

---

# **Les principes d' UNDROIT relatifs aux contrats du commerce international dans la théorie et la pratique<sup>(\*)</sup>**

**Dr Ahmed El Hawary  
Professeur Associé à la Faculté  
de Droit, Université de Sharjah**

## **Abstract:**

**The UN I D R O I T Principles of International Commercial Contracts are being the object of an increasing recognition towards the international legal community as achieving soft harmonization of private international law. Since they propose a synthesis of legal principles that may govern contractual relationships of a transnational nature it, is therefore possible to conclude that they constitute a "new" lex mercatoria . The present study aims to confirm this point of view**

## **Introduction:**

Le principe de l'autonomie des parties permet aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat. Spécialement, dans le contexte de l'arbitrage, la question qui se pose est celle de savoir si les parties peuvent choisir la lex mercatoria ou les principes du droit transnational commun comme loi applicable à leur contrat. La réponse est très controversée, et cela due au fait que l'usager potentiel de ces constructions n'aura pas recours à un ensemble de règles concret et bien défini.

---

(\*) Accepté on 25/5/2009.

---

En 1994, l'institut international de l'unification du droit privé UNIDROIT a publié, pour la première fois<sup>(1)</sup>, les Principes relatifs aux contrats du commerce international. Ceux-ci ont été aussitôt célébrés, par certains commentateurs, comme l'expression d'une nouvelle *lex mercatoria* ou la réponse finale de ce très long débat. Et on peut, très légitimement se demander si il y a vraiment une bonne raison de cet enthousiasme.

L'objectif de cette étude est de savoir si les Principes de l'UNIDROIT peuvent vraiment être considérés comme une nouvelle *lex mercatoria*.

Dans la première partie de cette étude, nous commencerons- très brièvement- par tracer l'évolution de la *lex mercatoria* des moyennes âges à l'époque contemporaine.

Dans la seconde partie nous allons, aborderons l'idée de base des Principes de l'UNIDROIT. Ceux -ci seront examinés à la lumière des caractères spécifiques de la *lex mercatoria* et les critiques avancées à l'encontre de la théorie moderne de la *lex mercatoria*.

Nous allons montrer qu'avec leurs caractères autonome et non obligatoire, ces principes ne satisferaient seulement les conditions d'un droit commercial transnational réel, mais ils éviteraient également certaines critiques fondamentales adressées à l'encontre de la théorie moderne de la *lex mercatoria*. Comme tels, les Principes constitueraient la pierre d'angle dans le débat sur la *lex mercatoria* et deviendraient la cœur même de la nouvelle *lex mercatoria*.

Dans la troisième partie nous allons étudier quelques manifestations de la reconnaissance des principes par les arbitres et les juges étatiques.

---

(1) Les principes ont été révisés en 2004.

---

---

# I. La notion de la *lex Mercatoria*

## 1. La *lex Mercatoria* Médiévale

L'idée de la *lex mercatoria* n'est pas une nouvelle invention. Elle remonte aux moyennes âges. Elle est fortement ancrée dans le droit international privé comme un mode historique de règlement des relations extra - frontière - le *Jus gentium*-;elle constitue aujourd'hui encore le successeur naturel de ce droit original.

Dans l'onzième et le douzième siècles l'Europe connaissait un développement considérable du commerce, une renaissance commerciale créant une communauté mercantile européenne, qui développait un nouveau système de droit pour régir ses activités commerciales<sup>(1)</sup>.

C'était un droit spécial pour la classe de commerçants, qui se développait d'abord dans les cités italiennes<sup>(2)</sup>. Il s'entendait ensuite aux France, Espagne, Angleterre et le reste de l'Europe<sup>(3)</sup>. Il s'est séparée définitivement des lois locales pour devenir un système universel de droit.

La *lex mercatoria* avait des caractères spécifiques<sup>(4)</sup>. Premièrement, et avant tout, elle était un droit transnational. Deuxièmement, elle était basée sur une origine commune et reflétait fidèlement les coutumes mercantiles. Troisièmement, elle n'était pas administrée par des juges professionnels, mais par les commerçants eux-mêmes. Elle était développée et promouvue par les corporations mercantiles, par la juridiction spéciale des cours mercantiles<sup>(5)</sup>et des cours des grands marchés et par

---

(1) H.J.Berman-C.Kaufman, "The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)", *Harv.Int.L.J.*(1978),221(224).

(2) I.Strenger "La notion de la *lex mercatoria*",*rec.des cours*,pp.211-351(257)

(3) E.V.Caemmerer, "The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of the Commercial law in the Civil Law Countries", in: Schmitthoff, *The Sources Of International Trade*,London1964,88.

(4) H.J.Berman-C.Kaufman, *The Law of.....* op.ct, p 225; L. Trakman, *The Law Merchant.....*,op.cit,p.8; J. Honnold, "The Influence of The Law of International Trade on The development and Character of English and American Commercial Law ", in: Schmitthoff, *The Sources of International Trade*, London,1964,p.71.; K.P.Berger, "International Commercial Arbitration ", 1993.p.525 et suiv.

(5) I.Strenger, *La notion de la lex mercatoria*, op.cit, p.257. En Angleterre ces cours étaient nommés *piepowder and staple courts*.

---

les pratiques des marchands. Quatrièmement, les procédures de ce droit étaient informelles et rapides. Cinquième, elle prônait le principes de la liberté contractuelle et la solution des cas *ex aequo et bono*. Comme telle, la *lex mercatoria* reflétait parfaitement le besoin du commerce de promouvoir un échange basé sur la liberté. Elle reconnaissait la capacité des marchands de régler leurs propres affaires par leurs coutumes, usages et pratiques<sup>(1)</sup>.

## 2. Le déclin de la *Lex Mercatoria*

En Angleterre, au début de - dix-septième siècle, la *lex mercatoria*, en tant que droit commercial autonome fut forcée de reculer avec le développement du droit commun. Les règles de la *lex mercatoria* étaient traitées comme des usages et pratiques, des questions de fait qui devraient être prouvées en chaque cas individuel<sup>(2)</sup> « *to the satisfaction of twelve reasonable and ignorant jurors* »<sup>(3)</sup>. Et finalement les parties les plus importantes du droit commercial transnational, basés sur des décisions du droit commun étaient incorporées dans les divers statuts<sup>(4)</sup>.

De même, dans le continent, la *lex mercatoria*, en tant que droit flexible, transnational et universel, a cessé d'exister avec la nationalisation et la codification du droit commercial.

Malgré l' introduction de la méthode conflictualiste à cette époque, l'idée d'un droit transnational commun ne fut cependant pas abandonnée. Elle a même reçu l'appui des promoteurs du droit international privé traditionnel comme Savigny et Story<sup>(5)</sup>. Pourtant, le système conflictualiste, animé par sa propre logique, a continué son évolution qui l' a mené à l'universalisme de Savigny et de ceux qui l'ont suivi et de particularisme d'Ago et Bartin au début de vingtième siècle. Une telle évolution a

---

(1) L. Trakman, *The Law Merchant...*, op.cit,p.8.

(2) T.Plucknet, *Concise History of The Common Law*,5<sup>th</sup> ed.1956,p660 et suiv.

(3) Cite in Honnold,op.cit,p.72.Fifoot, *English Law and its Background*, 1932,p.105.

(4) Voir,Bill of exchange Act,1882; Sale of Goods Act,1893.

(5) E.Langens,“ From Private International Law to Transnational Commercial Law,The Comparative and International Law of Southern Africa”, pp.315-316.

---

aboutit finalement à ce système formel et complexe qu' est le droit international privé de nos jours<sup>(1)</sup>.

### 3. La *lex mercatoria* moderne

La *lex mercatoria* n'est pas encore morte ! La volonté des agents du commerce international fut plus forte que les limitations et les restrictions des droits nationaux.

Le développement formaliste du droit international privé et l' abandon de la voie du droit transnational commun, a conduit à la "déjuridictionnalisation" croissante de la pratique commerciale. Celle-ci s'éloigne des instances étatiques d' administration de la justice pour éviter la soumission au droit qu'elle ne reconnaît comme le sien. Afin de remplir le vide existant, le commerce international demandait à être régi par des règles propres qui sont l'expression d'une certaine morale professionnelle et de certains impératifs généraux de la justice comme la bonne foi.

Une tendance à redécouvrir le caractère transnational du droit commercial, de s'éloigner des restrictions des droits internes pour se diriger vers une conception universelle du droit du commerce international, a émergé.

Dans les années soixante, Berthold Goldman<sup>(2)</sup>, Clive Schmitthoff<sup>(3)</sup> and Aleksander Goldstajn<sup>(4)</sup> étaient les premiers à montrer ce développement, ce « new law merchant », et sa tendance à être autonome.

---

(1) voir notre these: Le droit international privé et la constitution: Reflexions sur leur relation, Nice, 1988, no129 et spp132 et ss.

(2) Le nom le plus fréquemment associé à la doctrine de la *lex mercatoria* est celui de B. Goldman, et ses deux essais majeurs publiés à 15 ans d'intervalle "Frontières du droit et (*lex mercatoria*)", Arch. Philo. Dr., T.IX (Le droit subjectif en question), 1964, p.177 ; " La *lex mercatoria* dans les contrats et l' arbitrage internationaux : réalité et perspectives", clunet, 1979, pp.475-505.

(3) C.Schmitthoff, "International Trade Law and Private International Law", von deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. Doll, vol.II, Tübingen, 1963, pp. 257 et suiv.; Modern Trends in English Commercial Law, Tidskrift utgiven av Juridiska FI Finland 1957, p. 349.; Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation ", in: Schmitthoff, The Sources of International Trade, London, 1964, p.3.

(4) A.Goldstajn, The New Law Merchant ", Journal of Business Law (1961), p.12.; "The New Law Merchant reconsidered", Festschrift für Schmitthoff, Francfort, 1973, p.171.

---

Il n'est pas surprenant que l'idée de *lex mercatoria* soit revitalisée. L'insuffisance et parfois l'inadéquation des droits internes paraissent ainsi être les facteurs ayant abouti à la création de cette loi spéciale et spontanée pour le commerce international<sup>(1)</sup>.

Encore faut-il souligner que l'unité existante entre les différentes structures du commerce international dans les divers pays, même ayant des systèmes politiques opposés, l'identité des problèmes posés par cette activité, les circonstances analogues qui l'entourent, sont les facteurs décisifs dans la résurgence de la *lex mercatoria*. Les activités commerciales internationales, étant sous l'influence des mêmes facteurs sociologiques, politiques, et économiques font apparaître la *lex mercatoria* comme *l'esperanto*<sup>(2)</sup> du commerce international.

Pour plusieurs juristes, les raisons de promouvoir un système juridique supranational étaient très convaincantes, et l'idée d'une nouvelle *lex mercatoria* gagnait très rapidement des admirateurs qui prenaient les éléments de ce "new law merchant" pour les mieux développer. Au même temps, des imminents auteurs<sup>(3)</sup> ont adhéré à ce

---

(1) O.Lando, "The Lex Mercatoria and International Commercial Arbitration", 34ICLQ(185),747(754); F.Junger, *The Lex Mercatoria and The Conflict of Law*, in: T. Carbonneau(ed), *The Lex Mercatoria and Arbitration*, p.213.

(2) A.Goldstajn, *The New Law Merchant reconsidered*, op.cit., p.179.

(3) Parmi ces auteurs on peut citer: G.Baron, "Do The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new Lex Mercatoria", *Arbitration International*, 1999, 115-130.; M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; Towards a new Lex Mercatoria*, *Revue de droit des affaires internationales*, 1997, 145-163.; Y.L.Fortier, "The new Lex Mercatoria, or, Back to the Future", *International Arbitration* 17(2001)121-128.; O.Lando, *The Lex Mercatoria*..., op.cit., p.747. pour le même auteur voir également: *Principales of European contract law and UNIDROIT Principles: moving from harmonization to unification?*, *Unif.L.Rev*, 8(2003)123-134.; A.Ludic, "L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: thèse et antithèse", *Revue juridique*, Thémis 2001, 429-451.; H.J.Berman-C.Kaufman, *The Law of International*..., op.cit., p.221; H.Berman-F.Dassar, *The New Merchant Law and the Old*., op.cit., p.21; - L. Trakman, *The Law Merchant*..., op.cit., p.39; K.P.Berger, *International Commercial Arbitration*., op.cit., p.525. pour le même auteur, "The Relationship between UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new Lex Mercatoria", *Unif.L.Rev*, (2000)153-170. *The creeping codification of the Lex Mercatoria*, *Kluwer Law International*, The Hague-London-Boston, 1999, *The Lex Merca-*

---

concept de la *lex mercatoria* moderne. Ces auteurs y voient un corps croissant de règles nationales et uniformes, composé des usages, des coutumes de commerce international, des principes, des concepts, et des institutions communes aux toutes les nations commerçantes<sup>(1)</sup>.

Les partisans de la *lex mercatoria* sont nombreux. C'est pourquoi il n'est pas étonnant qu'ils ne soient pas en accord sur chaque détail de cette conception<sup>(2)</sup>. Leurs points de vue sont divergents sur le sens exact, les traits, les sources et le statut même de ce soi-disant droit.

Quelques partisans très enthousiastes de ce nouveau procédé ne doutent pas de sa potentialité pour remplir les plus grandes missions, dont l'une est de garantir la paix mondiale<sup>(3)</sup>. Ils adoptent une approche très vaste. Ils l'assimilent au droit commercial transnational. D'où, ils y incluent, non seulement les contrats types, les pratiques commerciales générales, les usages du commerce, les règles du droit coutumier, les codes de conduite, les règles des organisations internationales et les principes du droit généralement reconnus, mais également les conventions internationales et les lois uniformes<sup>(4)</sup>.

---

= toria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ", 28*Law and Policy in International Business*, n.4, 1997, 943-990. ; B. Goldman, *Frontières du droit.....*, op.cit., p.177. The applicable Law: General Principles of Law-The *Lex Mercatoria* ", in: J.Lew(ed), *Contemporary problems in International Arbitration*, 1987, p.113; F.Junger, *The Lex Mercatoria and The Conflict of Law*, op.cit., p.213; A.Lowenfeld, " *Lex Mercatoria: An Arbitrator's View* ", in: T.Carbonneau(ed), *Lex mercatoria and Arbitration*, 1990, p.39.

(1) O.Lando, *The Lex Mercatoria....* op.cit., p.747; H.J.Berman-C.Kaufman, *The Law of International....* op.cit., p.274; H.Berman-F.Dassar, *The New Merchant Law and the Old...*, op.cit., pp.22-23; K.P.Berger, *International Commercial Arbitration.*, op.cit., p.525.

(2) Pour plus de détails sur ce sujet qui sort du domaine de cette étude voyez K.P.Berger, *International Commercial Arbitration.*, op.cit., p.538.

(3) Un de ces auteurs, Fritz Fabricius, a significativement commencé une étude sur cette question par le parole de Victor Hugo devant le deuxième congrès pour la paix mondiale en 1889: " un jour viendra où il n'y aura plus d' autres champs de batailles que les marchés s'ouvrant au commerce et les esprits s'ouvrant aux idées ". " *Internationales Handelsrecht und Weltfrieden - eine Bestandsaufnahme* ", in *Law and International Trade*, Festschrift Schmittohoff, Francfort., 1973, p.101.

(4) O.Lando, *The Lex Mercatoria....* op.cit., p.748 et suiv.; K.P.Berger, *International Commercial Arbitration.*, op.cit., p.526.

---

D'autres supporteurs ont une approche plus étroite. Ils mettent l'accent sur sa nature non statutaire ou coutumier et spontané<sup>(1)</sup>. Par conséquent, ils en excluent les conventions internationales, les lois uniformes et les lois statutaires<sup>(2)</sup>.

Etant considéré que les problèmes de la juridicité de la *lex mercatoria*, de sa force obligatoire, et de son statut comme ordre juridique autonome et distinct de ordres juridiques internes<sup>(3)</sup>, qui alimentent le débat acharné sur la *lex mercatoria*, ne se posent pas au regard de règles d'origine étatique ou international, on adhère, pour les fins de cette étude à l'approche étroite.

## II. Présentation des Principes D 'UNIROIT

Le débat sur l'existence et la reconnaissance de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique autonome a reçu une nouvelle impulsion et regagné d'actualité en 1994, quand l'UNI DROIT a publié ses Principes<sup>(4)</sup> relatifs aux contrats du commerce international<sup>(5)</sup>. Ceux-ci ont été chaleureusement accueillie par les mercatoristes comme une nouvelle *Lex mercatoria*.

A la lumière des arguments pour et contre la *lex mercatoria*, nous allons aborder la question de savoir si ces principes peuvent vraiment être le cœur d'une *lex Mercatoria* moderne.

Pour le faire, on doit d'abord s'interroger si ces principes remplissent le caractère du droit marchand médiéval, ensuite, nous nous

- 
- (1) B.Goldman, *The applicable Law: General Principles of Law-The Lex Mercatoria*, op.cit.,p.114.
  - (2) R. Goode, "Usages and its Reception in Transnational Commercial Law", 46 ICLQ(1997) p.2; - B.Goldman, *The applicable Law...*, op.cit.,p.114.
  - (3) Cf. A.El Hawary, "Lex Mercatoria et droits nationaux :Reflexions sur leur rapport", Librairie El Nasr, le Caire, 1995.
  - (4) Sur les différentes phases de préparation de l'unidroit voir M.J.Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?" 26 *Uniform Law Review* (1996)229-246(230).
  - (5) Sur la réception des principes voir M.J.Bonnel, "The UNIDROIT Principles in Practice: the experience of the first two years", *Uniforme Law Review*, p.34; M.J.Bonnel, "The UNIDROIT Principles of International Contracts: Towards a new Lex Mercatoria", *Revue de droit des affaires internationaux*, 1997, p.145.

---

demandons si ces principes évitent les critiques adressées à l'encontre de la théorie de la *lex mercatoria* moderne en tant qu'ordre juridique autonome.

## **1. Observations Générales**

Avant d'analyser les Principes de l'UNIDROIT à la lumière des caractères propres de la *Lex mercatoria*, il faut les présenter en exposant sa méthode, sa formation et ses sources.

### **a) L'approche méthodique des principes**

Dans la pratique, les efforts entrepris pour unifier le droit privé étaient essentiellement concentrés sur des formes légales obligatoires comme les conventions internationales. Les formes non législatives étaient limitées en nombre et concentrées dans des domaines spécifiques du commerce international.

Par contre, les principes sont basés sur l'idée que le droit privé peut être unifié par des moyens autre que les moyens législatives. L'idée était inspirée par le "American Restatements of the Law of Contracts"<sup>(1)</sup>. Selon cette idée, structurée par les principes, le droit international de contrats doit être conçu sur une approche comparative.

Les principes à élaborer sont ceux qui sont communs aux ordres juridiques nationaux, qui sont mieux adaptés aux besoins particuliers des contrats du commerce international<sup>(2)</sup>.

En tant que tels, l'objectif de principes était d'établir un ensemble de règles équilibrées et désignées à l'usage à travers le monde entier indépendamment des traditions juridiques, des conditions économiques politiques des pays où ces principes seraient appliqués<sup>(3)</sup>.

---

(1) E.A.Farnsworth, "The American Provenance of the UNIDROIT Principles", 72 *Tulane Law Review*.n.6,1998, 1985-1994. ; M.J.Bonnel, "An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", (International Restatement)1994,p.7 et suiv.

(2) UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome,1994,Introduction,p.-xiii.; M.J.Bonnel, International Restatement,op.cit,p.42.

(3) UNIDROIT Principles, Introduction,p.xiii.

---

Malgré le fait que les principes sont rédigés en forme de règles juridiques, on était conscient de ne les pas rédiger en formes d'une convention ou une loi modèle à incorporer dans les droit nationaux. Au lieu de cette dernière approche, l'idée était d'élaborer des principes des contrats internationaux sans force obligatoire directe<sup>(1)</sup>. L'acceptation et l'application de ces principes dépendraient exclusivement de leur pouvoir persuasif et de l'autorité de l'UNIDROT<sup>(2)</sup>. Selon Bonell. Un nouveau produit du droit commercial international était créé<sup>(3)</sup>!

Mais il y a de plus, les principes vont plus loin et au delà la simple compilation de principes identifiés par une analyse comparative. En essayant de poser les principes généraux du droit de contrats en forme semblable à un code cohérent, ces principes se conçoivent comme une *jus commune* moderne, une *ratio scripte* d'un ordre juridique transnational du commerce<sup>(4)</sup>. Leur domaine d'application est déterminé par le préambule qui dispose, inter alia, que les principes s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat et lorsque elles acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire.

En tant que tels les principes eux-mêmes se relie à l'idée de la *lex mercatoria* moderne.

Le but primaire de ses rédacteurs était de créer un ensemble de règles, qui serait suffisamment flexible, pour tenir compte de changements constants affectant les pratiques commerciales à travers les frontières, qui sont entraînés par le développement technique et économique<sup>(5)</sup>. En le faisant, les principes tendent à assurer l'équité dans les rapports du commerce international.

---

(1) Witz, Claude, *Revue int. de dr. comp.*, 1995, p. 799 « *la nature non contraignante de ces Principes marque (...) un changement de méthode dans l'harmonisation et l'unification du droit.* la différence des conventions internationales (...) ces Principes à large portée ne valent que par leur pouvoir de persuasion

(2) UNIDROIT Principles, Introduction, p.ix.

(3) M.J.Bonnel, "Die UNIDROIT-Prinzipien der internationalen Handelsverträge: Eine neue Lex Mercatoria ", *ZfRV* 1996, p.153.

(4) M.J.Bonnel, cite in G.Baron, Do the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?, *Op.cit.*, p.9.

(5) UNIDROIT Principles, Introduction, p.xiii.

---

Ce but est reflété dans plusieurs articles, il explique certaines idées sous-jacentes aux principes<sup>(1)</sup>, telles que la liberté contractuelle<sup>(2)</sup>, l'ouverture aux usages<sup>(3)</sup>, la *favor contractus*<sup>(4)</sup> la bonne foi, et l'équité dans les rapports du commerce international<sup>(5)</sup>.

#### **b) Formation et sources des principes.**

Les principes étaient rédigés par un groupe de travail spécialement formé pour cette fin. Ses membres représentaient les différents systèmes juridiques social et économique.

Ils étaient nommés en fonction de leur autorité scientifique, ils ne représentaient pas ni leurs gouvernements ni leurs ordres juridiques<sup>(6)</sup>. Parmi les membres de ce groupe figuraient des académiciens, des magistrats et des fonctionnaires de haut rang.

Dans leur travail comparé, les membres de ce groupe déployaient beaucoup d'efforts pour considérer, autant que possible, le plus grand nombre de systèmes juridiques différents. Au même temps, ils essayaient de trouver une synthèse entre ces systèmes, spécialement entre le système du droit civil et celui du droit commun. Toutefois, étant considéré la multiplicité des ordres juridiques nationaux, les rédacteurs de principes étaient contraints de se concentrer sur un nombre relativement réduit de codifications nationales et compilations de lois, et tout naturellement la préférence était accordée aux celles qui étaient à l'époque les plus récentes. On peut citer ici le code uniforme américain du commerce, le deuxième Restatement du droit de contrats, le code civil algérien de 1975, la loi chinoise de 1985 sur les contrats internationaux à caractère international le nouveau code civil de Québec<sup>(7)</sup> et ce qui était à l'époque le projet de droit civil hollandais<sup>(8)</sup>.

---

(1) M.J. Bonnel, *International Restatement*, op.cit., p.54 et suiv.

(2) article 1.1.

(3) article 1.8.

(4) voir par exemple articles 2.11, 2.14, 2.22, 6.2.1-6.2.3.

(5) article 1.7.

(6) M.P. Furmston, " UNIDROIT General Principles for International Commercial Contracts ", *Journal of Contract Law*, 1996, 10, p.11.

(7) P.A. Crepeau/E.M. Charpentier, "Les principes de l' UNIDROIT et le Code Civil du Québec : valeurs partagées", Carswell, Toronto, 1998.

(8) A.S. Hartkamp, " The UNIDROIT principles of International Commercial Contracts and the New Dutch Civil Code ", *CJHB, Kluwer*, 1994, 127-137.

---

Quand aux sources internationales, l'accent était particulièrement mise sur la convention de Vienne 1980 relative au vente internationale de marchandises. Une attention était également donnée aux instruments non législatifs, issues par des associations du commerce et des corps professionnels, tel que les Incoterms et les règles et usances relatives aux crédits documentaires<sup>(1)</sup>.

Sous l'intitulé "Les principes UNIDROIT, ouvrage savant ou normes juridiques?", on<sup>(2)</sup> admet qu'il s'agit d'« *une oeuvre colossale, non seulement par le temps considérable que leur élaboration a nécessité mais surtout par la masse et l'ampleur du travail de comparaison effectué et la synthèse à laquelle les auteurs sont parvenus* ».

Les principes étaient originalement rédigés en anglais, mais si tôt après leur rédaction, ils étaient traduits et publiés en français, allemand, hollandais italien, espagnol, arabe, chinois, japonais russe, bulgare hongrois c'est-à-dire dans toutes les langues utilisées aux quatre points du monde.

### **c) Contenu des principes**

Dans sa version initiale de 1994, les principes sont composé de préambule et 119 articles, divisées en sept chapitres.

Le préambule indique l'objet de principes, qui est d'annoncer des règles générales et propres à régir les contrats du commerce international.

Le préambule précise le domaine d'application de principes. Ceux-ci s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat, lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux de droit. La *lex mercatoria* ou autre formule similaire, et lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat.

Les principes sont également destinés à d'autres fins. Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national. Enfin, les principes peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux.

---

(1) M.J. Bonnel, *International Restatement*, op.cit., p.42.

(2) Kessedjian, Catherine, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international », *Rev. crit. DIP* 1995, pp. 641 et s.

---

Le chapitre premier contient des dispositions générales consacrant, inter alia, la liberté contractuelle, la bonne foi, et la force obligatoire de contrat. Le deuxième chapitre est relatif à la formation du contrat. Le troisième traite la question de sa validité. L'interprétation du contrat et son contenu sont respectivement abordés dans les chapitres quatre et cinq. Finalement, chapitres six et sept règlent l'exécution et la non exécution du contrat.

Chaque article est accompagnée par un commentaire dont le but est d'expliquer la raison d'être de cet article et les différentes manières par lesquelles il peut être appliqué dans la pratique. Les commentaires contiennent également, où il est approprié, des illustrations de fait. Les commentaires sont considérés comme une partie intégrale de principes car ils ne sont seulement destinés à les expliquer, mais également à les compléter.

Dans la mesure possible, les principes évitent délibérément l'utilisation de terminologie particulière à un certain ordre juridique national. La préférence est donnée, dans certaine limite, aux termes qui sont communément utilisés dans la pratique des contrats internationaux.

On peut citer ici l'exemple du terme "hardship" qui réfère aux situations autrement connues comme "impracticability", "frustration of purpose", "imprevision", "wegfall der Geschäftsgrundlage" etc... dans les différents ordres juridiques nationaux<sup>(1)</sup>. Lorsque les principes utilisent un terme spécifique appartenant à certain ordre juridique national, ce terme est interprété d'une manière autonome, c'est-à-dire à la lumière et dans le contexte des principes eux-mêmes, et non par la référence au sens donné à ce terme par l'ordre juridique nationale concerné<sup>(2)</sup>. Cette neutralité de la terminologie utilisée par les principes est consolidée par le fait que les commentaires qui accompagnent les textes des principes (black letter rules), qui en sont une partie intégrale<sup>(3)</sup>, évitent systématiquement de

---

(1) M.J. Bonnel, p.29.; J.O. Rodner, "Hardship under UNIDROIT principles of International Commercial Contracts", G. Aksen-K.H. Mustill-P.M. Patocchi-A.M. Whitesell (eds), *Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris 2005, pp.677-691.

(2) voir commentaire 2 qui accompagne l'article 1.6.

(3) M.J. Bonnel, p.27.

---

référer à n'importe quelle loi nationale, pour expliquer l'origine ou les raisons d'une solution retenue.

La nouvelle édition des Principes de 2004 contient 10 chapitres, c'est-à-dire trois chapitres et plusieurs articles de plus qu'autrefois. La compensation, les cessions de créances, de dettes et de contrats et la prescription ont trouvé des règles clairement formulées dans les trois nouveaux chapitres mis à la fin des chapitres déjà existants. Les matières comme le pouvoir de représentation et les droits des tiers ont été introduites comme sous-sections dans les chapitres 2 et 5. De nouvelles dispositions sur l'interdiction de se contredire et sur la renonciation par convention ont été ajoutées. Aussi, la version de 1994 a été adaptée en vue de répondre aux besoins du commerce électronique partout où cela a été jugé nécessaire. La plupart des articles ont été repris sans modifications. La raison principale de la nouvelle édition se trouve dans les trois nouveaux chapitres. En ce qui concerne le commerce électronique quelques articles ont été élargis ou complétés, comme l'article 1.2. Diverses illustrations ont été remaniées ou introduites pour la première fois. Les commentaires des articles ont été beaucoup remaniés mais les articles eux-mêmes n'ont pas été changés.

## **2. Les Principes de l'UNIDROIT Comme une Nouvelle Lex Mercatoria**

Pour que les principes de UNIDROIT constituent une nouvelle lex mercatoria<sup>(1)</sup>, ils doivent, tout d'abord, avoir les caractères d'un vrai droit marchand. En rappelant les grands traits du droit marchand substantiel de moyennes ages, on devait attendre que les principes soient transnationaux et basés sur un origine commun, une réflexion fidèle et parfaite des coutumes mercantile, et qu'ils soient, très particulièrement, sensibles aux besoins commerciaux.

Il est certain que les principes satisfont le critère d'être transnationaux, basés sur un origin commun. Ils n'appartiennent pas à un ordre juridique national déterminé, et par conséquent ne reflètent pas

---

(1) Sur la critique de la liaison entre le droit commercial ancien et la lex mercatoria moderne voir Oliver Volckart-Antje Mangls, Has the Modern Lex Mercatoria Really Medieval Roots?, p.29 et suiv.

---

les solutions adoptées par les règles ou les principes d'un ordre juridique national singulier. Au contraire, ils sont détachés de tout ordre juridique national. Ils étaient désignés pour s'appliquer aux contrats internationaux à travers le monde entier indépendamment de l'environnement économique et politique et de la tradition juridique<sup>(1)</sup>. La recherche des principes et idées communs aux différents ordres juridiques était minutieusement conduite par une analyse comparée approfondie. En rédigeant chaque article, différentes approches nationales étaient considérées. Cette méthode a permis aux principes de s'enraciner dans tous les systèmes juridiques contemporains, tels que le système du droit Anglo-américain, du droit civil et du droit islamique.

En abordant ce principe, le juriste, quel soit américain, européen, russe, arabe, chinois ou japonais se sent chez lui!

À côté d'être transnationaux et basés sur une origine commune, les principes accordent une attention spéciale aux usages et coutumes en déterminant les droits et les obligations des parties en chaque contrat individuel.

En effet, l'ouverture aux usages est considérée même comme un élément essentiel et comme une idée basique sous-jacente aux principes<sup>(2)</sup>.

L'article 1.9 des dispositions générales prévoit que les parties sont liées non seulement par les usages auxquels ils ont consenti, mais également par tout usage largement connu et régulièrement observé par les contractants dans la branche commerciale considérée<sup>(3)</sup>. Également, les principes réfèrent aux usages en plusieurs articles<sup>(4)</sup>. Avec cette ouverture aux usages, les principes deviennent sensibles aux nouveaux instruments juridiques, et aux nouvelles pratiques commerciales développées par la communauté de marchands. Cette sensibilité est particulièrement importante pour les principes en tant qu'un droit transnational écrit et en tant qu'une réflexion instantanée des règles juridiques communes.

---

(1) UNIDROIT Principles, Introduction, p.xiii.

(2) M.J.Bonnel, International Restatement, op.cit, p.61 et suiv.

(3) sauf dans le cas où l'application d'un tel usage est déraisonnable, article 1.8(2).

(4) Article 2.6(3).

---

Afin d'éviter le dilemme typique du droit codifié, qui devient assez statiques à cause de la fixation de ses règles, il fallait que les principes fournissent un mécanisme apte à maintenir leur flexibilité. Ce mécanisme doit être vu dans la sensibilité des principes aux usages et coutumes du commerce, qui leur confère la qualité d'un droit en action, d'un ensemble de règles souples et par conséquent adaptées aux besoins du commerce international.

Toutefois, il y a d'autres traits qui supportent l'adaptabilité et l'aptitude des principes à régir les contrats du commerce international. Un de ces traits est la *favor contractus*<sup>(1)</sup> déjà mentionnée. Les principes visent à perserver le contrat en réduisant le nombre des cas dans lesquels son existence ou sa validité peut être contestée<sup>(2)</sup>. Il en est de même pour les cas de termination de contrat avant son terme.

Cette tendance à limiter les cas de termination de contrat avant son terme et les cas où sa validité peut être contestée expriment l'idée que les agents du commerce international ont un intérêt certain à maintenir leurs relations contractuelles internationales que de les terminer et rechercher des nouveaux partenaires. Les factures temps et frais sont décisifs à cet égard. L'article 2.22 exprime clairement cette *favor contractus*. Selon cet article, un contrat est valablement conclu même lorsque les parties utilisent des clauses types déconcordantes<sup>(3)</sup>.

Les principes sont aussi un instrument qu'on peut aborder d'une manière considérablement facile. Ils sont neutres, concis, et clairement rédigés en langue simple. Ils contiennent des explications et des exemples pratiques facilement compréhensibles. C'est pourquoi on les considère

---

(1) M.J. Bonnel, *International Restatement*, op.cit., p.65 et suiv.

(2) E. Kramer, "Contractual validity according to the UNIDROIT Principles", *1 European Journal of Law Reform*, n3, 1998-1999, 269-288.

(3) "Lorsque les parties utilisent des clauses types sans parvenir à un accord sur celles-ci, le contrat est néanmoins conclu sur la base des clauses convenues et des clauses types qui, pour l'essentiel sont communes aux parties, à moins que l'une d'elles ne signifie à l'autre, soit à l'avance, soit ultérieurement et sans retard indu, qu'elle n'entend pas être liée par un tel contrat." Cet article est plus approprié à la réalité du commerce international que l'article 19(2) correspondant de la convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises.

---

comme une "*lingua franca*"<sup>(1)</sup> apte à faciliter les les négociations contractuelles et fournir un cadre favorisant le développement du commerce international. Ils rendent inutile le temps consommé dans la recherche du contenu d' une règle juridique étrangère ou d'un principe général de droit.

De tout ce qui précède, on peut conclure que les principes de l'UNDROIT relatifs aux contrats remplissent le critère d'un vrai droit commercial transnational. Ils sont transnationaux, basés sur un origine commun, sensibles aux usages et pratiques du commerce, et bien adaptés aux besoins de ce commerce<sup>(2)</sup>.

### 3. Les Principes surmontent les critiques adressées à l' éencontre de la théorie moderne de la Lex Mercatoria

On a déjà montré que les principes ne précisent pas leur statut juridique en tant que corps de droit autonome. Autrement dit, ils ne déterminent pas expressément si ils doivent être vus comme un ordre juridique entièrement indépendant des ordres juridiques internes, et par conséquent, peuvent être valablement choisis pour régir les contrats du commerce international, ou si ils doivent être compris comme des simples clauses à être incorporées dans le contrat, et par conséquent, ne remplacent pas la lois internes normalement applicables. La réponse à

---

(1) M.J.Bonnel, An International Restatement of Contract Law, op.cit, p.14.; E.A.Farnsworth, "The UNIDROIT Principles: A new lingua franca for the drafting of international commercial contracts? ", The UNIDROIT Principles: a common law of Contracts for the Americas?, 1998, 193-199.

(2) Baron, Gesa, « Do the UNIDROIT Principles Commercial Contracts Form a New *Lex Mercatoria*? », 15 *Arbitration International* (1999) 115. L'auteur répond à cette question par une affirmation catégorique: « *being transnational, common in origin, open to custom and especially tailored to the needs of international commercial transactions, the Principles meet all the substantive requirements of a true law merchant*. Their autonomous and yet non-binding character is very attractive for the business community. **On the other hand**, the Principles also back the cause of the *lex mercatoria* (...) they do counter some of the main objections against the *lex mercatoria* in that they are based on a thorough and appropriate legitimating methodology and in that they provide a concise and coherent system of legal rules. It is especially the latter that ensures the predictability and stability, which frees the *lex mercatoria* from the accusation of being an arbitrary palm-tree justice"

---

cette question doit être dégagée du contexte, structure et de la méthodologie de ces principes.

Une des critiques fondamentales adressées à l'encontre de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique autonome consiste à dire qu'elle manque la qualité de droit, car elle n'est pas issue d'une autorité législative et n'a pas de base méthodique appropriée.

N'étant issues par un organe législatif, c'est un fait que les principes ne peuvent pas refuser et ne tentent pas à le faire, car c'est un trait inhérent à tout ensemble de règles non législatif.

Quant au soi-disant manquement d'une base méthodique appropriée, cet argument ne se justifie à propos des principes. Pour les élaborer, ses rédacteurs ont opté pour une méthode qui était à la fois comparative et fonctionnelle. La méthode comparative consistait à considérer et étudier plusieurs ordres juridiques représentant les différents systèmes légaux comme le système de droit commun, le système de droit civil, le système de droit des pays de l'Europe de l'est. De plus, les rédacteurs des principes étendaient leur analyse comparative aux ordres juridiques dites mixtes<sup>(1)</sup>, et aux ceux basés sur une approche comparative similaire<sup>(2)</sup>.

La méthode fonctionnelle consistait à ne pas mettre l'accent sur les conceptions dogmatiques spécifiques de chaque ordre juridique national, mais à la mettre sur les situations pratiques concernées et les idées de base de cet ordre pour les réglementer. De cette façon un pont a été construit entre les systèmes du droit civil et les systèmes du droit commun. La méthode choisie était très appropriée pour filtrer les idées et les principes communs aux différents ordres juridiques internes qui était une mission de nature internationale. Au même temps cette méthode présentait une approche systématique apte à élaborer un vrai système de droit.

Une deuxième critique essentielle, adressée à l'encontre de la *lex mercatoria* en tant que corps autonome de droit, consiste à dire qu'elle manque de cohérence et précision.

---

(1) Comme la loi de l'Afrique du sud, Scotland, Stat de Louisana, Algérie.

(2) Comme le code du commerce international tchécoslovaque de 1964.

---

Cette critique ne résiste pas à l'analyse à propos des principes. Ceux-ci se montrent dotés du caractère d'un véritable système juridique concret et précis. En fait, les principes sont structurellement conçus en forme similaire au code, avec un ordre systématique de principes généraux et de règles concrètes qu'on peut trouver dans n'importe quelle codification. Par cette combinaison de principes généraux et règles concrètes, l'œuvre de l'UNIDROIT évite le reproche adressé à la *lex mercatoria* d'être entièrement composée de principes abstraits et par conséquent, de ne pas avoir un contenu réel. À côté des principes généraux, cet œuvre comprend des règles détaillées et sophistiquées capables à résoudre n'importe quel litige commercial.

Mais il y a de plus, les principes généraux exercent une fonction très importante. D'une part, ils assurent aux règles de cet ensemble certaine flexibilité lorsque elles s'appliquent aux cas individuels. Ils leur assurent également certaine ouverture aux changements et développements des circonstances économiques et financières.

D'autre part, ces principes généraux fournissent un ensemble de valeurs ou un fil conducteur de développement des Principes. En effet, c'est sur la base de ces valeurs et dans leur cadre que les Principes puissent devenir un ordre juridique systématique. C'est seulement cet ensemble de valeurs qui rend possible l'interprétation autonome de Principes et le comblement de ses lacunes. Et c'est seulement avec cette interprétation autonome qu'un corps de droit intrinsèquement cohérent et concis - comme les Principes - peut être consolidé.

On peut dire, à juste titre, que l'interaction entre les principes généraux et les règles concrètes à l'intérieur de Principes confère aux ceux-ci le caractère de système de droit réel et cohérent. En tant que tel, les Principes peuvent devenir le cœur de la *lex mercatoria*. Ils peuvent fournir le cadre pour les différents éléments complémentaires de la *lex mercatoria* et, au même temps, l'essence de principes généraux.

---

---

### III. La reconnaissance des principes par les arbitres internationaux et les juges étatiques.

Pour remplir leurs diverses fonctions en tant que *proper law of the contrat*, 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. Or, une telle réception est déjà acquise<sup>(1)</sup>.

#### A. L'application des Principes comme règles de droit régissant le contrat.

L'application des Principes à titre de loi gouvernant le contrat concerne deux hypothèses. La première est celle où les parties ont manifesté leur choix en faveur des Principes; quant à la deuxième hypothèse, 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. En matière d'arbitrage, la résolution de l'Institut de droit international adoptée à Saint-Jacques de Compostelle le 12 septembre 1989 prévoit que :

---

(1) Entre 1999 et la fin de 2008 on peut compter plus de 175 sentences arbitrales fondées d'une manière ou une autre sur les principes de l'UNIDROIT. Voir à ce propos : F. Bortolotti, *The UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals*, *Unif.L.Rev.*141-152(2000); M.J. Bonnel, *The UNIDROIT principles of International Commercial Contracts: The first 50 and so decisions*", *New Trends in International Trade Law. Contribution on the occasion of the 10<sup>th</sup> Anniversary of the International Trade Law Course*, Torino, G. Giappichelli Editor, 2000, 65-80.; E. Jolivet, *The UNIDROIT principles in ICC Arbitration*", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2005 Special Supplement, pp. 65-72.; F. Marrella, *The UNIDROIT principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration, 1999-2001*., *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol.12, Issue 2, 49-115.; H. Kronke, *Note on separate Arbitral Award rendered in 2001 in SCC case 117/1999*, *Stockholm Arbitration report 2002*, 1, 65-70. Pour une liste exhaustive des sentences arbitrales référant aux principes de l'UNIDROIT voir [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

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

---

*«les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes...de droit matériel qui doivent être appliqués par les arbitres s ».*

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 »*. De même, certaines législations nationales d'arbitrage accordent cette faculté aux parties. dès lors, il n'est donc pas étonnant de constater dans les Principes d'UNIDROIT, qui sont par ailleurs fortement inspirés par le droit comparé et par les sentences arbitrales<sup>(1)</sup>, la formalisation du principe d'autonomie dans le préambule.

Cette manifestation de la volonté peut être expresse ou implicite. Elle peut intervenir avant ou après la naissance du litige.

Un 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>(2)</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

---

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

(2) Cite par E.Daranoum : L'application des Principes d'UNIDROIT par les arbitres internationaux et juges étatiques, *Revue juridique Themis*, 2002, p.428.

---

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.

Comme le souligne très éloquemment Emmanuel Darankoum « *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.*<sup>(1)</sup>

Des autres exemples des sentences arbitrales consacrant La désignation expresse des Principes à titre de droit exclusivement applicable aux contrats internationaux sont celle rendue le 20 janvier 1997 par la cour d'arbitrage de la chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie (sentence n°116)<sup>(2)</sup>, celle de la C.C.I. n°8331<sup>(3)</sup> rendue à Paris en décembre 1996 et celle rendue le 21 avril 1996 par un tribunal *ad hoc*. Soulignons d'abord que cette dernière décision n'appelle pas de commentaires particuliers. Les parties ayant choisi le droit russe, «*si nécessaire complété par les Principes d'UN I D R O I T* », 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

---

(1) E.Daranoum, op.cit,p.418.

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

(3) 8 Vo i r : *J. D. I.* 1998.1041, note Y. Derains et dans (1999) 10, no 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 67.

---

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<sup>(1)</sup> 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 *pro t o c o l e* d'accord, *Memorandum of Understanding* (MOU), 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 saisi pour se prononcer sur ces questions.

La sentence *Ad hoc* (San Jose, Costa Rica) rendue le 30 avril 2001<sup>(2)</sup> est un autre exemple. Il s'agit d'un contrat d'assistance technique conclu entre une société française et une société costaricaine. Le contrat contient une clause selon laquelle tout litige doit être *résolu "on the basis of good faith and fair usages and with regard to the most sound commercial practices and friendly terms"*. Le tribunal arbitral a décidé d'appliquer les Principes d'UNIDROIT Principes considérés comme *"the central*

---

(1) Voir : *J. D. I.* 1998.1044, note Y. Derains et sa bibliographie.

(2) Pérez Vargas - D. Pérez Umana, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice*, *Uniform Law Review*, 2006, pp. 181-183.

---

*component of the general rules and principles regulating international contractual obligations and enjoying wide international consensus”.*

Dans le même sens va la sentence C.C.I. n° 12111<sup>(1)</sup> rendu en 2003. Il s’agit de un contrat de vente conclu entre un vendeur romaine et un acheteur anglais qui contient une clause selon laquelle *“This contract is governed by international law; any dispute arising in connection with this contract shall be settled amicably, and failing that, by arbitration under the ICC International Court of Arbitration.”*

Quand le litige surgit les parties ne peuvent pas le résoudre à l’amiable. En plus elles ne s’entendent pas sur la loi applicable au fond de litige. Le demandeur soutient que par leur référence au droit international les parties visent l’application des principes généraux de droit et la *lex mercatoria*, alors que le défendeur soutient l’application de la loi anglaise.

Le tribunal arbitral considère que par référence au droit international *” the parties had made it clear that they did not want the application of any domestic law; the term “international law” was to be understood as reference to the lex mercatoria and general principles of law applicable to international contracts, and since such general principles are reflected in the UNIDROIT Principles..... the dispute should be governed by the UNIDROIT Principles.”*

La sentence *Ad hoc*<sup>(2)</sup> (San Jose, Costa Rica) rendue le 30 avril 2001. est un autre exemple. Il s’agit d’un contrat d’assistance technique conclu entre une société française et une société costaricaine. Le contrat contient une clause selon laquelle tout litige doit être résolu *“on the basis of good faith and fair usages and with regard to the most sound commercial practices and friendly terms”*. Le tribunal arbitral a décidé d’appliquer les Principes d’UNIDROIT Principes considérés comme *“the central component of the general rules and principles regulating international contractual obligations and enjoying wide international consensus”*.

Dans l’analyse des sentences qui précèdent, si les Principes étaient expressément désignés par les parties, il ne faudrait cependant pas se

---

(1) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=956&step=FullText>.

(2) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1100&step=Abstract> (en anglais).

---

limiter à de telles situations. En effet, la volonté des parties peut s'exprimer aussi de façon implicite, ainsi que le montre la sentence C.C.I. n° 8874 de 1996<sup>(1)</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 mercatorai* 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>(2)</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 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.

---

(1) ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 82-83.

(2) 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, no 3 *Rev. dr. unif.* 651.

---

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, soutient 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 du choix exprès 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. 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, 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. Les Principes en tant que droit applicable désigné par l'arbitre**

Contrairement au juge étatique qui applique le droit national ou les conventions internationales de droit matériel uniforme, l'arbitre international n'a pas de *lex fori*. C'est pourquoi il jouit d'une plus grande marge de discrétion dans la détermination du droit applicable, notamment en l'absence de loi d'autonomie de la volonté des parties. Notons que cette marge de liberté est reconnue par la plupart des règlements d'arbitrage<sup>(1)</sup> ainsi que législations nationales récentes<sup>(2)</sup>.

---

(1) voir, à titre d'exemple : art. 17 Règlement d'arbitrage de la C.C.I.

(2) voir, à titre d'exemple : art. 39-1 de la loi égyptienne no 27-1994 sur l'arbitrage; art. 1496 N. C. P.C. français; art. 1054(2) CPC néerlandais ou art. 187 L.D.I.P. suisse.

---

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<sup>(1)</sup>. Une telle démarche substantielle se montre, à plusieurs égards, plus appropriée que la méthode des conflits de lois, jugée par ailleurs, trop complexe et aléatoire<sup>(2)</sup>.

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 de leur préambule, mais aussi en ce qu'ils rassemblent les usages les plus reconnus du commerce international<sup>(3)</sup>.

En pratique, les arbitres appliquent des Principes à titre de loi du contrat lorsque 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

---

(1) 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 : « Information », *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. Il est à noter que 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.

16 Voir : Friedrich K. J U E N G E R, « The *lex mercatoria* and Private International Law », (2000-1) *Rev. dr. unif.* 171.

(2) En ce sens voir : Friedrich K. J U E N G E R, « The *lex mercatoria* and Private International Law », *Rev. dr. unif.* (2000-1) p.171.

(3) 17 En ce sens : Jean-Paul BÉRAUDO, « Les Principes d'UNIDROIT relatifs au droit du commerce international », J.C.P. éd. G 1995.3842.p.192.

---

permettre de faire application des Principes d'UNIDROIT à titre de *lex mercatoria*, d'usages commerciaux ou de principes généraux du droit. En effet, on constate à juste titre qu' « *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. D'où le souci constant pour les arbitres de vouloir légitimer leur choix en faveur des Principes.* »<sup>(1)</sup>

La sentence C.C.I. n° 7375 rendue le 5 juin 1996<sup>(2)</sup>, est très significative en ce sens. Le litige se porte sur un contrat de fourniture de matériel conclu entre un vendeur américain et un acheteur du Moyen-Orient. Les parties n'ayant pas désigné le droit applicable, l'arbitre estime 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. Les motifs de cette sentence méritent d'être cités :

« *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*

---

(1) Darankoum, op.cit, p.434.

(2) Sentence intérimaire en anglais dans: (1996) 11 *Mealey's International Arbitration Report* A-1 et suiv.

---

*au cœur de la plupart des notions les plus fondamentales qui ont été régulièrement appliquées dans la pratique arbitrale. »*

Ainsi, toute une série de sentences arbitrales appliquent les Principes pour le motif 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>(1)</sup>.

Selon d'autres décisions, les Principes constituent des usages du commerce internationale reflétant les solutions en vigueur dans les différents systèmes juridiques et dans la pratique contractuelle internationale<sup>(2)</sup>.

Enfin, 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.

Cette idée de Principes comme une norme supérieure, de source internationale, et ayant par conséquent la primauté sur la norme inférieure, de source nationale, est partagée par le juge étatique.

### **3- Les Principes en tant que droit applicable désigné par le juge**

les juges étatiques, tout comme les arbitres internationaux, semblent aujourd'hui entreprendre une action complémentaire en vue de la promotion des Principes d'UNIDROIT. La tendance est amorcée dans la décision rendue par la United States District Court en confirmation de la sentence arbitrale Cubic déjà citée, selon laquelle l'application des Principes d'UNIDROIT au fond du litige ne constitue pas un motif de rejet.

---

(1) voir Darankoum, op.cit.,p.435,et l'exemple citée en note 20.

(2) op.cit.,p.435,et les exemples citées en note 21.

---

L'arrêt du 24 janvier de la Cour d'appel de Grenoble<sup>(1)</sup> confirme cette vue et montre qu'il n'y a pas de 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.*

---

(1) Grenoble, 24 janv. 1996, *J.D.I.* 1997.115, note Philippe Kann, *Société Harper Robinson c. Société internationale de maintenance et de réalisation industrielles.*

---

Des constatations qui précèdent on peut soutenir que 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.

## **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.

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

Les Principes sont appliqués pour le comblement des lacunes de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. 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 dominante, 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<sup>(1)</sup>. On rencontre cette application des principes les dans la sentence arbitrale de la Chambre de commerce internationale de Bâle (Suisse) n° 8128 de 1995<sup>(2)</sup>.

Il s'agit en l'espèce d'un contrat de vente qui ne contient pas de clause sur le droit applicable. L'arbitre doit dès lors déterminer le droit applicable d'après l'article 13(3) du Règlement d'arbitrage de la CCI. Les différentes possibilités sont le droit autrichien, qui s'applique au lieu du siège du défendeur en tant que vendeur, le droit suisse, qui s'applique au

---

(1) Voir: Arthur ROSETT, «UNIDROIT Principles and Harmonisation of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven », (1997-3) *Rev. dr. unif.* 441; Marcel F O N T A I N E, « Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'UN I D R O I T: observations critiques », (1998-2 et 3) *Rev. dr. unif.* 405.

(2) *J. D. I.* 1996.1024.

---

lieu du siège du demandeur en tant qu'acheteur. Le droit suisse peut également être applicable parce que la CCI a fixé Bâle comme siège de l'arbitrage. Au surplus, puisque la Cour d'arbitrage a nommé un arbitre allemand, le droit allemand pourrait être appliqué en tant que droit neutre. La dernière possibilité est celle d'appliquer le droit ukrainien parce que le demandeur devait expédier en Ukraine les marchandises qu'il avait l'obligation de fournir.

La Suisse, l'Autriche, la République fédérale allemande et l'Ukraine sont toutes signataires de la Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises. Dans chacun de ces pays, la Convention est entrée en vigueur avant la date de signature du contrat par les parties. D'où le tribunal arbitral l'a désignée comme la loi qui y est applicable. Le demandeur réclame, d'après l'article 78 de la Convention, des intérêts moratoires à l'encontre du défendeur.

Le taux des intérêts n'est pas envisagé à l'article Convention. La détermination du taux n'a donc pas été traitée. Il est admis qu'il est possible, dans le cadre de l'article 78 de la Convention, d'appliquer un taux d'intérêt international comme le LIBOR qui s'applique aux opérations interbancaires sur la place de Londres. [Les principes UNIDROIT] prévoient, à l'article 7.4.9(2), que le taux d'intérêt correspond au taux d'intérêt moyen pratiqué pour des emprunts à court terme par des banques de premier ordre.

L'arbitre considère justifié d'appliquer au litige les règles identiques contenues dans les principes UNIDROIT en tant que principes généraux au sens de l'article 7(2) de la Convention.

Le taux d'intérêt LIBOR plus 2% qui est réclamé par le demandeur correspond au taux d'intérêt pour les prêts à court terme pratiqué par les banques aux entreprises. Le demandeur se voit dès lors accorder ce taux d'intérêt.

On rencontre cette même application des Principes dans 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<sup>(1)</sup>; les sentences C.C.I. n° 8769<sup>(2)</sup>, décembre 1996 et n° 8817<sup>(3)</sup>, décembre 1997 et n° 8908<sup>(4)</sup>, septembre 1998.

Les décisions précitées, qu'on donne à titre d'exemple, s'appuient sur les Principes en faisant surtout application du chapitre 7 traitant de l'inexécution et de ses suites.

Les tribunaux étatiques font également recours aux principes pour le même but. La décision de la cour de Grenoble déjà citée rendue le 23 octobre 1996 et celle de la cour suprême de Venezuela de 9 octobre 1997 ont utilisé les Principes pour interpréter la Convention de New York de 1958<sup>(5)</sup>, notamment sur l'étendue de la notion de contrat international. DE même une décision du Tribunal de Zwolle (Pays-Bas) rendue le 5 mars 1997<sup>(6)</sup> s'y est appuyée sur la notion plus large de la bonne foi contenue dans les principes.

*« L'utilisation des Principes a ce fin par l'arbitre et le juge étatique fait preuve de 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 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<sup>(7)</sup>. »*

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

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'UNI D R O I T, déclarant qu'ils

---

(1) J.D.I.,1995,p.1055.

(2) (1999) 10, no 2 *Bull. Cour internationale d'arbitrage C.C.I.* 75.

(3) ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 75-78.

(4) ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, 83-87.

(5) Résumé en français publié en *Revue de droit uniforme*, 1998, 176 - 177.

(6) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=640&step=Abstract>. (en anglais).

(7) Darankoum,op.cit.,p.440.

---

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. En plus de servir de moyen de comparaison afin de dégager des solutions identiques<sup>(1)</sup>, les Principes procurent aussi des solutions adéquates lorsque le droit national réfère aux usages 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 » et résoudre ainsi les questions de fond.

---

(1) 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 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 intern 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 Klaus 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.*, pp.240-251. **Toutes ces sentences sont également valables sur [www.unilex](http://www.unilex).**

---

On peut citer à cet égard la décision de la cour d'appel de Paris le 5 mars 1998<sup>(1)</sup>. Il s'agissait en l'espèce d'un litige à propos de la modalité de renouvellement d'un contrat conclu entre une société française et une société de Kazakhstan et régi par la loi française, le seul arbitre constatant que la loi française ne contient pas de règle précise, s'est appuyé sur les principes d'UNIDROIT, et particulièrement sur l'article 1.9(2). La sentence arbitrale a été attaquée devant la cour d'appel pour la motif que, en appliquant les usages de commerce internationale et les principes d'UNIDROIT d'office, l'arbitre a violé l'accord de parties sur la loi applicable. La cour a rejeté cette objection en indiquant que le tribunal arbitral est intitulé de fonder sa sentence sur la règle de droit qu'il considère la plus appropriée et de se référer aux usages de commerce étant donné la lacune du droit applicable.

L'utilisation des Principes pour interpréter les termes des contrats devient une pratique arbitrale courante. On cite à titre d'exemple à cet égard la décision n°1320 de la cour suprême espagnole<sup>(2)</sup> le 21 décembre 2007; la décision n°A3<sup>(3)</sup> de la cour d'appel Royaume Unie, (division civile) en date de 18 décembre 2006; la décision n°CS(OS)1599(1999) de la cour suprême de New Delhi<sup>(4)</sup> en date de 21 août 2006. Dans la dernière décision, la cour souligne que pour déterminer le sens exacte de terme litigieux du contrat, ce dernier " *had to be read as a whole, and that the individual clauses had to be interpreted so as to give effect to all of them rather than to deprive some of them of effect.*" Pour supporter cette motivation la Cour fait référence non seulement aux quelques décisions de la jurisprudence indienne et anglaise et aux ouvrages légaux, mais également aux Principes d' UNIDROIT en citant article 4.4 et le commentaire 4.5.

### **C.L'application des Principes d'UNIDROIT en fonction de leur adaptabilité au fond des litiges.**

*les Principes d'UNIDROIT reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Étant donné*

---

(1) Revue de l'arbitrage, 1999, p.86 et seq.

(2) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1360&step=Abstract>

(3) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1119&step=FullText>

(4) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1242&step=FullText>

---

*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<sup>(1)</sup>.*

### **1. Les Principes sécurisent<sup>(2)</sup> les relations contractuelles**

L'application des Principes au fond du litige assure une sécurisation des relations contractuelles. Cela est due au fait que les Principes, par leur formulation et leurs solutions admissibles par la plupart des systèmes juridiques, se conçoivent comme une *jus commune* moderne, une *ratio scripte* d'un ordre juridique transnational du commerce. En plus, les Principes consacrent la liberté contractuelle tempérée par l'idée de justice contractuelle.

En effet, le règlement substantiel dont les Principes fournissent au fond des litiges, et quelque soit l'objet du litige (la réparation du préjudice, clause pénale, évaluation du dommage et fixation du taux des intérêts moratoires) est très adéquate.

La sentence arbitrale rendue en 1996 par la Chambre d'arbitrage national et international de Milan 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 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 :

---

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

(2) l'expressinn appartient à Darankour, op.cit.,p445.

---

*l'article 1.3 pour affirmer la force obligatoire du contrat; les article 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 article 7.4.13 pour confirmer la validité du taux convenu contractuellement pour les intérêts (15%).*

Cet exemple montre clairement l'un des principaux mérites des Principes d'UNIDROIT qui répondent aux 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. On sait bien que l'essentiel du contentieux concerne la réparation du préjudice. Cet égard, les Principes - comme l'illustrent leurs chapitres 6 et 7 - sont très attentifs aux légitimes prévisions des parties, d'où les tribunaux y trouveront le moyen de compenser le préjudice réellement subi par le créancier, sans se perdre dans certaines conceptions dogmatiques.

Notons que les Principes d'UNIDROIT consacrent la validité des clauses contractuelles prévoyant le paiement d'une indemnité en cas de non-exécution du contrat. Les Principes encadrent toutefois le contenu de ces clauses en permettant 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>(1)</sup>.

La force majeure et le fait du créancier sont deux concepts dont le règlement par les Principes contribue à la sécurisation des relations contractuelles.

Les éléments caractéristiques de la force majeure se trouvent dans la portée des exigences relatives au caractère imprévisible, irrésistible et extérieur de l'événement. Les droits nationaux connaissent tous la force majeure, tout comme l'ordre juridique national, 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* ». Cette solution est favorable à la pérennité ou au maintien des relations contractuelles. 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* ».

---

(1) voir par exemple : Sentence 849 (2007) du centre d'arbitrage et médiation de l'organisation mondiale de propriété intellectuelle. CCI sentence en septembre 1998, CCI sentence no 9875 rendue en janvier 1999. CCI sentence no 10346 en décembre 2000; CCI sentence no 10849 en 2003 la décision de la cour suprême espagnol no 849 en date de 23 juillet 2007. Des résumés de toutes ces sentences en langue anglaise sont valables sur : [unilexinfo/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=Abstract](http://unilexinfo/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=Abstract)

---

On trouve un écho de cette idée dans la sentence rendue par la chambre d'arbitrage de Mexique le 30 novembre 2006<sup>(1)</sup>. En l'espèce le tribunal refuse de résilier le contrat en cause pour la force majeure en estimant que les conditions de celle-ci ne sont pas réunies.<sup>(2)</sup>

Nous voyons la même attitude sécurisante à propos 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<sup>(3)</sup>.

## 2. Les Principes moralisent<sup>(4)</sup> les relations contractuelles

Certaines dispositions des Principes ont une tendance à consacrer la morale dans le droit dans les affaires.

C'est le cas de l'articles 1.7 qui dispose que :

1 - *«Les parties la bonne foi sont tenues de se conformer aux exigences de dans le commerce international.*

---

(1) <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1149&step=Abstract>.

(2) "Concerning Defendant's argument that the rainstorms and flooding which destroyed the crops amounted to a case of force majeure, the Arbitral Tribunal held that the meteorological events in question did not meet all the criteria set out in Article 7.1.7 (1) of the UNIDROIT Principles defining force majeure: indeed, while the rainstorms and flooding were undoubtedly beyond Defendant's control, their occurrence could not be considered unforeseeable by Defendant who in the course of its long-standing activity in the agricultural sector had already several times experienced similar events. Moreover, according to the Arbitral Tribunal an additional reason for confirming the liability of Defendant for its non-performance was that Defendant failed to give notice to Claimant of the events in question and of their effect on its ability to perform as required by Article 7.1.7 (3) of the UNIDROIT Principles."

(3) voyCCI sentence redue le 21aout 2006, resume en anglais valable sur unilex.

(4) l'expressinn appartient à Darankour, op.cit.,459.

---

2 - *Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée».*

La “bonne foi” est une idée fondamentale à la base des Principes. Il existe un certain nombre de dispositions dans les divers chapitres des Principes qui constituent une application directe ou indirecte du principe de bonne foi<sup>(1)</sup>.

Les parties doivent, pendant toute la durée du contrat, y compris pendant les négociations, agir de bonne foi.

Les deux articles 2.15 et 2.16 constituent une application concrète de cette obligation générale et abstraite. La première dispose que

"1 - *Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord.*

2 - *Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.*

3 - *Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord."*

La seconde dispose que " *Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie. "*

Les deux articles qui sont les premiers, dans 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.

---

(1) Voir avant tout l'article 1.8, mais aussi, par exemple, les articles 1.9.(2), 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18, 2.1.20, 2.2.4(2), 2.2.5(2), 2.2.7, 2.2.10, 3.5, 3.8, 3.10, 4.1(2), 4.2(2), 4.6, 4.8, 5.1.2, 5.1.3, 5.2.5, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2), 6.1.17(1), 6.2.3(3)(4), 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7, 7.2.2(b)(c), 7.4.8, 7.4.13, 9.1.3, 9.1.4 et 9.1.10(1).

---

Il y a de nombreuses sentences arbitrales qui se fondent sur cette obligation, telle qu'elle concrétisée dans les différents articles des Principes.

L'article 1.7 est souvent cité pour évaluer l'exécution de parties de leurs obligations. Dans la sentence *Anderson Consulting Business Unit Member Firms c. Arthur Anderson Business Unit Member Firms*<sup>(1)</sup> le tribunal arbitral, en référant aux Principes comme « source sûre du droit de commerce international » estime que l'activité d'un partenaire en concurrence de celle de la société dont il fait partie constitue une violation de l'obligation implicite de corporation fondée sur le principe de bonne foi<sup>(2)</sup>.

Dans une sentence ad hoc rendue en 2004<sup>(3)</sup>, un tribunal arbitral estime que selon le droit français et l'article 1.7 des Principes, le devoir de bonne foi impose aux parties le devoir d'essayer de résoudre les litiges nés de leur contrats.

Nous trouvons une autre référence à la bonne foi dans la sentence C.C.I no. 8540<sup>(4)</sup>. En le faisant, le tribunal décide que un accord préliminaire de négocier de bonne foi est obligatoire pour les parties selon la loi de l'Etat de New York : “*the undertaking to negotiate in good faith... (is) valid, binding and enforceable under general principles of law as reflected in the UNIDROIT Principles.*”

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

---

(1) ICC International Court of Arbitration, Case No. 9797, Geneva (28.07.2000), valable sur [www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=668&step=FullText](http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=668&step=FullText).

(2) “implicit obligation to cooperate and to pursue their professional practice in accordance with the principle of good faith and fair dealing inherent to international contracts.”. La même sentence est citée dans :

« Résumés de jurisprudence appliquant et interprétant des instruments internationaux de droit uniforme », (2000-4) *Rev. dr. unif.* 805 et suiv.

(3) *Unknown*, Ad hoc Arbitration, (04.03.2004), valable sur : <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=973&step=FullText>

(4) *See Unknown*, ICC International Court of Arbitration, Award No. 8540, Paris, (04.09.1996), available at [www.unilex.info](http://www.unilex.info), (full text).

---

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.

Dans la sentence C.C.I. n°7365/FMS, déjà citée, rendue le 5 mai opposant la République Islamique 1997103d'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 5.11 0 4 et 5.21 0 5 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 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).

---

Les dispositions des Principes qui ont trait à la bonne foi sont utilisés mainte fois pour l'interprétation des contrats. Dans la sentence CC I no. 8908<sup>(1)</sup>, le tribunal arbitral fait référence aux Principes - considérés comme une référence utile pour trancher le litige ne d'un contrat de caractère international ; bien que ce contrat soit soumis à la loi italienne - pour préciser l'étendue exacte du contrat en cause. En soulignant que la notion de bonne foi, telle qu'elle consacrée par les différentes dispositions des principes, se fonde sur « *la confiance mutuelle entre les parties* », le tribunal estime que le conduit de parties peut être utilisé pour l'interprétation du contrat.

Dans la sentence CCI no. 9875<sup>(2)</sup>, les parties réclament l'application des Principes. Le tribunal indique qu'il prend spécifiquement en considération le principe de bonne foi, et que ce principe empêche que un contrat soit interprété d'une façon qui permet, indirectement, à l'un des cocontractants d'enfreindre ses obligations nées de ce contrat.

Dans la sentence C.C.I. n°8331 de 1996 citée auparavant, un protocole d'accord, *Memorandum of Understanding* (MOU), 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 lequel elles peuvent toutes avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel certaines n'en auraient aucun »), qui pose le principe

---

(1) -voy. ICC International Court of Arbitration, Award No. 8908, Milan. valable sur: [www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=663&step=FullText](http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=663&step=FullText)

(2) ICC International Court of Arbitration Case No. 9875 (00.03.2000), [www.unilex.info](http://www.unilex.info). Selon le tribunal le principe de bonne foi interdit une interprétation qui permet à une partie to “do indirectly [through a contract with a third party] what the contract prevents [a party] from doing directly. Good faith prevents [a party] from selling to an entity which one knows or should reasonably know intends to resell in another licensee's territory”

---

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.

## Conclusion

Le débat très long et très animé sur la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique autonome est arrivé à une impasse, car les arguments de chaque camp, mercatoristes et anti-mercatoristes, sont diamétralement opposés. Bien que la réalité du commerce international supporte l'idée de la *lex mercatoria*, les critiques y adressées d'être imprécise et incohérente sont très sérieuses.

Avec la publication des Principes de l'UNIDROIT la scène est changée. D'une part, étant transnationaux, d'origine commune, ouverts aux usages et coutumes et spécialement adaptés aux besoins commerciaux, les Principes satisfont toutes les conditions substantielles d'un vrai droit commercial transnational. Le caractère autonome et non obligatoire des Principes sont très attractifs pour la communauté des affaires. D'autre part, les Principes soutiennent la cause de la *lex mercatoria*. Bien qu'ils n'aient pas à surmonter le problème de lacune de juridicité ou, en autre mot, la lacune de légitimation par une autorité législative, les Principes surmontent certaines objections fondamentales faites à l'encontre de la *lex mercatoria*, dans la mesure où ils sont basés sur une méthode appropriée, minutieuse et légitime, et dans la mesure où ils présentent un système de règles juridiques concis et cohérent. C'est surtout ce trait dernier qui assure plus de stabilité et de prévisibilité à la *lex mercatoria*, et la libère de reproche d'être une « arbitrary palm-tree justice ».

Dans les dix ans qui suivirent la publication de l'UNIDROIT principes, ceux-ci ont montré un très grand succès<sup>(1)</sup>, à tel point qu'on a

---

(1) M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles a Decade After Their First Appearance: What Have They Achieved and What Are Their Prospects for the Future?*, in: E. Cashin-Ritaine, E. Lein (eds), *The UNIDROIT Principles 2004-Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification* (ISCD Colloquium-8-9 June 2006), Schulthess, Zürich 2007, pp. 259-265.

---

sugeré sa conversion future en convention internationale<sup>(1)</sup>. Leur impact<sup>(2)</sup> est nettement reflété dans plusieurs instruments relatifs au commerce des marchandises et services<sup>(3)</sup>, issus des instances internationales gouvernementales<sup>(4)</sup> et non gouvernementales<sup>(5)</sup>.

Compte tenu des effets modernisateurs des principes, il n'est pas étonnant que cet impacte soit étendu aux législations nationales des Etats, très particulièrement ceux ayant le but d'avoir un rôle prépondérant dans le domaine du commerce international<sup>(6)</sup>.

Le nombre d'États s'étant inspiré des Principes d'UNIDROIT pour réformer leur droit des contrats internationaux n'a de cesse d'augmenter: Fédération russe, Cambodge, Chine, Estonie, Indonésie, Lituanie, pays membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHAHA).

Dans la pratique arbitrale, les arbitres tendent de plus en plus fréquemment à référer dans leurs décisions aux principes de l'UNIDROIT. De telles références sont faites par les arbitres non seulement lorsqu'ils

- 
- (1) J.P.Beraudo, les principes d' UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international", La Semaine Juridique 1995, I, 3842, p.194.
  - (2) voir H.Kronke, " The UN Convention, The UNIDROIT Contract Principles And The Way Beyond.", 25 Journal of Law and Commerce, 451-465 (2005-6) 453-455.
  - (3) Voir F.Bortolotti, Reference to the UNIDROIT Principles in Contract Practice and Model Contracts", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, pp.57-64.
  - (4) Voir article 14 du contrat type de vente internationale des marchandises précieuses, issu par le centre du commerce international en 1999, 5 Unif.L.Rev. 306(2000).; Articles 31 et 33 du contrat type pour les Joint Ventures du centre du commerce international de 2004. Pour une analyse approfondie voir, Paul Vulliet, Le contrat type pour les Joint Ventures contractuelles du Centre du Commerce International de au regard des Principes d'UNIDROIT et d' autres normes d'unification du droit des contrats", 9 Unif.L.Rev. 295(2005).
  - (5) voir article 13(1) du contrat type relatif à la représentation occasionnelle (ICC publication n.619, 2000), l'article 12 du contrat type relatif au facturation internationale (ICC publication n.557, 2000); l'article 24.1.A du contrat type relatif à la représentation commerciale (ICC publication n.644, 2d.2002); l'article 24.1.A du contrat type relatif aux rapports de distribution (ICC publication n.646, 2d.2002). Pour une analyse détaillée de la réception des principes de l'UNIDROIT dans les contrats modèles de la CCI, voir Alexis Mourre & Emmanuel Jolivet, la réception des principes de l'UNIDROIT dans les contrats modèles de la chambre de commerce internationale", 9 Unif.L.Rev. 203 (2004).
  - (6) H.Danhan, The UNIDROIT Principles and their influence in the modernization of contract law in the People's Republic of China", 8 Unif.L.Rev. 107-117(2003).

---

ont reçu leur pouvoir d'agir en *amiables compositeurs*, et donc sans fonder leur décision en droit, ou lorsque les parties ont stipuler que les principes de l'UNIDROIT ou les principes généraux s'appliquent, mais également lorsque un droit national spécifique est reconnu applicable.

L'analyse des sentences arbitrales révèle un témoignage éloquent des arbitres internationaux 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'UN I D R O I T dans le domaine du commerce internationale.

Que les Principes de l'UNIDROIT soient considérés comme la « *nouvelle lex mercatoria* » ou « *le cœur de la nouvelle lex mercatoria* », une chose est certaine : 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.

En dehors de l'arbitrage, les tribunaux étatiques n'appliquent encore la *lex mercatoria* en tant que droit apte à régir les contrats. Mais si les juges contiennent à reconnaître les sentences basées sur la *lex mercatoria*, surtout celles appliquant les Principes. Cette reconnaissance

---

par les tribunaux étatiques permet un rapprochement entre les deux formes de justice. Là se situe un carrefour où s'entre croisent des avenues diverses telles la justice arbitrale et la justice étatique<sup>(1)</sup>. Il est très probable qu'ils arrivent à la conclusion qu'ils peuvent, eux-mêmes, appliquer la *lex mercatoria*. De cette façon la *lex mercatoria* gagnerait une large acceptation et entrerait aux palais de justice par les portes arrières. Pour que ces portes soient ouvertes, les Principes de l'UNDROIT devraient servir de clé !

---

(1) 24 Bruno OPPETIT, « Justice étatique et justice arbitrale », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 415.