

Les Cahiers de droit



Les *Principes* d'Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ?

Élise Charpentier

Volume 46, Number 1-2, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043835ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043835ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Charpentier, É. (2005). Les *Principes* d'Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ? *Les Cahiers de droit*, 46(1-2), 193–216.

<https://doi.org/10.7202/043835ar>

Article abstract

In 1994, the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) published the Principles for International Commercial Contracts. This text was simply offered to the international community by Unidroit, thereafter it did not receive any endorsement by States or international organizations. The private character of the Principles sets them apart from most instruments developed for purposes of unifying systems of law. It is therefore appropriate to ask oneself if the Principles may be regarded as a codification. Indeed, insofar as they formulate a systematic and coherent set of rules pertaining to organize contracting in international trade and to the extent to which they summarize existing rules of international trade law or *lex mercatoria*, the Principles may be considered to be a codification.

Les *Principes* d'Unidroit : une codification de la *lex mercatoria*?

Élise CHARPENTIER*

*En 1994, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a publié les Principes relatifs aux contrats du commerce international. Ce texte simplement proposé à la communauté internationale par Unidroit n'a fait l'objet d'aucune ratification par des États ou des organismes internationaux. Le caractère privé des Principes les distingue de la plupart des instruments élaborés en vue de l'unification du droit. Il convient donc de se demander si les Principes peuvent être considérés comme une codification. Or, dans la mesure où ils se présentent comme un ensemble de règles relatives au contrat du commerce international organisé d'une manière systématique et cohérente et qu'ils reprennent des règles existantes du droit du commerce international ou de la *lex mercatoria*, les Principes peuvent être considérés comme une codification.*

In 1994, the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit) published the Principles for International Commercial Contracts. This text was simply offered to the international community by Unidroit, thereafter it did not receive any endorsement by States or international organizations. The private character of the Principles sets them apart from most instruments developed for purposes of unifying systems of law. It is therefore appropriate to ask oneself if the Principles may be regarded as a codification. Indeed, insofar as they formulate a systematic and coherent set of rules pertaining to organize contracting in international trade and to the extent to which they summarize existing

* Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal.

rules of international trade law or lex mercatoria, the Principles may be considered to be a codification.

	<i>Pages</i>
1 Le point de vue de la doctrine	196
2 Les opinions des arbitres	200
Conclusion	203
Annexe I	205
Annexe II	213

En 1994, l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) a publié *Les Principes relatifs aux contrats du commerce international*¹. Ayant été élaboré comme un droit uniforme destiné à régir les rapports des opérateurs du commerce international, ce texte est simplement proposé à la communauté internationale par Unidroit: il n'a fait l'objet d'aucune sanction officielle par des États ou des organismes internationaux. La décision de donner aux *Principes* un caractère privé était motivée par un constat: le fait que les projets d'instruments contraignants restent souvent lettre morte².

Le caractère privé des *Principes* les distingue de la plupart des instruments élaborés en vue de l'unification du droit. Ce caractère suscite d'ailleurs de vives discussions doctrinales sur la nature des *Principes*³. Sans prendre position à ce sujet, nous constatons d'abord que l'intérêt de la doctrine pour les *Principes* ne fait aucun doute, qu'outre cet intérêt

1. *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994 (ci-après cités: «*Principes*»). La première édition a été suivie par une seconde en 2004. Sur le contenu de la seconde édition, voir *infra*, note 11.

2. *Id.*, p. vii.

3. Voir notamment: C. KESSEDJIAN, «Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l'Unidroit», (1995) *R.C.D.I.P.* 641; G. ROUHETTE, «Les codifications du droit des contrats», (1996) 24 *Droits* 113, 121.

théorique un bon nombre de décisions judiciaires et de sentences arbitrales font déjà référence aux *Principes*⁴ et que, enfin, la diffusion des *Principes* a connu un grand succès. En effet, selon le site Internet d'Unidroit, «des milliers de copies ont été vendues de par le monde, en grande partie à des cabinets juridiques internationaux, à des juristes d'entreprises, à des cours d'arbitrage et autres, qui sont exactement le type d'utilisateurs potentiels à qui les *Principes* s'adressent principalement».

L'accueil réservé jusqu'à maintenant aux *Principes* s'explique-t-il, entre autres, par la forme qu'ils ont adoptée ? Les *Principes* se présentent certes comme un ensemble de règles relatives au contrat du commerce international, mais peuvent-ils, d'un point de vue doctrinal, être considérés comme une codification (1) et le sont-ils par les arbitres (2) ?

Le caractère privé des *Principes* n'empêche pas qu'ils puissent être considérés comme une codification. L'existence de codes privés — qui rassemblent une partie du droit existant — remonte en effet très loin. On peut néanmoins se demander si les *Principes* sont une codification à partir des éléments fondamentaux présents dans la plupart des définitions de la codification⁵. Au regard de la forme, une codification est généralement définie comme un ensemble de dispositions présentées d'une manière systématique et cohérente. Quant au fond, ces dispositions doivent avoir la force obligatoire de la loi. Ainsi, peut être considéré comme un code un ensemble

4. En date du 14 septembre 2004, *Unilex on CISG & UNIDROIT Principles. International Case Law and Bibliography*, [En ligne], 2004, [www.UNILEX.info] (14 septembre 2004) recensait une centaine de sentences arbitrales ou décisions judiciaires faisant référence aux *Principes*.

5. F. ALLARD et autres, *Dictionnaire de droit privé – Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 56 et 57 définit le terme code ainsi : «ensemble de dispositions législatives fondamentales, destinées à présenter, d'une manière systématique et cohérente, les diverses matières qui font l'objet d'une branche importante du droit». S'y ajoute la remarque suivante : «La notion de *code* a considérablement varié dans l'histoire. Elle recouvre, même aujourd'hui, des réalités fort différentes. Mais c'est dans cette acception qu'elle est encore la plus répandue, du moins dans les pays de tradition civiliste.» Parmi l'importante bibliographie relative à la notion de code, voir : J. VANDERLINDEN, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle, Essai de définition*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie Université Libre de Bruxelles, 1967 ; B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998 ; R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002 ; F. OST, «La codification, une technique pour aujourd'hui ?», dans C.-A. MORAND (dir.), *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991, p. 237 ; G. BRAIBANT, «Utilité et difficultés de la codification», (1996) 24 *Droits* 61 ; G. BRAIBANT, «La problématique de la codification», *Revue française d'administration publique*, 1997, p. 165 ; P. MALAURIE, «Peut-on définir la codification ?», *Revue française d'administration publique*, 1997, p. 177 ; F. TERRÉ, «La codification», (1993) *European Review of Private Law* 31.

de textes de lois présentés d'une manière systématique et cohérente ; à cet ensemble peuvent être ajoutés des textes consacrant des solutions jurisprudentielles ou des règles coutumières, ou encore des règles nouvelles.

1 Le point de vue de la doctrine

Afin de déterminer si les *Principes relatifs au contrat du commerce international* peuvent être considérés comme une codification, il faut d'abord en examiner la forme, puis le fond. Nous pourrions soutenir que les *Principes* constituent, d'un point de vue formel, une codification s'ils sont composés d'un ensemble de dispositions présentées d'une manière systématique et cohérente. Dans la mesure où il nous sera possible de qualifier ces dispositions de règles juridiques obligatoires, on pourra dire que les *Principes* sont une véritable codification du droit applicable au contrat du commerce international.

La résolution ayant lancé les travaux en vue de l'élaboration des *Principes* d'Unidroit indiquait qu'il s'agissait d'un « essai d'unification portant sur la partie générale de contrats (en vue d'une codification progressive du droit des obligations) ». Au début des travaux, il était question en effet d'une « Progressive Codification of International Trade Law » puis, en raison du caractère trompeur de ce titre, selon le professeur Bonnell, président du groupe de travail, le nom suivant a été adopté : « Principles of International Commercial Contracts⁶ ». Or, le nom d'un code n'est évidemment pas neutre, notamment en ce qu'il révèle la volonté de ses auteurs⁷.

Plusieurs motifs expliquent qu'on ait renoncé à employer le terme « code » pour nommer les *Principes*. Le premier, et peut-être le plus important, tient à l'absence de pouvoir de ses auteurs de dicter des règles contraignantes. Or, dans la tradition civiliste, les codes sont généralement définis par référence à leur caractère obligatoire, par le fait qu'ils sont imposés. Le terme « code » est associé, du moins depuis le XIX^e siècle, à une émanation de l'État. Comme le soulignait bien le professeur Rouhette, « [u]n code ne paraît pas, en effet, pouvoir être pensé en dehors de l'autorité qui l'impose : c'est une espèce de loi [...], c'est-à-dire la manifestation d'un pouvoir normateur, le plus souvent étatique⁸ ». En l'absence de ce pouvoir, il n'est pas simplement question de code, mais plutôt de code privé.

6. Voir M.J. BONNELL, « A «Restatement» of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or A Practical Need? », (1988) *Revue de droit des affaires internationales* 873, 877.

7. Sur la valeur du titre, voir J. CARBONNIER, « Codification », dans P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 89, à la page 91.

8. G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 3, 116.

Bien que les *Principes* soient une œuvre privée, l'analyse de leur contenu révèle que, d'un point de vue matériel, les règles proposées sont présentées comme s'il s'agissait d'une véritable codification. Les *Principes* contiennent, comme la plupart des codes, des articles consacrant des principes — telles l'obligation de se conformer aux exigences de la bonne foi et la force obligatoire du contrat⁹ — et des articles ayant un caractère plus technique — par exemple, ceux qui sont relatifs à la monnaie de paiement ou à la monnaie d'évaluation des dommages-intérêts¹⁰. Les *Principes* ne sont donc pas une simple collection de règles, car ils proposent un régime juridique cohérent applicable à la formation, à la validité, à l'interprétation, au contenu, à l'inexécution, à la compensation, aux cessions (de créances, de dettes et de contrats) et aux délais de prescription¹¹. Les règles générales et particulières sont présentées selon un plan méthodique, incluant des références croisées. Les *Principes* s'apparentent en cela aux véritables codifications dont les règles sont inspirées de principes généraux qui relèvent d'un même esprit. D'ailleurs, l'article 1.6 (2) des *Principes* prévoit que «les questions qui entrent dans le champ d'application des présents principes mais que ceux-ci ne tranchent pas expressément seront réglées dans la mesure du possible conformément aux principes généraux dont ils s'inspirent». Ainsi, les *Principes* se présentent d'un point de vue formel comme une codification : ils ont la forme d'un code.

L'analyse de la facture formelle des *Principes* conduit aisément à la conclusion qu'ils peuvent être considérés de ce point de vue comme une codification. L'évaluation de leur portée risque d'être plus nuancée en raison de la nature variée des règles ayant servi d'inspiration au groupe de travail. Nous pouvons en effet lire dans l'introduction des *Principes* que l'objectif poursuivi était d'élaborer un «*restatement*» international des principes généraux du droit des contrats», que les *Principes* «*reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon tous*» et, enfin, que les *Principes* «*renferment également les solutions qui*

9. Voir les articles 1.3 et 1.7 des *Principes*, précités, note 1.

10. Voir les articles 6.1.9 et 7.4.12 des *Principes*, précités, note 1.

11. Le groupe de travail étant toujours à l'œuvre, les *Principes* sont appelés à changer. D'ailleurs, de 1994 à 2004, les travaux se sont poursuivis et ont donné lieu à la publication d'une nouvelle édition des *Principes* incluant les règles relatives au pouvoir de représentation, aux droits des tiers, à la compensation, aux cessions (de créances, de dettes et de contrats) et aux délais de prescription. Pour une comparaison entre le contenu des *Principes* et celui du *Code civil du Québec*, voir notamment : P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées ? The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec : Shared Values ?*, Scarborough, Carswell, 1998 ; L. ROLLAND, «*Les Principes d'UNIDROIT et le Code civil du Québec : variations et mutations*», (2002) *R.J.T.* 583.

sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale»¹². Or, le caractère obligatoire d'une règle peut justement dépendre de sa source.

Rappelons que les *Principes relatifs aux contrats du commerce international* n'ont fait l'objet d'aucune sanction internationale ou étatique officielle par des organismes internationaux ou des pays. N'étant pas l'œuvre d'un organe ayant un pouvoir législatif, les *Principes* n'ont pas, non plus, la force obligatoire que donne la consécration législative. Selon leur préambule, les *Principes* s'appliquent néanmoins comme ordre normatif soit directement, lorsque les contractants les ont choisis, soit indirectement, par exemple, lorsque les parties ont soumis leur contrat à la *lex mercatoria* ou aux principes généraux du droit¹³. La première hypothèse ne soulève pas de controverse dans la mesure où les contractants ont le pouvoir de choisir la loi qui gouverne leur contrat. La seconde hypothèse suppose que les *Principes* reprennent simplement des principes généraux du droit international des contrats, qu'ils sont une mise en forme de la *lex mercatoria*. L'introduction des *Principes* précise toutefois bien qu'ils regroupent des règles existantes (principes généraux ou *lex mercatoria* et solutions admises par plusieurs systèmes de droit) et des règles nouvelles (solutions les mieux adaptées). Or, il est fort possible que certaines d'entre elles aient un caractère obligatoire et d'autres non.

Dans la mesure où le caractère obligatoire de la *lex mercatoria*¹⁴ est reconnu, il faudrait aussi admettre, dans une certaine mesure, le caractère obligatoire des *Principes*. L'importance du mouvement favorable à la *lex mercatoria* permet en effet de penser que, lorsque les *Principes* reprennent des règles faisant partie de cet ordre juridique international, ils seront considérés comme obligatoires¹⁵. Les *Principes* auraient alors pour intérêt de présenter la *lex mercatoria* de manière cohérente, de l'ordonner. De plus, la mise en forme d'un régime juridique applicable au contrat du

12. *Principes*, précités, note 1, p. vii et viii.

13. Voir *Principes*, précités, note 1, préambule, al. 2 et 3.

14. À cet égard, les critiques sont nombreuses. Elles s'appuient notamment sur le contenu douteux de la *lex mercatoria* et sur l'absence de jurisprudence; (voir entre autres : W.W. PARK, «Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria», dans T.E. CARBONNEAU (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Dobbs Ferry, Transnational Juris Pub., 1990, p. 134; K.P. BERGER, «The Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts», (1997) 28 *Law & Policy in International Business* 943.

15. Le fait d'avoir été «codifiée» par Unidroit n'a évidemment pas d'impact sur l'effectivité de la règle: si elle était obligatoire avant sa codification par Unidroit, elle le demeure à la suite de celle-ci.

commerce international que propose Unidroit avec ses *Principes* donne un contenu clair à la *lex mercatoria* dont les critiques n'ont pas manqué de souligner le caractère incertain. Les *Principes* s'apparenteraient alors à une codification à droit constant du droit international applicable aux contrats du commerce.

Pour déterminer dans quelle mesure les *Principes* reflètent vraiment les solutions admises par la *lex mercatoria*, ceux-ci peuvent être comparés à la liste des principes et des règles de la *lex mercatoria* compilée par le Center for Transnational Law (Université de Cologne) dans sa base de données (Transnational Law Database)¹⁶. Cet exercice révèle que les *Principes* reprennent en grande partie des principes connus de la *lex mercatoria*¹⁷. Ce constat se confirme à la lecture des articles doctrinaux portant sur les *Principes*. Il ne faut toutefois pas croire que l'articulation de règles à partir de solutions admises par la *lex mercatoria* exclut l'introduction d'éléments qui lui sont étrangers. En effet, la codification de règles coutumières suppose presque inévitablement une part d'incertitude d'où la difficulté qu'implique la détermination précise des règles nouvelles¹⁸.

Une grande partie des critiques adressées aux *Principes* porte sur les dispositions relatives à l'imprévision (*hardship*) et à la lésion (avantage excessif). Or, il s'agit justement là de deux sujets à propos desquels les rédacteurs des *Principes* ont opté pour des solutions qu'ils ont jugées les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale. C'est évidemment le cas de la disposition sur l'avantage excessif, la lésion n'étant pas sanctionnée par les arbitres internationaux ni par l'ensemble des systèmes de droit. En revanche, le sort réservé à l'imprévision varie beaucoup plus. Comme le soulignait le professeur Darankoum dans un article portant sur l'application des *Principes* d'Unidroit par les arbitres internationaux et les juges étatiques, bien qu'il soit possible de trouver des décisions arbitrales sanctionnant un contrat pour cause d'imprévision en l'absence de clause contractuelle¹⁹, plusieurs arbitres considèrent que

16. Cette liste est accessible sur Internet à l'adresse suivante : TRANSNATIONAL LAW DATABASE, *Central List of Lex Mercatoria Principles, Rules and Standards*, [En ligne], 2005 ; [www.tldb.uni-koeln.de] (7 mars 2005).

17. Cf. la liste de la Transnational Law Database à l'annexe II et la table des matières des *Principes* à l'annexe I.

18. En ce sens, voir : G. TIMST, « La codification, transcription ou transgression de la loi ? », (1996) 24 *Droits* 83 ; Y. DAUDET, « La codification du droit international », *Revue française d'administration publique*, 1997, p. 197.

19. Voir, entre autres, les décisions recensées par la Transnational Law Database, dont : Sentence CCI 2291, J.D.I. 1976 989 ; Sentence CCI 2508, J.D.I. 1977 939.

la sanction de l'imprévision ne fait pas partie des usages du commerce international²⁰.

Dans la mesure où les *Principes* proposent des «solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale», ils iraient au-delà de la mise en forme de la *lex mercatoria* et créeraient du droit nouveau. Le caractère obligatoire de ce droit est plus problématique en raison de l'absence de pouvoir législatif des auteurs des *Principes*. Ce constat ne doit toutefois pas nécessairement mener à la négation de la force obligatoire des *Principes*. Selon plusieurs auteurs, l'autorité de la loi n'est pas originelle, elle doit se mériter. Dans cet esprit, les *Principes* pourraient, à travers le choix des contractants, leur application par les tribunaux d'arbitrage, prendre peu à peu place parmi les usages du commerce international et ainsi se voir reconnaître une autorité qui leur faisait défaut au départ²¹.

2 Les opinions des arbitres²²

Afin de déterminer si les *Principes* sont une codification du droit applicable au contrat du commerce international, il faut évaluer s'ils sont constitués de règles juridiques obligatoires. Dans la mesure où les *Principes* reprennent des règles existantes — plus précisément des principes généraux et des usages — du droit du commerce international ou de la *lex mercatoria*, ils peuvent être considérés comme une véritable codification. Si, par ailleurs, les *Principes* ajoutaient au droit existant des règles nouvelles, auxquelles les arbitres donneraient un caractère obligatoire, nous serions en présence d'une codification qui aurait pour effet de réformer le droit.

20. Voir E.S. DARANKOUN, «L'application des Principes d'Unidroit par les arbitres internationaux et les juges étatiques», (2002) *R.J.T.* 421, 474; voir aussi ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 8873, 00.07.1997.

21. En ce sens, voir: G. ROUHETTE, *loc. cit.*, note 3, 121; J. HUET, «Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit: une nouvelle Lex Mercatoria?», *Petites Affiches*, n° 135, 10 novembre 1995, p. 8; É. LOQUIN, «La réalité des usages du commerce international», (1989) *R.I.D.E.* 163.

22. Les décisions auxquelles nous faisons référence sont celles d'Unilex, précité, note 4. Parmi la centaine de décisions concernant les *Principes*, précitées, note 1, nous en avons exclu certaines de notre étude, dont celles qui portent sur un litige entre des contractants qui avaient choisi les *Principes* comme règles gouvernant leur accord, celles qui font simplement référence aux *Principes*, celles qui mentionnent les *Principes* à l'appui d'une solution de droit national et celles qui se réfèrent aux *Principes* dans le contexte de l'interprétation de la Convention de Vienne (*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, Doc. NUA/Conf./97.18). Dans toutes ces hypothèses, les tribunaux arbitraux ne sont pas amenés à se poser la question de savoir si les *Principes* peuvent être considérés comme une codification.

À la question de savoir si les *Principes* constituent une codification des règles existantes de la *lex mercatoria*, les arbitres du commerce international ne répondent pas d'une voix unique. Dans les décisions faisant référence aux *Principes* se trouvent plusieurs réponses. Certains arbitres considèrent les *Principes* comme une codification des règles du droit commercial international²³. D'autres admettent seulement en partie cette idée, car ils refusent de reconnaître la force obligatoire de certaines dispositions des *Principes*. Enfin, quelques arbitres jugent que les *Principes* ont simplement une valeur persuasive.

Les expressions employées par les arbitres qui estiment que les *Principes* sont une codification du droit applicable aux contrats du commerce international sont fort variées. Dans une décision, on dit des *Principes* qu'ils sont une source fiable de droit international en ce qu'ils réaffirment les principes directeurs universellement acceptés et au cœur des notions fondamentales que les arbitres appliquent généralement²⁴. Dans d'autres décisions, les arbitres jugent que les *Principes* consacrent des règles très largement admises partout au monde dans les systèmes juridiques et la pratique des contrats internationaux, qu'ils sont une codification des principes généraux du droit commercial international ou l'expression des principes généraux de la *lex mercatoria* et que ce sont des règles de droit au sens de l'article 17 (1) du *Règlement d'arbitrage* de la Chambre de commerce internationale. Celui-ci prévoit que, «[à] défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées²⁵ ». Par ailleurs, sans aller jusqu'à parler de codification,

23. Un arbitre souligne toutefois le caractère incomplet de la codification proposée par les *Principes* : voir ICC International Court of Arbitration, numéro 9479, 00.02.1999.

24. Voir ICC International Court of Arbitration, Genève, numéro 9797, 28.07.2000 (*Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Societe Cooperative*).

25. Voir : ICC International Court of Arbitration, numéro 7110, 00.06.1995 (décision finale appliquant les *Principes* : ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 7110, 00.04.1998) ; ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 8264, 00.04.1997 ; ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 9474, 00.02.1999 ; ICC International Court of Arbitration, numéro 10114, 00.03.2000 ; Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Court Stockholm, numéro 117/1999, 00.00.2001 ; International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, numéro 11/2002, 05.11.2002 ; voir aussi ICC International Court of Arbitration, numéro 9875, 00.01.1999.

certain arbitres se servent des *Principes* pour déterminer les règles applicables du droit du commerce international²⁶.

Sans rejeter l'idée que les *Principes* énoncent des principes généraux du droit commercial international, certaines décisions soulignent qu'ils n'ont pas encore fait l'objet d'un examen minutieux mettant en évidence les dispositions qui codifient ces principes et celles qui vont au-delà²⁷. En conséquence, les arbitres ont estimé qu'ils devaient appliquer les *Principes* seulement dans la mesure où ceux-ci énoncent des règles que les commerçants reconnaissent comme gouvernant leurs relations. Dans cet esprit, un tribunal arbitral a refusé dans une décision d'appliquer les dispositions des *Principes* relatives à l'imprévision pour le motif qu'ils vont au-delà des solutions généralement admises en cette matière²⁸.

Le fait que les *Principes* prévoient des règles qui ne se trouvent pas dans la *lex mercatoria* n'a rien d'étonnant. Les rédacteurs ne s'en sont d'ailleurs pas cachés puisque l'introduction des *Principes* souligne clairement qu'ils « renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale²⁹ ». Devant ce constat, certains arbitres hésitent à utiliser les *Principes* pour régler un litige. D'autres croient, au contraire, que les *Principes* peuvent servir à définir le contenu des principes du droit commercial international ou qu'ils contribuent à l'enrichissement de la *lex mercatoria*. Cette dernière opinion n'est évidemment pas celle qui est généralement adoptée par les arbitres. Il existe toutefois deux décisions particulièrement intéressantes à cet égard. La première est une affaire où les contractants n'avaient pas prévu la loi applicable à leurs relations et avaient choisi de soumettre leur différend à l'arbitrage du tribunal de la Chambre de commerce internationale. Au sujet de la loi applicable, le tribunal arbitral est arrivé à la conclusion, sur la base de l'article 17 (1), que les règles de droit appropriées étaient celle de la *lex mercatoria*. Or, l'intérêt de cette affaire se trouve dans la définition qu'on y donne de la *lex mercatoria* : « the rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by different sources such as the operators of international trade themselves,

26. Voir : ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 8502, 00.11.1996 ; ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 7365/FMS, 05.05.1997 (*Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*), confirmé par United States District Court, S.D. California, numéro 98-1165-B, 07.12.1998 ; Ad Hoc Arbitration, New York (s.d.).

27. Voir : ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 7375, 05.06.1996 ; ICC International Court of Arbitration, numéro 10422, 00.00.2001.

28. Voir : ICC International Court of Arbitration, Paris, numéro 8873, 00.07.1997.

29. *Principes*, précités, note 1, p. vii et viii.

their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like UNIDROIT and its recently published Principles of International Commercial Contracts³⁰». Dans la seconde affaire, le tribunal arbitral a jugé qu'il pouvait fonder sa décision sur les *Principes* puisque les usages du commerce international étaient applicables au litige et que les *Principes* étaient en voie de devenir des usages reconnus du commerce international³¹. Dans ces deux décisions, le fait que les *Principes* vont au-delà de la mise en forme de la *lex mercatoria* n'a pas empêché de les considérer comme une véritable codification.

Adoptant une position moins favorable aux *Principes*, deux décisions font référence à leur caractère plus persuasif qu'obligatoire³². L'une d'elles précise néanmoins que l'arbitre peut se référer aux *Principes* sur la base de l'article 17 (2) du *Règlement d'arbitrage* de la Chambre de commerce internationale³³. Or, c'est justement en se fondant sur cet article, qui prévoit que, «dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents», que certains arbitres ont été amenés à appliquer les *Principes*³⁴.

Ce panorama de décisions montre que les tribunaux d'arbitrage internationaux ont accueilli les *Principes* de manière plutôt favorable. La plupart des arbitres estiment que les *Principes* ont, à tout le moins, un caractère persuasif et plusieurs considèrent qu'ils sont, en tout ou en partie, une codification des règles du droit commercial international.

Conclusion

La portée des *Principes* d'Unidroit dépendra ultimement de la valeur et de l'intérêt qui seront reconnus à leurs dispositions. La réception enthousiaste dont ils ont été l'objet jusqu'à maintenant s'explique en partie par le fait qu'il est possible de les considérer comme une codification des règles du droit commercial international. La mise en forme d'un régime juridique applicable au contrat du commerce international que propose Unidroit avec les *Principes* a en effet donné un contenu normatif clair à la *lex mercatoria* dont même ceux qui y étaient plutôt favorables soulignaient le caractère incertain. Si les *Principes* représentent une codification, cette dernière a

30. ICC International Court of Arbitration, numéro 9875, 00.01.1999.

31. Voir International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, numéro 302/1997, 27.07.1999.

32. Voir ICC International Court of Arbitration, numéro 10021, 00.00.2000.

33. Voir ICC International Court of Arbitration, numéro 10022, 00.10.2000.

34. Voir, par exemple, ICC International Court of Arbitration, précitée, note 24.

pour particularité de ne pas émaner d'un organe ayant un pouvoir législatif : il s'agit plutôt d'une codification privée. Or, cette spécificité a peut-être contribué au succès des *Principes*, puisqu'il est tout à fait possible que leur caractère non étatique constitue un gage de neutralité attrayant pour leurs utilisateurs potentiels³⁵.

35. À l'appui de sa conclusion selon laquelle les *Principes* sont une codification des règles du droit du commerce international, une décision arbitrale souligne d'ailleurs le fait que les *Principes* ne sont pas l'œuvre d'un État ni d'un gouvernement (voir ICC International Court of Arbitration, numéro 7110, 00.06.1995).

ANNEXE I

Principes relatifs aux contrats du commerce international

Table des matières

PRÉAMBULE (Objet des Principes)

CHAPITRE 1: DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1.1 (Liberté contractuelle)

Article 1.2 (Forme du contrat)

Article 1.3 (Force obligatoire du contrat)

Article 1.4 (Règles impératives)

Article 1.5 (Exclusion ou modification conventionnelles)

Article 1.6 (Interprétation et comblement des lacunes)

Article 1.7 (Bonne foi)

Article 1.8 (Interdiction de se contredire)

Article 1.9 (Usages et pratiques)

Article 1.10 (Notification)

Article 1.11 (Définitions)

Article 1.12 (Computation des délais fixés par les parties)

CHAPITRE 2: FORMATION DU CONTRAT ET POUVOIR DE REPRÉSENTATION

Section 1: Formation du contrat

Article 2.1.1 (Mode de formation)

Article 2.1.2 (Définition de l'offre)

Article 2.1.3 (Rétractation de l'offre)

Article 2.1.4 (Révocation de l'offre)

Article 2.1.5 (Rejet de l'offre)

Article 2.1.6 (Mode d'acceptation)

Article 2.1.7 (Délai d'acceptation)

Article 2.1.8 (Délai déterminé d'acceptation)

Article 2.1.9 (Acceptation tardive. Retard dans la transmission)

Article 2.1.10 (Rétractation de l'acceptation)

Article 2.1.11 (Modification de l'acceptation)

Article 2.1.12 (Confirmation écrite)

Article 2.1.13 (Contrat subordonné à un accord sur certaines questions relatives au fond ou à la forme)

Article 2.1.14 (Clause à déterminer ultérieurement)

Article 2.1.15 (Mauvaise foi dans les négociations)

Article 2.1.16 (Devoir de confidentialité)

Article 2.1.17 (Clauses d'intégralité)

Article 2.1.18 (Modification sous une forme particulière)

Article 2.1.19 (Clauses-types)

Article 2.1.20 (Clauses inhabituelles)

Article 2.1.21 (Conflit entre clauses-types et clauses qui ne le sont pas)

Article 2.1.22 (Désaccord sur les clauses-types)

Section 2: Pouvoir de représentation

Article 2.2.1 (Objet de la Section)

Article 2.2.2 (Constitution et étendue du pouvoir de représentation)

Article 2.2.3 (Divulgence de la représentation)

Article 2.2.4 (Non divulgation de la représentation)

Article 2.2.5 (Représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs)

Article 2.2.6 (Responsabilité du représentant agissant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs)

Article 2.2.7 (Conflit d'intérêts)

Article 2.2.8 (Substitution de représentant)

Article 2.2.9 (Ratification)

Article 2.2.10 (Extinction du pouvoir)

CHAPITRE 3: VALIDITÉ

Article 3.1 (Matières non traitées)

Article 3.2 (Validité par seul accord)

Article 3.3 (Impossibilité initiale)

Article 3.4 (Définition de l'erreur)

Article 3.5 (Nullité pour erreur)

Article 3.6 (Erreur dans l'expression ou la transmission)

Article 3.7 (Moyens ouverts en cas d'inexécution)

Article 3.8 (Dol)

Article 3.9 (Contrainte)

Article 3.10 (Avantage excessif)

Article 3.11 (Tiers)

Article 3.12 (Confirmation)

Article 3.13 (Perte du droit à l'annulation)

Article 3.14 (Annulation par notification)

Article 3.15 (Délais)

Article 3.16 (Annulation partielle)

Article 3.17 (Effet rétroactif de l'annulation)

Article 3.18 (Dommages-intérêts)

Article 3.19 (Caractère impératif des dispositions)

Article 3.20 (Déclarations unilatérales)

CHAPITRE 4: INTERPRÉTATION

Article 4.1 (Intention des parties)

Article 4.2 (Interprétation des déclarations et des comportements)

Article 4.3 (Circonstances pertinentes)

Article 4.4 (Cohérence du contrat)

Article 4.5 (Interprétation utile)

Article 4.6 (Règle *contra proferentem*)

Article 4.7 (Divergences linguistiques)

Article 4.8 (Omissions)

CHAPITRE 5: CONTENU DU CONTRAT ET DROITS DES TIERS

Section 1: Contenu du contrat

Article 5.1.1 (Obligations expresses et implicites)

Article 5.1.2 (Obligations implicites)

Article 5.1.3 (Devoir de collaboration)

Article 5.1.4 (Obligation de résultat et obligation de moyens)

Article 5.1.5 (Détermination du type d'obligation)

Article 5.1.6 (Détermination de la qualité de la prestation)

Article 5.1.7 (Fixation du prix)

Article 5.1.8 (Contrat à durée indéterminée)

Article 5.1.9 (Renonciation par convention)

Section 2: Droits des tiers

Article 5.2.1 (Stipulation pour autrui)

Article 5.2.2 (Tiers identifiable)

Article 5.2.3 (Clauses exonératoires et limitatives)

Article 5.2.4 (Moyens de défense)

Article 5.2.5 (Révocation)

Article 5.2.6 (Renonciation)

CHAPITRE 6: EXÉCUTION

Section 1: Exécution en général

Article 6.1.1 (Moment de l'exécution)

Article 6.1.2 (Exécution en une seule fois ou échelonnée)

Article 6.1.3 (Exécution partielle)

Article 6.1.4 (Ordre des prestations)

Article 6.1.5 (Exécution avant l'échéance)

Article 6.1.6 (Lieu d'exécution)

Article 6.1.7 (Paiement par chèque ou autres instruments)

Article 6.1.8 (Paiement par transfert de fonds)

Article 6.1.9 (Monnaie de paiement)

Article 6.1.10 (Monnaie non précisée)

Article 6.1.11 (Coût de l'exécution)

Article 6.1.12 (Imputation des paiements)

Article 6.1.13 (Imputation en cas d'obligations non pécuniaires)

Article 6.1.14 (Demande d'autorisation publique)

Article 6.1.15 (Procédure d'obtention de l'autorisation)

Article 6.1.16 (Autorisation ni accordée ni refusée)

Article 6.1.17 (Refus d'autorisation)

Section 2: Hardship

Article 6.2.1 (Respect du contrat)

Article 6.2.2 (Définition)

Article 6.2.3 (Effets)

CHAPITRE 7: INEXÉCUTION

Section 1: Inexécution en général

Article 7.1.1 (Définition)

Article 7.1.2 (Fait du créancier)

Article 7.1.3 (Exception d'exécution)

Article 7.1.4 (Correction par le débiteur)

Article 7.1.5 (Délai d'exécution supplémentaire)

Article 7.1.6 (Clauses exonératoires)

Article 7.1.7 (Force majeure)

Section 2: Droit à l'exécution

Article 7.2.1 (Exécution de l'obligation de somme d'argent)

Article 7.2.2 (Exécution de l'obligation non pécuniaire)

Article 7.2.3 (Réparation et remplacement)

Article 7.2.4 (Pénalité judiciaire)

Article 7.2.5 (Changement de moyens)

Section 3: Résolution

Article 7.3.1 (Droit à la résolution)

Article 7.3.2 (Notification de la résolution)

Article 7.3.3 (Inexécution anticipée)

Article 7.3.4 (Assurances suffisantes de bonne exécution)

Article 7.3.5 (Effets de la résolution)

Article 7.3.6 (Restitution)

Section 4: Dommages-intérêts

Article 7.4.1 (Droit aux dommages-intérêts)

Article 7.4.2 (Réparation intégrale)

Article 7.4.3 (Certitude du préjudice)

Article 7.4.4 (Prévisibilité du préjudice)

Article 7.4.5 (Preuve du préjudice en cas de remplacement)

Article 7.4.6 (Preuve du préjudice par référence au prix courant)

Article 7.4.7 (Préjudice partiellement imputable au créancier)

Article 7.4.8 (Atténuation du préjudice)

Article 7.4.9 (Intérêts pour non-paiement de somme d'argent)

Article 7.4.10 (Intérêts des dommages-intérêts)

Article 7.4.11 (Modalité de la réparation en argent)

Article 7.4.12 (Monnaie d'évaluation des dommages-intérêts)

Article 7.4.13 (Indemnité établie au contrat)

CHAPITRE 8: COMPENSATION

Article 8.1 (Conditions de la compensation)

Article 8.2 (Compensation de dettes en monnaie étrangère)

Article 8.3 (Compensation par notification)

Article 8.4 (Contenu de la notification)

Article 8.5 (Effets de la compensation)

**CHAPITRE 9: CESSION DES CRÉANCES, CESSION DES DETTES,
CESSION DES CONTRATS****Section 1: Cession des créances**

Article 9.1.1 (Définitions)

Article 9.1.2 (Exclusions)

Article 9.1.3 (Cessibilité de créances non pécuniaires)

Article 9.1.4 (Cession partielle)

Article 9.1.5 (Créance future)

Article 9.1.6 (Créances cédées sans désignation individuelle)

Article 9.1.7 (Convention entre cédant et cessionnaire suffisante)

Article 9.1.8 (Frais supplémentaires pour le débiteur)

Article 9.1.9 (Clauses d'incessibilité)

Article 9.1.10 (Notification au débiteur)

Article 9.1.11 (Cessions successives)

Article 9.1.12 (Preuve suffisante de la cession)

Article 9.1.13 (Moyens de défense et compensation)

Article 9.1.14 (Droits relatifs à la créance cédée)

Article 9.1.15 (Garanties dues par le cédant)

Section 2: Cession des dettes

Article 9.2.1 (Modalités de la cession)

Article 9.2.2 (Exclusion)

Article 9.2.3 (Exigence du consentement du créancier à la cession)

Article 9.2.4 (Consentement anticipé du créancier)

Article 9.2.5 (Libération du débiteur originaire)

Article 9.2.6 (Exécution par un tiers)

Article 9.2.7 (Moyens de défense et compensation)

Article 9.2.8 (Droits relatifs à la dette cédée)

Section 3: Cession des contrats

Article 9.3.1 (Définitions)

Article 9.3.2 (Exclusion)

Article 9.3.3 (Exigence du consentement de l'autre partie)

Article 9.3.4 (Consentement anticipé de l'autre partie)

Article 9.3.5 (Libération du cédant)

Article 9.3.6 (Moyens de défense et compensation)

Article 9.3.7 (Droits transférés avec le contrat)

CHAPITRE 10: DÉLAIS DE PRESCRIPTION

Article 10.1 (Portée du Chapitre)

Article 10.2 (Délais de prescription)

Article 10.3 (Modification des délais de prescription par les parties)

Article 10.4 (Nouveau délai de prescription par reconnaissance du droit)

Article 10.5 (Suspension par les procédures judiciaires)

Article 10.6 (Suspension par les procédures arbitrales)

Article 10.7 (Règlements alternatifs des différends)

Article 10.8 (Suspension en cas de force majeure, de décès ou d'incapacité)

Article 10.9 (Effet de l'expiration du délai)

Article 10.10 (Droit de compensation)

Article 10.11 (Restitution)

ANNEXE II

Transnational Law Database

CENTRAL List of lex mercatoria principles, rules and standards

CHAPTER I: GENERAL PROVISIONS

No. I.1 - Good faith and fair dealing in international trade

No. I.2 - Standard of reasonableness

No. I.3 - Trade usages

No. I.4 - No advantage in case of own unlawful acts

No. I.5 - Limitation of transfer of rights

No. I.6 - Forfeiture of rights

No. I.7 - Venire contra factum proprium

No. I.8 - No damage claim in case of consent

No. I.9 - Presumption of professional competence of parties

No. I.10 - Lex specialis-principle

CHAPTER II: AGENCY

No. II.1 - Prerequisites and effects of agency

No. II.2 - Agent acting on behalf of group of companies

No. II.3 - Agent acting without or outside his authority

No. II.4 - Principle of estoppel

No. II.5 - Attribution of knowledge to principal

CHAPTER III: SET-OFF; ASSIGNMENT

No. III.1 - Set-off

No. III.2 - Assignment of debt

CHAPTER IV: CONTRACT

Section 1: General principles

No. IV.1.1 - Freedom of contract

No. IV.1.2 - Sanctity of contracts (*pacta sunt servanda*)

Section 2: Conclusion of contract

No. IV.2.1 - Contractual consent

No. IV.2.2 - Silence by offeree

No. IV.2.3 - No repudiation of contractual consent by state party

Section 3: Form requirements

No. IV.3.1 - Principle of informality

Section 4: Interpretation

No. IV.4.1 - Intentions of the parties

No. IV.4.2 - Interpretation in favour of effectiveness of contract

No. IV.4.3 - Contra proferentem rule

No. IV.4.4 - Context-oriented interpretation

No. IV.4.5 — [Inexistent]

No. IV.4.6. - Rights and Duties of the parties under «FOB», «FAS», «CIF», and «CF»

Section 5: Contractual obligations

No. IV.5.1 - Subsequent fixing of contract price

No. IV.5.2 - Fixing of price by third party

No. IV.5.3 - No contract to detriment of third party

No. IV.5.4 - Best efforts undertakings

No. IV.5.5 - Time is of the essence

No. IV.5.6 - Holidays and non-business days

No. IV.5.7 - Duty to renegotiate

No. IV.5.8 - Duty to notify

Section 6: Invalidity of Contract

No. IV.6.1 - Invalidity of contract due to fraud

No. IV.6.2 - Invalidity of Contract due to Bribery

No. IV.6.3 - Right to avoid the contract for mistake in fact or law

Section 7: Precontractual liability

No. IV.7.1 - Principle of pre-contractual liability

Section 8: Limitation period

No. IV.8.1 - Limitation periods

CHAPTER V: PERFORMANCE

No. V.1 - Principle of simultaneous performance

CHAPTER VI: NON-PERFORMANCE

No. VI.1 - Termination of contract in case of fundamental non-performance

No. VI.2 - Deadline for notice of defects

No. VI.3 - Force majeure

No. VI.4 - Promise to pay in case of non-performance

CHAPTER VII: DAMAGES

No. VII.1 - Damages in case of non-performance

No. VII.2 - Principle of foreseeability of loss

No. VII.3 - Limits to claims for damages

No. VII.4 - Duty to mitigate

No. VII.5 - Liability for damages for legal opinions

CHAPTER VIII: HARDSHIP

No. VIII.1 - Definition and legal consequences of Hardship

Chapter IX: Payment and Non-Payment of Money Debts

No. IX.1 - Payment in currency of place of payment

No. IX.2 - Conversion of money debts

No. IX.3 - Nominal-value principle

No. IX.4 - Distribution of currency risk

No. IX.5 - Duty to pay interest

No. IX.6 - Right to charge compound interest

No. IX.7 - Payment of Contract Price through Documentary Credit

CHAPTER X: UNJUST ENRICHMENT

No. X.1 - Unjust enrichment

No. X.2 - No reclaim in case of knowledge of illegality of performance

CHAPTER XI: CORPORATIONS

No. XI.1 - Foreign corporate entities

No. XI.2 - Piercing the corporate veil

No. XI.3 - Liability in case of corporate de-facto successions

No. XI.4 - Liability of corporate founders

CHAPTER XII: EXPROPRIATION

No. XII.1 - Compensation for Expropriation

Chapter XIII: Proof, Means of Evidence

No. XIII.1 - Distribution of burden of proof

No. XIII.2 - Proof of written contract

No. XIII.3 - Circumstantial evidence

CHAPTER XIV: ARBITRATION

No. XIV.1 - Principle of separability of the arbitration clause

No. XIV.2 - No suspension of arbitration proceedings in case of bankruptcy of a party

CHAPTER XV: PRIVATE INTERNATIONAL LAW

No. XV.1 - Closest connection/Center of gravity-test

No. XV.2 - Rule of validation/Lex validitatis

(Endnotes)