

# Les Principes d'UNIDROIT : synthèse et prospective

Louis MARQUIS\*

## **Résumé**

*Ce texte constitue une synthèse des quatre thèmes abordés dans le cadre du colloque : 1. Les Principes d'UNIDROIT et l'environnement législatif; 2. Les Principes d'UNIDROIT comme guide dans la rédaction des contrats; 3. Les Principes d'UNIDROIT à l'épreuve de la pratique et 4. Les Principes d'UNIDROIT et les litiges. De plus, l'auteur anticipe le rôle que les Principes sont amenés à jouer dans le futur.*

## **Abstract**

*This paper is a synthesis of the four themes studied at the symposium: 1. UNIDROIT Principles and the legislative environment; 2. UNIDROIT Principles as guidelines in the writing of contracts; 3. UNIDROIT Principles in real life practice, and 4. UNIDROIT Principles and litigation. Furthermore, the author anticipates the role that should eventually be played by UNIDROIT Principles.*



## **Plan de l'article**

<b>Introduction</b> .....	543
<b>I. Les Principes d'UNIDROIT et l'environnement législatif</b> .....	544
<b>II. Les Principes d'UNIDROIT comme guide dans la rédaction des contrats</b> .....	548
<b>III. Les Principes d'UNIDROIT à l'épreuve de la pratique</b> .....	552
<b>IV. Les Principes d'UNIDROIT et les litiges</b> .....	555
<b>Conclusion</b> .....	558



Quel est et sera l'impact de l'entrée en scène des Principes d'UNIDROIT<sup>1</sup> sur l'ordonnancement juridique transnational? Peut-on d'ores et déjà avancer que les Principes marquent une étape significative du processus de création d'un *ius commune*? Ou serait-il plus juste de qualifier leur contribution actuelle et potentielle, à ce grand projet, de modeste? Compte tenu du caractère ambitieux qui les entoure et de toute la magnitude liée à la portée universelle qui est la leur, on pourrait craindre que les facteurs de risque soient suffisamment élevés pour rendre toute tentative de réponse sérieuse à ces questions pour le moins hasardeuse. Pourtant, quelques conditions de base à une implantation synonyme de durabilité et d'avancement semblent réunies.

Parmi celles-ci, on en relèvera quelques-unes déjà connues : saine et équitable représentativité des diverses cultures juridiques, autant sur le plan de la forme que du contenu; mise de l'avant d'une représentation du contrat innovatrice, voire rafraîchissante, sur plusieurs plans; esprit convivial et constructif lié à leur utilisation sur le terrain; globalisation ambiante qui va de pair avec le *modus vivendi* d'uniformisation caractéristique des Principes. Mais une autre condition, qui recoupe les précédentes tout en les dépassant, m'apparaît encore plus décisive. Il s'agit du sentiment naturel de faveur exprimé par la communauté juridique, dans son acception la plus large qui soit, envers les Principes. Que ce soit instinctivement ou en pleine connaissance de cause, la communauté juridique semble s'être placée, de prime abord, sur la même longueur d'ondes que celle émise initialement par les Principes. À cet égard, le message d'ensemble qui se dégage de ces Journées Maximilien-Caron ne fait que raffermir un mouvement bien entrepris d'appropriation et de valorisation des Principes. En effet, les réflexions et les propos qui y furent tenus traduisent une sorte d'engagement, au minimum, à faire l'expérience des Principes, à prendre la chance de se laisser enthousiasmer par eux. À ce message d'ensemble s'en ajoute un autre, complémentaire, qui porte en lui le signe positif de tout le réalisme et la perspicacité avec lesquels la communauté juridique envisage l'avenir de sa relation avec les Principes.

---

<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 »).

Cet avenir, à l'instar des transformations lourdes du droit et du monde en général qui ont cours actuellement, ne pourra s'avérer riche et stimulant qu'en contrepartie du déploiement d'un sens aigu de la prospective. En d'autres mots, la situation enviable dont bénéficient présentement les Principes doit immédiatement être projetée le plus loin possible dans le temps, de façon à découvrir les conditions qui assureront la pérennité de ceux-ci. Ce rapport particulier avec le temps guide la structure de ce texte. C'est ainsi que, relativement à chacun des quatre thèmes abordés dans le cadre du colloque, je procéderai d'abord à une (forte) synthèse – placée en italiques – des conférences les ayant animés. Puis, j'enchaînerai avec ce que chaque synthèse permet d'anticiper de près et, surtout, de loin.

## **I. Les Principes d'UNIDROIT et l'environnement législatif**

*Il est acquis que les Principes ne sont pas destinés à évoluer en vase clos. Ils font partie d'un environnement qui, jusqu'à un certain point, les dépasse. La contrepartie est aussi vraie : l'influence des Principes sur cet environnement est susceptible de se manifester sous différentes formes et d'engendrer des résultats différents. Bref, l'interaction juridique, voire l'interdépendance juridique, sont des phénomènes intrinsèquement liés à l'existence des Principes. Mais si ces phénomènes de relation et d'échange paraissent à la fois inévitables et prometteurs, c'est que le contenu des Principes s'y prête particulièrement bien. Sur la base des lignes de force fondatrices du contrat, telle la liberté contractuelle, les Principes mettent de l'avant une normativité contractuelle dont l'un des premiers attraits est certes sa complétude. En effet, les Principes se profilent sous l'angle d'un cadre de référence apte à procurer, expressément ou implicitement, des réponses ou des pistes de solution aux questions et problématiques susceptibles de jaloner les diverses phases de l'évolution des contrats du commerce international. Encore, de l'alliage du dit et du non-dit se dégagent certains détonateurs. L'aspiration des Principes à l'établissement et au renouvellement d'une justice contractuelle est l'un de ceux qui retentit le plus. Il y a là poursuite d'un idéal qui ne laisse pas indifférent, un idéal qui, au contraire, semble tout à fait indiqué pour imprégner l'évolution des Principes d'un souci de cohérence tout en les protégeant de l'obsolescence. Cela ouvre la voie à une représentation du contrat*

*fortement portée à emprunter à des formes complexes de conceptualisation et de modélisation, comme celle proposée par Ian R. MacNeil<sup>2</sup>. C'est qu'à partir du moment où le contrat s'inscrit résolument dans la perspective aussi vaste et profonde qu'est la justice, il va de soi que l'analyse et la maîtrise des valeurs et des principes en jeu ne peuvent se réaliser qu'en fonction d'une grille échappant à toute tentation de simplification.*

En termes d'anticipation, l'effet conjugué de l'interdépendance juridique, de la justice contractuelle et de la complexification de la représentation du contrat permet d'imaginer une pression grandissante d'éclatement agissant à la fois comme force externe sur les Principes d'UNIDROIT et à l'intérieur de ceux-ci. L'éclatement dont il est ici question ne doit pas être assimilé à une forme de laissez-faire peut-être intéressant mais finalement confondant au sujet des signes de reconnaissance et des fondements qui animent les Principes. Je le vois davantage comme la phase subséquente à celle que le droit en général est encore à traverser, et qui consiste à voir ses frontières devenir perméables à divers types d'influences juridiques et extra-juridiques. Bref, à ce qu'on appelle la multidisciplinarité succédera une phase encore plus intense de rapprochement et d'imbrication entre les savoirs, qualifiable d'éclatement.

Si cet avancé s'avère juste, l'une des premières implications qui en découleront sera de déterminer comment, d'une part, les Principes se manifesteront et de quelle façon, d'autre part, les intéressés en prendront connaissance et les travailleront. Actuellement, l'allure formelle des Principes présente une touche de classicisme : l'ensemble est constitué d'une énonciation de règles regroupées dans quelques catégories clés; certaines règles sont à portée générale et d'autres, spécifique; et le tout est empreint d'une coordination destinée à optimiser le degré d'application effective des Principes. En ce sens, il serait possible d'affirmer que les Principes peuvent se prêter assez facilement à un type de syllogisme fidèle au positivisme juridique. Cependant, je ne crois pas que cette allure formelle préfigure le genre d'avenir qui attend les Principes. Déjà, leur existence me semble présager d'un mode de manifestation et de prise de connaissance basé sur le discours et l'argumentation.

---

<sup>2</sup> Voir notamment : I.R. MACNEIL, « Relational Contract: What We Do and Do Not Know », *Wis L. Rev.* 483 (1985).

En effet, l'importance accordée à ce que l'on pourrait qualifier d'arrière-plan des Principes est clairement établie, notamment, dans la discussion omniprésente tenue relativement à la justice contractuelle. Cela traduit une volonté de s'affranchir d'un conceptualisme qui serait exagéré au profit d'une attention constante portée envers les « propositions implicites »<sup>3</sup> propres aux Principes. De la sorte, ces derniers sont appelés à entrer pleinement dans le monde des produits de l'esprit si cher à Karl Popper, plutôt que de demeurer isolés sous une forme quelconque d'abstraction.

Le phénomène d'éclatement et l'allure discursive des Principes pourraient laisser croire que ceux-ci s'éloigneraient inévitablement de l'objectif de sécurisation juridique des transactions commerciales auquel on associe habituellement le processus d'uniformisation. Il est vrai qu'à tout le moins d'instinct, il y a là matière à penser que les Principes sont susceptibles de devenir trop poreux et malléables pour être en mesure d'accomplir adéquatement leur mission. Il reste que c'est exactement le contraire qui risque de se produire. Et la raison majeure sous-jacente à cette sécurisation accrue réside dans la position transversale, par rapport aux autres domaines du droit et à la connaissance considérée globalement, qu'occuperont ainsi les Principes. Il n'y a pas lieu de considérer, en effet, que les Principes puissent véritablement influencer le cours des choses à petite et grande échelles, sans qu'ils ne se placent en osmose avec leur environnement. Autant dans l'infiniment petit que dans l'infiniment grand, l'idée que les Principes concourent seuls à la réalisation de telle ou telle fin apparaît périlleuse. Dans le monde de demain, le réflexe de principe consistera à mobiliser une foule de connaissances, que ce soit à l'étape de réflexion ou à celle de l'action proprement dite, pour toute démarche envisagée, y incluant les transactions commerciales. Or, à défaut de pouvoir s'insérer dans une dynamique d'alliance récurrente avec autre chose, les Principes s'appauvriront progressivement, leur fiabilité s'en ressentant d'autant.

---

<sup>3</sup> Raymond BOUDON, *L'idéologie*, Paris, Fayard, 1986, p. 103.

Dans les circonstances, la question de l'identité juridique des Principes ne se posera pas de la même façon et avec autant d'intensité que si elle l'avait été à la lumière des débats passés et, jusqu'à un certain point, présents. Je pense tout particulièrement, ici, à la controverse vue et revue sur l'appartenance au droit ou pas de la *lex mercatoria* ou encore, généralement, à l'interrogation fréquemment rencontrée de la détermination des sources, en l'occurrence, du droit commercial international. Selon moi, il y aura peu ou pas d'intérêt à se questionner sur cette identité juridique car la vraie question se trouvera ailleurs, c'est-à-dire dans la capacité des Principes de s'affirmer en tant que corps de justifications. C'est par l'entremise de ce canal que l'identité se manifestera, plutôt qu'en fonction d'une analyse destinée à savoir si, en soi et pour soi, les Principes sont une source du droit au même titre que pourrait l'être, par exemple, la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Pour sûr, le contrat tel que conçu et promu par les Principes sera, d'un point de vue identitaire et pour utiliser un vocable en vogue, pluridisciplinaire. La nature et le nombre de ses composantes ne connaîtront pas de frontières. Le contrat trouvera là toute sa force ou sa puissance. Mais où cela nous mènera-t-il?

Poser cette question est un peu une manière de prévenir le genre de reproche que l'on a déjà adressé à la théorie du contrat élaborée par Ian MacNeil. D'un côté, la théorie de MacNeil en a séduit plusieurs, avec raison, par la richesse et la largesse de la représentation du contrat qu'elle supporte. D'un autre côté, cette représentation s'avère fort exigeante sur le plan de sa matérialisation concrète car elle suppose une prise en considération et une maîtrise d'une grande quantité de variables. Mais avec l'avènement du contrat pluridisciplinaire, j'estime qu'il sera possible de conjuguer une nécessaire maîtrise de la force – évoquée plus haut – de ce dernier avec le meilleur de ce qu'offre la théorie de MacNeil, en investissant les Principes d'une véritable fonction critique à l'égard des orientations fondamentales du commerce international. En effet, mieux alimentés que jamais par un arrière-plan fertile et intensément liés à leur environnement, les Principes seront à même de ne pas se laisser conforter par une logique bienveillante à leur sujet, et qui les amènerait à tenir solidement pour acquis qu'ils facilitent le commerce international et qu'ils créent ainsi,

immanquablement, une richesse individuelle et collective garante d'une joie de vivre et d'un bonheur mieux sentis. Les choses sont autrement plus subtiles, et il revient aux Principes d'user de perspicacité pour se maintenir en éveil à cet égard.

## **II. Les Principes d'UNIDROIT comme guide dans la rédaction des contrats**

*Concevoir les Principes comme guide dans la rédaction des contrats renvoie essentiellement à l'idée qu'ils servent de document contenant des renseignements utiles. À ce titre, l'opportunité de s'y référer, dans le cadre d'un exercice de planification contractuelle, peut pratiquement être tenue pour acquise. L'opportunité d'en faire une composante proprement juridique du contrat projeté, quant à elle, ne peut s'évaluer qu'en fonction de la spécificité de chaque relation d'affaires. Si cette opportunité est établie, il importe, tel que le veut le mot d'ordre déjà connu, que les parties concernées s'expriment clairement sur les tenants et aboutissants de l'intégration des Principes à leur contrat. Le simple fait que l'univers juridique du commerce international soit constitué de sources concurrentes exige, en effet, que les parties évitent de compliquer les choses à ce sujet par une quelconque attitude équivoque. De plus, les Principes ne sont pas appelés à s'intégrer en tout seulement. Leur intégration peut être partielle, modulée, nuancée : mais c'est là un défi, à la charge des parties, de trouver les mots qui établiront une pleine correspondance entre la lettre et l'esprit du contrat et ce qu'elles veulent réellement. En contrepartie, les Principes et leurs promoteurs directs comme indirects seront soumis aux épreuves constantes de l'ouverture d'esprit et de l'ajustement. L'exemple du contrat électronique est éloquent à cet égard. La dématérialisation qui l'accompagne et les modalités franchement particulières et inédites qui gouvernent sa formation indiquent que les Principes ne peuvent être accolés purement et simplement à tout type de contrat. Cette mise en garde vaut déjà présentement et, sans l'ombre d'un doute, vaudra-t-elle encore davantage pour l'avenir. En d'autres mots, le contrat électronique est le reflet d'une vérité qui s'impose aux Principes en tant que champ juridique : ils devront arrimer leur évolution à l'apparition des réalités nouvelles de l'environnement commercial hautement innovateur qui les entoure.*

Envisager les Principes comme guide dans la rédaction des contrats pourrait donner l'impression d'avoir affaire à un outil de nature technique, utile dans le contexte d'un exercice très terre-à-terre. Il n'y a pas lieu d'insister longuement pour démontrer qu'une telle impression constituerait, le cas échéant, une mauvaise piste pour pousser plus loin la réflexion. Cette étape dite de la rédaction cache derrière elle, en fait, toute une série d'enjeux issus des objectifs respectifs et communs poursuivis par les parties. C'est un lieu et un moment privilégiés pour penser, mettre en perspective, revenir en arrière, et prendre en considération une chose et une autre. La qualité du contrat qui s'ensuivra dépendra substantiellement de l'intensité qu'on aura pu y déployer.

Sur la base d'une impression plus juste relativement à la rédaction des contrats, que pourrait révéler un plongeon en avant dans le temps quant à la situation ou à la contribution des Principes? De prime abord, je soumets que l'étape dite de la rédaction sera l'assise d'une représentation du contrat articulée autour des concepts que je désignerais sous les termes de maillage, de projet et d'osmose. Le concept de maillage sera en retrait de l'idée que la formation du contrat peut se réduire à une dynamique de rencontre de volontés animées d'une rationalité infaillible. Par maillage, on référera à un entrelacement d'aspirations motivées par un souci de collaboration. Au-delà, c'est le projet qui fournira les indications générales et spécifiques de la collaboration entreprise par les parties. Cette collaboration, est-il besoin de le souligner, sera caractérisée par sa mouvance. Les Principes auront, tôt ou tard, consacré définitivement le fait que le contrat se meut au gré d'embûches comme d'occasions nouvelles. Par conséquent, les paramètres qui l'ont balisé au départ sont en besoin constant de révision. Enfin, le concept d'osmose témoignera de l'aisance avec laquelle on admettra que le déploiement du contrat, suivant les Principes, passe par une certaine soumission de celui-ci à diverses contraintes et exigences émanant d'autres sphères d'activités humaines. Autrement dit, la proposition suivant laquelle le contrat s'auto-suffirait, ou qu'il serait sujet à un minimum d'interférences et d'interventions extérieures, n'aura aucune crédibilité.

Il y a une suite à la question posée au paragraphe précédent, en

ce sens que l'étape de rédaction du contrat ne fera pas uniquement référence, dans l'optique des Principes, aux trois concepts évoqués. Ces derniers seront traversés par une valeur centrale, déjà connue, mais qui devrait connaître un puissant renouvellement au cours des prochaines années. Cette valeur est celle de la coopération. Le renouvellement dont je parle, ici, se réalisera en conjonction avec chacun des concepts, et il aura pour tâche de répondre aux questions suivantes : comment la coopération s'établit-elle entre des parties? Quels sont les paramètres les plus aptes à la favoriser et à la maintenir et, par conséquent, à encourager l'exécution du projet visé? Et comment la coopération entre des parties peut-elle aller de pair avec une coopération entre les parties et leur environnement? De façon générale, la force d'attraction de la coopération proviendra de la plus-value qu'une partie récoltera en mettant cette valeur de l'avant plutôt qu'en la refoulant. Sur un plan social, cette ligne de pensée placera le contrat en correspondance avec le fait que les avantages de la vie collective découlent prioritairement des possibilités qui s'offrent à chacun de collaborer à la réalisation de projets qui demeureraient autrement lettre morte. Sur le plan contractuel, cette même ligne de pensée mettra en relief le fait qu'en prenant l'initiative de coopérer et en la répétant, une partie optimisera les chances que le contrat lui soit bénéfique.

Tout cela étant dit, l'étape de rédaction du contrat ainsi démystifiée pourrait être l'occasion de réfléchir sur la ou les fins suprêmes que les Principes permettront de poursuivre. S'il ne fait aucun doute dans mon esprit que les objectifs d'ordre utilitaire, comme la sécurisation des transactions, poursuivis par les Principes et les autres leviers du processus d'uniformisation sont légitimes, j'estimerais périlleux que ces derniers se satisfassent de ce rôle essentiellement instrumental. Il importe définitivement de veiller à élargir le rayon de pensée et d'action des Principes en les amenant à s'équiper d'une lumière téléologique conforme aux besoins des mondes d'aujourd'hui et de demain. Il est vrai qu'une telle lumière n'est pas totalement absente de l'uniformisation en cours actuellement. On en retrouve même des traces claires dans le préambule de la Convention de Vienne, qui réfère notamment au nouvel ordre économique international en tant que groupe de normes supérieures appelées à jouer probablement une fonction

d'ascendant. Cependant, un constat s'impose malgré tout de lui-même : les Principes et la création du *ius commune* à laquelle ils participent n'ont pas vraiment consacré d'efforts dans la détermination et l'enrichissement d'une forme *d'ultima ratio* qui sache représenter une aspiration finale commune à eux et aux autres sphères de l'activité humaine. En ces temps de tiraillement entre le désenchantement et l'espoir, et surtout de prise de conscience de l'urgence de penser et d'agir, l'opportunité d'entreprendre ce travail et de le mener à terme va de soi. Mais comment?

D'après moi, le succès du travail visé dépend en grande partie d'une question d'attitude. Les parties, à l'instar de tous les autres intéressés, sauront apporter leur contribution, d'une manière ou d'une autre, si elles s'autorisent sans ménagement à s'aventurer vers l'inédit. B. De Sousa Santos<sup>4</sup> a utilisé le terme de « *defamiliarization* » pour décrire le fait que cette aventure impliquait une sortie de l'enfermement naturel dans lequel chacun se retrouve contre, jusqu'à un certain point, son gré. Il y a effectivement là une avenue prometteuse pour découvrir et façonner les principes de pensée et les valeurs qui serviront de guides suprêmes, que ce soit dans la rédaction des contrats ou ailleurs! L'inédit est quasi assurément riche dans la mesure où il est porteur de l'axiome énoncé par I. Prigogine, et qui fut admirablement repris par I. Wallerstein dans le cadre d'un vigoureux plaidoyer en faveur d'une lancée des sciences humaines vers l'utopie, suivant lequel « *the possible is richer than the real* »<sup>5</sup>. Nul doute qu'avec une prédisposition à s'animer de la sorte, la pratique, la doctrine, le judiciaire et autres recueilleront des résultats convaincants eu égard à la mission qui les attend ici.

---

<sup>4</sup> B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, p. x (1995).

<sup>5</sup> I. WALLERSTEIN, « Social Sciences and the Quest for a Just Society », 102 *American Journal of Sociology* 1241, 1254 et 1255 (1997).

### **III. Les Principes d'UNIDROIT à l'épreuve de la pratique**

*La pratique est, en quelque sorte, un terme générique qui renvoie aux infinies facettes qu'emprunte et empruntera l'existence concrète des Principes. C'est à ce niveau, celui de la vie quotidienne de la commercialité, qu'il sera possible de déterminer, à divers intervalles, jusqu'à quel point les Principes ont acquis et conservé droit de cité dans la réalité, ou s'ils ne se limitent pas plutôt à une forme académique ou abstraite, quoique intéressante, de normativité contractuelle. D'entrée de jeu, leurs seuls attributs de neutralité et de représentativité en font un instrument dont la pratique semble vraiment décidée à tester l'efficacité sur le terrain. Cela s'explique par le statut que ces attributs permettent aux Principes d'acquérir, soit celui d'une trame juridico-linguistique où les paramètres de la négociation et de l'entente à venir sont identiques pour toutes les parties. À portée universelle, les Principes constituent donc un rempart contre les tentations hégémoniques de différents intéressés, lesquelles pourraient culminer, par le jeu d'une liberté contractuelle déséquilibrée, dans la consécration de la domination de quelques droits nationaux, voire d'un droit national, en matière de régulation des contrats du commerce international. D'entrée de jeu, également, la pratique impose une lecture raffinée de la portée universelle des Principes. Le mouvement d'appropriation et de valorisation de ces derniers – évoqué en introduction – ne se réalisera pas suivant des conditions et des circonstances uniformes d'un bout à l'autre du monde. Il suffit d'envisager les cas du Mercosud et de la Chine pour se rendre compte que la pratique s'appropriera et valorisera les Principes en fonction d'une dynamique caractérisée par son régionalisme, son nationalisme, son continentalisme, ou d'autres formes de conditionnement. Sur la base de cette réalité multiforme, il convient donc d'admettre que les Principes sont au cœur d'un processus délicat qui consiste à constituer un réservoir de sens juridique capable de parler à la fois au nom de tous et à tous.*

Se pourrait-il qu'après tant d'efforts déployés par la doctrine et les penseurs du droit afin de justifier, d'abord, et élaborer, ensuite, les Principes, et que malgré l'accueil positif qu'elle leur a réservé, la pratique s'en détourne? Poser la question, comme formuler le thème dit de l'épreuve de la pratique, suffit à semer une certaine

inquiétude. Pourtant, il peut apparaître curieux de songer qu'il puisse exister quelque antagonisme entre doctrine et pratique. Comment l'un pourrait-il mal lire l'autre au point de rejeter ses propositions, et réciproquement? Sans qu'elle ne soit parfaite, la symbiose entre deux des acteurs tenus pour dominants dans la construction du droit ne devrait-elle pas être admise? Ne verrions-nous pas, à ce moment, les choses sous un angle différent?

En fait, l'épreuve de la pratique s'avère encore une problématique pertinente car tout n'a pas été tiré, du point de vue du droit, de la célèbre analyse de S. Macaulay intitulée « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study »<sup>6</sup>. La conclusion troublante de cet article, selon laquelle le droit des contrats est fréquemment ignoré ou inutilisé dans les relations d'affaires, n'a pas vraiment trouvé de suite qui puisse nous inciter à poser tel ou tel geste afin d'éviter que les Principes ne connaissent ce genre d'insuccès. Certes, les gens d'affaires sont des participants, à divers titres, dans le processus d'uniformisation du droit commercial international, y compris dans la portion particulière assumée par les Principes. Mais quiconque désirerait démontrer finement ce qu'il y a lieu d'observer et de considérer pour anticiper, évaluer et corriger l'utilisation que la pratique réservera aux Principes ferait pratiquement oeuvre de pionnier. À ce propos, une connaissance et une maîtrise améliorées du rôle des usages seraient très bénéfiques. Si l'on tient pour acquis que ces derniers logent au cœur de la vie quotidienne des affaires et qu'ils sont représentatifs de ce qui s'y passe vraiment, il importe de pouvoir s'en faire une meilleure idée que celle dont on dispose actuellement. Cette meilleure idée pourrait révéler qu'en dépit d'un faible niveau de référence expresse aux Principes, la présence de ceux-ci sur le terrain est intense, sauf qu'elle se manifeste par l'entremise de canaux diffus qu'une analyse juridique traditionnelle ne permet pas de fouiller.

Un autre moyen de surmonter l'épreuve de la pratique consisterait-il à associer les Principes à la création d'une communauté globale des gens d'affaires? Une telle association a historiquement constitué la pierre angulaire de l'argumentation au soutien de la légitimité de la *lex mercatoria*. En soutenant que les besoins du commerce international commandaient la disponibilité de règles dont une communauté d'affaires réelle allait assurer

---

<sup>6</sup> 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963).

l'application et la sanction, les tenants de la *lex mercatoria* voulaient voir, en même temps, le droit étatique réduit à sa plus simple expression. Or, en dépit de toute la vigueur avec laquelle on a pu argumenter en faveur de l'existence de cette communauté, force est d'admettre qu'elle ne peut correspondre à la *societas mercatorum* décrite par Filali Osman, c'est-à-dire à une communauté profondément empreinte de stabilité, de permanence et de cohérence<sup>7</sup>. Les choses se présentent sous un angle autrement plus compliqué. S'il y a une communauté, elle correspond nettement davantage à l'existence de réseaux, avec tout ce que cette notion comporte de volatilité et de mouvement. Dans les circonstances, il demeure concevable de lier les Principes à un *modus vivendi* d'affaires, à une sorte de conscience du monde des affaires, mais ce sera sur d'autres bases que celles invoquées au soutien de la *lex mercatoria*.

L'un des défis qui pourrait assurer le succès d'une liaison ferme entre la pratique et les Principes sera celui de l'asymétrie. Dans un contexte de libéralisation comme celui que nous connaissons présentement, l'asymétrie provient du fait que la mise en relation de gens d'affaires venant de contrées différentes crée un éventail de stratégies et de motivations plus large qu'auparavant. Elle provient également du déséquilibre prononcé qui peut exister, à différents niveaux, entre des partenaires d'appartenances étrangères l'une à l'autre. À ce moment, et à moins de considérer les relations d'affaires d'un seul bloc et sans nuances, ce que la pratique n'accepte pas de toute façon, il convient d'admettre qu'il y a quelque chose à construire, au sens théorique et pragmatique du terme. Cela est possible, en imaginant qu'au gré de l'application et de la révision des règles prévues par les Principes se dégage un état d'esprit des affaires caractérisé par l'humilité, la finesse et la diplomatie chez ceux qui gravitent dans et autour de cette sphère. Autrement dit, et sans vouloir tomber dans un monde surréaliste de bonne entente et de mutualité absolues, c'est au prix d'une collégialité ambiante que l'arrimage entre la pratique et les Principes présente le plus de chances de réussir.

Au bout du compte, l'épreuve de la pratique franchie révélera peut-être ce qui, aujourd'hui, paraîtrait paradoxal, voire contre nature au sujet des Principes. Bien que tout en préservant une cohérence avec leur raison d'être fondamentale qu'est l'uniformi-

---

<sup>7</sup> Filali OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique transnational*, Paris, L.G.D.J., 1992.

sation, il n'est pas exclu que les Principes reçoivent une application assez diversifiée de par le monde. Cette anticipation peut sembler déraisonnable, mais je pense qu'elle correspond à une réalité qu'il vaut mieux ne pas ignorer, et qui renvoie à cette idée d'un monde uni mais, aussi, pluriel. Je ne crois pas que les fondements du mouvement d'uniformisation soient ébranlés au contact de ce pluralisme, au point de s'écrouler. Dans la mesure où l'on tâchera d'en récupérer les effets dynamiques, l'admission pourrait rapidement s'imposer qu'il s'agit intrinsèquement d'une bonne chose de travailler et de promouvoir des Principes uniformes et teintés de pluralisme. Du point de vue de la communication qui doit alimenter les Principes, et le droit en général, il y a fort à parier que la vigueur des échanges de toutes sortes qui s'y produisent sera raffermie par la présence de courants alternatifs. En ce faisant, on évitera de se retrouver avec un droit uniforme et des Principes gouvernés uniquement par une volonté d'uniformisation formelle. Ce serait là le gage d'un processus formellement achevé, mais foncièrement appauvri à la base.

#### **IV. Les Principes d'UNIDROIT et les litiges**

*Les Principes d'UNIDROIT se situent à la frontière, évanescence, du droit et du non-droit. Et, à en lire le Préambule, ils y semblent fort à l'aise. Celui-ci fait état des différentes modalités d'application des Principes et des fins auxquelles ils peuvent servir. Il s'en dégage une aspiration à représenter un droit commun ou de base du commerce international. Dans le contexte dit des litiges, cette aspiration peut se concrétiser par le concours de deux passerelles, l'une formelle et l'autre, informelle. L'allure de la première passerelle pourrait se résumer en quelques mots : les Principes recevront application dès lors que les parties en auront exprimé le désir, jusqu'à concurrence des limites posées par l'ordre public. C'est là l'expression d'une logique juridique classique et qui, dans la mesure où elle entraîne son lot d'applications, ne manquera évidemment pas d'attirer l'attention des observateurs intéressés à voir comment la lettre et l'esprit des Principes sont interprétés de par le monde. Cependant, il est permis de penser que les Principes révéleront autant leur influence et leur force, sinon davantage, par l'entremise de la passerelle informelle. Sur ce plan, la situation pourrait se résumer dans la formule suivante : les décideurs, qu'ils soient juges, arbitres ou autres, appelés à trancher à un niveau national ou international, référeront aux Principes s'ils y trouvent les justifications appropriées à la*

*solution des litiges qui leur sont confiés. Et la légitimité de cette référence aux Principes s'appréciera en regard de la justesse de la motivation qui lui est sous-jacente. Il existe, d'ores et déjà, quelques exemples d'application informelle significatifs d'une capacité des Principes à s'affirmer autrement que par l'entremise des canaux formels telle la volonté des parties. Cela atteste qu'une forme de puissance ou de transcendance, à tout le moins potentielle, anime les Principes. Globalement, la jurisprudence uni-contractuelle s'avère, jusqu'à maintenant, à la hauteur des attentes, bien que la question du hardship soulève certaines difficultés qui étaient par ailleurs anticipées.*

La sphère dite des litiges constitue toujours un terrain d'observation privilégié pour quiconque désire savoir ce qu'il advient de telle ou telle règle juridique ou, plus généralement, d'un ensemble de règles réunies dans un code, une convention ou un autre instrument de ce genre. Plus spécifiquement, le terrain visé est habituellement celui des tribunaux. Cela vaut également dans le cas des Principes, avec l'exception notable de l'apport déjà considérable de la jurisprudence arbitrale à la définition et à la re-définition de leur sens et de leur portée. Mais il est permis de penser qu'en matière de litiges, et pour peu qu'on entretienne une vision extensive sur ce plan, tout ce qu'il nous reste à découvrir s'avère considérable.

En fait, un des premiers changements majeurs à survenir consistera justement à délaissier la notion de litige pour s'en remettre, d'abord, à celle de différend, puis, à celle de décision tout court. Le fil conducteur de cet élargissement est l'idée que la vie concrète des Principes ne pourra, d'aucune manière, être réduite à un processus adjudicatif judiciaire ou arbitral. Ce dernier demeurera significatif, tout en étant moins représentatif des divers types d'application auxquels se prêteront les Principes. La notion de différend, à elle seule, est susceptible d'orienter l'observation vers des applications incontournables du point de vue de la pertinence scientifique qu'elles revêtent mais au sujet desquelles le juriste a encore beaucoup à apprendre. Je pense, en particulier, aux très vastes perspectives qui sont celles de la médiation, lesquelles s'élargissent encore davantage du moment qu'on les associe au champ en forte émergence de la prévention et du règlement des différends ainsi qu'à ses démembrements. De même, l'observation des Principes en action ne pourra se détourner, au risque d'être taxée de laxisme, des utilisations qu'on en fera et qui seront autant d'exemples de décisions au terme desquelles on a jugé bon,

expressément ou implicitement, de s'en servir. L'illustration qui nous est fournie par les projets de développement international est éloquente à ce sujet : les réformes juridiques et économiques entreprises dans nombre de pays auront, tôt ou tard, intégré les Principes. Or, l'évaluation des effets de telles réformes ne pourra se faire uniquement en portant l'attention sur les litiges.

La part de vie concrète des Principes qu'il nous reste à découvrir implique un travail quelque peu ardu en raison des caractères diffus et parfois difficilement accessibles qui s'y rattachent. Il s'agit d'une vie en bonne partie souterraine et qui peut se dérouler à la vitesse de l'éclair. En comparaison avec les manifestations auxquelles la plupart des systèmes juridiques occidentaux nous ont habitués, il y a là un apprentissage certain à faire. A titre d'illustration, réussir à démêler et à identifier ce qui, dans le cadre d'une médiation, relève du droit, des intérêts des parties en cause, des facteurs humains, et ainsi de suite, n'est pas la moindre des choses. Pourtant, un tel exercice devra être réalisé afin de pouvoir donner une réponse à la question toute simple de la signification passée, présente et à venir des Principes. Un défi analogue existe si l'on reprend l'exemple tout juste mentionné du développement international. S'il est une chose, c'est que les projets de réforme juridique rappellent avec éclat le fait que le droit est intimement lié à différents contextes de vie humaine constitués d'attitudes, d'expériences et d'espairs. À ce moment, les Principes sont destinés à se faufiler dans les mailles d'un tissu de significations. Leur repérage et la mesure de leur impact deviendront, dès lors, une question de fine interprétation qualitative plutôt que purement mécanique.

Selon moi, la vie concrète qui s'annonce aux Principes sonnera le glas, en ce qui les concerne, de toute volonté ou tentation de les empreindre d'un raisonnement basé sur la nécessité de répondre à ce que j'appelle une question juridique. Un tel raisonnement est essentiellement animé par la recherche d'une réponse, par définition unique, qui existe à l'état latent, c'est-à-dire avant même de l'avoir effectivement trouvée. Comme telle, la qualité de cette réponse se mesure en fonction de sa rigueur formelle, de sa clarté et de son degré de complétude. C'est un fait relevé avec insistance que l'évolution récente du droit occidental a éloigné ce dernier de ce type de raisonnement pour le rapprocher d'un autre à caractère justificatif. Dans ce cas, la qualité de la réponse s'évalue sur la base du degré de persuasion des raisons, des propositions et des

motivations qui la sous-tendent. Il n'y a aucun motif de croire que les Principes ne peuvent s'inscrire dans ce tournant, voire être capables de l'animer sensiblement. À terme, c'est en adoptant cette forme de raisonnement que les Principes sauront le mieux devenir partie prenante aux débats et aux enjeux plus larges qui auront cours ici et là. Cette affirmation ne devrait, d'ailleurs, pas trop surprendre : en se plaçant sur le terrain de l'argumentation de fond et non sur celui du formalisme, les Principes sont naturellement sujets à un dialogue fécond avec ce qui les entoure.

Peu importe qu'on utilise cette expression ou pas, l'avenir fera en sorte que les Principes serviront à résoudre des problématiques juridiques. D'une part, cela sous-entendra que les diverses applications des Principes ne revêtiront que très rarement une dimension exclusivement juridique. Ces applications seront plutôt le résultat du concours de plusieurs composantes, juridiques comme extra-juridiques. D'autre part, un élément transcendera les solutions avancées, soit leur durabilité. Un tel élément ne manquera pas d'orienter l'analyse vers une prise en compte réelle de la situation et des intérêts, non pas superficiels mais véritables, des parties intéressées. En effet, l'idée d'inscrire la solution recherchée dans la durée et non dans le simple immédiat, implique une lecture très serrée et attentive de ce qui fait la fibre humaine d'un rapport ou d'un projet au sujet duquel les Principes sont pertinents. En même temps, la durabilité dictera une nature et un ton particuliers à la solution avancée au bénéfice d'une problématique. Au commandement et à la sanction comme incitatifs au respect de la solution, sera préféré l'esprit constructif des mesures qui y sont énoncées en vue de susciter une pleine et entière adhésion de la part des parties concernées. Bref, l'avenir des Principes en sera d'abord et avant tout un axé sur la substance.

\*

\* \*

Le droit moderne s'est imprégné et s'est porté garant de stabilité. Il en a fait une force pour lui-même et pour le type de société qu'il appuyait. Mais au moment où le monde contemporain glisse à petits et grands pas vers la post-modernité, le changement, dont Georges

Balandier faisait l'éloge<sup>8</sup>, trouve un écho qu'il est difficile de ne pas entendre. Cette idée de changement tente d'atteindre un juste équilibre entre les deux pôles que sont la simplicité et la complexité des réalités de la vie, étant entendu que cet équilibre, pour peu qu'il soit atteint, est appelé à demeurer constamment perfectible. Dès lors, s'il y a une quelconque place à la tradition en droit, elle se trouve probablement davantage du côté de la permanence du changement à travers le temps, plutôt que de celui de la permanence tout court. C'est là le fil conducteur qu'il faut souhaiter à l'évolution des Principes d'UNIDROIT, une évolution à laquelle ces Journées Maximilien-Caron ont incontestablement contribué de belle façon.

---

<sup>8</sup> Georges BALANDIER, *Le désordre : éloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988.

