilité des Principes : elle risque de développer les défauts propres aux sociétés closes, tels l'esprit de secte, le conformisme ou la cooptation des seules disciplines, et elle prête à la caricature; mais elle traduit un besoin en relation directe avec les caractères de la matière et le rôle effectivement assumé par les juristes dans l'élaboration des règles positives.

Quant à l'obligation de négocier, elle appelle certainement un approfondissement... La conclusion d'un contrat international entraîne non seulement l'obligation d'exécuter le contrat, mais encore l'obligation de prendre ensemble les décisions nécessaires pour poursuivre le but commun. Dans certains cas, ces décisions peuvent prendre la forme de contrats séparés que les parties ont alors l'obligation de négocier. La violation de l'obligation de négocier peut ainsi prendre un rôle majeur dans les contrats internationaux. Par exemple, la demande d'un contractant pourra être écartée si au milieu des négociations celui-ci présente des exigences unilatérales considérées comme définitives, refusant de les discuter en commun. L'obligation de négocier signifie alors qu'il ne faut jamais laisser la porte fermée à la discussion. Elle impose une certaine habileté rendue nécessaire par la présomption de professionnalisme du

marchand international. En effet, les marchands internationaux (ou si l'on préfère, les négociateurs internationaux) exercent par hypothèse une certaine *fonction diplomatique, un savoir-faire commercial*. L'art de faire des affaires (ou encore de conclure de grands contrats internationaux) ne saurait se dissocier de celui de savoir négocier. Dans certaines situations, il n'y a aucune justification de limiter cette exigence à la phase des pourparlers (l'obligation de négocier comprendrait alors celle de renégociation, possible en cas de *hardship*). L'obligation de négocier est sensiblement différente mais proche par certains aspects de l'obligation de coopérer, de fournir les meilleurs efforts... Réunies ensemble, ces règles complètent et précisent la bonne foi. C'est de cette manière que la *lex mercatoria* gagnera en distinctions subtiles et, aussi, en maturité.