

**L'Institut international pour l'unification
du droit privé :**



Année Universitaire 2011-2012

Marie Jarrety

SOMMAIRE

Introduction

I. L'institut UNIDROIT, organisation intergouvernementale apte à établir des règles uniformes

A. L'organisation d'Unidroit

1. Une structure tripartite ...
2. ... nécessaire à la réalisation de son mandat.

B. Le mode d'élaboration des Principes Unidroit, principes généraux en matière de contrats internationaux

1. L'élaboration des Principes UNIDROIT
 - a. Méthodes de travail de l'Institut
 - b. Une coopération avec d'autres organisations internationales
2. La nature des Principes : les Principes Unidroit, une nouvelle *lex mercatoria* ?

II. La mise en œuvre des principes Unidroit

A. L'application des Principes UNIDROIT

1. La force obligatoire des Principes Unidroit
 - a. Le domaine d'application des Principes : les contrats du commerce international
 - b. La volonté des parties donnant force obligatoire aux Principes
2. Le contenu des Principes Unidroit
 - a. Les dispositions des Principes
 - b. Certaines règles impératives au sein des Principes

B. Les Principes UNIDROIT : instrument d'harmonisation efficace ?

1. Certaines faiblesses des Principes mettant en doute leur efficacité
2. Les Principes Unidroit, instrument toutefois utilisé et exploité

Conclusion

INTRODUCTION

« L'unification du droit, éternel rêve des comparatistes, est-elle vraiment nécessaire ? ¹ ». Par cette interrogation, Louis Vogel laisse ouverte la question de savoir si l'unification du droit se présente comme un exercice académique ou répond à un réel besoin.

Les avis des spécialistes sont très partagés : Karl Kreuzer souhaite une réunification du droit international privé et le retour du *ius commune de conflictum legum* qui a régné pendant des siècles en Europe occidentale tandis que Rodolfo Sacco, plus sceptique sur la possibilité d'une unification globale du droit, dénonce l'idéologie de l'uniformisation et vante la diversité. Pour lui, l'unification du droit a plus de chances de résulter de l'approfondissement de la connaissance du droit que du rapprochement des règles. Anna de Vita, proche en cela de Rodolfo Sacco, considère que c'est au plan de la compréhension des différents droits que le changement doit se réaliser.

Il est certain que de nombreux problèmes se posent à propos de l'unification du droit. Les conflits de droit gênent sans doute les échanges. Droit uniforme signifie unité culturelle, élimination des difficultés et malentendus entre les diverses civilisations. Il apparaît relativement facile d'énumérer les raisons qui sont à l'origine du caractère local des solutions juridiques : la tradition, l'histoire, la spécificité des diverses cultures nationales, l'absence d'autorité législative supra-étatique, l'absence de langue juridique universelle. Ces circonstances font accepter les diversités : elles peuvent rendre sceptiques ou méfiants à l'égard de toute hypothèse d'unification globale du droit.

Mais l'Institut international pour l'unification du droit privé, autrement connu sous son acronyme UNIDROIT, n'a pas pour objectif une unification globale du droit. L'Institut, créé en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations, a été reconstitué en 1940 en vertu d'un accord multilatéral appelé « Statut organique ». Cet Institut se présente comme une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège se situe à Rome dans la Villa Aldobrandini et dont l'objet est d'étudier des

¹ VOGEL, Louis, « Droit global » in *Unifier le droit, le rêve impossible ?*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p.8.

moyens et méthodes en vue de moderniser, d'harmoniser et de coordonner le droit privé – en particulier le droit commercial – entre des Etats ou groupes d'Etats et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles.

L'Institut compte aujourd'hui soixante-trois Etats membres, dont la France, et coopère avec la plupart des organisations actives dans le domaine de l'harmonisation et de l'unification du droit, qu'elles soient intergouvernementales ou non gouvernementales, universelles ou régionales. Cette coopération a pour objectif une coordination renforcée des actions entreprises par les diverses organisations concernées, et cela dans quatre domaines : la sélection des matières dans lesquelles une harmonisation semble possible, le processus d'élaboration des textes, leur promotion, et enfin la formation et l'assistance juridique auprès des pays en voie de développement.

En ce qui concerne plus particulièrement l'élaboration de règles uniformes, on peut constater que l'UNIDROIT constitue le complément de la Conférence de la Haye de Droit international privé. En effet, à cette dernière est dévolu le rôle de l'unification des règles de conflit de lois, en d'autres termes du droit international privé classique tandis qu'à l'Institut, revient la tâche d'unifier les règles matérielles de droit international privé. De manière assez naturelle donc, les activités de l'Institut se sont plutôt portées vers des questions de droit économique qui se prêtent mieux à la création de normes matérielles.

L'Institut est ainsi connu pour ses réalisations importantes dans le domaine du droit du commerce international. Il suffit de rappeler les grandes conventions, dont la préparation est due à UNIDROIT et qui ont été approuvées par des conférences diplomatiques, telles que la Convention de la Haye de 1964 sur la formation du contrat de vente internationale des objets mobiliers corporels et sur la vente internationale des objets mobiliers corporels ; la Convention de Bruxelles de 1970 relative au contrat de voyage ; la Convention de Washington de 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international ; la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises et les conventions d'Ottawa de 1988 sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international.

Mais l'Institut est surtout connu pour les Principes Unidroit : le Conseil de direction de l'UNIDROIT a pris la décision d'introduire ce sujet au programme de

travail de l'Institut en 1971, il y a un peu plus de quarante ans. En effet, l'Institut international pour l'unification du droit privé a publié en 1994, des principes relatifs aux contrats du commerce international : ils ne constituent nullement une convention internationale proposée à la ratification des Etats intéressés, mais une compilation purement privée qui s'apparenterait aux *Restatements* des Etats-Unis d'Amérique du Nord et, en l'occurrence, plus particulièrement au *Restatement of contracts*. Toutefois, il ne s'agit que d'un apparentement aux *Restatements* et non pas d'une identité. Si les *Restatements* nord-américains constituent une compilation privée, ils sont le reflet du droit positif tel qu'il résulte des décisions les plus remarquables de la jurisprudence de plusieurs Etats membres de la fédération nord-américaine.

Certes, les principes d'UNIDROIT s'inspirent du droit positif de plusieurs pays dont les systèmes juridiques peuvent être considérés comme majeurs, tel le droit français, allemand ou anglais, mais ils ne sont pas l'émanation directe du droit positif de ces pays, à la différence des *Restatements*. S'agissant d'une compilation à vocation internationale, il ne pouvait être question de reprendre dans les principes d'UNIDROIT les solutions de droit positif de tel ou tel pays. Les Principes d'UNIDROIT ont ainsi été conçus en dehors d'un système juridique existant et il apparaît que ses rédacteurs n'ont pas souhaité invoquer les solutions retenues dans un pays ou un autre, de peur de paraître privilégier tel ou tel système juridique.

Selon certains auteurs, notamment Christian Larroumet, « c'est peut-être avec les règles élaborées par la Chambre de commerce internationale que les principes d'Unidroit ont le plus de ressemblance, en particulier avec les Incoterms ou encore les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires² ». En effet, les principes et les Incoterms se présentent comme une compilation privée à vocation internationale qui ne peut constituer une source du droit uniquement dans le cas où les parties au contrat s'y seraient référées implicitement ou expressément. Ainsi, les Principes Unidroit n'auraient pas la valeur obligatoire d'une loi interne ou d'une convention internationale mais auraient essentiellement la valeur de stipulations

² LARROUMET Christian, « la valeur des principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international », *JCP éd. G*, 1997, p.147.

contractuelles, bien que les arbitres, éventuellement les juges étatiques puissent s'y référer ou s'en inspirer pour régler les litiges internationaux qui leur sont soumis.

Les principes d'UNIDROIT se présentent ainsi comme une œuvre très ambitieuse et ont en quelque sorte vocation à constituer un code des contrats internationaux. Ils s'appliquent à tout contrat quel qu'il soit, et non pas seulement à tel contrat spécial, comme la vente, le prêt ou encore la distribution.

Les travaux de l'Institut sont tellement considérables que nous nous attacherons essentiellement aux « Principes UNIDROIT » qui sont d'ailleurs son œuvre majeure.

Il conviendra ainsi de se demander comment une organisation intergouvernementale internationale telle qu'UNIDROIT élabore des règles uniformes, de tels Principes à vocation internationale ; mais il s'agira également de voir quelle est leur valeur, portée et efficacité.

Nous montrerons d'abord que l'Institut Unidroit se voit imposer la mission d'harmoniser et coordonner le droit privé entre les Etats et dispose à cet effet d'une organisation interne, notamment pour l'élaboration des Principes (I). Nous verrons dans un second temps comment s'effectue leur mise en œuvre et quelle est leur réelle efficacité (II).

I. L'institut UNIDROIT, organisation intergouvernementale apte à établir des règles uniformes

L'Institut Unidroit dispose d'une organisation (A) qui lui permet de poursuivre l'objectif posé à l'alinéa premier de l'article 1 de son statut organique selon lequel « l'Institut international pour l'unification du droit privé a pour objet d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les Etats ou entre les groupes

d'Etats et de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats d'une législation de droit privé uniforme³ ».

Par ailleurs, l'Unidroit présente des méthodes de travail qui lui sont propres et qui lui permettent, dans la mesure du possible, de remplir ses objectifs (B).

A. L'organisation d'Unidroit

L'Institut UNIDROIT dispose d'une structure principalement tripartite (1) afin de réaliser son mandat (2).

1. Une structure tripartite ...

Rappelons que l'Institut UNIDROIT, de la même façon qu'une organisation internationale classique, ne peut exister que par un traité multilatéral, véritable acte de naissance dont l'initiative est extérieure à l'organisation. Cette exigence d'accord s'explique aisément : les Etats veulent avoir l'occasion d'exprimer leur consentement à l'apparition d'une personne juridique. Ce traité multilatéral est appelé, en ce qui concerne l'UNIDROIT, « Statut organique » et définit l'objet de l'Institut, mais aussi sa composition, ses compétences, son financement etc.

A la lecture de l'article 4 de ce Statut organique, on apprend que l'Institut est composé de plusieurs organes, à savoir l'Assemblée Générale, le Président, le Conseil de Direction, le Comité Permanent, le Tribunal Administratif et le Secrétariat⁴.

On retient en général d'UNIDROIT une structure tripartite, composée du Secrétariat, du Conseil de Direction et de l'Assemblée Générale. En vertu de l'article 8-1 du Statut organique, « le Secrétariat comprend un Secrétaire général nommé par le Conseil de Direction sur présentation du Président, deux Secrétaires généraux adjoints appartenant à des nationalités différentes, nommés également par le Conseil de Direction, et les fonctionnaires et employés qui seront indiqués par les règles relatives à l'administration de l'Institut (...) ». Ainsi, le Secrétariat apparaît comme l'organe exécutif d'UNIDROIT, chargé de la mise en œuvre de son Programme de travail. Il est

³ Annexe 1, Statut Organique de l'Institut UNIDROIT, p.31.

⁴ Annexe 1, *ibid.*, p.32.

placé sous la direction du Secrétaire Général, lui même assisté d'une équipe de fonctionnaires internationaux et d'employés.

Le Conseil de Direction, qui figure à l'article 6 du Statut organique, a pour mission de déterminer les moyens d'atteindre les objectifs statutaires de l'Institut et supervise les travaux du Secrétariat pour la mise en œuvre du Programme de travail qu'il arrête. Il se compose du Président et de vingt-cinq membres, qui sont essentiellement d'éminents magistrats, avocats et professeurs d'université ainsi que des fonctionnaires nationaux.

Quant à l'Assemblée générale, évoquée à l'article 5 du Statut organique, elle « se compose d'un représentant de chaque Gouvernement participant (...), L'Assemblée se réunit à Rome en session ordinaire au moins une fois par an, sur convocation du Président, pour l'approbation des comptes annuels des recettes et dépenses et du budget ; tous les trois ans, elle approuve le programme de travail de l'Institut, sur la proposition du Conseil de Direction (...) ⁵». Elle se présente ainsi comme l'organe de décision suprême d'UNIDROIT, vote le budget annuel de l'Institut, approuve son Programme de travail tous les trois ans et nomme, pour un mandat de cinq ans, les membres du Conseil de Direction. Elle est composée d'un représentant du Gouvernement de chaque Etat membre. La Présidence de l'Assemblée Générale est assurée, par rotation et pour un an, par l'Ambassadeur d'un Etat membre de l'Organisation.

Cette structure tripartite d'UNIDROIT, et les organes qui le composent permettront à l'Institut de poursuivre son objectif, à savoir l'étude des moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé.

2. ... nécessaire à la réalisation de son mandat.

L'UNIDROIT est une organisation internationale gouvernementale et par conséquent, ses membres sont des Etats. Son rôle, c'est-à-dire les objectifs et moyens qui lui sont donnés pour parvenir à les accomplir, est défini dans sa charte constitutive. C'est donc une fois de plus dans le Statut organique d'UNIDROIT que l'on peut rechercher l'étendue du mandat qui lui a été conféré.

⁵ Annexe 1, Statut organique de l'Institut Unidroit, p. 32-33.

Il n'est pas inutile de rappeler la teneur de l'article premier de ce statut qui prévoit : « L'Institut international pour l'unification du droit privé a pour objet d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les Etats ou entre les groupes d'Etats et de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats d'une législation de droit privé uniforme.

A cette fin l'Institut :

a) prépare des projets de lois ou de conventions visant à établir un droit interne uniforme ;

b) prépare des projets d'accords en vue de faciliter les rapports internationaux en matière de droit privé ;

c) entreprend des études de droit comparé dans les matières de droit privé ;

d) s'intéresse aux initiatives déjà prises dans tous les domaines par d'autres institutions, avec lesquelles il peut, au besoin, se tenir en contact ;

e) organise des conférences et publie les études qu'il juge dignes d'une large diffusion.⁶ »

C'est par rapport à ces objectifs que l'on étudiera la place des Principes dans l'œuvre globale d'UNIDROIT.

Tout d'abord, comme le remarque le professeur Catherine Kessedjian, « l'UNIDROIT doit travailler pour les Etats. C'est là son seul objectif (...). On peut le regretter, mais c'est la réalité dictée par le texte même du Statut organique⁷ ». Il ne peut pas, a priori, travailler pour les citoyens de ces Etats.

Que dire des Principes en tant que tels ? Nous reviendrons plus en détail sur cette question, mais il convient de préciser dès à présent que les Principes ne sont pas un projet d'accord ou de convention et le Préambule ne laisse aucune ambiguïté à cet égard. En revanche, celui-ci nous indique que les Principes ont été conçus comme un

⁶ Annexe 1, Statut organique de l'Institut Unidroit, p.31.

⁷ KESSEDJIAN Catherine, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les Principes posés par UNIDROIT », *Rev. Crit. DIP*, 1995, p.648.

modèle législatif pour les Etats qui souhaiteraient légiférer en matière de contrats internationaux. En effet, préparer des lois modèles pour faciliter la tâche des législateurs nationaux fait partie des fonctions d'UNIDROIT mais on peut douter de l'existence d'un réel besoin en la matière.

Pour qu'une loi modèle soit efficace, il faut qu'elle corresponde à une nécessité et qu'un certain laps de temps se soit écoulé pour que les législateurs nationaux puissent adopter des textes qui s'en inspirent. Un exemple peut être tiré de la loi modèle CNUDCI sur l'arbitrage international : ce texte correspondait à un besoin très important car à l'époque où il a été adopté, beaucoup de pays ne s'étaient pas encore dotés de législations favorisant ce mode alternatif de règlement des différends.

Or, en ce qui concerne les Principes et toujours selon le professeur Kessedjian, cette nécessité de légiférer « n'apparaît pas pour les législateurs nationaux qui, généralement, n'ont aucun aiguillon pour légiférer spécialement pour le commerce international. Il ne semble pas exister non plus pour les opérateurs du commerce international, sauf si les Principes pouvaient leur apporter plus de sécurité juridique qu'ils n'en ont aujourd'hui ».

En réalité, il semble que les Principes correspondent davantage à une étude de droit comparé, telle que l'UNIDROIT a reçu mandat d'en préparer, en vertu de l'article 1^{er} de son Statut organique.

L'UNIDROIT dispose ainsi d'une organisation mise en place afin de remplir ses objectifs de coordination et d'harmonisation du droit privé, visant également la création de Principes, qui en vertu du Statut organique d'UNIDROIT, relèvent au moins de deux catégories, à savoir la loi modèle et l'étude savante. Afin d'élaborer de tels Principes, L'Institut met en œuvre une méthode de travail qui lui est propre.

B. Le mode d'élaboration des Principes Unidroit, principes généraux en matière de contrats internationaux

Les Principes sont une œuvre colossale, non seulement par le temps considérable que leur élaboration a nécessité mais surtout par l'ampleur du travail de comparaison effectué et par la synthèse à laquelle les auteurs sont parvenus. Comment sont élaborés ces Principes (1) dont la nature est parfois discutée (2) ?

1. L'élaboration des Principes Unidroit

Afin d'élaborer ces Principes, l'Institut met en œuvre une méthode de travail (a), mais dispose également de l'aide de diverses organisations internationales (b).

a. Méthodes de travail de l'Institut

Une fois les Principes inclus au Programme de travail d'UNIDROIT, le Secrétariat élabore une étude de faisabilité et/ou une étude préliminaire de droit comparé, visant à établir l'opportunité de procéder à une réforme. Lorsque cela est nécessaire, et sous réserve de disposer de fonds, une analyse d'impact économique est réalisée.

L'étude, qui contient éventuellement une ébauche d'avant-projet de principes ou de règles, est portée à l'attention du Conseil de Direction ; s'il l'estime opportun, il invite le Secrétariat à constituer un Comité d'étude, traditionnellement présidé par un membre du Conseil de Direction, en vue de l'élaboration d'un avant-projet de Convention ou d'un autre instrument. Les membres du Comité d'étude, qui interviennent en tant qu'experts et siègent à titre personnel, sont choisis par le Secrétariat selon des critères de représentation aussi équilibrés que possible du point de vue des systèmes juridiques et économique mais aussi sur le plan géographique.

L'avant-projet de règles élaboré par le Comité d'étude est ensuite soumis au Conseil de Direction pour approbation et avis sur la suite à donner.

Etant donné que les Principes proposés avaient pour objet de fournir une sorte de modèle, le Conseil de Direction avait recommandé dès le début que, dans la préparation des contrats commerciaux internationaux, une attention toute particulière soit portée aux pratiques commerciales usuelles, telles qu'elles sont exprimées dans les Conventions internationales ou dans les clauses contractuelles standard comme les conditions générales ou contrats types plutôt qu'aux principes traditionnels adoptés par les diverses législations nationales.

Par ailleurs, dans le but de faciliter les études préparatoires nécessaires, le Secrétariat a rassemblé un recueil de documentation contenant quelque quarante conventions internationales et lois uniformes ainsi que les conditions générales de contrats types relatifs aux contrats internationaux en général et aux divers types de

contrats de vente ; y sont inclus les contrats de fourniture et de construction d'importantes usines industrielles et d'outillage.

Cependant, le but des Principes n'était pas d'unifier les lois existantes mais plutôt de faire ressortir l'essentiel des règles et principes communs aux systèmes juridiques nationaux existants. Selon le professeur Bonell, « lorsqu'un tel « noyau commun » ne peut être établi », il est nécessaire de « choisir des solutions qui semblent les mieux adaptées aux exigences particulières des contrats commerciaux internationaux⁸ ». Néanmoins, et toujours selon lui, « il est difficile de dire dans quelle mesure les Principes vont innover au lieu de refléter le droit existant ».

Dans la poursuite de son travail d'harmonisation du droit international privé, l'Institut coopère avec d'autres organisations.

b. Une coopération avec d'autres organisations internationales

L'Institut UNIDROIT entretient d'étroites relations avec d'autres organisations internationales, gouvernementales ou non gouvernementales, qui prennent dans de nombreux cas, la forme d'accords de coopération entre les Secrétariats. Ainsi, les trois organisations de formulation de règles de droit privé, à savoir la Conférence de la Haye de droit international privé, UNIDROIT, et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sont appelées « les trois sœurs ».

On peut également relever que, compte tenu de sa compétence en matière d'unification du droit, certaines organisations peuvent faire appel à UNIDROIT pour la préparation d'études de droit comparé et/ou de projets de conventions destinés à poser les bases de l'élaboration ou la mise au point d'instruments internationaux dans le cadre de ces organisations.

Le fait que le Conseil de Direction, essentiellement composé d'éminents magistrats, avocats et professeurs d'université, supervise l'élaboration de ces Principes, nous amène à nous demander quelle est la véritable nature de ces Principes. De nombreux auteurs se

⁸ BONELL Michael Joachim, « A restatement of Principles for international commercial contracts : an academic exercise or a practical need ? », *RDAI* n°7, 1988, p.879.

sont intéressés à cette question et beaucoup en sont venus à se demander si les Principes Unidroit n'étaient pas une sorte de nouvelle *lex mercatoria*.

2. La nature des Principes : les Principes Unidroit, une nouvelle *lex mercatoria* ?

Que sont en réalité les Principes ? Selon le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, « un principe est une règle juridique établie par des textes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure ».

Pour le professeur Kessedjian, « les principes doivent être des normes premières un peu comme il existe en mathématiques des chiffres premiers ou des couleurs de base en esthétique. Ils sont donc en relativement petit nombre et doivent pouvoir s'énoncer indépendamment de tout système juridique particulier ⁹ ». Cette idée sous-jacente à la notion de « principe » a d'ailleurs été respectée par les auteurs des Principes dans leur démarche de travail ainsi que dans leur méthode.

Mais afin d'essayer de comprendre quelle peut être la nature de ces Principes, il convient de partir du Préambule, selon lequel « les Principes peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « principes généraux du droit », la *lex mercatoria* ou autre formule similaire ».

Ces propos peuvent nous amener à nous demander quelle place les Principes occupent par rapport à la *lex mercatoria*. Rappelons que la *lex mercatoria* est, toujours selon le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, une « expression reprise de l'histoire du droit du Moyen Age pour désigner le droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout droit étatique et dont l'application échapperait, pour cette raison, à la méthode du conflit de lois ».

Selon Gesa Baron, cette définition correspondant à la *lex mercatoria* « ancienne » aurait évolué vers une *lex mercatoria* moderne. En effet, il affirme « a number of

⁹ KESSEDJIAN Catherine, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par UNIDROIT », *Rev. Crit DIP*, 1995, p. 655.

distinguished authors support the concept of the modern *lex mercatoria*. They see it as a growing body of uniform and a-national rules consisting of the customs and usages of international trade and of those principles, concepts and institutions which are common to all or most of the states engaged in international trade¹⁰ ».

Mais en quoi peut-on rapprocher les Principes Unidroit de la *lex mercatoria* ? En quoi pourraient-ils être une nouvelle *lex mercatoria* ?

Les Principes Unidroit semblent en effet de prime abord être assez éloignés du concept de *lex mercatoria*, qui peut être considérée comme un droit spontané, comme « l'émanation de la société des opérateurs du commerce international ¹¹ », autrement dit comme un « droit fait par les marchands pour les marchands ». Or les Principes Unidroit semblent être tout sauf un droit spontané, fait par les marchands et pour les marchands. Ils ne sont pas spontanés et ont fait l'objet de délibérations conformément aux méthodes de travail de l'Institut avant d'apparaître plusieurs années plus tard sous une forme écrite. On peut également rappeler qu'ils ont essentiellement été élaborés, entre autres, par des Professeurs de droit, en qui on peut difficilement voir des incarnations du monde du commerce.

On peut pourtant constater que certaines sentences arbitrales ont tout de même justifié le recours aux Principes Unidroit en affirmant, dans le Règlement CCI : « Dans tous les cas le tribunal arbitral tient compte des usages du commerce pertinents », même si d'autres sentences ont refusé une telle assimilation.

Selon certains auteurs, on pourrait également considérer les Principes Unidroit comme une sorte de version écrite des « principes généraux du droit », autre pilier de la *lex mercatoria*. Mais il semble que les Principes Unidroit ne puissent s'identifier à une source déjà existante. En effet, leur nature est profondément originale : ce ne sont ni des usages, ni des principes généraux du droit, ni des conventions internationales, ni des lois étatiques. Mais ils peuvent constituer une source nouvelle. On pourrait considérer que

¹⁰ BARON Gesa « Do the UNIDROIT principles commercial contracts form a new *lex mercatoria* ? », 115 *London Court of International Arbitration (LCIA)*, 1999, p. 119.

¹¹ MAYER Pierre, « Principes Unidroit et *lex mercatoria* », in *l'actualité de la pensée de Berthold Goldman : droit commercial international et européen*, Paris : Ed. Panthéon Assas, 2004, p.32.

les Principes puissent faire partie de la *lex mercatoria* et leur intégration pourrait être justifiée par le raisonnement auquel Berthold Goldman recourait pour intégrer les principes généraux à la *lex mercatoria*. En effet, selon lui « la *lex mercatoria* est précisément un ensemble de principes, d'institutions et de règles, puisés à toutes les sources qui ont progressivement alimenté les structures et le fonctionnement juridiques propres à la collectivité des opérateurs du commerce international ¹²». Il affirmait également : « Dès lors que l'on constate, sur la foi de contrats, de sentences arbitrales et de décisions judiciaires, que les relations économiques internationales sont effectivement gouvernées par des principes, des règles et des usages transnationaux (...), on ne voit pas pourquoi les principes seraient écartés ».

Ainsi, le même raisonnement pourrait être appliqué aux Principes Unidroit et pour qu'ils fassent partie de la *lex mercatoria*, il suffit que les contrats internationaux s'y réfèrent ou que les sentences arbitrales les appliquent. Par cette conception, la *lex mercatoria* ne serait plus définie par son caractère spontané et deviendrait plutôt un ensemble de règles ayant en commun de ne pas être imposées par un Etat, d'être spécifiques aux relations internationales et d'avoir une vocation universelle.

Certains auteurs, notamment P.Mayer se posent la question de savoir si les Principes Unidroit sont destinés à absorber la *lex mercatoria*. On peut en douter, et selon lui, « il est trop tôt pour le dire ». Par ailleurs, il rappelle à juste titre que la *lex mercatoria*, dans la conception de Berthold Goldman, est un ordre juridique de la société des marchands internationaux. Par conséquent, tout contrat international est nécessairement soumis à la *lex mercatoria*, mais il apparaît beaucoup plus difficile de suggérer que tout contrat international soit nécessairement soumis aux Principes Unidroit, règles principalement élaborés par d'éminents professeurs.

Ainsi, selon P.Mayer, les Principes Unidroit « modifient dans une certaine mesure la nature de la *lex mercatoria*, mais en même temps, contribuent à sa survie ¹³».

¹² GOLDMAN Berthold, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1977-1979, p.221.

¹³ MAYER Pierre, *op.cit.*

Même si la question reste toujours très débattue, de très nombreux auteurs n'hésitent pas à dire que les Principes sont une sorte de *lex mercatoria* moderne, les Principes Unidroit présentant les mêmes atouts que la *lex mercatoria*, à savoir la neutralité et l'adaptation, auxquels ils ajoutent l'avantage formel de la rédaction. Ainsi, si les parties à un contrat international ont entendu se référer aux Principes et qu'elles l'aient fait expressément, il n'existe aucun inconvénient ni empêchement pour qu'ils se trouvent applicables à la relation contractuelle en cause. Certes, une telle référence semble étrange – comme nous avons pu le voir – pour un ouvrage qui n'est qu'un ouvrage savant mais l'autonomie de la volonté le leur permet tant qu'elle ne se heurte pas à un ordre public. Ainsi s'ouvre pour les parties une nouvelle possibilité de référence : alors qu'elles pouvaient choisir un droit national qui eût ou non un lien avec leur contrat et l'opération économique sous-jacente, qu'elles pouvaient se référer à un droit « transnational » ou *lex mercatoria*, ou encore avaient le droit de choisir l'application des usages du commerce international, désormais, il apparaît clair que les parties peuvent se référer à un ouvrage savant de droit général des contrats internationaux.

II. La mise en œuvre des principes Unidroit

Selon les mots du Professeur Jérôme Huet, « Les Principes d'Unidroit forment un corpus de règles de droit des contrats destinées à répondre aux exigences spécifiques de la pratique commerciale moderne ¹⁴ ». Etudions d'abord comment ils sont appliqués (A), avant de voir s'ils ont une réelle utilité et efficacité dans les relations commerciales internationales (B).

A. L'application des Principes Unidroit

Afin de comprendre comment les Principes Unidroit s'appliquent, examinons d'où provient leur force obligatoire (1) mais également leur contenu (2).

¹⁴ HUET Jérôme, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Petites affiches*, 1995, n°135, p.8.

1. La force obligatoire des Principes Unidroit

Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ne sont, par hypothèse, applicables qu'en matière contractuelle et à condition qu'il s'agisse d'un contrat du commerce international (a) et tirent leur force obligatoire de la volonté des parties (b).

a. Le domaine d'application des Principes : les contrats du commerce international

Selon le Préambule des Principes, ceux-ci constituent des règles « propres à régir les contrats du commerce international ¹⁵ ». Mais qu'entendre par contrat du commerce international ?

Toujours selon les termes du Préambule, « le caractère international d'un contrat peut être défini de très nombreuses façons » mais on aura tendance à considérer qu'un contrat doit apparaître comme international lorsqu'il comporte un élément d'extranéité. Cet élément d'extranéité n'est pas toujours le même : il peut être le domicile des parties, chacune d'elle étant implantée dans un pays différent. Ce peut également être le lieu d'exécution du contrat, un bien ou un service qui doit être exporté dans un autre pays. Mais de manière générale, en l'absence de définition donnée par les Principes, il appartiendra aux juges ou arbitres saisis d'un éventuel litige de déterminer si le contrat est international.

S'il s'agit de juges étatiques, ils décideront du caractère international d'un contrat au vu de la définition d'un tel contrat par la *lex fori*. En revanche, s'il s'agit d'arbitres, non liés par une *lex fori*, d'autres critères d'appréciation du caractère international d'un contrat que ceux de la loi applicable dans le pays où ils statuent pourraient être utilisés. En droit français, on considère comme international le contrat qui suppose un échange par-delà les frontières.

Mais les contrats visés, en plus d'être internationaux, doivent également être commerciaux. La conception que les différents systèmes juridiques peuvent avoir d'un contrat commercial n'est pas nécessairement la même et ici encore, en cas de litige, il

¹⁵ Annexe 2, Préambule des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 1994, p.43.

appartiendra aux arbitres ou aux juges de définir le contrat commercial. En droit français interne, on oppose les contrats civils aux contrats commerciaux. Les contrats commerciaux constituent des « actes de commerce » définis par les articles L.110-1 et suivants du Code de commerce. Cependant, des contrats qui ne sont pas commerciaux par leur objet ou leur nature le deviendront nécessairement s'ils sont accomplis par un commerçant pour les besoins de son exploitation commerciale.

Par ailleurs, selon le commentaire du Préambule, « l'idée poursuivie est davantage d'exclure du champ d'application des Principes ce qu'on appelle les 'opérations de consommation' qui sont de plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c'est-à-dire une partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession¹⁶ ».

Mais, outre qu'ils s'appliquent à un domaine précis, les Principes ne pourront être appliqués qu'une fois que les parties au contrat s'y seront référées.

b. La volonté des parties donnant force obligatoire aux Principes

Selon le Préambule, les Principes « s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat » ; le texte ajoute qu'« ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les « principes généraux du droit », la « *lex mercatoria* » ou autre formule similaire¹⁷ ». A la lecture de cette formule, on peut alors se demander quelle est la force obligatoire des Principes et d'où ils la tirent.

Comme les Incoterms ou les Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires, les Principes UNIDROIT tirent leur force obligatoire des volontés des parties à un contrat international. En effet, parce qu'il s'agit de règles qui n'ont pas l'autorité de la loi interne ou d'une convention internationale, elles supposent l'adhésion des parties au contrat. Ainsi, les Principes n'ont pas de valeur obligatoire autonome et ont simplement la valeur de stipulations contractuelles. La force obligatoire leur est donnée par la volonté des parties.

¹⁶ Annexe 2, *op.cit.*, p. 44

¹⁷ Annexe 2, *ibid.*, p. 43.

Mais on peut remarquer que la volonté des parties n'a pas besoin d'être expresse et peut n'être que tacite. Cela s'explique par le fait que les rédacteurs ont prévu que les Principes peuvent s'appliquer lorsque les parties ont entendu que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit ou la *lex mercatoria*. Les rédacteurs des Principes auraient ainsi entendu assimiler les Principes Unidroit aux principes généraux du droit et à la *lex mercatoria*, débat que nous avons pu rencontrer lors de nos développements relatifs à la nature des Principes Unidroit. Toujours est-il qu'il en résulte que les Principes tirent alors leur force obligatoire des principes généraux du droit ou de la *lex mercatoria*.

On peut également relever que par cette formule selon laquelle « les Principes peuvent s'appliquer (...) *lex mercatoria* ou autre formule similaire », entraîne qu'une clause rédigée comme l'indique le Préambule permettrait à un juge ou à un arbitre de prendre en considération les Principes au titre d'une supposée volonté implicite ou tacite des parties.

Ainsi, l'application des Principes par le choix exprès ou implicite des parties ne semble pas évidente et pour reprendre les mots du professeur Pascale Deumier « La revendication d'applicabilité, directement ou au titre de la *lex mercatoria*, mériterait soit d'être révisée, soit d'être repensée et justifiée ¹⁸ ».

2. Le contenu des Principes Unidroit

Selon l'article 1.5 des Principes UNIDROIT, « les parties peuvent exclure l'application de ces Principes, déroger à l'une quelconque de leurs dispositions ou en modifier les effets, à moins que ces Principes n'en disposent autrement ». Ainsi, certaines règles énoncées dans les Principes ont de ce fait un caractère impératif. Etudions d'abord les dispositions de ces Principes (a) avant de voir quelles sont les règles auxquelles on ne peut déroger (b).

a. Les dispositions des Principes UNIDROIT

Le texte des Principes UNIDROIT en lui-même est composé d'un Préambule suivi de sept chapitres qui traitent successivement des dispositions générales (chap.1), de la

¹⁸ DEUMIER Pascale, « Les Principes UNIDROIT ont 10 ans : bilan en demi-teinte », *Revue des contrats*, 2004, p.774.

formation (chap. 2), de la validité (chap. 3), de l'interprétation (chap. 4), du contenu (chap. 5), de l'exécution (chap. 6), et de l'inexécution des contrats (chap. 7). Il s'agit d'un véritable code des contrats commerciaux internationaux structuré en cent vingt articles, originellement rédigé en anglais puis traduit en diverses autres langues pour faciliter sa diffusion et son utilisation. On peut constater que les rédacteurs des Principes ont veillé à écarter les terminologies propres à un système légal particulier, pour privilégier les expressions généralement employées dans la pratique contractuelle internationale.

Les Principes forment un ensemble de dispositions qui constituent un corps de règles cohérent et selon le Professeur Bannes, « fondé sur cinq principes essentiels que sont : la liberté contractuelle, les usages et pratiques, le *favor contractus*, la bonne foi et les sanctions des comportements déloyaux ¹⁹».

Tout d'abord, le principe de liberté contractuelle apparaît comme un principe fondamental dans le contexte du commerce international. Ainsi, selon l'article 1.1 « les parties sont libres de conclure un contrat et d'en fixer le contenu ». Selon les mots du Professeur Bannes, « le droit des opérateurs commerciaux de décider en toute liberté à qui offrir leurs marchandises ou services, et de qui les recevoir, ainsi que la possibilité pour eux de s'entendre librement sur les dispositions de chaque contrat, sont les pierres angulaires d'un ordre économique international ouvert, orienté vers le marché et concurrentiel ²⁰».

Deuxième principe essentiel, les usages et pratiques. Il convient de noter que le principe d'ouverture aux usages du commerce est exprimé à l'article 1.8 selon lequel « les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que par les pratiques qu'elles ont établies entre elles. Elles sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable ». L'importance de cet article repose sur le fait qu'il reconnaît expressément qu'un usage est susceptible de lier des parties, qu'elles aient ou non

¹⁹ BANNES Frédérique-Marine « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ? », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 1993, n°3, p 940.

²⁰ BANNES (F-M), *ibid.* p.941.

conclu un accord spécifique en la matière. Ainsi, comme dans la Convention de Vienne sur la vente de 1980, l'article 1.8 dispose que les parties sont liées par les usages autant que par les règles des Principes.

Quant au *favor contractus*, il exprime en général la préférence du droit international des traités pour le maintien et la conclusion des traités plutôt que l'opposition à ceux-ci pour des raisons de forme. On peut retrouver le *favor contractus* au sein des Principes Unidroit, notamment dans quelques dispositions, comme l'article 2-1 selon lequel « le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord ». On peut également citer l'article 3.2, selon lequel pour modifier précisément un contrat ou y mettre fin « il suffit de l'accord des parties et de lui seul ». Enfin et encore à titre d'exemple, on peut citer l'article 3.3 qui dispose que « le seul fait que, lors de la conclusion du contrat, l'une des parties était dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations » ou « ne pouvait disposer des biens qui en faisaient l'objet » ne porte pas atteinte à la validité du contrat.

Quant à la bonne foi, elle est prévue à l'article 1.7 et énonce que « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ». Ce principe est fondamental et fait partie des règles impératives des Principes que nous étudierons dans le prochain paragraphe.

Enfin, les sanctions des comportements déloyaux constituent le cinquième principe essentiel. Les Principes UNIDROIT proposent en effet de nombreux moyens de protéger les contrats et leurs dispositions contre toute iniquité procédurale et pour sanctionner les éventuels comportements déloyaux des parties. C'est ainsi, par exemple, que le contrat est susceptible par exemple d'être annulé pour cause de dol (selon l'article 3.8), de contrainte (en vertu de l'article 3.9) ou encore d'avantage excessif.

Après avoir étudié les dispositions des Principes UNIDROIT et leurs éléments essentiels, il s'agit d'analyser plus en détail certaines dispositions dont le caractère impératif est expressément indiqué.

b. Certaines règles impératives au sein des Principes

Il est certains Principes auxquels on ne peut déroger. Il s'agit d'abord de l'article 1.7 relatif à la bonne foi. En effet, ce texte édicte à la charge des parties l'obligation de se comporter de bonne foi et précise que cette obligation ne peut être ni exclue ni limitée. Selon cet article « les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée ». Selon le commentaire de cet article 1.7, « la formule utilisée implique qu'il faut analyser la bonne foi à la lumière des conditions spéciales du commerce international », et non appliquer les critères habituellement adoptés dans les différents systèmes juridiques. Par ailleurs, cette formule étant assez générale, il semble que l'on doive considérer qu'il s'agit aussi bien de la bonne foi dans la conclusion du contrat que dans son exécution.

La nature impérative du principe de bonne foi découle du fait que cette exigence est à ce point fondamentale qu'il ne paraît pas envisageable que les parties puissent l'exclure ou en limiter la portée par contrat. Par ailleurs, comme le fait remarquer le Professeur Christian Larroumet, « l'interdiction par les principes d'exclure ou de limiter l'obligation de bonne foi est dépourvue de toute originalité. En effet, l'obligation de se comporter de bonne foi est non seulement admise dans tous les systèmes juridiques des pays civilisés, mais encore elle constitue un principe général du droit ayant une valeur autonome. Dès lors, elle s'imposerait même si elle n'était pas reprise dans les Principes ²¹».

Ainsi, par cette règle, le droit d'une partie de négocier librement et de décider des clauses à négocier n'est pas sans limite et ne doit pas entrer en conflit avec le principe de la bonne foi tel qu'il est posé à l'article 1.7. Le paragraphe 3 de l'article 2.15 indique expressément un exemple de négociation de mauvaise foi : il s'agit du cas où une partie entame ou poursuit des négociations en sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord avec l'autre partie.

Outre la bonne foi, il existe également d'autres règles auxquelles on ne peut déroger, notamment celles qui sont relatives aux conditions de validité du contrat. En

²¹ LARROUMET Christian, « La valeur des Principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international », *JCP éd. G*, 1997, n°18, p. 150.

effet, toutes les conditions énoncées dans les articles 3.1 et suivants des Principes sont impératives, sauf certaines parmi lesquelles figure l'erreur-vice du consentement, ce qui signifie que les parties pourraient stipuler que le contrat conclu sous l'empire d'une erreur est valable.

Toutefois, il y a lieu de tenir compte du droit applicable au contrat : dans la mesure où le contrat relève de l'application de règles étatiques désignées par une règle de conflit ou de règles internationales matérielles, celles-ci, lorsqu'elles sont impératives, devront toujours l'emporter sur les Principes Unidroit qui ne leur seraient pas conformes. De cette manière, le caractère impératif des règles du droit applicable est plus fort que celui des Principes, ce qui atténue l'affirmation de ce caractère.

B. Les Principes Unidroit : instrument d'harmonisation efficace ?

Selon le Professeur Pascale Deumier, « Œuvre savante, les Principes UNIDROIT sont le fruit du travail d'un groupe d'experts représentant les principaux systèmes juridiques : au terme d'une démarche comparative, ils ont dépassé le simple enregistrement de la règle plus répandue pour retenir les solutions jugées plus adaptées²² ». Les Principes UNIDROIT ont ainsi été reconnus comme un véritable moyen d'harmonisation efficace (2) même si certaines faiblesses des Principes ont pu être notées, qui font douter de leur efficacité (1).

1. Certaines faiblesses des Principes mettant en doute leur efficacité

Les Principes UNIDROIT sont-ils vraiment en mesure d'assurer l'objectif d'harmonisation du droit des contrats commerciaux ? Nous avons pu voir que, d'une certaine manière, les Principes pouvaient être rapprochés de la technique des *Restatements*. En effet, comme les *Restatements*, ils constituent un corps de solutions ordonnées dans un domaine précis, se présentent sous la forme d'articles assortis de commentaires et ne tirent leur autorité persuasive que de leur origine doctrinale. Mais, tandis que les dispositions énoncées dans les *Restatements* reflètent le droit positif des Etats d'Amérique du Nord, celles d'UNIDROIT s'inspirent de solutions en vigueur

²² DEUMIER Pascale, « Les Principes UNIDROIT ont 10 ans : bilan en demi teinte », *Revue des contrats*, 2004, p.774.

dans de très nombreux pays et opèrent une synthèse, étrangère à tout système juridique existant.

Ainsi, comme l'affirme le Professeur Fauvarque-Cosson, « l'objectif n'était pas de rechercher le plus petit dénominateur commun aux contrats, mais de dépasser les législations nationales pour poser une série de principes internationalement cohérents²³ ». Cela laisse entendre les difficultés qu'auront les Principes à s'imposer aux juges nationaux. Dépourvus de force obligatoire, les Principes sont également privés d'un organe juridictionnel spécifique qui assurerait leur interprétation uniforme. Ils risquent alors de devenir un vecteur d'insécurité si les juges les interprètent conformément à l'esprit de leur système juridique d'origine et si les arbitres s'en servent pour rendre une décision conforme à leur propre sens de la justice. Ainsi, même si les Principes contiennent beaucoup de dispositions détaillées qui ne requièrent aucun travail interprétatif, certaines ne peuvent être appliquées sans que le juge ou l'arbitre se livre à une interprétation préalable. Il s'appuiera alors sur les dispositions générales du Chapitre I, notamment de l'article 1.6 relatif à l'interprétation et au comblement des lacunes, mais cela ne permet en aucun cas d'assurer l'uniformité.

Dans le même esprit, les Principes du droit européen du contrat, élaborés par la Commission pour le droit européen du contrat, visent à harmoniser les règles qui gouvernent la théorie générale des obligations contractuelles au sein des Etats membres. Comme les Principes d'UNIDROIT, ils ont d'abord vocation à servir de « modèle » aux législateurs.

On peut ainsi douter de la réelle efficacité des Principes Unidroit. Si l'on ajoute d'une part, qu'ils écartent certaines questions et ne constituent donc pas un système complet et d'autre part, qu'en cas de conflit de normes internationalement impératives, celles de la loi normalement applicable au contrat l'emporteront sur celles des Principes, le doute pourrait s'accroître.

Pourtant, du moins en France, ces Principes ont reçu une large diffusion auprès des praticiens et des universitaires et ont été abondamment commentés dans les revues de

²³ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC*, 1998, p.464.

droit. Par ailleurs, certains textes ont été appliqués par des arbitres et même par des juridictions du fond.

2. Les Principes Unidroit, instrument toutefois utilisé et exploité

Œuvre de codification de principes généraux applicables aux contrats internationaux, les Principes d'UNIDROIT forment un système et présentent ainsi une vue d'ensemble, sous une forme synthétique.

Ces Principes, malgré leurs faiblesses, ont un rôle significatif dans l'unification du droit. En effet, selon le professeur Bannes, les Principes sont à la fois « un modèle pour les législateurs nationaux et internationaux, un moyen pour interpréter ou compléter d'autres instruments du droit international uniforme, un guide pour la rédaction des contrats, une loi régissant les contrats », mais aussi « un substitut du droit national par ailleurs applicable ²⁴».

Ainsi, les Principes Unidroit sont d'abord un modèle pour les législateurs nationaux et internationaux qui peuvent les utiliser pour la rédaction d'une législation dans le domaine du droit général des contrats ou de certains types d'opérations particulières.

Sur le plan national, les Principes peuvent être particulièrement utiles à certains Etats, dans lesquels les corps de règles relatifs aux contrats sont insuffisamment développés et qui souhaitent actualiser leurs réglementations, du moins en ce qui concerne les relations économiques internationales. Cela a d'ailleurs été le cas de la Chine où la commission parlementaire de la République Populaire a été chargée de préparer une nouvelle législation, inspirée des Principes Unidroit, sur les contrats commerciaux internationaux conclus par le pays. De même, les Principes ont été utiles à des Etats tels que la Fédération de Russie dont le système légal, à la suite de changements socio-politiques fondamentaux, a nécessité une restructuration, notamment en matière de réglementations relatives aux activités économiques. Une commission

²⁴ BANNES Frédérique-Marine, « L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ? », *Revue de la recherche juridique – droit prospectif*, 1996, p. 947.

spéciale a ainsi été réunie pour la préparation d'un nouveau Code civil à la lumière des Principes Unidroit de 1994.

Sur le plan international, les Principes ont été une référence importante pour la rédaction de conventions. La convention inter-américaine de 1994 en est un exemple, puisque selon l'article 7 de cette convention, « les contrats seront régis par la loi choisie par les parties » ; l'article 9 ajoute que « si les parties n'ont pas déterminé la loi applicable, ou si leur sélection s'avère inefficace, le contrat sera régi par la loi de l'Etat avec laquelle il a les liens les plus étroits » et pour déterminer cette loi, le tribunal devra prendre en compte non seulement « tous les éléments subjectifs et objectifs du contrat », mais aussi « les principes généraux de droit commercial international reconnus par les organisations internationales ». Il semble selon certains auteurs que par cette évocation des « Principes généraux de droit » les rédacteurs aient voulu signifier que les juges peuvent se référer aux Principes Unidroit en cas d'impossibilité de déterminer la loi applicable à un contrat.

De ce fait, la Convention inter-américaine a permis d'ouvrir de nouvelles perspectives à l'application des principes généraux de droit commercial dans la sphère internationale.

Les Principes peuvent également être un moyen d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme. On peut ainsi constater qu'au niveau national, les difficultés d'interprétation peuvent être surmontées, dans la mesure où chaque système juridique élabore un certain nombre de principes et critères d'interprétation des législations internes. En revanche, l'interprétation des textes conçus au niveau international est beaucoup plus incertaine puisqu'il appartient aux juges et arbitres d'interpréter les instruments internationaux sur la base d'une étude comparative des solutions adoptées dans les différents systèmes juridiques nationaux. Les Principes Unidroit pourraient ainsi se présenter comme instrument propre à fournir des lignes directrices pour une interprétation uniforme. Encore faudrait-il, il est vrai, que les Principes soient eux-mêmes interprétés uniformément...

Les Principes se présentent aussi comme un guide pour la rédaction des contrats. De réels efforts ont été fournis par les rédacteurs des Principes afin d'employer une terminologie simple, neutre et claire en vue de concilier les divergences entre les

différents systèmes juridiques afin d'éviter les risques d'incompréhension et de mauvaise interprétation.

Les Principes sont encore une loi régissant le contrat des parties. Comme nous avons pu le voir, le choix exprès des Principes par les parties au contrat permet de donner à ceux-ci force obligatoire. Les Principes peuvent également être appliqués en tant que *lex mercatoria* : en effet, selon l'alinéa 3 du Préambule, les parties à des contrats de commerce international qui ne s'entendent pas sur le choix d'une loi particulière en tant que loi applicable à leur contrat, peuvent prévoir qu'il sera régi par « les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou autre formule similaire ».

Enfin, les Principes peuvent également être un substitut du droit national applicable. Ainsi, les Principes Unidroit peuvent devenir pertinents même lorsque le contrat est régi par une loi interne particulière : c'est le cas chaque fois qu'il s'avère extrêmement difficile, voire impossible, d'établir la règle pertinente de cette loi interne particulière relative à une question spécifique et lorsqu'il est possible de trouver une solution dans les Principes, mais ceux-ci ne sont applicable comme substitut du droit national applicable qu'en dernier ressort.

La pratique démontre ainsi que les Principes UNIDROIT semblent être de réels principes unificateurs en matière de droit des contrats du commerce international.

CONCLUSION

L'unification du droit du commerce international n'était d'abord envisagée que sous forme de conventions liant les Etats membres. Dans la mesure où les Principes UNIDROIT ne constituent pas un traité proposé à la ratification des Etats, ils présentent une réelle originalité. Ainsi, ce travail considérable d'unification et d'harmonisation réalisé par l'Institut atteste que l'unification du droit peut prendre une autre forme que celle d'une norme obligatoire. Cette technique paraît à même de satisfaire l'aspiration de plus en plus forte à un retour au droit commun.

Même si – du fait que les Principes se qualifient principalement d'œuvre savante, notamment en raison de leur mode d'élaboration – on a pu émettre des doutes quant à leur réelle efficacité, la pratique a démontré que les Principes ont su répondre à de nombreuses attentes : « à la fois source d'inspiration, de solution et d'interprétation, les Principes UNIDROIT sont disposés à servir qui les sollicite ²⁵ ».

Seule la pratique nous permettra de connaître la réelle efficacité des Principes, le critère principal de leur réussite étant qu'ils parviennent à s'adapter à l'évolution du commerce international. Le plus bel aboutissement serait que ces Principes intègrent un traité afin d'acquérir une véritable force normative.

²⁵ DEUMIER Pascale, « Les Principes UNIDROIT ont 10 ans : bilan en demi teinte », *Revue des contrats*, 2004, p. 774.

BIBLIOGRAPHIE

Manuels et ouvrages

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, collection Quadrige, 1987, 8^e Ed, 2007.

DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 8^e Ed, Paris, 2009, 1708 p.

FABRE MAGNAN (M.), *Les obligations*, PUF, coll. « droit privé », 2004, 993 p.

Reuves juridiques, recueils et mélanges

BANNES (F-M.), « L'impact de l'adoption des Principes UNIDROIT 1994 sur l'unification du droit commercial international : réalité ou utopie ? », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 1993, n^o3, p. 933-970.

BARON (G.), « Do the UNIDROIT principles commercial contracts form a new *lex mercatoria* ? », 115 *London Court of International Arbitration, LCIA*, 1999.

BONELL (M-J.), « A restatement of Principles for international commercial contracts : an academic exercise or a practical need ? », *RDAI*, 1988.

DEUMIER (P.), « Les principes UNIDROIT ont 10 ans : bilan en demi-teinte », *Revue des contrats*, 2004 n^o3, p. 774.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'UNIDROIT », *RIDC* 1998.463.

FERRARI (F.), « Le champ d'application des Principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT », *RIDC* 1995.

GOLDMAN (B.), « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *Travaux du Comité français de droit international Privé*, 1977-1979, p.221.

HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes D'UNIDROIT : Une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Petites affiches*, 1995, n°135, p.8.

KESSEDJIAN (C.), « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par UNIDROIT », *Rev.crit. DIP*, 1995, 641.

LARROUMET (C.), « La valeur des principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international », *JCP éd. G*, 1997, I.4011, spéc. N°18.

MAYER (P.), « Principes UNIDROIT et *lex mercatoria* » in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman : droit commercial international et européen*, Paris : Ed. Panthéon Assas, 2004.

MAZEAUD (D.), « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et la commission Lando » in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, 205.

SACCO (R.), « Droit global », in *Unifier le droit, le rêve impossible ?*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2001.

TRAHAN (A-M.), « Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » *Revue juridique Thémis*, Vol 36 num 2, 2002.

VOGEL (L.), « Droit global », in *Unifier le droit, le rêve impossible ?*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2001.

ANNEXES

ANNEXE I - STATUT ORGANIQUE D'UNIDROIT

Article premier

L'Institut International pour l'Unification du Droit Privé a pour objet d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les Etats ou entre les groupes d'Etats et de préparer graduellement l'adoption par les divers Etats d'une législation de droit privé uniforme.

A cette fin l'Institut:

- a) prépare des projets de lois ou de conventions visant à établir un droit interne uniforme;
- b) prépare des projets d'accords en vue de faciliter les rapports internationaux en matière de droit privé ;
- c) entreprend des études de droit comparé dans les matières du droit privé ;
- d) s'intéresse aux initiatives déjà prises dans tous ces domaines par d'autres institutions, avec lesquelles il peut, au besoin, se tenir en contact;
- e) organise des conférences et publie les études qu'il juge dignes d'une large diffusion.

Article 2

1. – L'Institut International pour l'Unification du Droit Privé est une institution internationale qui relève des Gouvernements participants.

2. – Sont Gouvernements participants ceux qui auront adhéré au présent Statut conformément à l'article 20.

3. – L'Institut jouit, sur le territoire de chacun des Gouvernements participants, de la capacité juridique nécessaire pour exercer son activité et pour atteindre ses buts.

4. – Les privilèges et immunités dont jouiront l'Institut, ses agents et ses fonctionnaires seront définis dans des accords à intervenir avec les Gouvernements participants.

Article 3

L'Institut International pour l'Unification du Droit Privé a son siège à Rome.

Article 4

Les organes de l'Institut sont: l'Assemblée Générale ;

Le Président;

Le Conseil de Direction;

Le Comité Permanent;

Le Tribunal Administratif ;

Le Secrétariat.

Article 5

1. – L'Assemblée générale se compose d'un représentant de chaque Gouvernement participant. Les Gouvernements autres que le Gouvernement italien y seront représentés par leurs agents diplomatiques auprès du Gouvernement italien ou leurs délégués.

2. – L'Assemblée se réunit à Rome en session ordinaire au moins une fois par an, sur convocation du Président, pour l'approbation des comptes annuels des recettes et des dépenses et du budget.

3. – Tous les trois ans, elle approuve le programme de travail de l'Institut, sur la proposition du Conseil de Direction, et, conformément au paragraphe 4 de l'article 16, revoit, à la majorité des deux tiers des membres présents et votants, le cas échéant, les résolutions prises en vertu du paragraphe 3 dudit article 16.

Article 6

1. – Le Conseil de Direction se compose du Président et de vingt- cinq membres.

2. – Le Président est nommé par le Gouvernement italien.

3. – Les membres sont nommés par l'Assemblée Générale. L'Assemblée peut nommer un membre en plus de ceux indiqués au paragraphe premier en le choisissant parmi les juges en fonction de la Cour Internationale de Justice.

4. – Le mandat du Président et des membres du Conseil de Direction a la durée de cinq ans et est renouvelable.

5. – Le membre du Conseil de Direction nommé en remplacement d'un membre dont le mandat n'est pas expiré achève le terme du mandat de son prédécesseur.

6. – Chaque membre, avec le consentement du Président, peut se faire représenter par une personne de son choix.

7. – Le Conseil de Direction peut appeler à participer à ses séances, à titre consultatif, des représentants d'institutions ou organisations internationales, lorsque les travaux de l'Institut portent sur des matières concernant ces institutions ou organisations.

8. – Le Conseil de Direction est convoqué par le Président, chaque fois qu'il le juge utile, en tout cas au moins une fois par an.

Article 7

1. – Le Comité Permanent se compose du Président et de cinq membres nommés par le Conseil de Direction parmi ses membres.

2. – Les membres du Comité Permanent resteront en fonction pendant cinq ans et seront rééligibles.

3. – Le Comité Permanent est convoqué par le Président, chaque fois qu'il le juge utile, en tout cas au moins une fois par an.

Article 7bis

1. – Le Tribunal Administratif est compétent pour statuer sur les différends entre l'Institut et ses fonctionnaires ou employés, ou leurs ayants droit, portant notamment sur l'interprétation ou l'application du Règlement du personnel. Les différends naissant de rapports contractuels entre l'Institut et les tiers, seront soumis à ce Tribunal à la condition que cette compétence soit expressément reconnue par les parties dans le contrat donnant lieu au litige.

2. – Le Tribunal est composé de trois membres titulaires et d'un membre suppléant, choisis en dehors de l'Institut, et appartenant, de préférence, à des nationalités différentes. Ils sont élus par l'Assemblée Générale pour la durée de cinq ans. En cas de vacance le Tribunal se complète par cooptation.

3. – Le Tribunal jugera, en premier et dernier ressort, en appliquant les dispositions du Statut et du Règlement, ainsi que les principes généraux du droit. Il pourra également statuer *ex aequo et bono* lorsque cette faculté lui aura été attribuée par un accord entre les parties.

4. – Si le Président du Tribunal considère qu'un différend entre l'Institut et un de ses fonctionnaires ou employés est d'une importance très limitée, il peut statuer lui-même ou bien confier la décision à un seul des juges du Tribunal.

5. – Le Tribunal établira lui-même son règlement de procédure.

Article 7ter

Les membres du Conseil de Direction, ou du Tribunal Administratif, dont le mandat expire par l'échéance du terme, restent en fonction jusqu'à l'installation des nouveaux élus.

Article 8

1. – Le Secrétariat comprend un Secrétaire général nommé par le Conseil de Direction sur présentation du Président, deux Secrétaires généraux adjoints appartenant à des nationalités différentes, nommés également par le Conseil de Direction, et les fonctionnaires et employés qui seront indiqués par les règles relatives à l'administration de l'Institut et à son fonctionnement intérieur, visées à l'article 17.

2. – Le Secrétaire général et les adjoints sont nommés pour une période qui n'aura pas une durée supérieure à cinq ans. Ils sont ré-éligibles.

3. – Le Secrétaire général de l'Institut est de droit le Secrétaire de l'Assemblée Générale.

Article 9

L'Institut possède une bibliothèque placée sous la direction du Secrétaire général.

Article 10

Les langues officielles de l'Institut sont l'italien, l'allemand, l'anglais, l'espagnol et le français.

Article 11

1. – Le Conseil de Direction avise aux moyens de réaliser les tâches énoncées à l'article premier.

2. – Il arrête le programme de travail de l'Institut.

3. – Il approuve le rapport annuel sur l'activité de l'Institut.

4. – Il arrête le projet de budget et le transmet pour approbation à l'Assemblée Générale.

Article 12

1. – Tout Gouvernement participant, de même que toute institution internationale de caractère officiel, peut formuler, en s'adressant au Conseil de Direction, des propositions en vue de l'étude des questions relevant de l'unification, de l'harmonisation ou de la coordination du droit privé.

2. – Toute institution ou association internationale, qui a pour objet l'étude de questions juridiques, peut présenter au Conseil de Direction des suggestions concernant des études à entreprendre.

3. – Le Conseil de Direction décide de la suite à donner aux propositions et suggestions ainsi formulées.

Article 12bis

Le Conseil de Direction peut établir avec d'autres organisations intergouvernementales, ainsi qu'avec les Gouvernements non-participants, toutes relations propres à assurer une collaboration conforme à leurs fins respectives.

Article 13

1. – Le Conseil de Direction peut déléguer l'examen de questions spéciales à des commissions de juristes particulièrement versés dans l'étude de ces questions.

2. – Les commissions seront présidées autant que possible par des membres du Conseil de Direction.

Article 14

1. – Après l'étude des questions qu'il a retenues comme objet de ses travaux, le Conseil de Direction approuve, s'il y a lieu, les avant-projets à soumettre aux Gouvernements.

2. – Il les transmet, soit aux Gouvernements participants, soit aux institutions ou associations qui lui ont présenté des propositions ou suggestions, en demandant leur avis sur l'opportunité et sur le fond des dispositions arrêtées.

3. – Sur la base des réponses reçues, le Conseil de Direction approuve, s'il y a lieu, les projets définitifs.

4. – Il les transmet aux Gouvernements et aux institutions ou associations qui lui ont présenté des propositions ou suggestions.

5. – Le Conseil de Direction avise ensuite aux moyens pour assurer la convocation d'une Conférence diplomatique appelée à examiner les projets.

Article 15

1. – Le Président représente l'Institut.
2. – Le pouvoir exécutif sera exercé par le Conseil de Direction.

Article 16

1. – Les dépenses annuelles relatives au fonctionnement et à l'entretien de l'Institut seront couvertes par les recettes inscrites au budget de l'Institut, qui comprendront notamment la contribution ordinaire de base du Gouvernement italien promoteur, telle qu'approuvée par le Parlement italien, et que ledit Gouvernement déclare fixer à compter de l'année 1985 à la somme de 300 millions de liras italiennes par an, laquelle pourra être révisée à l'expiration de chaque période triennale par la loi d'approbation du budget de l'Etat italien, ainsi que les contributions ordinaires annuelles des autres Gouvernements participants.

2. – Aux fins de la répartition de la quote-part des dépenses annuelles non couvertes par la contribution ordinaire du Gouvernement italien ou par des recettes provenant d'autres sources, entre les autres Gouvernements participants, ces derniers seront divisés en catégories. A chaque catégorie correspondra un certain nombre d'unités.

3. – Le nombre des catégories, le nombre d'unités correspondant à chaque catégorie, le montant de chaque unité, ainsi que le classement de chaque Gouvernement dans une catégorie, seront fixés par une résolution de l'Assemblée Générale prise à la majorité des deux tiers des membres présents et votants, sur proposition d'une Commission nommée par l'Assemblée. Dans ce classement, l'Assemblée tiendra compte, parmi d'autres considérations, du revenu national du pays représenté.

4. – Les décisions prises par l'Assemblée Générale en vertu du paragraphe 3 du présent article pourront être révisées tous les trois ans par une résolution nouvelle de

l'Assemblée Générale, prise à la même majorité des deux tiers des membres présents et votants, à l'occasion de sa décision visée au paragraphe 3 de l'article 5.

5. – Les résolutions de l'Assemblée Générale prises en vertu des paragraphes 3 et 4 du présent article seront notifiées par le Gouvernement italien à chaque Gouvernement participant.

6. – Dans le délai d'un an à dater de la notification visée au paragraphe 5 du présent article, chaque Gouvernement participant aura la faculté de faire valoir ses réclamations contre les résolutions relatives à son classement, à la prochaine session de l'Assemblée Générale. Celle-ci devra se prononcer par une résolution prise à la majorité des deux tiers des membres présents et votants, qui sera notifiée par le Gouvernement italien au Gouvernement participant intéressé. Ce même Gouvernement aura toutefois la faculté de dénoncer son adhésion à l'Institut, en suivant la procédure prévue au paragraphe 3 de l'article 19.

7. – Les Gouvernements participants, en retard de plus de deux ans dans le versement de leur contribution, perdent le droit de vote au sein de l'Assemblée Générale jusqu'à la régularisation de leur position. En outre, il ne sera pas tenu compte de ces Gouvernements dans la formation de la majorité requise par l'article 19 du présent Statut.

8. – Les locaux nécessaires au fonctionnement des services de l'Institut sont mis à sa disposition par le Gouvernement italien.

9. – Il est créé un Fonds de roulement de l'Institut ayant pour but de faire face aux dépenses courantes, en attendant l'encaissement des contributions dues par les Gouvernements participants, ainsi qu'aux dépenses imprévues.

10. – Les règles relatives au Fonds de roulement feront partie du Règlement de l'Institut. Elles seront adoptées et modifiées par l'Assemblée Générale à la majorité des deux tiers des membres présents et votants.

Article 17

1. – Les règles relatives à l'administration de l'Institut, à son fonctionnement intérieur et au statut du personnel seront établies par le Conseil de Direction et devront être approuvées par l'Assemblée Générale et communiquées au Gouvernement italien.

2. – Les indemnités de voyage et de séjour des membres du Conseil de Direction et des commissions d'études, ainsi que les émoluments du personnel du Secrétariat, de même que toute autre dépense administrative, seront à la charge du budget de l'Institut.

3. – L'Assemblée Générale nommera, sur présentation du Président, un ou deux commissaires aux comptes chargés du contrôle financier de l'Institut. La durée de leurs fonctions est de cinq ans. Dans le cas où deux commissaires aux comptes seraient nommés, ils devront appartenir à des nationalités différentes.

4. – Le Gouvernement italien n'encourra aucune responsabilité, financière ou autre, du fait de l'administration de l'Institut, ni aucune responsabilité civile du fait du fonctionnement de ses services et notamment à l'égard du personnel de l'Institut.

Article 18

1. – L'engagement du Gouvernement italien concernant la subvention annuelle et les locaux de l'Institut dont il est question à l'article 16, est stipulé pour une durée de six ans. Il continuera à être en vigueur pour une nouvelle période de six ans, si le Gouvernement italien n'a pas notifié aux autres Gouvernements participants son intention d'en faire cesser les effets, deux ans au moins avant la fin de la période en cours. En pareil cas, l'Assemblée Générale sera convoquée par le Président, au besoin en session extraordinaire.

2. – Il appartiendra à l'Assemblée Générale, au cas où elle déciderait la suppression de l'Institut, de prendre, sans préjudice des dispositions du Statut et du Règlement relatives au Fonds de roulement, toute mesure utile concernant les propriétés acquises

par l'Institut au cours de son fonctionnement et notamment les archives et collections de documents et livres ou périodiques.

3. – Il est toutefois entendu qu'en pareil cas les terrains, bâtiments et objets mobiliers mis à la disposition de l'Institut par le Gouvernement italien feront retour à ce dernier.

Article 19

1. – Les amendements au présent Statut qui seraient adoptés par l'Assemblée Générale entreront en vigueur dès leur approbation par la majorité des deux tiers des Gouvernements participants.

2. – Chaque Gouvernement communiquera par écrit son approbation au Gouvernement italien, qui en donnera connaissance aux autres Gouvernements participants, ainsi qu'au Président de l'Institut.

3. – Tout Gouvernement qui n'aurait pas approuvé un amendement au présent Statut aura la faculté de dénoncer son adhésion dans un délai de six mois à partir de l'entrée en vigueur de l'amendement. La dénonciation aura effet dès la date de sa notification au Gouvernement italien, qui en donnera connaissance aux autres Gouvernements participants, ainsi qu'au Président de l'Institut.

Article 20

1. – Tout Gouvernement qui entend adhérer au présent Statut notifiera par écrit son adhésion au Gouvernement italien.

2. – L'adhésion sera donnée pour six ans; elle sera tacitement renouvelée de six en six ans sauf dénonciation faite par écrit une année avant l'expiration de chaque période.

3. – Les adhésions et dénonciations seront notifiées aux Gouvernements participants par le Gouvernement italien.

Article 21

Le présent Statut entrera en vigueur dès que six Gouvernements au moins auront notifié leur adhésion au Gouvernement italien.

Article 22

Le présent Statut, qui portera la date du 15 mars 1940, restera déposé dans les archives du Gouvernement italien. Copie certifiée conforme du texte sera remise, par les soins du Gouvernement italien, à chacun des Gouvernements participants.

ANNEXE II – PREAMBULE

PREAMBULE

(Objet des Principes)

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

Ils s’appliquent lorsque les parties acceptent d’y soumettre leur contrat.

Ils peuvent s’appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les “Principes généraux du droit”, la “*lex mercatoria*” ou autre formule similaire.

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

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

Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux.

COMMENTAIRE

Les Principes énoncent des règles générales conçues essentiellement pour les “contrats du commerce international”.

1. Contrats “internationaux”

Le caractère international d’un contrat peut être défini de très nombreuses façons. Les solutions adoptées dans les législations nationales et internationales vont d’une référence à l’établissement ou à la résidence habituelle des parties dans différents pays, à l’adoption de critères plus généraux comme le fait que le contrat a “des liens importants avec plus d’un Etat”, qu’il “implique un choix entre les législations de différents Etats”, ou qu’il “affecte les intérêts du commerce international”.

Les Principes ne posent aucun de ces critères de façon expresse. Il faut toutefois donner au concept de contrats “internationaux” l’interprétation la plus large possible, afin de n’exclure en définitive que les situations dans lesquelles il n’existe aucun élément international, c’est-à-dire lorsque les éléments pertinents du contrat en question n’ont de lien qu’avec un seul pays.

2. Contrats “du commerce”

La limitation aux contrats “du commerce” ne vise en aucune façon à adopter la distinction traditionnelle qui existe dans quelques systèmes juridiques entre les parties et/ou les opérations “civiles” et “commerciales”, c’est-à-dire à faire dépendre l’application des Principes de la question de savoir si les parties ont le statut formel de “commerçants” (“*merchants*”, “*Kaufleute*”) et/ou si l’opération a un caractère commercial. L’idée poursuivie est davantage d’exclure du champ d’application des Principes ce qu’on appelle les “opérations de consommation” qui sont de plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c’est-à-dire une partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession.

Les critères adoptés à la fois au niveau national et international varient également en ce qui concerne la distinction entre les contrats de consommation et les contrats de non-consommation. Les Principes ne donnent pas de définition expresse, mais l’on suppose que le concept de contrat “du commerce” devrait être entendu dans le sens le plus large possible afin d’inclure non seulement les opérations du commerce pour la fourniture ou l’échange de marchandises ou de services, mais aussi d’autres types d’opérations économiques telles que les contrats d’investissement et/ou de concession, les contrats pour des services professionnels, etc.

3. Les Principes et les contrats nationaux conclus entre personnes privées

Bien que les Principes soient conçus pour des contrats du commerce international, rien n’empêche des personnes privées de s’entendre pour appliquer les Principes à un contrat purement national. Tout accord de ce type serait cependant assujéti aux règles impératives de la loi interne régissant le contrat.

4. Les Principes en tant que loi régissant le contrat

a. *Choix exprès des parties*

Comme les Principes représentent un système de règles du droit des contrats qui sont communes à des systèmes juridiques nationaux existants ou qui sont mieux adaptées aux conditions spéciales des opérations du commerce international, les parties pourraient avoir de bonnes raisons de les choisir expressément en tant que règles applicables à leur contrat, à la place de telle ou telle loi interne.

Les parties qui souhaitent adopter les Principes comme règles applicables à leur contrat seraient toutefois bien avisées de combiner la référence aux Principes avec une clause compromissoire.

Le motif en est que la liberté de choix des parties dans la désignation de la loi régissant leur contrat est traditionnellement limitée aux lois nationales. Par conséquent, une référence faite par les parties aux Principes sera normalement considérée comme un simple accord visant à les incorporer au contrat, alors que la loi régissant le contrat devra encore être déterminée sur la base des règles de droit international privé du for. Le résultat sera que les parties ne seront liées par les Principes que dans la mesure où ceux-ci ne portent pas atteinte aux règles du droit applicable auxquelles les parties ne peuvent déroger.

La situation peut être différente si les parties s'entendent pour soumettre les différends nés de leur contrat à l'arbitrage. Les arbitres ne sont pas nécessairement liés par une loi nationale particulière. Ceci va de soi si les parties les autorisent à agir en amiables compositeurs ou *ex aequo et bono*. Mais, même en l'absence d'une telle autorisation, il y a une tendance croissante visant à permettre aux parties de choisir les "règles de droit" autres que les lois nationales sur lesquelles les arbitres doivent fonder leurs décisions. Voir en particulier l'article 28, paragraphe 1 de la *Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*; voir également l'article 42, paragraphe 1 de la *Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Convention CIRDI)*.

Conformément à cette approche, les parties seraient libres de choisir les Principes comme "règles de droit" en vertu desquelles les arbitres régleront le différend, le résultat étant que les Principes s'appliqueraient à l'exclusion de toute loi nationale

particulière, sous réserve seulement de l'application des règles de droit interne qui sont impératives quelle que soit la loi qui régit le contrat (voir l'article 1.4).

Pour les différends relevant de la Convention CIRDI, les Principes pourraient même s'appliquer à l'exclusion de toute règle de droit interne.

b. Les Principes appliqués en tant que lex mercatoria

Les parties à des contrats du commerce international qui ne s'entendent pas sur le choix d'une loi interne particulière en tant que loi applicable à leur contrat prévoient parfois qu'il sera régi par les "principes généraux du droit", par les "usages et coutumes du commerce international", par la *lex mercatoria*, etc.

Jusqu'ici, une telle référence faite par les parties à des principes et des règles de nature supranationale ou transnationale sans plus de précision a été critiquée, notamment en raison du caractère extrêmement vague de ces concepts. Afin d'éviter, ou au moins de limiter considérablement, l'incertitude accompagnant l'usage de concepts de contenu aussi vague, il pourrait être souhaitable de recourir à un ensemble de règles systématiques et bien définies comme les Principes.

5. Les Principes comme substitut du droit national applicable par ailleurs

Les Principes peuvent cependant devenir pertinents même lorsque le contrat est régi par une loi interne particulière. C'est le cas chaque fois qu'il s'avère extrêmement difficile, sinon impossible, d'établir la règle pertinente de cette loi interne particulière relative à une question spécifique et que l'on peut trouver une solution dans les Principes. Cette difficulté résulte généralement du caractère spécial des sources juridiques et/ou du coût d'accès à celles-ci.

Il ne faut bien entendu considérer les Principes comme substitut du droit national applicable par ailleurs qu'en dernier ressort; d'un autre côté cela serait peut-être justifié non seulement dans le cas d'une impossibilité absolue d'établir la règle pertinente de la loi applicable, mais aussi lorsque la recherche nécessaire entraînerait des efforts et/ou des coûts disproportionnés. La pratique actuelle des tribunaux dans de telles situations est d'appliquer la *lex fori*. Le recours aux Principes aurait pour avantage d'éviter l'application d'un droit qui sera dans la plupart des cas plus familier à l'une des parties.

6. Les Principes comme moyen d'interpréter et de compléter les instruments internationaux existants

Toute législation, qu'elle soit d'origine internationale ou nationale, soulève des questions concernant la signification précise de chacune de ses dispositions. Par ailleurs, une telle législation ne peut, de par sa nature, prévoir tous les problèmes auxquels elle sera appliquée. Lorsque l'on applique des législations internes, on peut se baser sur des principes et critères d'interprétation établis depuis longtemps et que l'on trouve dans chaque système juridique. La situation est beaucoup plus incertaine en ce qui concerne les instruments qui, bien que formellement incorporés dans les divers systèmes juridiques nationaux, ont été préparés et conclus au niveau international.

Conformément à l'opinion traditionnelle, il faudrait recourir même dans de tels cas aux principes et critères prévus dans le droit interne, qu'il s'agisse de la loi du for ou de celle qui, en vertu des règles de droit international privé, serait applicable en l'absence de droit uniforme.

Actuellement, les tribunaux judiciaires et arbitraux tendent de plus en plus à abandonner une telle méthode nationaliste et "conflictuelle" et essaient au contraire d'interpréter et de compléter les instruments internationaux par référence à des principes uniformes autonomes et internationaux. Cette approche, qui a été expressément sanctionnée dans les conventions les plus récentes (voir par exemple l'article 7 de la *Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)*), se fonde sur l'hypothèse selon laquelle le droit uniforme, même après son incorporation dans les divers systèmes juridiques nationaux, n'en devient partie intégrante que du point de vue formel, alors que d'un point de vue matériel il ne perd pas son caractère original d'ensemble de lois développées de façon autonome au plan international et visant à être appliquées de façon uniforme de par le monde.

Jusqu'à présent, il appartenait dans chaque cas aux juges et aux arbitres de trouver de tels principes et critères autonomes pour interpréter et compléter les instruments internationaux sur la base d'une étude comparative des solutions adoptées dans les différents systèmes juridiques nationaux. Les Principes pourraient faciliter leur tâche à cet égard de façon considérable.

7. Les Principes comme modèle pour les législateurs nationaux et internationaux

Du fait de leur valeur intrinsèque, les Principes peuvent également servir de modèle au législateur national et international pour la rédaction d'une législation dans le domaine du droit général des contrats ou de certains types d'opérations particulières. Sur le plan national, les Principes peuvent être particulièrement utiles pour les pays qui n'ont pas d'ensemble de règles juridiques en matière de contrats et qui souhaitent actualiser leur droit, tout au moins en ce qui concerne leurs relations économiques avec l'étranger, par rapport aux standards internationaux actuels. La situation n'est pas très différente pour les pays qui ont un système juridique bien défini mais qui, après les récents changements radicaux dans leur structure socio-politique, ont un besoin urgent de réécrire leurs lois, en particulier celles relatives aux activités économiques et commerciales.

Sur le plan international, les Principes pourraient devenir une référence importante pour la rédaction de conventions et de lois modèles.

La terminologie utilisée jusqu'ici pour exprimer le même concept est très différente d'un instrument à l'autre, engendrant un risque évident d'incompréhensions et de mauvaises interprétations. On pourrait éviter ces divergences si la terminologie des Principes était adoptée comme glossaire uniforme international.